



.....OMISSIS.....

Oggetto

Servizio igiene urbana - art. 106 comma 1 lett. a) e c) e comma 12 del d.lgs. 50/2016 - applicazione art. 10 CSA - Richiesta parere.

FUNZ CONS 3/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 9 dicembre 2021, acquisita al prot. Aut. n. 88416 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 2 febbraio 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 del 28 giugno 2017.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa all'applicabilità delle disposizioni dell'art. 106, comma 1, lett. a) e c) e comma 12, nonché dell'art. 10 del Capitolato speciale d'appalto (contemplante la disciplina del corrispettivo dell'appalto), nella fase successiva all'aggiudicazione definitiva, in attesa della stipula del contratto, per variazioni dell'importo dell'appalto dovute all'intervenuto dissesto finanziario dell'ente, si rappresenta quanto segue.

In primo luogo sembra utile ribadire il principio generale per cui «il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto, ciascuno con una propria autonomia e peculiare funzione nell'economia della procedura (il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando, di norma in relazione agli aspetti tecnici, anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale), ... costituiscono nel complesso la *lex specialis* di gara ed hanno natura vincolante per concorrenti e stazione appaltante (...)» (*ex multis* Delibera Anac n. 159/2021 - prec 23/2021/S e precedenti ivi richiamati).

Per consolidato orientamento giurisprudenziale infatti «quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. St., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502). L'autovincolo, com'è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire l'uso di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla *par condicio*: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti» (Consiglio di Stato, sez. III, 30.09.2020 n. 5746).

Per quanto sopra, pertanto, le previsioni della *lex specialis* non possono essere disattese né dagli operatori economici né dalla stazione appaltante, imponendo la corrispondenza fra l'appalto messo in gara e quello eseguito, in ossequio ai principi richiamati nell'art. 30 del d.lgs. 50/2016.

Il Codice contempla tuttavia una deroga ai principi sopra enucleati, in casi specifici e tassativi, fissati dall'art. 106 riferito alla "*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*", dunque applicabile *alla fase di esecuzione del contratto di appalto*.

Tale disposizione statuisce infatti che «le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende» (comma 1), aggiungendo che i *contratti di appalto possono essere modificati*, senza una nuova procedura di affidamento, (solo) nei casi indicati nei commi 1 e 2 della disposizione medesima, da ritenersi di stretta interpretazione secondo l'orientamento dell'Autorità.

Con Comunicato del Presidente del 21 marzo 2021 è stato sottolineato infatti (tra l'altro) che «l'articolo 106 del Codice introduce una deroga al principio generale dell'evidenza pubblica, con conseguente *divieto* di applicazione della norma medesima al di fuori delle ipotesi specificamente e tassativamente indicate». Tali ipotesi sono indicate nei commi 1 e 2 della disposizione *de qua*.

Tra le ipotesi di variazioni contrattuali ammesse, l'art. 106 contempla la possibilità, al comma 1, lett. a) ed e), di prevedere, già nei documenti di gara, le eventuali modifiche che possono essere apportate ai contratti in corso di esecuzione, ma solo se riferite a modifiche *non essenziali* nei sensi del comma 4 dell'art. 106. Laddove è considerata "sostanziale" la modifica che «a) introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione; b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale; c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto; d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d)» (comma 4 art. 106 del Codice).

La norma si pone in conformità al consolidato orientamento della Corte di Giustizia a tenore del quale la modifica di un appalto pubblico in corso di validità può 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, resa nella causa C-454/06; CGE, sentenza 18 settembre 2019, C-526/17).

Anche l'Autorità (ancorché in relazione al previgente d.lgs. 163/2006) ha osservato che «in via generale, deve escludersi che vi sia violazione del principio generale di determinatezza degli elementi essenziali della gara, in rapporto alle quantità del servizio o della fornitura, allorquando l'Amministrazione appaltante si avvalga di una clausola del bando in cui sia chiaramente previsto lo *ius variandi*, ossia la facoltà di modificare il corrispettivo dell'appalto, in positivo o in negativo, per la sopravvenienza di circostanze predeterminate: in tali casi, non si produce alcun comportamento lesivo della *par condicio* dei partecipanti, data la presenza di una disciplina cui l'Amministrazione stessa si è autovincolata in sede di gara (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2003 n. 1544; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 8 maggio 2003 n. 549). Resta fermo però che le condizioni essenziali del rapporto contrattuale, da instaurarsi all'esito della procedura di evidenza pubblica, vale a dire il suo oggetto, la durata ed il corrispettivo, devono comunque essere individuate e definite nella tipologia e nel nucleo essenziale, non potendo ridursi il capitolato di gara ad uno schema nel quale far convergere le esigenze

