

*Accordo di esecuzione di adeguamento del contratto di servizio in attuazione
Del Parere Anac n. 3/2022 reso al Comune di S. Marinella*

OGGETTO: Servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, servizi di nettezza urbana, servizi informativi-gestione centro isola ecologica - scrittura privata - esecuzione contratto - Determinazione Dirigenziale n. 1275 del 28 settembre 2021 relativa alla definizione del contratto del servizio di igiene urbana e spazzamento - Deliberazione di Giunta Comunale n. 136, relativa alla proposta effettuata all'aggiudicatario di applicate diverse condizioni economiche, a ribasso, rispetto alla procedura di gara di cui *infra*).

L'anno 2022, il giorno 03 del mese di marzo presso la nota sede comunale del Comune di Santa Marinella, sono presenti

da un lato, l'architetto Ermanno Mencarelli, quale Responsabile del Servizio V - VI ad interim del Comune di Santa Marinella, c.f. 02963250580, di seguito denominata Parte Committente;

dall'altro lato, Antonetti Emiliano, in qualità di procuratore della società Gesam s.r.l., con sede in Roma, via del Pianeta Venere n. 31-33, 00144, p.iva 07732631002, di seguito denominata Parte Appaltatrice, il quale interviene in nome e per conto della soc. Gesam stessa in forza di procura notarile dal Notaio Di Palma Wanda, registrato in Latina il 04/05/2015 al n. 4830;

Premesso che:

- a seguito della Deliberazione di Giunta Comunale n. 45/2015, l'Amministrazione in indirizzo ha approvato le Linee di indirizzo e nuova programmazione per l'affidamento del servizio di igiene urbana e raccolta, porta a porta, da espletare mediante procedura di evidenza pubblica;
- il progetto a base di gara di cui sopra, veniva approvato con Deliberazione di Giunta Comunale n. 7 del 20 gennaio 2016 e, successivamente, con Determinazione Dirigenziale n. 240 del 29 febbraio 2016, nella vigenza dell'art. 11 del d.lgs. n. 163/2006;
- con Determina Dirigenziale n. 264, del 23 aprile 2018 venivano approvati i verbali afferenti alla graduatoria di merito e la proposta di aggiudicazione in favore della Gesam s.r.l.;
- in applicazione di quanto sancito dal Consiglio di Stato, sentenza n. 274/2018, n. 2882/2009, n. 2151/2011, l'Amministrazione Comunale procedeva alla proroga tecnica per la salvaguardia della continuità del servizio *de quo*, per poi procedere alla revisione in riduzione, per l'impresa delle condizioni economiche sopra previste, giustificandone la legittimità a causa dell'intervenuto stato di dissesto finanziario dell'Ente comunale e quindi il mantenimento del PIANO TARI 2018;
- con successiva Deliberazione di Consiglio Comunale n. 21 del 26 luglio 2018 veniva dichiarato il dissesto finanziario dell'Ente (ai sensi dell'art. 246 del d.lgs. n. 267/2000), in conseguenza con Deliberazione del Consiglio Comunale n. 41 del 26 novembre 2018 veniva disposta l'approvazione del Bilancio stabilmente riequilibrato 2018-2020 e, quindi, del PIANO TARI comunale per il periodo 2018-2020 al più contenuto costo di euro **3.768.492,54**;

Rilevato altresì che:

- con DGC n. 136/2021 è stato approvato dall'Amministrazione indirizzo programmatico per il contenimento del servizio di igiene e spazzamento entro i costi annui già deliberati nel PIANO TARI 2018 ovvero € **3.768.492,54** per un importo complessivo nei 7 anni di € **26.379.447,78**, demandando al Responsabile del servizio gli adempimenti di competenza ovvero volti alla aggiudicazione definitiva e sottoscrizione del contratto;
- con DD 256/2021 RGN 1568 è stata approvata lo schema al contratto di igiene urbana in conformità agli indirizzi della DGC n. 136/2021;

- quindi, con Determinazione n. 328 del 29 dicembre 2021 si dava conferma dell'efficacia dell'originaria aggiudicazione in favore della Gesam s.r.l.;

Considerato che,

- la SA inviava formale istanza di parere all'ANAC al fine di conformare il proprio operato all'indirizzo espresso dall'Autorità in relazione alla portata applicativa dell'art. 106 del Cod. Contr. Pubblici, D.lgs. n. 50/2016;

