



Presidente

Al Comune di Positano (SA)

Alla c.a. del Segretario Comunale e RPCT
(omissis)

Alla c.a. del RUP (omissis)

Fasc. Anac n. 2390/2025

Oggetto:

S.A. Comune di Positano (SA) - Attività di vigilanza ex art. 222, comma 3 del d.lgs. 36/2023 – Progetto esecutivo per i *"Lavori di abbattimento barriere architettoniche alla frazione Nocelle"* di importo complessivo di € 440.000,00 – Affidamento diretto di *"Lavori preliminari volti alla sistemazione del costone roccioso nell'ambito dei lavori di abbattimento barriere architettoniche alla frazione Nocelle"* ai sensi dell'art. 50, comma 1 lett. a) del d.lgs. 36/2023 in favore della ditta Astrea srl CF/PIVA 05695570654 per euro 32.956,53 CIG B1433647528 e - Affidamento diretto di *"Lavori preliminari di scavo e predisposizione cantiere nell'ambito dei lavori di abbattimento barriere architettoniche alla frazione Nocelle"* ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. a) del d.lgs. 36/2023 e smi. in favore della ditta S.P.E.C. srl CF/PVA 03082200654 per euro 59.000,00 CIG B244A94583- Nota di definizione ex art. 20 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia dei contratti pubblici di cui alla delibera n. 3346 del 3.7.2024.

Nell'esercizio dell'attività di vigilanza, di cui all'art. 222, comma 3 del d.lgs. 36/2023, anche a seguito della segnalazione (omissis) e delle verifiche istruttorie effettuate a mezzo delle varie fonti aperte (BDNCP, Casellario informatico dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture, Banca dati SOA, Amministrazione trasparente e Albo pretorio del Comune), come è noto, si chiedeva a codesta amministrazione con nota prot. n. 94296 del 26 giugno 2025 di fornire chiarimenti in merito a possibili criticità relative al divieto di frazionamento artificioso dell'appalto. Si chiedeva inoltre di trasmettere adeguata documentazione a supporto e probatoria, tra cui il PFTE, il progetto esecutivo validato e le determinate di affidamento dei lavori. Con note prot. n. 102380 e n. 105784 rispettivamente del 14 e 22 luglio 2025, codesta Stazione appaltante riscontrava la richiesta di informazioni fornendo la richiesta documentazione.

ELEMENTI ISTRUTTORI

Nella nota di riscontro, codesta Stazione appaltante, nel ricostruire le vicende dell'appalto, rammenta che il progetto esecutivo per i *"Lavori di abbattimento barriere architettoniche alla frazione Nocelle"* *"è stato validato in data 08.02.2024 ed approvato con D.G.C. n. 20 del*

12.02.2024 con un importo complessivo di € 440.000,00 indicando tra l'altro di voler procedere alla realizzazione dell'opera anche per **interventi funzionali** ”.

Afferma altresì la stazione appaltante che “ Sulla base delle **caratteristiche delle lavorazioni e delle forniture che compongono il progetto, ovvero di:**

- *interventi di mitigazione del rischio idrogeologico del costone sui cui ubicare l'ascensore per un importo lavori di €. 32.956,53*
- *interventi di scavo in sotterraneo ed in trincea per un importo lavori di €. 59.000,23;*
- *interventi di costruzione fuori terra con realizzazione di struttura in acciaio e vetro e opere di mimesi ambientale per un importo lavori di €. 179.521,05;*
- *interventi di fornitura e posa di ascensore per un importo di Euro 69.862,83;*

e delle indicazioni dell'amministrazione comunale, si è deciso di realizzare l'opera pubblica per **interventi funzionali** nel rispetto di quanto previsto dall'attuale D.Lgs. n. 36/2023 e s.m.i., e prevedendo in particolare di affidare i **lavori principali** con procedura negoziata senza bando, ai sensi dell'art. 50 comma 1 lett. c) del codice appalti, e affidando le **lavorazioni propedeutiche alla realizzazione dei lavori principali, nonché la fornitura e posa in opera della macchina ascensore**, ai sensi dell'art. 50 comma 1 lett. a e b) attraverso affidamenti diretti con rispetto del principio di rotazione tra le ditte affidatarie”.

Prosegue codesta Stazione appaltante nella ricostruzione dei fatti chiarendo che, con determinazione UTC n. 136 del 7 maggio 2024, successivamente modificata con determinazione UTC n. 262 del 9 luglio 2025, venivano affidati direttamente alla ditta Astrea srl “i lavori preliminari volti alla sistemazione del costone roccioso nell'ambito dei lavori di abbattimento barriere architettoniche alla frazione Nocelle” per euro 32.956,53 oltre IVA (CIG B16F03CD70). In detta determinazione, si motivava l'affidamento diretto in virtù del fatto che “per la particolarità delle lavorazioni si è deciso di intervenire per fasi funzionali”.

