



.....OMISSIS.....

Oggetto

Servizi di rinnovamento deiOMISSIS..... – modifiche contrattuali - Richiesta parere.

FUNZ CONS 35/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 27 aprile 2022, acquisita al prot. Aut. n. 31383 ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 20 luglio 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa alla possibilità di procedere ad una variazione del contratto d’appalto in oggetto, ai sensi dell’art. 106, comma 2, del d.lgs. 50/2016, imputando l’aumento contrattuale del dieci per cento al Lotto 2, nei termini indicati nell’istanza, si richiama in via preliminare l’art. 51 del Codice, ai sensi del quale «1. Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l’accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all’articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all’articolo 3, comma 1, lettera ggggg) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell’appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l’effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. E’ fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l’applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggirare tramite l’aggregazione artificiosa degli appalti ...».

In relazione alle previsioni dell’art. 51 del Codice, sopra richiamato, l’Autorità ha avuto modo di osservare che la norma «prescrive la divisione in lotti al fine di favorire l’accesso alle piccole e medie imprese prevedendo, al contempo, la possibilità di evitare tale suddivisione a seguito di una motivazione articolata che giustifichi la scelta operata dalla stazione appaltante. La giurisprudenza ha già sottolineato come il *favor* legislativo per la suddivisione in lotti sia diretta attuazione della visione esposta nei considerando n. 78 e 79 della Direttiva 2014/24/UE, per la quale “è opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI. (...). A tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. Tale suddivisione potrebbe essere effettuata su base quantitativa, facendo in modo che l’entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare

meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle diverse fasi successive del progetto” (Consiglio di Stato, Sez. III, 28 dicembre 2020 n. 8440). La giurisprudenza ha anche rimarcato come la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisca una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall’ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico, che devono essere funzionalmente coerenti con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto, con le specifiche norme del codice dei contratti, e con i principi di proporzionalità e di ragionevolezza (Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 gennaio 2020, n.25; Sez. III, 22 febbraio 2019 n. 1222; Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123). Ne deriva che la suddivisione in parola non costituisce un precetto inviolabile, ma assume «piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie e derogabile mediante una decisione opportunamente e adeguatamente motivata» (Consiglio di Stato, Sezione V, 30 settembre 2020, n. 5746). In considerazione di quanto sopra il Disciplinare richiede di motivare la mancata suddivisione in lotti, al riguardo si potrebbe fare riferimento all’importo contenuto della gara o all’impossibilità tecnica di suddividere l’affidamento (...)» (relazione illustrativa del bando tipo n. 1/2021 aggiornato).

La giurisprudenza ha aggiunto a quanto sopra che ad eccezione di casi peculiari «laddove, ..., una gara abbia ad oggetto l’aggiudicazione di più lotti, ciascuno dei quali assume veste autonoma sia per il profilo procedurale che ai fini della partecipazione da parte di concorrenti, ogni lotto costituisce una procedura di gara autonoma e indipendente, che non subisce interferenze per effetto delle vicende che attengono agli altri lotti. Pur essendo, quindi, la procedura disciplinata dalla medesima *lex specialis* (bando, capitolato e disciplinare), a ciascun lotto corrisponde una distinta gara, potendo i concorrenti partecipare a tutti, o a uno solo, o ad alcuni dei lotti, con conseguente distinta aggiudicabilità degli stessi previa autonoma procedura valutativa delle offerte presentate per ciascuno di essi. Corollario obbligato di tale premessa è che il decreto di indizione della gara, che la stazione appaltante adotta con riferimento a tutti i lotti, costituisce *atto ad oggetto plurimo* disciplinante un numero di gare corrispondente al numero dei lotti da aggiudicare, sia nel senso che contiene le disposizioni per lo svolgimento non di un’unica gara finalizzata all’affidamento di un unico contratto, bensì quelle per l’indizione e la realizzazione di *tante gare contestuali quanti sono i lotti cui sono connessi i contratti da aggiudicare*; sia nel senso che gli atti di gara (intesi non in senso cartolare) relativi al contenuto dei contratti da aggiudicare devono essere necessariamente differenziati per ciascun lotto e devono essere tanti quanti sono i contratti da aggiudicare (Cons. St., sez. V, 20 settembre 2021, n. 6402)» (Cons. di Stato, n.8749/2021; conforme n.4576/2022).