- l'Autorità con **Parere n. 3/2021** ha ritenuto "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 e nelle more della stipula del contratto". In tale specifica ed eccezionale ipotesi secondo il Giudice Amministrativo la SA puòprocedere alla modifica delle condizioni originarie dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 106 del CodiceE' rimessa quindi alla SA la valutazione della sussistenza delle speciali circostanze, come indicate.....che possono giustificare il mantenimento della aggiudicazione di garaAi fini di tale valutazione inoltreancorché per circostanze eccezionali non prevedibili al momento della aggiudicazione, la SA è tenuta a considerare altresì se l'importo del contratto possa ritenersi 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 dalla Amministrazione, in quanto strettamente funzionali a garantire l'interesse pubblico.... e quindi la corretta esecuzione del contratto"

in considerazione di quanto sopra

ed in attuazione del Parere espresso dall'Autorità n. 3/2022 e in considerazione della riduzione del corrispettivo dell'appalto, effettuata unilateralmente dalla SA, le parti sin d'ora convengono e prevedono - "già prima della stipulazione del contratto (della necessità di modifiche essenziali in fase esecutiva.....per garantire l'interesse pubblico e quindi la corretta esecuzione del contratto" - la rimodulazione di alcuni servizi così come indicati e meglio precisati nella "Relazione" allegata come doc, "A" alla presente negoziazione, che ne forma parte integrante e sostanziale, posticipandone gli effetti con decorrenza dal momento del verbale di esecuzione del servizio effettuato dal DEC, da effettuarsi entro e non oltre mesi sei dalla sottoscrizione della presente. Il presente accordo ha effetto vincolante tra le parti ed integra il contratto contestualmente stipulato relativo al servizio di igiene pubblica.

Letto, confermato anche agli effetti degli artt. 1341 e 1342 c.c., comunque, essendo il presente atto stato oggetto di ampia negoziazione, concordato in ogni e specifica clausola, e previa sottoscrizione autenticata nelle firme da Notaio.

Santa Marinella, lì 03.03.2022

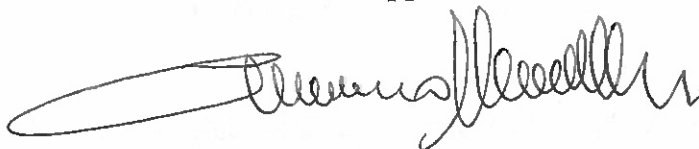
Si allega:

1. Allegato A;
2. Parere ANAC n. 3/2022.

Gesam s.r.l.



La Stazione Appaltante





Allegato A

Di seguito vengono evidenziate prestazioni secondarie che non saranno attivate o detratte dai servizi da svolgere - Serrature gravitazionali - Kit pannolini riutilizzabili - eco isola, eco punti, eco sconti - Bike Sharing - Smoke Box - Battello mangia rifiuti - Contenitori per Bau Beach - pannelli infografici - spazzamento con sweepy jet - passaggio straordinario di raccolta dei rifiuti in orario serale - raccolta rifiuti ingombranti (incremento) periodo invernale ed estivo - riduzione orari apertura ecocentro ed ecosportello invernale ed estivo - sostituzione dei mezzi elettrici con mezzi a trazione convenzionale efficienti per il servizio da svolgere - pergola fotovoltaica - ripristino post incidente - diserbo stradale - spazzino di quartiere - lavaggio strade - variazione del servizio di raccolta del verde con il posizionamento di due unità mobili settimanalmente in punti da concordare con la Stazione Appaltante, come viene attualmente svolto - eliminazione del secondo giro di raccolta per i rifiuti indifferenziati nel periodo estivo in quanto l'aumento del ritiro dei rifiuti in forma indifferenziata comporta un abbassamento delle percentuali di raccolta differenziata e pertanto una diminuzione degli obiettivi da raggiungere - raccolta dei rifiuti ingombranti a domicilio per un passaggio settimanale ed un massimo di tre pezzi a ritiro - la raccolta dei RAEE verrà effettuata solo presso l'isola ecologica - sgombrare neve - pulizia fontane e fontanili - il numero dei cestini gettacarta da acquistare dalla ditta appaltatrice verrà rimodulato in un numero di 150 cestini mono comparto e verrà riformulata una planimetria di dislocazione sul territorio - il numero di compostiere può tranquillamente essere ridotto a 200 unità, in quanto esse sono già state distribuite negli anni precedenti e pertanto i cittadini che vogliono intraprendere il compostaggio domestico ne sono attualmente forniti - anche per i cestini per le deiezioni canine si può prevedere che il numero richiesto possa essere dimezzato in quanto già l'attuale appaltatore del servizio ha provveduto all'acquisto di un cospicuo numero di unità già presenti nel territorio - il servizio di raccolta foglie seguirà l'andamento del piano di spazzamento previsto per la zona interessata - la ditta appaltatrice provvederà durante lo spazzamento a prestare particolare attenzione nel rimuovere i rifiuti che si depositano nei pressi delle caditoie e griglie di deflusso delle acque meteoriche, e segnalerà all'ufficio tecnico comunale eventuali anomalie o intasamenti per interventi specifici - al cittadino saranno forniti i sacchetti per la parte riguardante la raccolta differenziata della plastica, per gli altri si possono utilizzare tranquillamente quelli della spesa - tutti gli automezzi addetti alla raccolta ed allo spazzamento dovranno essere mezzi perfettamente funzionanti ed anche se non nuovi, dovranno essere efficienti, idonei alle funzioni a cui sono adibiti. (La disattivazione di tali servizi è variabile a seconda delle tempistiche di espletamento che vanno di pari passo con le specifiche esigenze naturalistiche che caratterizzano il contenuto dei servizi stessi su base stagionale; il servizio di pulizia delle spiagge verrà assicurato per la stagione estiva in corso e successivamente con accordo di rinegoziazione di cui al parere ANAC n. 3/2022)

