



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA
DELLA REGIONE SICILIANA

PALERMO – 4 febbraio 2021

Dipartimento della Funzione Pubblica

FOCUS GROUP

Il codice dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi (D.lgs. n. 50/2016)

Le modifiche del contratto ex art. 106 del D. Lgs. 50/2016

Docente: Avv. Salvatore Capezzuto



Unione Europea
Fondo Sociale Europeo



Repubblica Italiana



Regione Siciliana
Assessorato dell'Istruzione e
della Formazione Professionale



Fondo Sociale Europeo

FSE FONDO SOCIALE EUROPEO
SICILIA 2020
PROGRAMMA OPERATIVO



FormezPA

PRINCIPIO DI IMMODIFICABILITA' DEL CONTRATTO E MODIFICHE SOSTANZIALI

- L'art. 106, comma 1, del D.Lgs. 50/2016 stabilisce che le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità **sono ammissibili nei casi espressamente previsti e devono essere autorizzate dal RUP**.
- Il principio guida in tema di modifiche contrattuali è quello dell'immodificabilità dell'oggetto contrattuale, elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, la quale si è espressa osservando come le modifiche debbano comportare un nuovo affidamento laddove abbiano le caratteristiche di "**modifiche sostanziali**".
- L'ANAC, nel parere del 18/7/2017 n. 686, ha richiamato tali principi, riportando in particolare il contenuto della sentenza della Corte di giustizia del 13 aprile 2010 nella causa C-91/08 che stabilisce: *«Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali [...] apportate alle disposizioni essenziali di un contratto [...] costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino **caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto [...]**. La modifica di un contratto [...] 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**».*

MODIFICHE SOSTANZIALI

È necessario indire una nuova procedura di aggiudicazione di appalto per modifiche che presentano **caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle dell'appalto iniziale** e che, di conseguenza, sono tali da dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (**Corte giustizia Unione Europea Sez. IV, 14/05/2020, n. 263/19**).

La disciplina dell'ordinamento italiano non reca un diretto riconoscimento normativo dell'obbligo di rinegoziazione dei termini del contratto, quante volte intervengano sopravvenienze idonee ad alterare l'originario equilibrio economico tra i contraenti. In tali ipotesi, invero, il rimedio approntato dall'ordinamento giuridico interno deve essere individuato nella risoluzione del contratto.



MODIFICHE AMMESSE/1 – PREVISIONE NEI DOCUMENTI DI GARA

- La prima modifica ammessa, prevista dall'art. 106, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 50/2016, prevede tale possibilità se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, **sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili**, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi.
- Tali clausole fissano la portata di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate.
- Esse non apportano modifiche che abbiano l'effetto di **alterare la natura generale del contratto**.
- Per i contratti relativi ai **lavori**, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzari regionali, solo **per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà**.
- Per i contratti relativi a **servizi o forniture ad esecuzione continuata o periodica** stipulati dai **soggetti aggregatori** restano ferme le disposizioni di cui all'*articolo 1, comma 511, della legge 208/2015*, che prevedono la possibilità di modifica qualora si sia verificata una variazione che abbia determinato un aumento o una diminuzione del prezzo complessivo **in misura non inferiore al 10 per cento**.



APPALTI SOTTO SOGLIA - REVISIONE PREZZI

Quesito

- Con atto di determina dell'11/04/2019 un Ente disponeva di acquistare una scaffalatura metallica.
- Il RUP della procedura decideva di procedere sul MEPA con una RDO e, pertanto, trasmetteva invito a presentare offerta a 10 Ditte del settore.
- Allegava all'invito una relazione con le caratteristiche del prodotto da fornire ed evidenziava anche il fissaggio e messa in sicurezza.
- L'importo max autorizzato per la spesa era di €. 3.600,00.
- Dalla valutazione delle offerte, il prezzo più basso era offerto da una Ditta di Brindisi. Con questa Ditta veniva sottoscritto il contratto di fornitura in data 13/02/2020.
- La Ditta, successivamente, chiedeva di potersi avvalere di una Ditta del posto per il montaggio ed il fissaggio; la richiesta veniva autorizzata.
- In data 26/02/2020 la Ditta aggiudicatrice, chiedeva un aumento del prezzo di aggiudicazione, giustificandolo con l' aumento dei costi di installazione. E' ammissibile in questo caso la revisione del prezzo ?



