

Il principio di suddivisione in lotti dell'appalto

di Gabriele Dammicco

Data di pubblicazione: 12-4-2018

1. Anche se è vero che l'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016 ha mantenuto il principio della suddivisione in lotti dell'appalto, già previsto dall'art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, tuttavia, nel nuovo regime, il principio non risulta posto in termini assoluti ed inderogabili, giacché il medesimo art. 51, comma 1, secondo periodo afferma che "le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito o nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139".

2. Il principio della suddivisione in lotti previsto dall'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016 può essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata e che è espressione di scelta discrezionale, sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria, in ordine alla decisione di frazionare o meno un appalto "di grosse dimensioni" in lotti.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4540 del 2017, proposto da:

Comune di Orvieto, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lietta Calzoni, con domicilio eletto presso lo studio Luigi Medugno in Roma, via Panama, n. 58;

contro

S. Srl, non costituita in giudizio;

nei confronti

Provincia di Terni, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. UMBRIA - PERUGIA, Sez. I, n. 391/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per la parte appellante l'avvocato Lietta Calzoni;

Svolgimento del processo

1. Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria, Sez. I, con la sentenza 17 maggio 2017, n. 391, ha accolto il ricorso proposto dall'attuale appellata S. s.r.l. e, per l'effetto, ha annullato gli atti impugnati. In particolare con il ricorso di primo grado erano stati impugnati:

- il bando di gara CIG (...) emesso dalla Provincia di Terni, quale Centrale di Committenza del Comune di Orvieto (TR), avente ad oggetto il servizio di gestione e controllo di tutte le attività di funzionamento delle aree di sosta automatizzata ed impianti di risalita meccanizzata ed altri servizi accessori da svolgersi all'interno delle aree, dei parcheggi e degli immobili del Comune di Orvieto, d'importo (al netto iva) annuo pari a Euro 114.75,00; triennale Euro 344.265,00, della durata di 3 anni con opzione di rinnovo per ulteriori 3 anni, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con particolare riferimento alle clausole di cui all'art. 3 "Oggetto dell'appalto", di cui all'art. 11 "condizioni minime di carattere economico e tecnico necessarie per la partecipazione", di cui all'art. 16 "altre informazioni";

- il Disciplinare di gara parte integrante del medesimo Bando, in particolare nella parte in cui al punto 5, pag. 4 richiede dichiarazione attestante il possesso dei seguenti requisiti di carattere professionale, economico e tecnico: a) essere iscritti alla CCIAA o in altro Registro Professionale dello Stato di provenienza, per attività corrispondenti a quelle oggetto della gara (sorveglianza e pulizie) ex art. 83 comma 3 del D.Lgs. n. 50 del 2016; b) aver conseguito nel triennio 2013-2015 un fatturato complessivo nel settore oggetto della presente procedura non inferiore ad Euro 300.000,00 oltre iva; c) aver conseguito nel triennio 2013-2015 servizi analoghi (sorveglianza e pulizie) a quelli oggetto della presente procedura con indicazione di importi, date e destinatari, pubblici o privati, dei servizi"; nonché nella parte in cui al punto "Busta B-Offerta Tecnica", pag. 5 prescrive la presentazione di offerta tecnica relativa ad entrambi i servizi disomogenei oggetto di gara;

- il relativo Capitolato Speciale di Appalto, parte integrante del medesimo bando, in relazione alle clausole di cui all'art. 1.2 "Oggetto ed obiettivi dell'appalto"; all'art. 1.3 "Durata e importo dell'appalto"; all'art. 1.8 "Clausola di salvaguardia-Clausola sociale"; all'art. 1.13 "Altri Oneri ed obblighi in materia di tutela dei lavoratori"; all'art. 1.18 "Elezione di domicilio-Obbligo di Sede Operativa nel Comune di Orvieto"; all'art. 3.1 "Tipo di Servizio- procedure operative per la gestione delle aree di sosta"; all'art. 3.2. "Compiti dell'addetto"; agli artt. da 3.3. a 3.11; nonché alle clausole di cui al punto 3.12 "gestione delle emergenze di carattere ambientale"; punto 3.13 "Specifiche operative"; punto IV "Modalità di espletamento del servizio di pulizie" e in particolare punto 4.1. e punto 4.3 e 4.4; punto 5.1.2 "Requisiti di idoneità professionale"; punto 5.1.3 "requisiti di capacità economica e finanziaria"; punto 5.1.4 "Requisiti di capacità tecnico