Per quanto riguarda l'ECOSPORTELLO, la Stazione Appaltante mette a disposizione un locale idoneo per l'allestimento di un ufficio presso la sede comunale, presidiato da personale della Società Appaltatrice, tale disponibilità pone un filtro per arginare le persone che andrebbero a conferire con il personale dell'amministrazione relativamente ad argomenti o reclami per il servizio di raccolta o pulizia del territorio. (la tempistica di tale servizio è legata alla disponibilità dell'Ente nel mettere a disposizione il locale idoneo). Rimangono a carico dell'Appaltatore le spese di conduzione ordinaria e di bollettazione utenze.

Il servizio di lavaggio dei contenitori per la raccolta differenziata può essere svolto direttamente dall'esercente cui il contenitore è in dotazione, in quanto lo stesso è diventato di suo esclusivo utilizzo, ciò comporta una minor produzione di rifiuti da avviare allo smaltimento per il bene dell'amministrazione e di tutta la comunità. (la tempistica è legata all'approvvigionamento dei

Stefano Zucchi

lma

contenitori per la raccolta differenziata e dalla distribuzione degli stessi alla cittadinanza, circa 5 mesi)

Il servizio di taglio erba sui cigli stradali può essere supportato dalla Vs. Società Santa Marinella Servizi, con diretta gestione e dipendenza dall'Amministrazione Comunale; pertanto, con una gestione diretta l'Amministrazione avrà dei notevoli risparmi economici, con un elevato ritorno di immagine. In tale contesto viene inserito anche il servizio di taglio dell'erba con trincia offerto dalla ns. società e in sovrapposizione del servizio già svolto dalla Santa Marinella Servizi. (tale servizio verrà disattivato nel mese di maggio)

Per il servizio di spazzamento con l'evoluzione delle macchine autospazzatrici e il livello di operatività raggiunto dagli attuali modelli ci consentono, oggi, di operare agevolmente senza arrecare alcun apprezzabile disturbo all'utenza e le velocità operative che i mezzi possono raggiungere sono notevolmente superiori ai modelli precedenti e superano i 5.000 mq/ora. I veicoli che figurano nel nostro parco mezzi, tra l'altro, possiedono una serie di caratteristiche positive ampiamente sperimentate. Come richiesto, nella presente proposta verranno utilizzate 2 spazzatrici medio-grandi, nel periodo invernale che saranno aumentate di una ulteriore unità per il periodo estivo, già operanti sul territorio. (La disattivazione di tale servizio verrà messa in programma per gli inizi del mese di giugno, con la partenza delle attività del periodo estivo).

La fornitura dei sacchetti sarà effettuata solo per quanto riguarda i sacchi semitrasparenti per la raccolta differenziata della plastica per le altre tipologie di raccolta l'utente potrà utilizzare i sacchetti recuperati dalla spesa giornaliera, ciò comporterà una minor produzione di sacchetti di plastica con gran beneficio dell'ambiente ed i cittadini saranno portati a riutilizzare i sacchetti invece di buttarli.