di volta in volta rinvenute dal committente (cfr. A.V.C.P., deliberazione 20 febbraio 2007 n. 40, ...)». Pertanto non può ritenersi conforme alla disciplina di settore, la clausola della *lex specialis* che non definisca chiaramente i confini entro cui l'amministrazione è autorizzata a muoversi, contemplando ipotesi di natura meramente esemplificativa tali da includere, eventualmente, modifiche anche sostanziali dell'oggetto del contratto (sulla base di tali considerazioni l'Autorità ha censurato la clausola di un capitolato d'appalto contenente la previsione per cui "*l'amministrazione si riserva la facoltà di apportare modifiche all'oggetto del contratto quali, ad esempio: l'organizzazione ed estensione dei servizi, la soppressione di alcuni di essi, la durata degli interventi previsti, le modalità del loro svolgimento, nonché una diversa presenza del personale addetto. In tali casi l'appaltatore è obbligato ad accettare tali modifiche, fino alla concorrenza, in diminuzione ovvero in aumento, del 30% dell'ammontare complessivo del contratto d'appalto senza da ciò ingenerare pretese sotto qualsiasi forma*" – in tal senso Parere n.82 del 30/05/2012- PREC 7/12/S).

Dunque la clausola relativa allo *ius variandi* non può consistere in una clausola "aperta" che renda indefiniti i margini entro i quali la stazione appaltante può richiedere all'appaltatore delle modifiche delle condizioni contrattuali, fino a spingersi alla richiesta di variazioni sostanziali, in quanto non ammesse dall'ordinamento (come oggi chiaramente indicato nell'art. 106 del Codice).

Anche le modifiche previste dal comma 12 del medesimo art. 106 (c.d. quinto d'obbligo), attengono a variazioni sopravvenute in fase di esecuzione del contratto. Infatti, «...la fattispecie prevista dal comma 12 si pone come eccezione anche rispetto alla generale regola della gara, consentendo all'Amministrazione di ampliare sotto il profilo quantitativo l'oggetto del contratto, fino a concorrenza del quinto dell'importo, mediante affidamento diretto di ulteriori prestazioni all'appaltatore. La natura derogatoria della normativa in discussione comporta che la stessa possa trovare applicazione *solo nei casi espressamente previsti, che sono pertanto di stretta interpretazione*. In tale prospettiva ermeneutica, deve reputarsi che l'ipotesi contemplata dal comma 12 – nell'inciso già citato: "qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni" – riguardi le sole circostanze imprevedibili e sopravvenute nel corso dell'esecuzione del rapporto e giammai *possa essere utilizzata per rimediare ad errori originari compiuti dalla stazione appaltante in sede di valutazione del fabbisogno ovvero per eludere gli obblighi discendenti dal rispetto delle procedure ad evidenza pubblica attraverso un artificioso frazionamento del contenuto delle prestazioni, ...*» (TAR Campania n. 5595/2020).

L'applicazione dell'art. 106 presuppone quindi che l'esigenza della variazione delle previsioni contrattuali sia emersa "*in corso di esecuzione*", senza possibilità di estenderne il campo di applicazione nella fase che precede la stipula. Tanto più nel caso in cui sussista un vizio genetico e noto della legge di gara che renda certa l'inadeguatezza delle prestazioni contrattuali ivi previste o dell'importo a base di gara, suscettibile di pregiudicare la regolare erogazione del servizio, tanto da rendere prevedibili già prima della stipulazione del contratto la necessità di modifiche essenziali in fase esecutiva (anche se contenute entro il c.d. quinto d'obbligo) (in termini Consiglio di Stato n. 1394/2020).

Conclusivamente sul punto, quindi, le disposizioni dell'art. 106 del Codice trovano applicazione *nella fase di esecuzione del contratto d'appalto* ai fini di apportare modifiche allo stesso, nelle circostanze ed entro i limiti indicati nella norma (e nelle eventuali previsioni relative alla *ius variandi* contenute nella *lex specialis* in coerenza con l'art. 106 nel senso indicato dall'Autorità), da ritenere tassativi in quanto derogatori all'evidenza pubblica, come sopra sottolineato.