professionali"; punto 5.2. "procedura di gara e criteri di aggiudicazione"; nonché dei relativi modelli allegati al bando di gara: Modello di formulario per il Documento di Gara Unico Europeo (DUGUE); il modello di dichiarazione punto 2) Busta A; modello di dichiarazione punto 3) Busta A; modello di dichiarazione punto 5) busta A; modello di dichiarazione punto 1) busta A domanda di partecipazione; modello Offerta;

- ogni altro verbale di gara e/o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, compresi, per quanto occorrer possa, la determinazione a contrarre del Comune di Orvieto n. 1225 del 30.12.2016; la determinazione del Comune di Orvieto n. 119 Del 15/02/2017; la deliberazione di Giunta Comunale n. 322 del 27.12.2016.

Il TAR ha in sintesi rilevato che:

- nell'affidamento di servizi eterogeni tra loro, le stazioni appaltanti devono procedere a gare separate, ovvero ad un'unica gara suddivisa in più lotti funzionali o prestazionali, conformemente al settore di lavori, servizi e forniture richiesti, al fine di garantire un adeguato livello di concorrenza, soprattutto tra piccole e medie imprese, che diversamente si vedrebbero estromesse in caso di accorpamento di prestazioni disomogenee;

- nel caso di specie, sussisteva una assoluta disomogeneità dei servizi oggetto della procedura di appalto, concernenti, da un lato, attività di presidio, videosorveglianza e prevenzione di atti vandalici, dall'altro, attività di pulizia, igiene, ordine e smaltimento rifiuti dei parcheggi di proprietà della stazione appaltante;

- in applicazione dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e favor participationis, la stazione appaltante avrebbe pertanto dovuto procedere all'affidamento di detti servizi con gare separate, trattandosi di prestazioni funzionalmente diverse tra loro, rispetto alle quali deve garantirsi l'apertura alla concorrenza e dunque l'economicità delle stesse nella misura più ampia possibile.

2. Il Comune di Orvieto ha contestato la correttezza di tale sentenza, deducendo i seguenti motivi di appello:

- in via preliminare, inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di legittimazione e difetto di interesse a ricorrere;

- error in iudicando, poiché la sentenza di primo grado avrebbe travisato l'oggetto dell'appalto mandato in gara, costituito dall'affidamento triennale "dei servizi di gestione e controllo di funzionamento delle aree di sosta automatizzata ed impianti di risalita meccanizzata ed altri servizi accessori..." (pulizia, nello specifico) non già di "attività di presidio, videosorveglianza e prevenzione di atti vandalici" (sentenza p.to 2.6);

- violazione, errata e/o falsa applicazione degli artt. 30, 51 e 81 d.lgs. n. 50-2016 e difetto di motivazione in relazione all'affermata disomogeneità dei servizi mandati in gara;

- violazione, errata e/o falsa applicazione degli artt. 48 e 89 d.lgs. n. 50-2016 in relazione all'interpretazione fornita dal primo giudice secondo cui l'astratta possibilità, per il concorrente, di raggrupparsi in ATI con altri operatori economici oppure di ricorrere all'avvalimento, non è idonea ad escludere un vulnus ai principi di concorrenza e par condicio;

- violazione, errata e/o falsa applicazione dell'art. 51 d.lgs. n. 50-2016, anche in relazione al considerando n. 78 della direttiva 2014/24/UE, travisamento dei fatti e difetto di motivazione, per mancato assolvimento, da parte dell'Amministrazione comunale, dell'onere motivazionale posto dall'art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50-2016.

3. All'udienza pubblica del 25 gennaio 2017 la causa veniva trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

1. Si può prescindere dalla preliminare eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, formulata dal Comune appellante con il primo motivo di appello, stante l'infondatezza nel merito dello stesso, in base a quanto dedotto con i motivi di appello e sulla scorte delle osservazioni che seguono.

2. In primo luogo, si deve rilevare che l'oggetto della procedura aperta, come emerge dalla

lettura delle relative clausole del bando e del disciplinare concerne: "i servizi di gestione e controllo di tutte le attività di funzionamento delle aree di sosta automatizzata ed impianti di risalita meccanizzata ed altri servizi accessori da svolgersi all'interno delle aree, dei parcheggi e degli immobili del Comune di Orvieto".

Il TAR Umbria ha fornito, nella sentenza impugnata, una definizione dei servizi oggetto di gara ("attività di presidio, videosorveglianza e prevenzione di atti vandalici, dall'altro, attività di pulizia, igiene, ordine e smaltimento dei rifiuti dei parcheggi di proprietà della stazione appaltante") che non è condivisibile; ha poi dedotto l'assoluta disomogeneità dei servizi oggetto di affidamento, concludendo che si sarebbe dovuto procedere mediante gare separate, trattandosi di prestazioni funzionalmente diverse fra loro.

La Sezione osserva che la disciplina di gara non contiene alcun riferimento ai servizi di "vigilanza e custodia" di beni mobiliari ed immobiliari ("attività di presidio, videosorveglianza e prevenzione di atti vandalici"), come emerge dall'esame degli artt. da 3.1 a 3.13 del Capitolato speciale di appalto, che definiscono in dettaglio le attività prestazionali poste a carico del gestore e le specifiche operative richieste e da cui si evince inequivocabilmente che oggetto di appalto non è la "vigilanza e custodia", bensì la "gestione e controllo delle attività di funzionamento" delle aree di sosta automatizzate e degli impianti di risalita.

Pertanto, già il presupposto del ragionamento del TAR non si può condividere.

3. Basandosi sull'"assoluta disomogeneità" dei servizi oggetto di affidamento unitario, il TAR ha inoltre affermato la necessità di un'unica gara suddivisa in lotti, al fine di garantire l'accesso alla selezione da parte delle micro-imprese, piccole e medie imprese, le quali, "diversamente, si vedrebbero estromesse in caso di accorpamento di prestazioni disomogenee", alla luce della disciplina normativa di cui agli artt. 30, 51 e 81 d.lgs. n. 50-2016.

Nel caso in esame tuttavia può ragionevolmente escludersi che la disciplina di gara contestata possa produrre effetti restrittivi della concorrenza in danno alle micro-piccole e medie imprese, stante il valore economico oggettivamente modesto dell'appalto (Euro 344.265,00 nel triennio).

Peraltro, è pur vero che l'art. 51 d.lgs. n. 50-2016 ha mantenuto il principio della suddivisione in lotti, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese alle gare

pubbliche, già previsto dall'art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 163-2006; tuttavia, nel nuovo regime, il principio non risulta posto in termini assoluti ed inderogabili, giacché il medesimo art. 51, comma 1, secondo periodo afferma che "le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito o nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139".

Il principio della suddivisione in lotti può dunque essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669) ed è espressione di scelta discrezionale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081), sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria, in ordine alla decisione di frazionare o meno un appalto "di grosse dimensioni" in lotti, mentre, come detto, l'appalto in esame non è di elevato importo economico e la scelta del Comune di Orvieto è motivata, come sarà meglio esplicitato ai punti nn. 4 e 5 della presente decisione, in modo del tutto ragionevole e, perciò, sottratta al sindacato del giudice di legittimità, non ravvisandosi manifesta illogicità, irragionevolezza o arbitrarietà nel tenore della medesima.

4. In particolare, ad avviso della Sezione, l'adozione dell'opzione del lotto unico risulta ragionevole perché la commessa riveste carattere unitario, in quanto sia il servizio di gestione e controllo sia il servizio complementare di pulizia hanno ad oggetto le medesime aree di parcheggio e i medesimi impianti di risalita.

Inoltre, si tratta di servizi che rispondono alla medesima finalità di garantire il corretto funzionamento e la migliore fruibilità del sistema integrato composto da parcheggi e impianti di mobilità alternativa.

La scelta di non frazionare l'appalto in lotti, nel caso in cui l'unitarietà sia imposta dall'oggetto dell'appalto e dalle modalità esecutive scaturenti dalla situazione materiale e giuridica dei luoghi entro cui operare può ritenersi ragionevole e non illogica o arbitraria: non può sottacersi infatti, sotto altro concorrente profilo, che le attività prestazionali oggetto dei suddetti servizi non esigono specializzazioni, né qualifiche particolari che impongano, giustificano o rendano anche solo opportuna una suddivisione in lotti.