APPALTI SOTTO SOGLIA - REVISIONE PREZZI

Risposta/1

- L'art. 106, comma 1, del D.Lgs. 50/2016 stabilisce che le clausole di **revisione** dei **prezzi** devono essere previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che fissano le condizioni alle quali esse possono essere impiegate.
- Le modifiche contrattuali, compresa la revisione prezzi, devono essere **autorizzate dal RUP** con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende.
- L'art. 106 prevede che la revisione dei prezzi è facoltativa (non più obbligatoria come prevedeva il vecchio codice) e ancorata **all'inserimento della previsione nei documenti di gara in clausole chiare, precise ed inequivocabili di revisione dei prezzi.**
- È rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante **anche la relativa disciplina**, (determinazione dei meccanismi di revisione del prezzo).



APPALTI SOTTO SOGLIA - REVISIONE PREZZI

Risposta/2

- E la previsione negli atti di gara non è nemmeno sufficiente, in quanto occorre comunque l'autorizzazione del RUP.
- Sul punto, si richiama l'orientamento giurisprudenziale a tenore del quale *"in materia di contratti di appalto pubblico, la pretesa al compenso revisionale non ha la consistenza di un diritto soggettivo perfetto, in quanto la posizione giuridica soggettiva ha piuttosto la natura di interesse legittimo rispetto al potere-dovere della stazione appaltante di provvedere in merito all'istanza presentata dall'impresa interessata e la relativa determinazione va effettuata dalla stazione appaltante all'esito di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi"* (da ultimo: **Cons. Stato Sez. V, 14/04/2020, n. 2386**).
- Nel caso prospettato, dato l'esiguo importo, nessuna clausola di revisione prezzi è stata inserita nella determina a contrarre e nel contratto, per cui la richiesta dell'affidatario è stata giustamente respinta.



REVISIONE PREZZI

- Secondo principi consolidati nella giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. III, 9 gennaio 2017 n. 25):
- - l'obbligatoria inserzione di una clausola di revisione periodica del prezzo **non comporta anche il diritto all'automatico aggiornamento del corrispettivo contrattuale**, ma soltanto che l'Amministrazione proceda agli adempimenti istruttori normativamente sanciti;
- - in ordine alla applicazione dell'istituto della revisione prezzi, **la posizione dell'appaltatore è di interesse legittimo**, poiché questa è correlata ad una facoltà discrezionale riconosciuta alla stazione appaltante (Cass. SS.UU. 31 ottobre 2008 n. 26298), che deve effettuare un bilanciamento tra l'interesse dell'appaltatore alla revisione e l'interesse pubblico connesso al risparmio di spesa, ed alla regolare esecuzione del contratto aggiudicato (Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6275 e 24 gennaio 2013 n. 465);
- - la posizione del privato contraente si articolerà in una situazione di **diritto soggettivo con riguardo al quantum, ma solo una volta che sarà intervenuto il riconoscimento della spettanza di un compenso revisionale**;
- - i risultati del procedimento di revisione prezzi sono dunque **espressione di facoltà discrezionale**, che sfocia in un provvedimento autoritativo, il quale deve essere impugnato nel termine decadenziale di legge (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2015 n. 5375; 24 gennaio 2013 n. 465).



MODIFICHE AMMESSE/2 – LAVORI, SERVIZI O FORNITURE SUPPLEMENTARI

- La seconda modifica ammessa, prevista dall'art. 106, comma 1, lett. b) del D.Lgs. 50/2016, prevede tale possibilità 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 :
- 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) comportamenti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore **notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi**.
- Il contratto può essere modificato **se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale**. In caso di più modifiche successive, il limite si applica al valore di ciascuna modifica.
- Le amministrazioni aggiudicatrici, nei casi suddetti, **pubblicano la modifica sulla GUE in caso di appalti sopra soglia e sulla GURI in caso di appalti sotto soglia**, nonché effettuano **comunicazione all'ANAC** entro trenta giorni dal loro perfezionamento.