A sua volta, l’Autorità ha osservato che «.... In caso di suddivisione in lotti occorre che la stazione appaltante strutturi correttamente la gara in considerazione sia dell’interesse pubblico a cui la stessa è preordinata sia dell’oggetto dell’affidamento (Consiglio di Stato, Sezione III 6 maggio 2020 n. 2865; TAR Roma, 13.12.2016 n. 12405) e *chiarisca se si tratta di gara unica o di gara ad oggetto plurimo, stante le conseguenze ai fini della partecipazione alla gara*. Difatti, al fine di aumentare la contendibilità del mercato delle commesse pubbliche, facilitare l’accesso delle piccole e medie imprese, di ridurre il rischio di intese o comportamenti collusivi volti a realizzare indebite spartizioni del mercato, di evitare semplici elusioni del vincolo di partecipazione e/o di aggiudicazione, il Disciplinare prescrive che in caso di gara unica suddivisa in più lotti il concorrente, che intende partecipare a più lotti, è tenuto a presentarsi sempre nella medesima forma (individuale o associata). Ricorre tale circostanza quando, nonostante la divisione in singoli lotti, è possibile riscontrare una serie di elementi “unificanti”, quali, in particolare, l’unicità della

commissione giudicatrice; l'identità, per tutti i lotti, dei requisiti richiesti dal bando e degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica; la possibilità di produrre un'unica offerta telematica per più lotti; l'identità delle modalità di prestazione del servizio e delle prestazioni richieste (Cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 6 maggio 2020 n. 2865). Di contro, la possibilità di aggiudicare autonomamente i singoli lotti risulta incompatibile con la configurazione di una gara unitaria se «le singole procedure di aggiudicazione sono dirette a tanti contratti di appalto quanti sono i lotti: se ciascun lotto può essere aggiudicato a concorrenti diversi, non ci si trova di fronte ad un appalto unitario e se non vi è appalto unitario non vi può essere unicità della gara. Il carattere non unitario della gara suddivisa in più lotti comporta che il bando di gara si configura quale "atto ad oggetto plurimo", nel senso che contiene le disposizioni per lo svolgimento non di un'unica gara finalizzata all'affidamento di un unico contratto, bensì quelle per l'indizione e la realizzazione di tante gare contestuali quanti sono i lotti cui sono connessi i contratti da aggiudicare» (relazione illustrativa bando tipo n. 1/2021 cit.).

In linea generale, dunque, la gara suddivisa in più lotti ha natura plurima in quanto diretta all'affidamento di tanti contratti (oggetto plurimo) quanti sono i lotti [che rappresentano "uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare", art. 3, comma 1, lett. qq) e lett. ggggg, d.lgs. n. 50/2016] che si prevede di aggiudicare. Ciò comporta che ogni aggiudicazione del lotto si distingue necessariamente dalle altre poiché ha ad oggetto un diverso contratto di appalto (in tal senso TAR Lazio n. 4514/2022).

Tenuto conto di quanto sopra e dell'autonomia riconosciuta al singolo contratto stipulato per la realizzazione di ciascun lotto dell'appalto, nel senso sopra indicato, la possibilità di apportare variazioni al rapporto contrattuale, secondo le previsioni dell'art. 106, comma 2, del Codice, deve ritenersi riferita al contratto stipulato per il singolo lotto.

La disposizione *de qua* stabilisce, infatti, che «i contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto al comma 1, senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice, se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori: a) le soglie fissate all'articolo 35; b) il 10 per cento del valore iniziale *del contratto* per i contratti di servizi e fornitura sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali. Tuttavia la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche. Qualora la necessità di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudichino in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, essa è consentita solo nei limiti quantitativi di cui al presente comma, ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni».

La norma fa riferimento al valore iniziale "del contratto", pertanto la sua applicazione, nel caso di gara divisa in lotti, deve essere riferita all'importo del contratto del singolo lotto.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente il 28 luglio 2022