5. La motivazione in ordine all'esigenza di accorpate i servizi oggetto di affidamento risulta puntualmente enunciata dall'Amministrazione comunale nella delibera di G.C. n. 322 del 27 dicembre 2016 (doc. 3 Comune), di approvazione del Capitolato d'onere per l'appalto dei servizi

in questione.

In particolare, con la suddetta delibera l'Amministrazione comunale ha dato atto che i parcheggi di Via Roma e Campo della Fiera con relativi impianti di mobilità alternativa risultano gestiti direttamente dal Comune con personale dipendente, mentre la gestione dell'area attrezzata a sosta breve di camper e caravan in Orvieto Scalo e quella degli impianti (scale mobili e ascensori) di Piazza della Pace è affidata in concessione, rispettivamente, a due diversi operatori economici.

Pertanto, ritenuta la gestione dei servizi legati ai parcheggi ed alla mobilità alternativa scelta strategico nell'amministrazione della città e considerata la volontà di investire per il completamento e miglioramento proprio dei servizi legati ai parcheggi e alla mobilità alternativa, l'amministrazione ha deciso non irragionevolmente potenziare e razionalizzare i servizi ausiliari di funzionamento, in particolare, rivestendo importanza fondamentale garantire un incremento del funzionamento dei collegamenti meccanizzati tra il parcheggio di Campo della Fiera ed il centro storico con una minima interruzione notturna ed al tempo stesso incrementare il livello di presidio e di sorveglianza di tutti gli impianti di mobilità alternativa attraverso il completo sistema di monitoraggio e controllo da remoto gestito da personale appositamente dedicato presso un'unica centrale operativa.

Inoltre, è stato ancora ragionevolmente ritenuto che costituisce, altresì, scelta strategica dell'Amministrazione, potenziare e razionalizzare la propria organizzazione interna preposta al funzionamento dei parcheggi attraverso il reimpiego delle due unità attualmente utilizzate per il presidio della cassa manuale e funzionale, rispetto agli obiettivi strategici sopra individuati, ed estendere il presidio, garantendone il funzionamento su un arco di tempo giornaliero di 20,5 ore, unificando conseguentemente in un unico appalto i seguenti servizi:

- a) gestione e controllo di tutte le attività di funzionamento delle aree di sosta automatizzata ed impianti di risalita sotto la direzione e il coordinamento dell'amministrazione comunale;
- b) mantenimento in stato di massima pulizia, igiene, ed ordine delle strutture oggetto del servizio stesso.

Pertanto, si è deciso di procedere a un diverso assetto organizzativo delle seguenti strutture:

- Parcheggio Campo della Fiera ("Collegamento con il centro storico attraverso impianti di scale mobili e ascensori"), aperto h. 24/24;

- Parcheggio Via Roma, aperto h. 24/24;

- Parcheggio Bus Piazza della Pace ("Collegamento alla Funicolare attraverso impianti di scale mobili e ascensori");

- Impianti di risalita scale mobili e ascensori ("N. 6 scale mobili, n. 2 tappeti mobili e n. 3 ascensori presso il parcheggio di Campo della Fiera").

Come è evidente la predetta motivazione, ampia e condivisibile, fonda legittimamente la scelta di non suddividere l'appalto in più lotti.

6. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di lite del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Gabriele Dammicco
2018

9 aprile

Sentenza Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2018 n. 2044

Con la sentenza dello scorso 3 aprile 2018, n. 2044, la Quinta sezione del Consiglio di Stato ha avuto modo di pronunciarsi in merito al c.d. *principio della suddivisione in lotti dell'appalto* il

quale, come noto, trova espressione all'art. 51 del Codice degli Appalti.

La controversia oggetto della citata decisione ha avuto origine, in primo grado, in seguito all'impugnazione, da parte della Società Securpool s.r.l., del bando e di tutti gli atti relativi alla gara per lo svolgimento del servizio di gestione e controllo delle attività funzionamento delle aree di sosta automatizzata e degli impianti di risalita meccanizzata, nonché di ulteriori servizi accessori, all'interno delle aree adibite a parcheggi e degli immobili del Comune di Orvieto.