Successivamente, con nota dell'UTC prot. 9510 del 27 giugno 2024, si invitava la SPEC srl a presentare offerta per l'affidamento diretto dei “lavori preliminari di scavo e predisposizione cantiere e montaggio ponteggio nell'ambito dei lavori di abbattimento barriere architettoniche alla frazione Nocelle”, successivamente alla stessa aggiudicati per l'importo di euro 59.000,00 (CIG: B244A94583).

Ed inoltre, codesta Stazione appaltante rammenta che in data 15 maggio 2025, veniva indetta procedura negoziata ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. c) del d.lgs. 36/2023, con invito a cinque operatori economici per le opere di “completamento edili” per l'importo di € 179.521,05 (CIG B6E20396EC). Detta procedura, avviata con termine per la presentazione delle offerte al 5 giugno 2025, non risulta ancora conclusa.

CONSIDERAZIONI

Quanto dedotto dal Comune di Positano non pare idoneo a giustificare l'intercorso frazionamento dell'appalto in esame avente ad oggetto i lavori di “Abbattimento delle barriere architettoniche alla frazione Nocelle” consistenti nella realizzazione di un sistema meccanizzato (ascensore) per il superamento del dislivello della frazione di Nocelle (circa 18,90 m), così da

poter collegare direttamente l'area di parcheggio con la via pedonale posta al di sotto di essa, al fine di migliorare l'accessibilità, adattabilità e visibilità della frazione Nocelle.

Si rammenta che l'art. 3, comma 1, lett. s) dell'allegato I.1. del d.lgs. 36/2023 definisce "s) «*lotto funzionale*», *uno specifico oggetto di appalto o concessione da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti; ...*".

Come evidenziato anche dalla stessa Autorità, con Parere Funz. Cons. n. 40 del 6 settembre 2023, con avviso espresso in ordine al previgente Codice ma con indicazioni utili anche in relazione al d.lgs. 36/2023, ***"l'articolazione di un appalto in più parti deve garantire che ogni singola frazione abbia una funzionalità che ne consenta l'utilizzazione compiuta, mentre è precluso il frazionamento quando le frazioni sono inserite in una prestazione che può assumere valore e utilità solo se unitariamente considerata.....Il frazionamento deve essere possibile su un piano tecnicola giurisprudenza qualifica come illegittimo il comportamento dell'amministrazione che nel bandire una pubblica gara suddivide la stessa in parti "prive di autonomia funzionale" e della "idoneità a essere utilizzati autonomamente, anche senza il completamento delle restanti frazioni"...***

Alla luce del dettato normativo e dei principi sopra esposti, gli affidamenti diretti, intervenuti con le determinazioni su richiamate, non hanno riguardato parti di un lavoro, la cui realizzazione è stata tale da assicurare funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti, bensì l'affidamento di lavorazioni che non avevano di per sé un'utilizzazione compiuta, in assenza delle altre porzioni dell'intervento, con correlata parcellizzazione del progetto esecutivo unitario.

La suddivisione dell'appalto unitario dei lavori di *"Abbattimento delle barriere architettoniche alla frazione Nocelle"* - in **fasi** funzionali, attraverso lo spaccettamento delle cd. lavorazioni propedeutiche, affidate in via diretta alla A. (omissis) e alla S. (omissis), imprese locali, dai lavori principali, affidati con procedura negoziata senza bando, ai sensi dell'art. 50 comma 1 lett. c) del codice appalti ed al momento non ancora affidati, non è in linea con la normativa vigente di cui agli artt. 14, 38 e 58, commi 1 e 2 del d.lgs. 36/2023 e art. 3, comma 1, lett. s) dell'allegato I.1. del d.lgs. citato.

Si rammenta in proposito che il progetto esecutivo, validato in data 8.2.2024 ed approvato con delibera GM n. 20 del 12.2.2024, si riferisce ad un unico intervento, complessivamente stimato in euro 440.000, non frazionabile in fasi/lotti funzionali.

Infatti, per la individuazione dei lotti funzionali, occorre l'identificazione di lavorazioni tecnicamente divisibili e che abbiano una funzionalità autonoma che ne consenta l'utilizzazione compiuta, anche in assenza della realizzazione delle altre parti dell'opera.

Nella specie, i *"Lavori preliminari volti alla sistemazione del costone roccioso"* e i *"Lavori preliminari di scavo e predisposizione cantiere"*, affidati direttamente alla ditta A. (omissis) e alla ditta S. (omissis), non risultano avere una propria autonoma funzionalità che ne consenta un'utilizzazione compiuta, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti dell'intervento.