Raccolta dei rifiuti indifferenziati, obiettivo delle attuali normative (nazionale ed europea) è quello di recuperare il maggior quantitativo possibile di materiale utile dai rifiuti e ridurre al massimo il materiale non recuperabile presente, quindi mantenere bassa la frequenza di raccolta del rifiuto indifferenziato ad 1 volta a settimana sia in estate che in inverno, induce comportamenti più consapevoli e virtuosi nella popolazione, favorendo così la riduzione dei rifiuti e l'aumento della raccolta differenziata, con notevole risparmio dei costi di smaltimento per la Stazione Appaltante, pertanto nel periodo estivo non verrà effettuato il doppio giro di raccolta dei rifiuti indifferenziati. Come già attualmente si sta effettuando il servizio. Il costo per il servizio di Supervisione e controllo dell'amministrazione è previsto per un ammontare massimo di euro 40.000,00 annui. (La disattivazione del servizio di raccolta rifiuti indifferenziati verrà messa in programma per il 15 di giugno, con la partenza del calendario di raccolta nel periodo estivo).

Un ulteriore risparmio ci giunge da parte della Città Metropolitana di Roma con l'offerta di circa 1600 Kit per la raccolta dei rifiuti differenziati porta a porta monoutenza e pertanto si possono sottrarre all'esborso della società appaltatrice l'acquisto dei Kit offerti. (La disattivazione di tale servizio verrà messa in programma già dall'inizio dell'appalto, in quanto la fornitura della Città Metropolitana è già stata acquisita dall'Ente).

Santa Marinella 3.3.22

Gesam S.r.l.

La Stazione Appaltante



Il Presidente

Comune di Santa Marinella
c.a. Sindaco
Avv. Pietro Tidei
Via Cicerone, 25
00058 - Santa Marinella (Roma)
Pec.: protocollosantamarinella@postacert.it

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 in *executivis* l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente

Veri-8
Aut. 10/2/2022

[Signature]

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.**

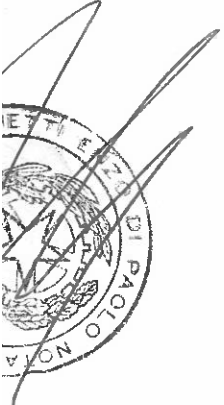
Tale disposizione statuisce infatti che «le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende» (comma 1), aggiungendo che i *contratti di appalto possono 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* ai 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, allorché 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 *jus 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 *jus 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.

COMUNE DI SANTA MARINELLA
Protocollo Arrivo N. 5163/2022 del 10-02-2022
Doc. Principale - Copia Del Documento Firmato Digitalmente



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 affiggano 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.



COMUNE DI SANTA MARINELLA
Protocollo Arrivo N. 5163/2022 del 10-02-2022
Doc. Principale - Copia Del Documento Firmato Digitalmente

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

GIUSEPPE BUSIA
AUTORITA' NAZIONALE
ANTICORRUZIONE -
ANAC
PRESIDENTE
08.02.2022 17:50:07
UTC

COMUNE DI SANTA MARINELLA
Protocollo Arrivo N. 5163/2022 del 10-02-2022
Doc. Principale - Copia Del Documento Firmato Digitalmente

Roberto De Luca
Carla

PAGINA IN BIANCO



VERA LA FIRMA

Io sottoscritto dottor Enzo Becchetti, Notaio in Roma, con studio in Via Angelo Brofferio n. 8, iscritto nel Ruolo dei Distretti Notarili Riuniti di Roma, Velletri e Civitavecchia,

CERTIFICO

Vera la firma apposta in mia presenza in calce al documento che precede previa lettura da me fattane dai Signori:

- **Mencarelli Ermanno**, nato a Civitavecchia il 14 Dicembre 1955, quale Responsabile del Servizio V – VI ad interim del Comune di Santa Marinella, c.f. 02963250580, di seguito denominata Parte Committente, avente i necessari poteri giusta Decreto del Sindaco del Comune di Santa Marinella n. 23 del 28.02.2022;

- **Antonetti Emiliano**, nato a Roma il 22 ottobre 1942, codice fiscale NTN MLN 42R22 H501E, in qualità di procuratore della società "**GESAM S.R.L.**", con sede in Roma, Via del Pianeta Venere n. 31-33, 00144, codice fiscale, partita IVA e numero di iscrizione al Registro delle Imprese di Roma 07732631002, numero REA: RM-1052977, capitale sociale Euro 100.000,00 (centomila virgola zero zero) i.v., indirizzo Pec: gesam.ambiente@pec.it, di seguito denominata Parte Appaltatrice, il quale interviene in nome e per conto della soc. Gesam stessa in forza di procura notarile Repertorio n. n.282/190 del Notaio Wanda Di Palma, registrato in Latina il 04/05/2015 al n. 4830, Serie 1T, della cui identità, qualifica e poteri io Notaio sono certo, previa lettura da me fattane, hanno apposto alla mia presenza le proprie firme in calce, a margine e sugli allegati dell'atto che precede.

In Santa Marinella, Via Cicerone n. 25, il giorno tre marzo duemilaventidue.