MODIFICHE AMMESSE/3 – CIRCOSTANZE IMPREVISTE E IMPREVEDIBILI

- La terza modifica ammessa, prevista dall'art. 106, comma 1, lett. c) del D.Lgs. 50/2016, prevede tale possibilità ove siano soddisfatte **tutte le seguenti condizioni** :
- 1) la necessità di modifica è determinata da **circostanze impreviste e imprevedibili** per l'amministrazione aggiudicatrice. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di **varianti in corso d'opera**. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;
- 2) la modifica **non altera la natura generale del contratto**.
- Il contratto in tal caso può essere modificato **se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale**. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica.
- Le amministrazioni aggiudicatrici, nei casi suddetti, **pubblicano la modifica sulla GUE degli appalti sopra soglia e sulla GURI degli appalti sotto soglia**.

VARIANTI IN CORSO D'OPERA

Domanda

In quali casi le integrazioni all'oggetto del contratto assumono la connotazione di *varianti in corso d'opera*?

Risposta

- La cd. **variante** in **corso** d'opera costituisce una modalità per adeguare un progetto in itinere prima della chiusura dei lavori ad esigenze pratiche riscontrate in **corso di esecuzione**. Le modifiche, sia qualitative che quantitative apportate al progetto originario, possono considerarsi "varianti in senso proprio" soltanto quando quest'ultimo non venga comunque radicalmente mutato nei suoi lineamenti di fondo, sulla base di vari indici quali la superficie coperta, il perimetro, la volumetria nonché le caratteristiche funzionali e strutturali (interne ed esterne) del fabbricato (**Cons. Stato Sez. II, 28/08/2020, n. 5288**).



VARIANTI ED EMERGENZA COVID

L'emergenza epidemiologica da Covid-19 e la necessaria osservanza dei provvedimenti ministeriali adottati per il suo contenimento integrano la fattispecie contemplata dall'art. 106, comma 1, lett. c), D. Lgs. n. 50/2016 per l'adozione di varianti in corso d'opera : *«la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti».*



MODIFICHE AMMESSE/4 – SOSTITUZIONE DEL CONTRAENTE

- La quarta modifica ammessa, prevista dall'art. 106, comma 1, lett. d) del D.Lgs. 50/2016, come modificato dall' *art. 70, comma 1, lett. a), D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56*, prevede tale possibilità se un **nuovo contraente** sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di **una delle seguenti circostanze**:
 - 1) sia stata prevista negli atti di gara una **clausola di revisione inequivocabile** in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a);
 - 2) all'aggiudicatario iniziale succeda, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, **un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente**, purché ciò **non implichi altre modifiche sostanziali al contratto** e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice;
 - 3) nel caso in cui **l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori**.



MODIFICA RTI

Domanda

- E' ammissibile la rinuncia di uno o più componenti del RTI in corso di gara ?

Risposta/1

- L'art. 48, comma 19, del D.Lgs. 50/2016 prevede che : *«E' ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente **per esigenze organizzative** del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara».*



MODIFICA RTI

Risposta/2

- Nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica la normativa di cui all'art. 48, comma 19, del D.Lgs. n. 50/2016 **esclude** per i raggruppanti temporanei d'impresa, l'ammissibilità di una ***modifica soggettiva*** del raggruppamento medesimo **laddove sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione** alla gara, con la conseguenza che l'estromissione di un'impresa partecipante ad un raggruppamento nel corso della procedura di gara non può essere eseguita al fine di sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione della procedura medesima in ragione della sussistenza, al momento dell'offerta, di cause di esclusione riguardanti il soggetto estromesso, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti **(T.A.R. Emilia-Romagna Parma Sez. I, 12/06/2020, n. 113)**.



CESSIONE RAMO D'AZIENDA E REQUISITI DI QUALIFICAZIONE

Domanda

In caso di cessione del ramo d'azienda, quale è l'impatto di tale evento sui requisiti di qualificazione ? In particolare, il cedente perde le qualificazioni SOA oppure no ?

Risposta/1

La giurisprudenza si è divisa su due tesi opposte. La tesi dell'**automatismo** è sostenuta da Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 811, n. 812 e n. 813 (in precedenza negli stessi termini sez. III, 12 novembre 2014, n. 5573 e 7 maggio 2015, n. 2296): **nel caso di cessione di ramo d'azienda il cedente perde automaticamente le qualificazioni**, poiché ciò non lo esonera dal chiedere a una Società Organismo di Attestazione l'attestazione di qualificazione. La tesi contraria, definita **sostanzialistica** è sostenuta da Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2016, n. 4347 e n. 4348, che ritiene si debba **verificare in concreto l'entità dei beni e rapporti trasferiti** con il negozio traslativo al fine di accertare se di vero e proprio trasferimento di ramo di azienda si sia trattato o non piuttosto di trasferimento di singoli cespiti. Pertanto, deve escludersi che ogni trasferimento di ramo aziendale comporti comunque l'automatica decadenza dalla titolarità delle attestazioni SOA anche se il cedente non perde la consistenza che gli ha consentito di ottenerne il rilascio.



CESSIONE RAMO D'AZIENDA E REQUISITI DI QUALIFICAZIONE

Risposta/2

Il contrasto giurisprudenziale tra le due tesi è stato risolto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha aderito alla **tesi sostanzialistica**, ritenendo che la permanenza della qualificazione deve essere accertata dal soggetto competente a verificare la sussistenza dei requisiti (SOA).

Tale accertamento potrà avvenire tanto in sede di verifica periodica, quanto in sede di verifica straordinaria. La verifica straordinaria potrà essere attivata dalla SOA su segnalazione dell'ANAC ovvero, nel caso cui la cessione avvenga in corso di gara, su istanza della stazione appaltante (cui la cessione dev'essere tempestivamente comunicata) o delle altre imprese partecipanti alla gara.

Le SOA hanno poi l'obbligo di dichiarare la decadenza dell'attestazione di qualificazione qualora accertino che sia venuto meno il possesso dei requisiti (**Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 3/7/2017 n. 3**).



CESSIONE RAMO D'AZIENDA E RIMBORSO RITENUTA

0,5%

Domanda

- In merito alla previsione dello svincolo dello 0,5% a conclusione del contratto, nel caso in cui sia intervenuta la cessione di ramo di azienda lo 0,5% va liquidato alla ditta cedente per quanto fatturato sino al momento della cessione del ramo d'azienda oppure va liquidato l'intero importo trattenuto alla ditta subentrante ?

Risposta

- L'art. 30, comma 5 – bis, del D.lgs. 50/2016 prevede che sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,5%, svincolabile solo in sede di liquidazione finale, ad esito positivo del collaudo e previa verifica della regolarità contributiva.
- In caso di cessione di ramo di azienda, fatte salve diverse e chiare previsioni contenute nell'atto di cessione, le somme vanno svincolate pro quota a favore del cedente per le somme da questa fatturate fino alla data di efficacia della cessione.



MODIFICHE AMMESSE/5 – MODIFICHE NON SOSTANZIALI

- La quinta modifica ammessa, prevista dall'art. 106, comma 1, lett. e) del D.Lgs. 50/2016, prevede tale possibilità **se le modifiche non sono sostanziali**.
- Ai sensi del comma 4 del D.Lgs. 50/2016 una modifica di un contratto, durante il periodo della sua efficacia, è **considerata sostanziale quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti**. In ogni caso, una modifica è considerata sostanziale se si presentano **una o più delle seguenti condizioni**:
 - a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura 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 gara;
 - b) la modifica **cambia l'equilibrio economico del contratto a favore dell'aggiudicatario**;
 - 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).
- Le stazioni appaltanti possono stabilire negli atti di gara **soglie di importi** per le modifiche.