Infatti, è la stessa stazione appaltante che afferma che *"Le lavorazioni dei primi due lotti, assegnati con affidamento diretto ai sensi dell'art. 50 comma 1 lett. a) del Codice, erano lavorazioni*

propedeutiche all'esecuzione dei lavori principali necessarie, per le caratteristiche orografiche e geologiche dei luoghi, a consentire l'esatto posizionamento della parte strutturale del vano ascensore e da farsi obbligatoriamente prima dell'inizio dei lavori principali".

Quanto rappresentato rende non condivisibili - e comunque non idoneamente giustificative - le motivazioni addotte dal Comune di Positano per giustificare il frazionamento, che fanno riferimento alla *"particolarità delle lavorazioni"*, risultando evidente che molte delle prestazioni affidate sono omogenee tra loro, ovvero consequenziali/complementari e dunque non frazionabili, non potendosi riscontrare, tra molte delle lavorazioni, separati ambiti di specializzazione.

In particolare, si evidenzia che, quantomeno per i *"Lavori preliminari di scavo e predisposizione cantiere"* affidati direttamente alla SPEC srl e delle *"Opere di completamento edili"*, in corso di affidamento tramite procedura negoziata, la categoria SOA richiesta quale requisito tecnico risulta essere la medesima OG1.

Dunque, non emerge la *"particolarità delle lavorazioni"* affermata da codesta Stazione appaltante né la possibilità di frazionare l'appalto in esame in una pluralità di affidamenti che possono, peraltro, rendere maggiormente onerosa e disagiata la gestione della fase esecutiva dell'appalto medesimo.

Non sussistono pertanto, nella specie, le eventuali *"ragioni oggettive"* che l'art. 14, comma 6 del d.lgs. 36/2023 prevede, in via del tutto residuale, quale unica possibilità per escludere l'artificiosità del frazionamento di un appalto.

Si rammenta in proposito il Comunicato dell'Autorità del 10 luglio 2024 con il quale sono state richiamate le stazioni appaltanti al rispetto dell'obbligo di adeguata motivazione giustificatrice, ricordando che *"In assenza di motivazione sulle ragioni del frazionamento, l'artificiosità del medesimo può essere dimostrata in via indiziaria ... (Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2024, n. 1393; cfr anche Consiglio di Stato, Sez. V, 27 luglio 2021, n. 5561, note a firma del Presidente prot. ANAC n. 58618 del 6 luglio 2022 e prot. ANAC n. 31378 del 27 aprile 2022)"*.

Neppure condivisibile è l'affermazione del Comune di Positano secondo cui *"L'affidamento dell'intero importo di lavori e forniture pari a € 34.1.340,64 attraverso unica procedura negoziata senza bando ed invito esteso a 5 operatori economici ai sensi dell'art. 50 comma 1 lett. c) del Codice, per le particolari tipologie di alcune lavorazioni che compongono i lavori a farsi e per la presenza della fornitura in opera di macchina ascensore, avrebbe portato comunque ad avere dei subappalti da parte della ditta affidataria; ..."*. È appena il caso di rilevare al riguardo che l'utilizzo dell'istituto del subappalto è una facoltà di scelta, prevista dalla normativa vigente, rimessa all'appaltatore e, dunque, del tutto legittima.

Ulteriormente, non può non essere rilevato che il quadro economico del progetto esecutivo dell'intervento aveva indicato quale costo dell'opera l'importo di euro 440.000, soglia che avrebbe dovuto portare l'Amministrazione a bandire una sola procedura negoziata con invito a cinque operatori economici ai sensi dell'art. 50, comma 1 lett. c) del d.lgs. 36/2023.

L'unicità della procedura svolta attraverso una procedura negoziata senza bando avrebbe, peraltro, garantito una più adeguata selezione dei concorrenti sotto il profilo della capacità economica e tecnica, tenuto conto che per gli affidamenti diretti si fa riferimento unicamente a

documentate esperienze pregresse al fine di valutare l'adeguata qualificazione dell'O.E. cui poter eventualmente affidare i lavori.

Alla luce di quanto sopra esposto, si rilevano apprezzabili criticità nell'operato del Comune di Positano che non risulta in linea con i principi generali espressi dagli artt. 14, 38 e ss. e 58 del d.lgs. 36/2023 del divieto di frazionamento artificioso nonché con le previsioni dell'art. 50, comma 1, lett. a) e c) del d.lgs. 36/2023, con la conseguente possibile compromissione dei principi generali in materia di affidamento dei contratti pubblici ed in particolare di concorrenza e *par condicio*.

In attuazione del relativo deliberato consiliare dell'8 ottobre 2025, si comunica quindi la definizione del presente procedimento, raccomandando alla stazione appaltante, per i futuri eventuali affidamenti, di tenere conto di quanto specificamente dedotto e rilevato nella presente nota, e di conformarsi alle considerazioni sopra svolte, in riferimento alla corretta applicazione del principio del divieto di frazionamento artificioso dell'appalto, in vista di un più puntuale adeguamento ai suddetti principi e rispetto della normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente