

Parere n. 28 del 13/03/2013

PREC 210/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'AZIENDA OSPEDALIERA S. ANNA E S. SEBASTIANO - CASERTA - " *Fornitura dispositivi medici ed accessori per endoscopia digestiva occorrenti all'Azienda Ospedaliera S. Anna e S. Sebastiano di Caserta per un periodo di 12 mesi, rinnovabili per ulteriori 12 mesi* " - Importo complessivo presunto € 600.000,00 - S.A.: AZIENDA OSPEDALIERA S. ANNA E S. SEBASTIANO DI CASERTA

Artt. 114 del D.LGS. n. 163 del 2006, 310 e 311 del D.P.R. n. 207 del 2010 - Varianti in corso di esecuzione del contratto

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 20 luglio 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale l' AZIENDA OSPEDALIERA S. ANNA E S. SEBASTIANO DI CASERTA, con riferimento alla procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di fornitura di dispositivi medici ed accessori per endoscopia digestiva, chiede parere in merito alla legittimità della clausola di cui all'art.5 bis del Capitolato Speciale - "ULTERIORI SCONTI", del seguente tenore: " *In relazione alla consentita possibilità di acquistare i singoli prodotti in gara, il prezzo determinato in sede di aggiudicazione è suscettibile di ulteriori sconti in relazione al raggiungimento di determinati volumi di fornitura per ciascun articolo, come di seguito specificato:*

| | |
|---|------------------------|
| <i>maggiorazione dell'importo di aggiudicazione del 50%</i> | <i>sconto del 5%</i> |
| <i>maggiorazione dell'importo di aggiudicazione del 25%</i> | <i>sconto del 2,5%</i> |
| <i>maggiorazione dell'importo di aggiudicazione del 10%</i> | <i>sconto del 1,5%</i> |

A tale riguardo, la ditta fornitrice, al raggiungimento delle percentuali su indicate, con riferimento alla quantità ordinata, provvederà all'applicazione della percentuale di sconto sul prezzo di aggiudicazione, mediante emissione di apposita nota di credito e all'applicazione, su tutti i successivi ordini di fornitura, del prezzo così modificato".

Deduce l'istante che, con nota del 28 giugno 2012, ASSOBIOMEDICA, a seguito di diverse segnalazioni da parte di imprese associate, ha contestato la legittimità della clausola di cui all'art.5 bis suindicato, evidenziando che " *di fatto introduce un programma di sconti/ribassi non conforme alla normativa di settore e non previsto dal bando di gara, il quale determina una sostanziale modifica delle condizioni economiche in senso più favorevole rispetto alle risultanze dell'aggiudicazione in relazione agli acquisti eccedenti il fabbisogno stimato.*

Ciò determina una sostanziale violazione del c.d. divieto di rinegoziazione dei contenuti dell'offerta dopo l'aggiudicazione previsto dalla giurisprudenza sia nazionale che comunitaria, ma, soprattutto, viene posta in essere una palese violazione ed elusione della normativa di settore che limita la possibilità di imporre varianti quantitative dell'oggetto contrattuale esclusivamente nei limiti del c.d. "quinto d'obbligo" (20% in più o in meno), mentre nel caso di specie vengono previsti in sede di lex specialis anche aumenti del 50% dei quantitativi di fornitura rispetto a quanto indicato in gara.

Qualora tale limite venga superato l'ente appaltante è obbligato a valutare il nuovo fabbisogno ed indire una nuova gara.

Sul punto, si evidenzia, altresì, la grave lesione del principio della concorrenza soprattutto in ordine alle gravi conseguenze che ne deriverebbero nel caso concreto della mancata indizione della nuova gara per gli ordinativi superiori al c.d. quinto d'obbligo".

A confutazione degli assunti di ASSOBIOMEDICA la Stazione appaltante rileva che " *tale richiesta di cui all'art.5 (bis) del capitolato speciale nasce dalla possibilità di un incremento di materiale nel periodo di validità contrattuale, per specifiche patologie conseguenti a circostanze non prevedibili in sede di gara e dovute ad un afflusso di un maggior numero di pazienti da trattare. In tal caso, ripetere la procedura di gara, solo per alcuni prodotti ed a gara non ancora scaduta, non sarebbe utile, oltre che dispendioso, ed in ogni caso non si ritiene ricorra l'ipotesi di rinegoziazione poiché a fronte di un incremento di volumi di materiali forniti, conseguentemente a circostanze non prevedibili in sede di gara, il minimo miglioramento richiesto sembra congruo ed appropriato".*

ASSOBIMEDICA, formalmente avvisata dell'istruttoria con nota di questa Autorità in data 15 ottobre 2012, non ha inviato osservazioni al riguardo.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all'Autorità riguarda la procedura aperta indetta dall'AZIENDA OSPEDALIERA S. ANNA E S. SEBASTIANO DI CASERTA per l'affidamento dell'appalto di fornitura di dispositivi medici ed accessori per endoscopia digestiva, in particolare la legittimità o meno della clausola di cui all'art.5 bis del Capitolato Speciale che prevede "ULTERIORI SCONTI" con riferimento al prezzo

di aggiudicazione, in relazione al raggiungimento di determinati volumi di fornitura per ciascun articolo.