MODIFICHE AMMESSE/6 – MODIFICHE PER VALORE

- I contratti possono parimenti essere modificati senza necessità di una nuova procedura, ai sensi dell'art. 106, comma 2, del D.Lgs. 50/2016, come sostituito dall' *art. 70, comma 1, lett. b), D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56*, se il **valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori**:
 - a) **le soglie comunitarie** fissate all'articolo 35;
 - b) **il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture ovvero il 15 per cento del valore iniziale per i contratti di lavori.**
- La modifica **non può alterare la natura complessiva del contratto.**
- In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.
- Qualora la necessità di modificare il contratto derivi da **errori o da omissioni nel progetto esecutivo**, che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, la **modifica è consentita solo nei limiti di cui sopra**, ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni.
- Le amministrazioni aggiudicatrici, nei casi suddetti, effettuano **comunicazione all'ANAC** entro trenta giorni dal loro perfezionamento.



QUINTO D'OBBLIGO

- La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del **quinto dell'importo del contratto**, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario.
- In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto.
- In merito all'applicabilità della disposizione contenuta nel comma 12 dell'art. 106 del D.Lgs. 50/2016, la giurisprudenza ha statuito che : « ... *la norma - pur se ritenuta applicabile in caso di errore della stazione appaltante, non quindi necessariamente in caso di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili - presuppone sempre che l'esigenza di aumento o di diminuzione delle prestazioni contrattuali emerga in corso di esecuzione*» (Cons. Stato Sez. V, Sent., 25-02-2020, n. 1394).

VALORE QUINTO D'OBBLIGO

Domanda

- Qualora si applichi il quinto d'obbligo in una gara d'appalto, il valore del quinto fa cumulo con l'importo del contratto ai fini del superamento della soglia comunitaria ?

Risposta/1

- L'art. **35, comma 4**, del D.Lgs. 50/2016, prevede che : *«Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Quando l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore prevedono premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tengono conto nel calcolo del valore stimato dell'appalto»*.
- "A sua volta, il successivo art. **106, comma 12**, stabilisce che *"La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto"*.



VALORE QUINTO D'OBBLIGO

Risposta/2

- Tale ultima norma è chiara nel definire il "quinto d'obbligo" come una **prestazione aggiuntiva** rispetto al contratto originario che costituisce una sopravvenienza.
- Essa quindi si sottrae alla previsione dell'art. 35, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, il quale fa riferimento a clausole già previste al momento della predisposizione degli atti di gara ed in questa sede inserite per effetto di scelta discrezionale della stazione appaltante, sia pur rimesse dette clausole, nella loro concreta applicazione, ad una successiva valutazione facoltativa dell'amministrazione.
- Tale ricostruzione risulta confermata dal fatto che il "quinto d'obbligo" rientra tra le modifiche contrattuali, oggetto di variante, e quindi si differenzia nettamente dai patti aggiunti al contenuto del contratto che si inseriscono nella fase di formazione del medesimo.



VALORE QUINTO D'OBBLIGO

Risposta/3

- Inoltre la sua inclusione negli atti di gara, ma non nel contratto, finirebbe per creare una distonia rilevante tra valore della gara e valore del contratto.
- Infatti l'art. 106, comma 12, del Codice dei contratti pubblici prevede che tale diritto potestativo ha fonte legale e non negoziale, innestandosi ab externo sul contratto il cui valore può essere ridotto o incrementato per effetto di **scelte operate solo ex post dalla stazione appaltante**, mentre il valore della gara risulterebbe fin dall'inizio ancorato ad un importo **solo ipotetico e sicuramente divergente dalle offerte dei concorrenti**, dal cui confronto concorrenziale dovrebbe di norma scaturire la difformità tra valore della gara e valore del contratto.
- In considerazione di ciò **nessuna norma** del Codice dei contratti pubblici, e tantomeno l'art. 106, comma 12, **richiede che il ricorso al "quinto d'obbligo" assuma rilevanza ai fini della determinazione del valore dell'appalto** oggetto di gara. E non se ne può tenere conto neppure per le soglie di rilevanza comunitaria (**T.A.R. Lombardia Milano Sez. II, Sent., 10-02-2020, n. 284**).



