



.....OMISSIS.....

Oggetto

Estensione della fornitura del servizio di pulizia lotto 14 della Convenzione Consip - art. 106 d.lgs. 50/2016 - richiesta parere.

FUNZ CONS 56/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 28 luglio 2023 ed acquisita al prot. Aut. n. 62047, 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 dell'8 novembre 2023, 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. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con il quesito proposto l'istante evidenzia che ai sensi della L.R. 33/2021, la stessa è stata costituita a seguito della fusione di due aziende ospedaliere. Una di esse, nel 2022, ha aderito alla convenzione in oggetto, stipulando con il fornitore un contratto della durata di quattro anni. Al fine di garantire il servizio di pulizia anche nel secondo presidio ospedaliero, confluito nell'azienda istante, quest'ultima intende procedere ad una variazione del contratto sopra indicato, ai sensi dell'art. 106 del d.lgs. 50/2016, posto che un eventuale cambiamento dell'attuale appaltatore, nei termini illustrati nell'istanza, (i) sarebbe impraticabile per motivi economici, tecnici, funzionali, (ii) non supererebbe il 50% del valore del contratto iniziale, (iii) non comporterebbe modifiche sostanziali al contratto e (v) deriverebbe dalle intervenute disposizioni della citata L.R. 33/2021 che ha previsto l'istituzione di un'unica azienda ospedaliera incorporante le due già esistenti. Si chiede quindi all'Autorità di esprimere avviso in ordine alla conformità alle disposizioni dell'art. 106 del Codice, della variazione contrattuale sopra indicata.

Al fine di fornire riscontro alla richiesta di parere, si osserva preliminarmente che la stessa, per come formulata, sembra afferire alle disposizioni dell'art. 106, comma 1, lett. b) del d.lgs. 50/2016. Tale disposizione stabilisce, infatti, che i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento (tra altro) «b) per lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti, fatto salvo quanto previsto dal comma 7 per gli appalti nei settori ordinari: 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o

impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; 2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi».

In relazione alla norma richiamata, l'Autorità ha chiarito che la fattispecie dei c.d. lavori/servizi complementari, prevista nel d.lgs. 163/2006 quale ipotesi per il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando (art. 57), rappresenta ora uno dei casi in cui la stazione appaltante può procedere a modifiche del contratto in corso di esecuzione, purché sussistano le condizioni espressamente e tassativamente indicate dall'art. 106 e l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50 per cento del valore iniziale del contratto (salvo il caso di più modifiche successive, nel qual caso tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica) (Delibera n. 388 del 12 aprile 2017).

Quanto ai presupposti per ricorrere all'affidamento di prestazioni supplementari in favore dell'appaltatore, l'art. 106 specifica che ai fini del legittimo ricorso all'istituto in esame, occorre che i lavori/servizi/forniture supplementari, non previsti nell'appalto iniziale, siano divenuti "necessari", nel caso in cui un cambiamento del contraente produca gli effetti indicati nella norma stessa, con riguardo all'impraticabilità della sostituzione del contraente originario per motivi economici o tecnici o a ritardi/aggravi/costi a carico della stazione appaltante. Inoltre non si fa più riferimento, come nel previgente art. 57, comma 5, lett. a), a "circostanze impreviste" (che costituiscono autonoma causa di ricorso alle varianti). Con riferimento all'importo del 50% del valore del contratto, che in passato rappresentava un limite massimo entro il quale si potevano affidare al contraente originario lavori e servizi complementari, nelle disposizioni dell'art. 106 tale vincolo non appare confermato, posto che ai sensi del comma 7 dell'art. 106, in caso di più modifiche successive, detto limite è calcolato con riferimento al valore di ciascuna modifica (delibera n. 388/2017 citata).

