

## Al Comune di Bassano Romano

AG 40/12

11 aprile 2013

**Oggetto:** richiesta di parere - Comune di Bassano Romano - Gara per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani e raccolta differenziata - Modifica delle modalità di svolgimento del servizio in fase di esecuzione del contratto - Questioni relative all'interpretazione e applicazione dell'art. 57, comma 5 del Codice dei contratti pubblici.

In relazione all'istanza di parere in oggetto, si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, nella seduta del 10-11 aprile 2013, ha approvato le seguenti considerazioni.

Con note acquisite al protocollo dell'Autorità n. 85985, n. 85986 e n. 85987 del 7 settembre 2012, il Comune di Bassano Romano ha sottoposto una richiesta di parere concernente la modifica, in fase di esecuzione del contratto, delle modalità di svolgimento del servizio di raccolta, anche in forma differenziata, e trasporto dei rifiuti solidi urbani.

In particolare, l'Istante riferisce di aver stipulato un contratto della durata di cinque anni avente ad oggetto il servizio di raccolta dei rifiuti con il cd. "metodo stradale", che prevede il conferimento degli stessi, anche in forma differenziata, presso i cassonetti ubicati ai margini delle strade comunali.

L'istante assume che, dopo l'avvio della procedura di gara, la Regione Lazio in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 199 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 recante "Norme in materia ambientale", che, tra l'altro, impone la predisposizione di piani regionali per la gestione dei rifiuti, ha adottato il proprio Piano regionale, introducendo misure volte ad incentivare la raccolta differenziata, sulla base delle percentuali minime di rifiuti prodotti indicate dall'art. 205 del medesimo decreto, che impone la raccolta differenziata di: - almeno il quarantacinque per cento dei rifiuti entro il 31 dicembre 2008; - almeno il sessantacinque per cento dei rifiuti entro il 31 dicembre 2012.

Il Comune rileva che le asserite sopravvenienze normative, unitamente alle previsioni del bando di gara, consentirebbero la modifica delle modalità di svolgimento del servizio e dunque il passaggio dal metodo di raccolta cd. stradale alla raccolta dei rifiuti con il metodo cd. porta a porta, e ritiene che tale modifica, per la quale stima un aumento dei costi non superiore al cinquanta per cento dell'importo indicato nel contratto, non costituirebbe una variante in corso di esecuzione, ma implicherebbe piuttosto lo svolgimento di un servizio complementare o aggiuntivo a quello oggetto del contratto, suscettibile di essere affidato ai sensi dell'art. 57, comma 5 del Codice dei contratti pubblici direttamente all'appaltatore già selezionato con gara pubblica.

Il Comune richiama tuttavia altresì la disciplina del cd. quinto d'obbligo, che, come noto, determina la soggezione dell'appaltatore nei confronti della stazione appaltante, la quale può imporre all'appaltatore, alla ricorrenza di determinati presupposti, l'esecuzione di variazioni in aumento o in diminuzione, purché esse non superino il quinto dell'importo complessivo dell'appalto, a fronte del solo pagamento delle maggiori prestazioni eseguite e senza possibilità per l'appaltatore di sottrarsi a tale obbligo.

Ritenuta la questione meritevole di approfondimenti, è stato avviato il procedimento, dandone contestuale notizia all'istante con nota prot. 122786 del 20/12/2012.

Al fine di rendere il richiesto parere, appare preliminarmente opportuno esaminare l'art. 57, comma 5 del D. Lgs. 163/2006, recante la disciplina della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nella particolare ipotesi dell'affidamento di servizi complementari, la cui applicazione viene invocata dal Comune richiedente. Occorre innanzi tutto chiarire infatti che la disciplina recata dalla predetta disposizione differisce dall'istituto del "quinto d'obbligo", sul quale l'istante si sofferma diffusamente al fine di sottolineare la perdurante vigenza delle norme sulla contabilità generale dello Stato che lo disciplinano.

L'art. 57, comma 5 del D. Lgs. 163/2006, recante "Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara", elenca le ipotesi nelle quali le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante tale procedura, "dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre". Il comma 5 della disposizione in parola, in particolare dispone che "Nei contratti pubblici relativi a lavori e negli appalti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita: a) per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza impreveduta, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni:

a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento;

a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale".

La possibilità di esperire la predetta procedura in ordine a lavori e servizi "complementari", come già evidenziato dall'Autorità nel Parere sulla Normativa AG25-08, è legata alla ricorrenza degli

stringenti presupposti fissati dal legislatore (imprevedibilità della circostanza sopravvenuta, non separabilità dei lavori o servizi complementari rispetto al contratto iniziale, valore non superiore al 50% del valore iniziale). L'Autorità ha rammentato l'orientamento della Corte di Giustizia sul punto, la quale ritiene che: "Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto" (sentenza 5 ottobre 2000, causa C-337/98, Commissione/Francia). La Corte di Giustizia ha offerto altresì una nozione restrittiva della nozione di adeguamento contrattuale, per cui si è ritenuto non esistere una modifica contrattuale essenziale, comportante una nuova procedura di esecuzione, solo "nel caso in cui vengono eseguiti adeguamenti puramente tecnici del contratto a condizioni esterne modificate; fra questi ultimi rientrano la conversione in euro di corrispettivi originariamente espressi nella valuta nazionale e il riferimento ad un nuovo indice di garanzia di valore che come indice equivalente sia succeduto ad un indice fino ad allora utilizzato" (si cfr. conclusioni Avvocato generale 13.03.1008, C-454/06, domanda di pronuncia pregiudiziale Austria, sentenza III sezione, C-454/06, 19 giugno 2008).