CESSIONE DEL CREDITO

Tra le modifiche dei contratti pubblici l'art. 106 del D.Lgs. 50/2016 inserisce anche la **cessione del credito**.

- Le cessioni di crediti devono essere stipulate mediante **atto pubblico o scrittura privata autenticata** e devono essere **notificate alle amministrazioni debitorie**.
- Le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto sono efficaci e opponibili alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche **qualora queste non le rifiutino** con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario **entro quarantacinque giorni dalla notifica della cessione**. Le amministrazioni pubbliche, nel contratto stipulato o in atto separato contestuale, possono preventivamente accettare la cessione da parte dell'esecutore di tutti o di parte dei crediti che devono venire a maturazione.
- In ogni caso, l'amministrazione cui è stata notificata la cessione può opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto relativo a lavori, servizi, forniture, progettazione, con questo stipulato.



COMUNICAZIONE DELLE VARIANTI IN CORSO D'OPERA

- Per gli appalti e le concessioni di **importo inferiore alla soglia comunitaria**, le **varianti in corso d'opera** dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché quelle di **importo inferiore o pari al 10 per cento dell'importo originario del contratto** relative a contratti di importo **pari o superiore alla soglia comunitaria**, sono comunicate dal RUP **all'Osservatorio regionale dei contratti pubblici**, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante, per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza.
- Per i contratti pubblici di **importo pari o superiore alla soglia comunitaria**, le varianti in corso d'opera di **importo eccedente il dieci per cento dell'importo originario del contratto**, sono **trasmesse dal RUP all'ANAC**, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad una apposita relazione del responsabile unico del procedimento, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante.
- Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, essa trasmette gli atti che hanno rilevanza penale alla Procura della Repubblica e quelli che causano danno all'erario alla Corte dei Conti (art. 213, comma 6, D.Lgs. 50/2016).



IL RINNOVO E LA PROROGA DEGLI APPALTI

- Una volta scaduto il contratto, se la stazione appaltante avrà ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni dovrà effettuare una nuova gara, tranne che non sussista una delle condizioni previste dall'art. 106 del D.Lgs. 50/2016.
- Una di queste condizioni, che **legittimano il rinnovo del contratto**, è **l'inserimento di tale previsione negli atti di gara e nel contratto**. In tal caso, l'importo del contratto ai fini della valutazione della soglia è quello relativo al primo periodo più quello del rinnovo.
- La **proroga** può essere legittimamente determinata se sono soddisfatte tre condizioni. **1)** La prima è anzitutto che si tratti di un **contratto in corso di esecuzione**; **2)** la seconda è che **tale proroga sia prevista**, con apposita clausola, nel bando o nei documenti di gara; **3)** la terza condizione è che essa **sia limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione del nuovo contraente**.
- In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto **agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli** per la stazione appaltante.



VALORE PROROGA

Domanda

- Qualora si applichi la proroga in una gara d'appalto, il valore della proroga fa cumulo con l'importo del contratto ai fini del superamento della soglia comunitaria ? E per quanto tempo il contratto può essere prorogato ?

