

AG-43/09

14 gennaio 2010

Oggetto: Regione siciliana. Azienda Sanitaria Provinciale di Enna. Richiesta di parere in ordine alla possibilità di estensione del contratto di servizio di pulizia.

In esito a quanto richiesto con nota n. 3103 del 1 ottobre 2009 si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 12-14 gennaio 2010 ha approvato le seguenti considerazioni.

L'art. 8, comma 2 della legge regionale 14 aprile 2009, n. 5, dopo aver istituito le Aziende sanitarie provinciali (A.S.P.), prescrive che "Le costituite Aziende sanitarie provinciali subentrano nelle funzioni, nelle attività e nelle competenze delle Aziende soppresse e succedono in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi di qualunque genere nonché nel patrimonio già di titolarità delle soppresse Aziende".

Si pone pertanto il problema di definire la sorte dei contratti stipulati prima della fusione dalle Aziende ora soppresse. La questione appare strettamente legata a quella attinente alla possibilità di apportare modifiche contrattuali successivamente alla stipula.

A tal proposito occorre evidenziare l'orientamento del Consiglio di Stato, nella vigenza della legge 11 febbraio 1994, n. 109, in ordine alle modifiche del contratto apportate in corso di esecuzione, secondo il quale "se fosse ammissibile la rinegoziazione delle condizioni alle quali è intervenuta l'aggiudicazione dopo la stipula del contratto non vi sarebbe ostacolo ad una serie indeterminata di richieste di modifica delle condizioni stesse da parte degli aggiudicatari, che sarebbero indotti a mantenere le offerte al minimo al momento della presentazione per conseguire l'aggiudicazione, per poi recuperare condizioni più favorevoli nel corso della esecuzione del contratto negoziando modifiche vantaggiose quanto al prezzo o al contenuto della prestazione ovvero alle modalità di esecuzione della prestazione stessa. Da altra angolazione una impostazione di questo tipo sarebbe esclusa per il divieto dello *jus variandi* delle Amministrazioni nel corso della esecuzione dei contratti. E' noto che la facoltà di modificare l'oggetto contrattuale è oggi ristretta fortemente dall'art. 25 della legge 109/1994 e successive modifiche e non è consentito, al di fuori della casistica individuata in tale disposizione, che opera solo per i lavori pubblici e non per i contratti di servizi o di fornitura, consentire modifiche non contemplate da disposizioni di deroga al principio stesso" (CDS, 13/11/2002, n. 6281).

Si rileva che il contenuto dell'art. 25 della legge 109/94 sulle varianti in corso d'opera è stato riprodotto all'art. 132 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 con riferimento specifico ai soli contratti di lavori, mentre l'art. 114, comma 2 del Codice ha rimandato al nuovo regolamento di attuazione la disciplina delle ipotesi di varianti in corso di esecuzione anche per i contratti di servizi e forniture, nel rispetto del citato art. 132 in quanto compatibile.

Ne deriva che, in attesa dell'emanazione del suddetto regolamento, e al fine di ipotizzare estensioni dell'oggetto dei contratti di servizi in essere, occorre fare riferimento alle norme vigenti sulla contabilità di Stato, in particolare all'art. 11 del R.d. 18/11/1923 n. 2440, ai sensi del quale "qualora, nel corso dell'esecuzione, occorra un aumento o una diminuzione nelle opere, lavori o forniture, l'appaltatore è obbligato ad assoggettarvisi alle stesse condizioni fino alla concorrenza del quinto del prezzo di appalto. Al di là di questo limite egli ha diritto alla risoluzione del contratto", e all'art. 120 del Regolamento R.d. 23/5/1924, n. 827, in base al quale, nel caso di aumento o diminuzione oltre il quinto "l'appaltatore, ove non si valga del diritto alla risoluzione del contratto, è obbligato ad assoggettarsi all'aumento o alla diminuzione".

E' utile evidenziare quindi la disciplina, prevista all'art. 311 dello schema di nuovo regolamento di attuazione, in ordine alle varianti introdotte dalla stazione appaltante ai sensi del citato art. 114, comma 2 del D.Lgs. 163/2006.

Essa riproduce in parte i casi tassativi già contemplati all'art. 132 del Codice dei contratti, pertanto "2.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 delle prestazioni 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."

Alla luce di quanto sopra esposto, e in attesa dell'emanazione del suddetto regolamento, appare possibile, nel rispetto della vigente disciplina di contabilità di Stato, la stipula di un atto aggiuntivo al fine di apportare variazioni all'oggetto di un contratto di servizi, a condizione che l'impresa titolare del rapporto contrattuale possieda i requisiti di idoneità economica, finanziaria, tecnica e professionale richiesti per l'affidamento dell'ulteriore servizio.

Nel caso di specie pertanto, in considerazione delle sopravvenute disposizioni della legge regionale che impongono il subentro del nuovo soggetto nei contratti in essere, occorre individuare il contratto cui dovrà accedere il suddetto atto aggiuntivo, nonché valutare attentamente le conseguenze di un recesso, in termini di possibili richieste di risarcimento dei danni. Per ciò che concerne, in particolare, una possibile estensione della Convenzione Consip di *facility management* per immobili a uso ufficio, spetterà alla stazione appaltante, in considerazione dei contenuti della Convenzione stessa, valutare una tale possibilità. Può solamente rilevarsi che il servizio di pulizia in ambito ospedaliero richiede di norma cautele particolari, che infatti giustificano generalmente la richiesta di requisiti più rigorosi ai fini della partecipazione alle gare.

Si invita pertanto codesta stazione appaltante a valutare le possibilità alternative di estensione contrattuale, tenendo conto, per i contratti in essere, del tempo contrattuale residuo e dei requisiti posseduti dalle imprese, nonché della possibilità dell'instaurarsi di contenziosi in caso di recesso.

In conclusione, onde evitare di incorrere in ipotesi di danno erariale, occorre da parte della stazione appaltante una valutazione ponderata della convenienza economica di una siffatta estensione contrattuale, che tenga conto di tutti gli aspetti della vicenda, non ultimi l'entità di eventuali risarcimenti da corrispondere, anche in ragione della maggiore o minore durata del contratto oggetto di recesso.

In alternativa, la stazione appaltante è chiamata a valutare la possibilità di una prosecuzione dei rapporti in essere fino alla scadenza naturale (non esercitando o riducendo convenientemente i periodi di proroga), onde attivare poi, appena possibile, una nuova procedura di gara unitaria.

Appare inoltre opportuno che la stazione appaltante, nell'ambito delle condizioni sopra indicate, valuti gli inconvenienti che potrebbero crearsi con la presenza di più ditte negli stessi locali, organizzando eventualmente un coordinamento efficiente del servizio di pulizia nei luoghi interessati.

Firmato:

Avv. Giuseppe Busia