Premesso quanto sopra, occorre considerare che nel caso di specie si tratterebbe di variare la modalità di esecuzione del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti, passando da un sistema "stradale" a un sistema "porta a porta" al fine di adeguare il servizio alle prescrizioni del Piano Regionale. L'istante sottolinea come "la esplicita previsione del servizio "porta a porta" nel Bando di Gara e nel Progetto presentato dalla Ditta Aggiudicataria ai sensi dell'art. 21 del Capitolato Speciale d'Appalto, non può far considerare tale passaggio come una variante al servizio principale, ma piuttosto lo svolgimento di un servizio complementare o aggiuntivo a quello già oggetto del Contratto".

Tuttavia, occorre rilevare, da un lato, che la modalità "porta a porta" era contemplata nel capitolato speciale d'appalto quale modalità possibile di raccolta differenziata (all'art. 21 del CSA si prevedeva l'attribuzione di un punteggio per il progetto per la raccolta differenziata a mezzo contenitori stradali e/o porta a porta) mentre la norma regolatrice della fattispecie prevede per l'appunto che si deve trattare di servizi "non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza impreveduta, sono divenuti necessari". Inoltre, appare dubbia anche la presenza di una "circostanza impreveduta". Si osserva infatti che la Delibera di Giunta della Regione Lazio n. 47/2008, richiamata dal Comune istante al fine di giustificare la necessità di passare al metodo porta a porta al fine di incrementare il livello di raccolta differenziata, risulta intervenuta in data 1° febbraio 2008 e, dalla documentazione prodotta, risulta altresì che il bando di gara per l'affidamento del servizio in questione è stato pubblicato nei mesi successivi. La determinazione del Comune di "adeguarsi" appare dunque quanto meno intempestiva (infatti gli obiettivi posti dalla suddetta Delibera, per lo meno da quanto risulta in atti, erano posti con riferimento al 31 dicembre 2008 e al 31 dicembre 2012, per quanto concerne l'incremento del livello di raccolta differenziata).

Per i sopra esposti motivi si ritiene che la fattispecie non possa essere inquadrata nell'ambito di un nuovo affidamento di servizi complementari, ai sensi del citato art. 57, comma 5 lett. a).

Sotto il diverso profilo delle varianti ammesse in corso di esecuzione, l'Autorità ha rammentato (Parere sulla Normativa AG-43/09) 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 (...)" (CDS, 13/11/2002, n. 6281).

Il contenuto dell'art. 25 della legge 109/94 sulle varianti in corso d'opera è stato poi 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 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.

Il Parere in parola, adottato prima dell'entrata in vigore del Regolamento n. 207/2010, concludeva sulla necessità, in mancanza di una disciplina specifica per servizi e forniture, di fare riferimento, al fine di ipotizzare estensioni dell'oggetto dei contratti di servizi in essere, 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".

A seguito dell'adozione del Regolamento di attuazione al Codice dei contratti, la disposizione

contenuta all'art. 311, recante appunto le "Varianti introdotte dalla stazione appaltante", al comma 2 prevede che "Ai sensi di quanto previsto dall'articolo 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".

Il comma 4 precisa poi che, in tali casi, "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 variazioni superi tale limite, la stazione appaltante procede alla stipula di un atto aggiuntivo al contratto principale dopo aver acquisito il consenso dell'esecutore". Ai sensi del comma 5 "L'esecutore è obbligato ad assoggettarsi alle variazioni di cui ai commi 2 e 3, alle stesse condizioni previste dal contratto".

Si deve però osservare che tale norma del D.P.R. 207/2010 non è applicabile al caso di specie, in virtù della norma transitoria dell'art. 357, comma 10, del medesimo D.P.R., in base alla quale "Le disposizioni della parte IV (contratti pubblici relativi a forniture e altri servizi nei settori ordinari) e parte V (contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori speciali) si applicano ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente regolamento, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente regolamento, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte".

Pertanto, giusto il disposto generalissimo dell'art. 11 del R.D. 2440/1923, ma anche dell'art. 114, comma 2, del D.Lgs. 163/2006, applicabili al caso in esame, appare possibile per la stazione appaltante ricondurre l'"ulteriore" affidamento nel rispetto della vigente disciplina di contabilità di Stato e quindi stipulare un atto aggiuntivo al fine di apportare variazioni alle modalità di espletamento 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 del servizio, nel rispetto naturalmente delle condizioni e delle previste scadenze contrattuali, oltre che del limite legale del cd quinto d'obbligo.

Maria Luisa Chimenti