Risposta/1

- L'art. 106, comma 11, del D.Lgs. 50/2016, stabilisce che : *«La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante».*



VALORE PROROGA

Risposta/2

- Al comma 11 dell'art. 106, dunque, si legge che **la durata possa essere modificata solo se prevista nella *lex specialis* come opzione di proroga.**
- Tale opzione **dovrà essere quantificata nel valore dell'appalto** ai sensi dell'art. 35, comma 4 e potrà essere attivata dalla stazione appaltante come diritto potestativo verso il contraente che non solo non potrà esimersi dall'eseguire le prestazioni ma dovrà effettuarle agli stessi patti e condizioni.
- Resta fermo il limite previsto dal **R.D. 2440/1923** (Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato), il cui art. 12, comma 2, dispone che **i contratti pubblici non possono avere una durata superiore ai 9 anni.**
- Sul punto, il parere del Consiglio di Stato n. 2187 del 27/02/1997 ritiene **incluso nel conteggio dei 9 anni anche l'ipotesi di rinnovo contrattuale.** Costituisce unica eccezione a questo limite massimo, il contratto di **servizio energia** ai sensi del **D. Lgs. 115/2008** – Allegato II - che ne sancisce una **durata massima di 10 anni** (Deliberazione ANAC n. 22 del 06/06/2014).



PROROGA TECNICA

- Diversa dalla proroga, che consiste in una modifica della durata del contratto prevista negli atti di gara, è la **proroga tecnica**, applicabile anche senza previsione in ipotesi di **imprevedibile prolungamento dell'espletamento di una procedura di gara tempestivamente bandita**, quando l'amministrazione decide il prolungamento della durata per assicurarsi la continuità del servizio o della fornitura.
- «La cd. "**proroga tecnica**", volta ad assicurare che, nelle more dello svolgimento di una gara per il nuovo affidamento di un servizio, l'erogazione dello stesso non subisca soluzioni di continuità, rappresenta un'ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali» (**Cons. Stato Sez. V, 29/05/2019, n. 3588**).
- I termini di ammissibilità della proroga tecnica, sono ulteriormente chiariti da una delibera dell'ANAC (n. 1200 del 23 novembre 2016) che ha ricondotto la proroga tecnica nell'ambito del **tempo strettamente necessario ad evitare il blocco dell'azione amministrativa**. Infatti la figura della "proroga tecnica", elaborata dalla giurisprudenza come soluzione eccezionale da attivarsi in caso di necessità, è tesa ad assicurare il servizio sempre che l'esigenza di ricorrere alla dilazione del termine non dipenda da causa imputabile alla stazione appaltante.



PROROGA TECNICA

- In materia di appalti pubblici, il ricorso alla *proroga tecnica* costituisce un'ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali, poiché costituisce una violazione dei principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, enunciati nel previgente codice dei contratti al comma 1 dell'art. 2 e oggi dall'art. 30 del D.Lgs. n. 50/2016 (T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 30/07/2020, n. 496; Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2019, n. 6326; sul punto anche T.A.R. Toscana-Firenze, sez. I, 4 febbraio 2020, n. 158).
- La proroga tecnica ha carattere di temporaneità e rappresenta uno strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro, come chiarito dall'Autorità con parere AG 38/2013: la proroga "è teorizzabile ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia **l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente**" (CdS, sez. V, sent. 11.5.2009, n. 2882).



AUTORIZZAZIONE ALLE VARIANTI DEL RUP

- Ai sensi dell'art. 106, comma 1, del D.Lgs. 50/2016, 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.
- Il par. 6, lett. k), delle **Linee Guida ANAC n. 3**, prevede che il RUP autorizza le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità anche su proposta del direttore dei lavori, con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante da cui il RUP dipende e, in particolare, redige la relazione relativa alle varianti in corso d'opera in cui sono riportate le ragioni di fatto e/o di diritto che hanno reso necessarie tali varianti.
- Il RUP può avvalersi **dell'ausilio del direttore dei lavori** per l'accertamento delle condizioni che giustificano le varianti.



RUOLO DEL DIRETTORE LAVORI NELLE VARIANTI

Il direttore dei lavori propone al RUP le modifiche, nonché le varianti dei contratti in corso di esecuzione e relative perizie di variante, **indicandone i motivi in apposita relazione** da inviare al RUP, nei casi e alle condizioni previste dall'*articolo 106 del codice*.

Il **direttore dei lavori risponde delle conseguenze** derivanti dall'aver ordinato o lasciato eseguire modifiche o addizioni al progetto, senza averne ottenuto regolare autorizzazione, sempre che non derivino da interventi volti ad evitare danni gravi a persone o cose.