Sull'argomento, tuttavia, vista la peculiarità del caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità, sembra possibile dare conto anche del recente indirizzo giurisprudenziale che ha valorizzato la *ratio* dell'art. 106 del Codice con riguardo non solo all'esigenza di governare le sopravvenienze contrattuali ma anche a quella di evitare (in un contesto in cui l'appello al mercato è la regola) vere e proprie forme

di diseconomia procedimentale. Più in dettaglio, il giudice amministrativo ha osservato che «Se è infatti evidente... che l'appello al mercato, e quindi il rigoroso rispetto dell'evidenza pubblica, è un pilastro del sistema eurounitario degli appalti, il medesimo sistema si ispira anche a principi di efficacia, economicità, celerità. Ora è del tutto ovvio che ogni azzeramento di una procedura amministrativa in assenza di specifiche illegittimità che la affliggano ha un costo (in termini di tempo e dispendio di inutile attività amministrativa) ed un rischio (a fronte degli altrui affidamenti nelle more consolidatisi) per l'amministrazione; si intende dire che la vanificazione di gare di per sé legittimamente condotte non è certo tra gli obiettivi dell'evidenza pubblica. E' anche evidente come diversa sia la situazione tra l'ipotesi in cui la gara sia *ex se* afflitta da illegittimità, condizione che la pone al di fuori del sistema dell'evidenza pubblica, e l'ipotesi ... in cui la gara sia in un certo senso stata "vittima" di meccanismi e forme di riorganizzazione, che pur competono legittimamente all'amministrazione ma possono finire per indurre, da un lato, una vanificazione di attività ~~ab origine~~ legittimamente posta in essere e, dall'altro, la frustrazione di posizioni di affidamento consolidate in capo a taluni operatori, con rischi anche economici per la parte pubblica. Ne consegue, in siffatti casi, un legittimo margine di valutazione (il cui ambito, come infra chiarito, per le rinegoziazioni risulta obiettivamente circoscritto dalla normativa) in capo all'amministrazione tra l'alternativa di rifare appello al mercato (con le diseconomie e i rischi già evidenziati) ovvero tentare (nei limiti consentiti dall'art. 106) di ricondurre il contratto ad utilità» (TAR Piemonte, n. 667/2021).

Sulla base di tali considerazioni, escludendo che possa procedersi a una modifica che alteri la natura generale del contratto o superi i limiti economici delle varianti ammesse dal Codice, il giudice amministrativo ha ritenuto ammissibile una modifica alle condizioni individuate in sede di aggiudicazione, in caso di situazione imprevista per la stazione appaltante, sopraggiunta dopo la *regolare* aggiudicazione dell'appalto e nelle more della stipula del contratto. In tale specifica ed eccezionale ipotesi, secondo il giudice amministrativo, la stazione appaltante può valutare se rinnovare la gara ovvero procedere alla modifica delle condizioni originarie dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 106 del Codice (fattispecie relativa ad una Asl che ha indetto una procedura di gara aperta per l'affidamento di una fornitura medica. La parziale revisione delle condizioni di aggiudicazione in tal caso si è resa necessaria a fronte della mancata riorganizzazione del sistema complessivo delle Asl torinesi).

È rimessa quindi alla stazione appaltante la valutazione della sussistenza delle speciali circostanze, come indicate dal giudice amministrativo, che possano giustificare il mantenimento dell'aggiudicazione della gara in luogo del rinnovo della procedura stessa, nel senso sopra indicato.

Ai fini di tale valutazione, inoltre, ove sia intercorso un notevole lasso di tempo tra l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del contratto, ancorché per circostanze eccezionali non prevedibili al momento dell'aggiudicazione, la stazione appaltante è tenuta a considerare altresì se l'importo del contratto, eventualmente rideterminato in diminuzione rispetto alle previsioni del bando, possa ritenersi non remunerativo per l'impresa e quindi pregiudicare la regolare erogazione del servizio, tanto da rendere prevedibili già prima della stipulazione del contratto la necessità di modifiche essenziali in fase esecutiva. Tali elementi devono essere attentamente valutati dall'amministrazione competente, in quanto strettamente funzionali a garantire l'interesse pubblico sotteso all'affidamento dell'appalto e, quindi, la corretta esecuzione del contratto.

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

Firmato digitalmente l'8 febbraio 2022