La clausola in questione è da ritenersi illegittima, al lume delle considerazioni che di seguito si espongono.

Innanzitutto, occorre leggere la clausola di cui all'art.5 bis in combinato disposto con quanto previsto all'art.1 - "OGGETTO" del medesimo Capitolato Speciale, che prevede: " *Il presente capitolato ha per oggetto la fornitura a carattere continuativo di DISPOSITIVI MEDICI ED ACCESSORI PER ENDOSCOPIA DIGESTIVA, occorrente alla Azienda Ospedaliera secondo specifica tipologia e le quantità annue presunte indicate in ciascun riferimento nel capitolato tecnico (Allegato C/4) unito al Disciplinare di gara.*

I prodotti dovranno corrispondere alle caratteristiche tecniche di cui al successivo art. 3, nonché a quelle di cui al capitolato tecnico sopraccitato.

Le quantità sono riferite ad un fabbisogno presunto di 12 mesi.

Le quantità sono puramente indicative e non tassative per l'Aggiudicatario il quale sarà tenuto a fornire soltanto quelle quantità che gli verranno richieste senza elevare protesta per il più come per il meno rispetto a quella indicata, a giudizio insindacabile dell'Azienda.

La suddetta Azienda potrà richiedere una variazione in aumento o in diminuzione della prestazione, che il fornitore sarà tenuto ad eseguire agli originari patti e condizioni, se contenuta entro il quinto dell'importo contrattuale e tale da non modificare la natura della prestazione inizialmente prevista nel contratto.

Oltre detto limite, quando per la completa o migliore prestazione del servizio o della fornitura occorra apportare variazioni quantitative o qualitative al contratto originario, si provvederà alla conclusione di un atto aggiuntivo, nella forma del contratto originario".

Preliminarmente, giova delineare l'attuale quadro normativo di riferimento.

In particolare, l'art.114 - "Varianti in corso di esecuzione del contratto" del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n.163/2006), dispone: "*Fermo quanto disposto dall'articolo 76, le varianti in corso di esecuzione sono ammesse nei casi stabiliti dal presente codice. Il regolamento determina gli eventuali casi in cui, nei contratti relativi a servizi e forniture, ovvero nei contratti misti che comprendono anche servizi o forniture, sono consentite varianti in corso di esecuzione, nel rispetto dell'articolo 132, in quanto compatibile*".

Il Regolamento adottato con D.P.R. n.207/2010 all'art. 310 - "Divieto di modifiche introdotte dall'esecutore" prevede che "1. *Nessuna variazione o modifica al contratto può essere introdotta dall'esecutore, se non è disposta dal direttore dell'esecuzione del contratto e preventivamente approvata dalla stazione appaltante nel rispetto delle condizioni e dei limiti previsti nell'art.311.*

2. Le modifiche non previamente autorizzate non danno titolo a pagamenti o rimborsi di sorta e, ove il direttore dell'esecuzione lo giudichi opportuno, comportano la rimessa in pristino, a carico dell'esecutore, della situazione originaria preesistente, secondo le disposizioni del direttore dell'esecuzione del contratto".

Il successivo art.311 dispone, poi, che "1. *La stazione appaltante non può richiedere alcuna variazione ai contratti stipulati, se non nei casi di seguito previsti.*

2. Ai sensi di quanto previsto dall'art.114, comma 2, del codice, la stazione appaltante può ammettere variazioni al contratto nei seguenti casi:

- a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;*
- b) per cause imprevedute e imprevedibili accertate dal responsabile del procedimento o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento in cui ha avuto inizio la procedura di selezione del contraente, che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità delle prestazioni eseguite;*
- c) per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni o dei luoghi sui quali si interviene, verificatisi nel corso di esecuzione del contratto.*

3. Sono inoltre ammesse, nell'esclusivo interesse della stazione appaltante, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento o alla migliore funzionalità della prestazione oggetto del contratto, a condizione che tali varianti non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in aumento o in diminuzione relativo a tali varianti non può superare il cinque per cento dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione della prestazione. Le varianti di cui al presente comma sono approvate dal responsabile del procedimento ovvero dal soggetto competente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante.

4. Nei casi previsti al comma 2, la stazione appaltante può chiedere all'esecutore una variazione in aumento o in diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza di un quinto del prezzo complessivo

previsto dal contratto che l'esecutore è tenuto ad eseguire, previa sottoscrizione di un atto di sottomissione, agli stessi patti, prezzi e condizioni del contratto originario senza diritto ad alcuna indennità ad eccezione del corrispettivo relativo alle nuove prestazioni. Nel caso in cui la variazione superi tale limite, la stazione appaltante procede alla stipula di un atto aggiuntivo al contratto principale dopo aver acquisito il consenso dell'esecutore.

5. L'esecutore è obbligato ad assoggettarsi alle variazioni di cui ai commi 2 e 3, alle stesse condizioni previste dal contratto.