In caso di **modifiche al progetto non disposte dal direttore dei lavori**, quest'ultimo fornisce all'esecutore le disposizioni per la rimessa in pristino con spese a carico dell'esecutore stesso.

Il direttore dei lavori può disporre **modifiche di dettaglio non comportanti aumento o diminuzione dell'importo contrattuale**, comunicandole preventivamente al RUP.

Le **varianti migliorative**, dirette a migliorare gli aspetti funzionali, nonché singoli elementi tecnologici o singole componenti del progetto, **sono proposte dall'esecutore** in forma di perizia tecnica corredata anche degli elementi di valutazione economica. Il direttore dei lavori, entro dieci giorni dalla proposta dell'esecutore, trasmette la stessa al RUP unitamente al proprio parere (**art. 8 D.M. MIT 49/2018**).

RUP E AUTORIZZAZIONE VARIANTI

Domanda

- Se il RUP non è un tecnico è obbligato ad autorizzare e firmare le documentazioni inerenti le varianti?

Risposta

- Sì, trattandosi di funzione e competenze non delegabili. Potrà avvalersi, oltre che del Direttore Lavori, del supporto di tecnici appositamente individuati ai sensi dell'art. 31, comma 11, del Codice; tuttavia non potrà sottrarsi alla responsabilità circa i presupposti che legittimano la variante e alla relativa autorizzazione.



MODIFICHE CONTRATTUALI E INCENTIVI

Domanda

In riferimento alle varianti, si applica l'incentivazione ex art. 113 del D. Lgs. 50/2016 ?

Risposta/1

La logica dell'incentivazione è legata alla particolarità delle funzioni tecniche e amministrative che devono garantire la correttezza, l'efficienza e l'efficacia di una procedura di appalto.

L'art. 113 di per sé esclude l'incentivazione laddove non vi sia gara, dunque in ipotesi di affidamenti diretti e somme urgenze (parere della Corte Conti Toscana, n. 186 del 14.12.2017), mirando a promuovere l'utilizzo sempre più esteso di procedure competitive, ordinarie e programmate con la conseguenza che quelle aventi carattere eccezionale e non competitive sono ammesse ma sottratte all'incentivazione.



MODIFICHE CONTRATTUALI E INCENTIVI

Risposta/2

Sul fronte delle varianti in corso d'opera, la Corte dei Conti si è più volte espressa nel senso di ritenere **erogabile l'incentivo** qualora nel corso dell'esecuzione di un'opera pubblica o lavoro si renda necessario redigere, da parte del personale dipendente dall'Ente, una **perizia di variante** e suppletiva con incremento dell'importo dei lavori affidati, rientrante negli ambiti consentiti dalla norma vigente, con esclusione delle varianti determinate da errori di progettazione, con la specificazione che **l'incentivo stesso deve essere correlato all'importo della perizia di variante**.

In buona sostanza, l'incentivo segue la logica dell'efficienza e non può legarsi all'utilizzo di strumenti che impattano su questo aspetto. Viceversa, in coerenza con tale aspetto, l'incentivo è sì erogabile nel caso in cui ricorrano le circostanze impreviste e imprevedibili di cui alle varianti in corso d'opera e nel caso di prestazioni supplementari.



MODIFICHE CONTRATTUALI E INCENTIVI

Risposta/3

Da ultimo, la **Sezione di controllo della Regione Puglia della Corte dei Conti con la Deliberazione 12 dicembre 2018 n. 162**, ha confermato che non sussiste un divieto assoluto al riconoscimento degli incentivi nel caso di modifiche contrattuali.

Nella deliberazione della Corte dei Conti è precisato che *“Se l'incentivo è ispirato a una logica di premialità dell'efficienza **non sembrano ricorrere ostacoli alla sua erogazione** in assenza di difformità da tale parametro, come nel caso delle circostanze impreviste e imprevedibili di cui alle varianti in corso d'opera o delle prestazioni supplementari”*.