In quella sede, il TAR Umbria, sede di Perugia, Sez. I, con sentenza 17 maggio 2017 n. 391 aveva accolto il ricorso della predetta Società e, conseguentemente, annullato gli atti impugnati. Esso aveva riconosciuto, infatti, come, avendo la gara ad oggetto una pluralità eterogenea di servizi (segnatamente, attività di presidio, videosorveglianza e prevenzione degli atti vandalici, e attività di pulizia, igiene, ordine e smaltimento dei rifiuti dei parcheggi), la Stazione Appaltante fosse tenuta a procedere a gare separate ovvero, in alternativa, ad un'unica gara suddivisa in più lotti, al fine di rendere possibile l'accesso alle piccole e medie imprese e garantire, in tal modo, un adeguato livello di concorrenza.

Il Consiglio di Stato ha tuttavia riconosciuto l'erroneità della decisione del giudice di prime cure ed ha accolto il ricorso in appello promosso dal Comune di Orvieto.

Una volta rilevato, infatti, come sin dalle premesse non potesse essere condivisa la ricostruzione operata dal TAR in relazione all'oggetto dell'appalto, mancando nella documentazione di gara qualsiasi riferimento ai servizi di vigilanza e custodia, il Collegio ha successivamente affermato che **il principio della suddivisione in lotti** ex art. 51 del Codice degli Appalti, già previsto dal previgente Codice del 2006, alla luce dell'attuale assetto normativo **“non risulta posto in termini assoluti ed inderogabili, giacché il medesimo art. 51, comma 1, secondo periodo, afferma che «le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito o nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139»”**.

Proprio prendendo a riferimento tale ultimo inciso, il Consiglio di Stato, nel caso di specie, ha ritenuto la motivazione dell'Amministrazione in ordine alla volontà di accorpare i servizi oggetto di affidamento come *“puntualmente enunciata”* nella delibera di approvazione del Capitolato d'oneri per l'appalto dei servizi in questione. Essa infatti risultava fondata *“non irragionevolmente”* sull'esigenza di potenziare e razionalizzare i servizi ausiliari di funzionamento.

La scelta dell'Amministrazione risulta inoltre ragionevole sotto ulteriori e concorrenti profili. In primo luogo, la commessa possiede evidentemente carattere unitario, giacché sia il servizio di gestione e controllo che il servizio complementare di pulizia insistono sulle medesime aree di parcheggio e i medesimi impianti di risalita. Entrambi, inoltre, rispondono all'identica finalità di assicurare il corretto funzionamento e la migliore fruibilità del servizio integrato costituito da parcheggi e impianti di mobilità alternativa. È stata poi riconosciuta non priva di rilevanza la circostanza per la quale le attività oggetto dei servizi *“non esigono specializzazioni, né qualifiche particolari che impongano, giustificano o rendano anche solo opportuna una suddivisione in lotti”*.

In secondo luogo, il modesto valore economico dell'appalto – nel caso in esame, circa 350.000 euro nel triennio – è stato ritenuto valido elemento per riconoscere legittima la volontà del mantenimento di un unico lotto.

Il Consiglio di Stato ha dunque significativamente stabilito che *“il principio della suddivisione in lotti può ... essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata”*, citando a questo proposito precedente sentenza Cons. Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014 n. 4669, di tenore analogo. Tale decisione *“di frazionare o meno un appalto «di grosse dimensioni» in lotti”*, inoltre, **“è espressione di scelta discrezionale”**, come peraltro già affermato dalla medesima Sezione con sentenza 16 marzo 2016, n. 1081, pertanto **“sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza istruttoria”**.

Trova così conferma l'orientamento del Consiglio di Stato che, in ossequio alla lettera della norma, ha posto ancora una volta l'accento sull'onere motivazionale gravante sull'Amministrazione nell'ipotesi in cui questa intenda derogare al generale obbligo di suddivisione dell'appalto in lotti (cfr. di recente Cons. Stato, Sez. V, 21 marzo 2018 n. 1811 e Cons. Stato, Sez. III, 22 febbraio 2018 n. 1138), pur non riconoscendo a quest'ultimo valore assoluto ed inderogabile. È infine ribadito il carattere essenzialmente tecnico-economico della scelta della Stazione Appaltante circa la suddivisione in lotti dell'appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 13 novembre 2017, n. 5224).