6. In ogni caso l'esecutore ha l'obbligo di eseguire tutte quelle variazioni di carattere non sostanziale che siano ritenute opportune dalla stazione appaltante e che il direttore dell'esecuzione del contratto abbia ordinato, a condizione che non mutino sostanzialmente la natura delle attività oggetto del contratto e non comportino a carico dell'esecutore maggiori oneri".

L'art.114 del Codice ha, quindi, affidato al Regolamento l'individuazione delle ipotesi nelle quali è consentito il ricorso a "varianti" nell'ambito dei contratti di servizi e forniture, ovvero nei contratti misti che comprendono anche servizi e forniture, " *nel rispetto dell'art.132, in quanto compatibile*". Quest'ultima norma sostanzialmente recepisce la disciplina in tema di varianti negli appalti di lavori, già contenuta nell'art.25 della Legge Merloni, come modificato dalla L. n.415/1998.

L'art.132 del Regolamento individua, al comma 2, le "tassative" ipotesi che fanno eccezione alla regola della "immodificabilità del contratto", presupposta anche dall'art.131 e la cui *ratio* è da individuare nella tutela dei principi di *par condicio* e della concorrenza, essendo evidente che l'alterazione delle pattuizioni contrattuali introduce nuovi elementi che, ove esattamente enucleati in sede di gara, avrebbero potuto incidere sulla formulazione dell'offerta da parte dei concorrenti e, quindi, sull'esito dell'aggiudicazione.

La Suprema Corte (cfr. Cassazione, sez. I, 29 aprile 2006, n.10052) ha ritenuto al riguardo che " *l'elaborazione di varianti in corso d'opera - di norma costituente una mera facoltà della pubblica amministrazione committente (esercitabile in presenza delle condizioni previste dalla legge) - può configurarsi come espressione di un doveroso intento collaborativo del creditore, al fine di rendere possibile l'adempimento dell'appaltatore*".

La possibilità di introdurre le varianti disciplinate dal succitato comma 2 è però subordinata al rispetto del c.d. "quinto d'obbligo", analogamente a quanto già previsto per la generalità dei contratti pubblici (art. 11 del R.D. n. 2440/1923): il diritto potestativo della stazione appaltante di imporre all'esecutore variazioni contrattuali viene limitato quantitativamente all'aumento o alla riduzione del quinto del prezzo complessivo previsto in contratto. In tal caso, la modifica delle prestazioni viene disciplinata con un "atto di sottomissione", che deve necessariamente ricalcare la disciplina contrattuale originariamente prevista.

Superato il limite del "quinto d'obbligo", l'appaltatore può recedere dal contratto, ovvero le parti possono stipulare concordemente un "atto aggiuntivo" al contratto principale; in tal caso tale atto aggiuntivo integra un "nuovo" contratto, come tale non necessariamente soggetto alle originarie condizioni (cfr. Consiglio di Stato, sez.V, 15 dicembre 2005, n. 7130; TAR Sicilia - Catania, sez.I, 15 maggio 2008, n.922).

Passando ad esaminare la fattispecie in questione, la previsione di cui all'art.1 del Capitolato Speciale secondo cui " *La suddetta Azienda potrà richiedere una variazione in aumento od in diminuzione della prestazione, che il fornitore sarà tenuto ad eseguire agli originari patti e condizioni, se contenuta entro il quinto dell'importo contrattuale e tale da non modificare la natura della prestazione inizialmente prevista nel contratto. Oltre detto limite, quando per la completa o migliore prestazione del servizio o della fornitura occorra apportare variazioni quantitative o qualitative al contratto originario, si provvederà alla conclusione di un atto aggiuntivo, nella forma del contratto originario*" va interpretata in conformità alla disciplina normativa vigente ed appare legittima nei limiti in cui la si intenda comunque subordinata alla ricorrenza di una delle tassative ipotesi di cui al comma 2 dell'art.311 succitato.

D'altra parte, la clausola di cui all'art.5 bis risulta illegittima, per come formulata.

Ed invero, la previsione di "ulteriori sconti" *sic et simpliciter* a fronte di determinati volumi di fornitura, addirittura comportanti una "maggiorazione dell'importo di aggiudicazione del 50%", presupporrebbe e consentirebbe uno stravolgimento " *a posteriori*" delle originarie previsioni della *lex specialis* di gara, integrando una evidente violazione della disciplina normativa sopra enucleata, che subordina l'esercizio dello "ius variandi" da parte della Stazione appaltante al rispetto delle tassative condizioni dalla stessa previste.

Ciò non esclude che l'Azienda possa avvalersi delle facoltà previste dal succitato art.311, al ricorrere dei presupposti dallo stesso enucleati.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che sia illegittima la clausola di cui all'art.5 bis del Capitolato Speciale dell'appalto di fornitura in oggetto meglio specificato, che prevede "ulteriori sconti" in relazione al raggiungimento di determinati volumi di fornitura per ciascun articolo, a partire da una maggiorazione dell'importo di aggiudicazione del 10%.

Il Consigliere Relatore: Sergio Gallo

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 aprile

Il Segretario Maria Esposito