

# APPALTI PUBBLICI, CRISI DI IMPRESA E DISCIPLINA ANTIMAFIA

## LE PATOLOGIE DELLA FASE DI ESECUZIONE DEL CONTRATTI DI LAVORI PUBBLICI

*Materiali di lavoro del seminario di aggiornamento tenuto a  
Bologna, viale Aldo Moro 30, il 10 giugno 2019*

**Materiali a cura di: Prof. Avv. ELISA VALERIANI**

MATERIALI DI LAVORO DEI SEMINARI DI AGGIORNAMENTO E CONDIVISIONE PER I TECNICI DEI TERRITORI  
COLPITI DAGLI EVENTI SISMICI DEL 2012.

Documento non divulgabile riservato alla comunità dei tecnici selezionati dalle PP.AA. e partecipanti ai lavori seminariali

# **LE PATOLOGIE DELLA FASE DI ESECUZIONE DEL CONTRATTO DI APPALTO**

# I SOGGETTI DELL'ESECUZIONE DELL'APPALTO PUBBLICO

# I SOGGETTI

---

- IL RUP
- IL DIRETTORE DEI LAVORI O DIRETTORE DELL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO
- L'APPALTATORE

# I COMPITI DEL RUP DURANTE L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

*La esecuzione dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, è diretta dal responsabile unico del procedimento, che controlla i livelli di qualità delle prestazioni. Il responsabile unico del procedimento, nella fase dell'esecuzione, si avvale del direttore dell'esecuzione del contratto o del direttore dei lavori, del coordinatore in materia di salute e di sicurezza durante l'esecuzione previsto dal decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, nonché del collaudatore ovvero della commissione di collaudo, del verificatore della conformità e accerta il corretto ed effettivo svolgimento delle funzioni ad ognuno affidate.*

# I COMPITI DEL RUP DURANTE L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

- provvede, anche con l'ausilio di uno o più direttori operativi individuati dalla stazione appaltante in relazione alla complessità dell'appalto, al coordinamento, alla direzione e al controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto stipulato dalla stazione appaltante assicurando la regolare esecuzione da parte dell'esecutore, in conformità ai documenti contrattuali

# I COMPITI DEL RUP DURANTE L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

- Fissa l'ordine da tenersi nell'esecuzione dei lavori (ove non previsto nel contratto)

# IL DIRETTORE DEI LAVORI

L'art. 101, comma 3, del Codice, come modificato dal D.Lgs. 56/2017, dispone che il direttore dei lavori, con l'ufficio di direzione lavori, ove costituito, è preposto al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento affinché i lavori siano eseguiti a regola d'arte ed in conformità al progetto e al contratto

# IL DIRETTORE DEI LAVORI

---

ha la responsabilità del coordinamento e della supervisione dell'attività di tutto l'ufficio di direzione dei lavori, ed interloquisce in via esclusiva con l'esecutore in merito agli aspetti tecnici ed economici del contratto

# IL DIRETTORE DEI LAVORI

---

- effettua il controllo della spesa legata all'esecuzione dell'opera o dei lavori, attraverso la compilazione dei libri contabili

# IL DIRETTORE DEI LAVORI

Funzioni e compiti in fase di esecuzione:

- Accettazione dei materiali
- Verifica del rispetto degli obblighi dell'esecutore e del subappaltatori
- dispone visite periodiche al cantiere durante il periodo di sospensione per accertare le condizioni delle opere e la presenza eventuale della manodopera e dei macchinari eventualmente presenti
- Gestione dei sinistri
- Alla conclusione dei lavori effettua i necessari accertamenti in contraddittorio con l'esecutore, elabora tempestivamente il certificato di ultimazione dei lavori
- assiste i collaudatori nell'espletamento delle operazioni di collaudo

# INCOMPATIBILITA' DEL DL

Il D.M. 49/2018 non ha stabilito le specifiche ipotesi di incompatibilità del DL.

Si applicano, pertanto, le generali previsioni di cui all'art. 42 d.lgs. 50/2016 in materia di conflitto di interesse.

- Per conflitto di interesse si intende la situazione in cui il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti, delle concessioni o nella loro fase esecutiva può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, avendo direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione.
- La stazione appaltante deve prevedere misure adeguate ed idonee ad impedire la sussistenza di conflitti di interesse;
- Il soggetto che versa in una situazione di conflitto di interesse è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante e ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti, delle concessioni o nella loro fase esecutiva;
- La mancata astensione è causa di responsabilità disciplinare, ferme restando le eventuali ipotesi di responsabilità amministrativa e penale.