L'Autorità ha aggiunto al riguardo che la motivazione in ordine al ricorso alla variazione contrattuale prevista dalla norma citata, «deve essere particolarmente circostanziata e non può limitarsi a fare un generico richiamo a "sopravvenute esigenze", La motivazione, infatti, non potrà limitarsi ad indicare supposti vantaggi di natura tecnica o economica derivanti dall'utilizzo dell'istituto dei lavori supplementari, *ma dovrà specificare gli effettivi problemi o difficoltà cui si addiverrebbe seguendo le regole concorrenziali e di evidenza pubblica*. A tal proposito, la giurisprudenza ha chiarito che "la disposizione primaria che consente la deroga all'obbligo della gara richiede però, rigorosamente, non la generica sussistenza di un vantaggio di tipo tecnico, ma piuttosto la sussistenza di un requisito logicamente simmetrico e speculare, vale a dire la documentata impossibilità di interazione rispetto agli strumenti dell'appalto iniziale" (Consiglio di Stato, sez. III, 07.10.2020 n. 5962)» (Delibera n. 12/2023).

Anche la giurisprudenza amministrativa ha osservato che «lo strumento [previsto dall'art. 106, comma 1, lett. b) del d. lgs 18 aprile 2016, n. 50] (...), assolutamente derogatorio rispetto al principio del confronto concorrenziale e alla regola della gara, è rigidamente perimetrato da una serie di presupposti (...). In particolare, l'oggetto della modifica dell'originario contratto deve avere riguardo a lavori, servizi o forniture: - "supplementari" rispetto all'iniziale oggetto negoziale; - "resisi necessari" (dunque, per necessità insorta successivamente all'originaria aggiudicazione); - non ricompresi nell'appalto iniziale. Inoltre, in aggiunta alle superiori condizioni, la disposizione richiede che la messa a gara comporti, con il possibile cambio di contraente, sia il mancato rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale, ovvero altre difficoltà di tipo economico o tecnico in tal senso; sia notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi per l'ente aggiudicatore. (...) Invero la nozione di servizi supplementari, dovendo essere interpretata sia in adesione al suo significato letterale che con il rigore imposto dalla deviazione dalle regole concorrenziali che essa

(eccezionalmente) importa, ha riguardo non già a prestazioni meramente aggiuntive, bensì a prestazioni ulteriori, funzionalmente connesse a quella originaria, che la integrino in quanto necessarie (per ragioni sopravvenute) ad assicurare quest'ultima (...)» (Consiglio di Stato, III, n. 5962/2020).

Sulla base di tale avviso lo stesso giudice amministrativo ha ritenuto *non* sussistenti i presupposti per l'applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. b) del Codice, nel caso dell'estensione dello stesso servizio a presidi ospedalieri "*altri e autonomi rispetto a quello oggetto del contratto aggiudicato mediante gara*", osservando che in tal caso non può ritenersi sussistente né "*il requisito del carattere supplementare del servizio aggiuntivo*" inteso come sopra (trattandosi dello stesso servizio), né "*l'ulteriore requisito della documentata esistenza di significative difficoltà di tipo tecnico correlate al cambio di contraente, attesa proprio la diversità degli ambiti ove avrebbe dovuto essere resa la prestazione, e la conseguente autonomia logistica degli stessi*", osservando inoltre che "*la disposizione in esame è dettata in relazione ad un'estensione che presuppone l'unitarietà dell'oggetto negoziale, e non - come riscontrato nella fattispecie in esame - l'autonomia logistica delle prestazioni aggiunte rispetto a quelle originariamente pattuite*" (Cons. di Stato n. 5962/2020 cit.).

Per quanto sopra, è consentito ricorrere alla variazione contrattuale ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. b) del d.lgs. 50/2016, esclusivamente nel caso in cui ricorrano i presupposti rigidamente elencati dalla norma e che non consentono alla stazione appaltante di svolgere una procedura di gara per l'affidamento a terzi del contratto d'appalto.

Si aggiunga a quanto sopra che il ricorso a modifiche contrattuali non può essere fatto con finalità elusive della normativa dettata dal Codice (art. 106, co. 7), aggirando quindi l'obbligo dell'affidamento mediante procedura di gara, né può comportare variazioni sostanziali del contratto d'appalto (art. 106, co. 4).