# I RAPPORTI TRA RUP E DL



SUPREMAZIA DEL RESPONSABILE UNICO DEL  
PROCEDIMENTO RISPETTO AL DIRETTORE DEI LAVORI

# I RAPPORTI TRA RUP E DL

- Rup impartisce al Direttore dei lavori le istruzioni mediante disposizioni di servizio occorrenti a garantire la regolarità dei lavori
- Rup stabilisce la periodicità con il quale il DL è tenuto a presentargli un rapporto sulle principali attività del cantiere e sull'andamento delle lavorazioni
- Rup assicura coordinamento tra DL e il coordinatore per l'esecuzione dei lavori, in attuazione di quanto previsto dal D.Lgs 9 aprile 2008 n. 81

# GLI ORDINI DI SERVIZIO

- Rup impartisce al Direttore dei lavori le istruzioni mediante disposizioni di servizio
- Il direttore dei lavori impartisce all'esecutore tutte le disposizioni e le istruzioni operative necessarie tramite ordini di servizio, che devono essere comunicati al RUP

# SE IL DL NON CONDIVIDE

□ Art 15 comma 3 D.M. 49/2018

Fermo restando il rispetto delle disposizioni di servizio eventualmente impartite dal RUP, il direttore dell'esecuzione opera in autonomia in ordine al coordinamento, alla direzione e al controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto.

# COINCIDENZA TRA RUP E DL: LIMITI

## **I limiti negli appalti di lavori:**

- i lavori di speciale complessità o di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, oltre che tecnologico
- i progetti integrati e gli interventi di importo superiore a 500.000 €

## **I limiti negli appalti di servizi e forniture:**

- le prestazioni di importo superiore a 500.000 €
- le prestazioni particolarmente complesse sotto il profilo tecnologico o che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze
- le prestazioni caratterizzate dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni in ordine alla funzionalità

# L'AVVIO DELLE PRESTAZIONI CONTRATTUALI: POSSIBILI CRITICITÀ

# L'ESECUZIONE D'URGENZA

Ammissa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta dalla gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari

# Modifiche, variazioni e varianti contrattuali

---

Il direttore dei lavori fornisce al RUP l'ausilio necessario per gli accertamenti in ordine alla sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 106 del codice

# Contestazioni e riserve

Le contestazioni (pretese o precisazioni di carattere tecnico) e le riserve (domande, contestazioni e reclami che riguardano l'esecuzione del contratto di appalto) possono essere iscritte dall'esecutore nel registro della contabilità al fine di esporre le proprie rimostranze circa l'esecuzione di una o più prestazioni, riservandosi l'esercizio di ogni diritto o pretesa anche economica.

# Contestazioni e riserve

La disciplina delle contestazioni e delle riserve era contenuta nel d.p.r. 207/2010, ora abrogata in seguito all'emissione del D.M. 49/2018.

Tale provvedimento dispone che il DL si attenga alla disciplina prevista dalla stazione appaltante nel capitolato d'appalto per la gestione delle contestazioni e delle riserve.

# Contestazioni e riserve

La stazione appaltante deve pertanto prevedere apposite procedure di gestione delle contestazioni e delle riserve.

In ogni caso, il D.M. 49/2018 prevede differenti ipotesi in cui assumono rilievo le riserve (esempio: art. 1, comma 1 del D.M. «*L'esecutore è tenuto ad uniformarsi alle disposizioni contenute negli ordini di servizio, fatta salva la facoltà di iscrivere le proprie riserve*»), senza tuttavia prevederne le modalità di gestione o le procedure che sono pertanto rimesse alla discrezionale regolazione della stazione appaltante nel capitolato speciale d'appalto.

# LE VICENDE SOGGETTIVE: CASI SPECIFICI

# LE VICENDE SOGGETTIVE

Fra le numerose disposizioni oggetto di revisione, l'art. 1, comma 1, lett. n) del decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 prevede la modifica della norma sulle cause di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. 50 del 2016, in parte già riscritta dal **d.l. 14 dicembre 2018, n. 135**, c.d. d.l. "Semplificazioni", recante "*Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*" è stato convertito in legge 11 febbraio 2019, n. 12 (Gazzetta Ufficiale n. 36 del 12 febbraio 2019)

# LE VICENDE SOGGETTIVE

L'art. 80 del d.lgs. 18.04.2016, n. 50, rubricato “**Motivi di esclusione**”, contiene l'elenco dei requisiti di carattere generale (detti anche di moralità) che devono possedere le concorrenti e la cui mancanza costituisce motivo di esclusione dalla gara.