L'Autorità ha chiarito al riguardo che tali previsioni sono in linea sia con le direttive 23/2014/UE e 24/2014/UE, le quali prevedono all'art. 43 e all'art. 72 che la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto, sia con l'orientamento giurisprudenziale a tenore del quale (TAR Lazio Roma, sez. II-bis, 15 aprile 2013, n. 3801) occorre distinguere le varianti (consentite) in corso di esecuzione dalla rinegoziazione (non consentita). A questa stregua, le modifiche dell'opera/servizio sono vietate nella misura in cui abbiano attitudine a mutare in modo significativo il regolamento negoziale, conducendo alla realizzazione di opere/servizi differenti rispetto a quelle poste a base di gara (delibera n. 388/2017).

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di appalto devono ritenersi equivalenti ad una nuova aggiudicazione quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (Corte giustizia CE Grande Sezione, 13 aprile 2010, n. 91). Inoltre, la modifica di un contratto in corso di validità deve ritenersi "sostanziale" qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata (CGCE, sentenza 19 giugno 2008, causa C-454/06; CGE, sentenza 18 settembre 2019, C-526/17).

Alla luce di quanto sopra, pertanto, è prevista la possibilità per la stazione appaltante di procedere ad una modifica del contratto d'appalto, senza una nuova procedura di aggiudicazione, per l'affidamento all'appaltatore dei lavori e dei servizi supplementari, non inclusi nel contratto

d'appalto a monte. Tale possibilità è tuttavia subordinata alla sussistenza dei presupposti tassativamente indicati dall'art. 106, comma 1, lett. b), del Codice; tra questi il rispetto del comma 7, il quale dispone che la modifica del rapporto contrattuale non può alterare considerevolmente gli elementi essenziali del contratto nel senso sopra indicato.

L'accertamento, adeguatamente motivato, dei presupposti legittimanti la modifica del contratto in corso di esecuzione ai sensi del citato art. 106 è rimesso all'esclusiva competenza e responsabilità della stazione appaltante, la quale è tenuta altresì a verificare se la suindicata modifica si configuri come "sostanziale", ossia se alteri considerevolmente gli elementi essenziali del contratto, quale fattispecie non ammessa dalla disciplina di settore.

Conclusivamente, in risposta al quesito posto, nel rimettere all'Amministrazione richiedente gli accertamenti sopra indicati, al fine di fornire un indirizzo alla stessa sulla base di quanto rappresentato nell'istanza, si osserva in primo luogo che la l.r. 33/2021, in quanto intervenuta prima della conclusione del contratto d'appalto (avvenuta nel 2022), non può, per tale motivo, costituire una circostanza "imprevista o imprevedibile", sopravvenuta in corso di esecuzione, legittimante una modifica del contratto stesso ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. c) del Codice.

Con riguardo alle previsioni dell'art. 106, comma 1, lett. b) del d.lgs. 50/2016, si osserva ulteriormente che nell'istanza di parere non sono indicate specifiche difficoltà di natura tecnica o economica, né notevoli disguidi o consistenti duplicazioni dei costi, che rendano impraticabile lo svolgimento di una gara d'appalto per l'affidamento del servizio a terzi, ma il ricorso alla variazione contrattuale ai sensi della norma citata, sembrerebbe derivare piuttosto da ragioni di opportunità per la stazione appaltante, quale ipotesi che non appare conforme al disposto dello stesso art. 106, da intendersi in maniera tassativa e restrittiva (in quanto derogatorio all'evidenza pubblica).

Sotto altro profilo, si richiama l'attenzione dell'Amministrazione in ordine alla possibile configurabilità, nel caso di specie, di una modifica sostanziale del contratto originario ai sensi del comma 4 dell'art. 106 del Codice, trattandosi dell'estensione del contratto stesso ad altro presidio ospedaliero, con caratteristiche e peculiarità sicuramente differenti da quello oggetto del predetto contratto.

Si sottolinea, infine, l'avviso giurisprudenziale sopra citato che, per fattispecie analoga (ancorché riferita a servizi di diversa natura) ha ritenuto non sussistenti i presupposti per l'applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. b) del Codice, nel caso dell'estensione dello stesso servizio a presidi ospedalieri "altri e autonomi rispetto a quello oggetto del contratto aggiudicato mediante gara", sulla base delle motivazioni in precedenza illustrate.

Per quanto sopra, si rimette 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