La ratio della norma è quella di accertare che l'operatore economico possieda le qualità morali indispensabili per assumere commesse pubbliche, così da assicurare il buon andamento dell'Amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 15.03.2013 n. 1551).

# cause di esclusione: quattro gruppi

- quelle dipendenti dalla sussistenza di condanne penali (comma 1)
- quelle derivanti da provvedimenti previsti dal Codice antimafia (comma 2)
- quelle concernenti la violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali (comma 4)
- numerose e variegate cause elencate nel comma 5, lettere da a) a m).

# ART 80 comma 1 lett- a), b), b-bis), c), d), e), f), g) del D.Lgs. 50/2016

L'esclusione è atto dovuto salvo nei seguenti casi:

- A) Nei casi previsti dall'art 80 comma 3 del D.lgs 50/2016 quito periodo:
- il reato è stato depenalizzato
  - quando è intervenuta la riabilitazione
  - nei casi di condanna ad una pena accessoria perpetua, quando questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'art 179, settimo comma del codice penale
  - Quando il reato è stati dichiarato estinto dopo la condanna
  - In caso di revoca della condanna medesima

# **ART 80 comma 1 lett- a), b), b-bis), c), d), e), f), g) del D.Lgs. 50/2016**

- B) Qualora l'impresa dimostri che vi è stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata, commessa da uno dei soggetti elencato nel comma 3 primo periodo art 80 del D.Lgs 50/2016 cessato dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara
- C) Nel caso del comma 7 dell'art 80 del D.Lgs 50/2016: le misure self-cleaning

# ART 80 comma 1 lett- a), b), b-bis), c), d), e), f), g) del D.Lgs. 50/2016

Nei casi previsti dall'art 80 comma 10 del D.lgs 50/2016: se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione, la durata dell'esclusione dalla procedura di appalto o concessione è:

- **perpetua**, in presenza dei reati contro la pubblica amministrazione citati dall'art. 317 *bis* p., cui consegue di diritto l'applicazione della pena accessoria "a vita" (salvo che la stessa non sia stata dichiarata estinta ai sensi dell'art. 179, comma 7 c.p.)
- **pari a sette anni**, laddove venga inflitta la reclusione per un tempo non superiore a due anni o ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 323 *bis*, comma 1 p. (fatta salva, anche in questo caso, l'intervenuta riabilitazione);
- **pari a cinque anni**, in ipotesi diverse da quelle appena esaminate, fra le quali sembra rientrare anche (ma non solo) quella in cui ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 323 *bis*, comma 2 c.p.

# art. 80, comma 4 del D.Lgs 50/2016

Violazioni gravi, definitivamente e non definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti.

# art. 80, comma 4 del D.Lgs 50/2016

«Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse” superiore a € 10.000,00 (fino il 28/02/2018) € 5.000,00 (dal 01.03.2018) (importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29/09/1973, n. 602.)

Attenzione: dal 01.03.2018 € 5.000,00 L  
27.12.2017, n. 205, art. 1 commi 986 e 988

# art. 80, comma 4 del D.Lgs 50/2016

Costituiscono violazioni  
definitivamente accertate  
quelle contenute in sentenze o  
atti amministrativi non più  
soggetti ad impugnazione

# **art. 80, comma 4 del D.Lgs 50/2016**

Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati

# art. 80, comma 4 del D.Lgs 50/2016

Comma 4 non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

# art. 80, comma 4 del D.Lgs 50/2016

Stante la mancata previsione nell'art. 80, così come modificato dal D.L. 32/2019, della durata del periodo di esclusione, si propongono due interpretazioni possibili:

- in forza del considerando numero 101 che impone agli Stati membri di prevedere una durata massima per tali esclusioni e dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, lo stesso non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva e i tre anni dalla data del fatto.
- oppure, applicando analogicamente il comma 10 bis, così come introdotto dal D.L. 32/2019: (...) la durata dell'esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso.

# **art. 80, comma 4 del D.Lgs 50/2016**

Violazioni gravi definitivamente accertate in materia contributiva e previdenziale ostative (art. 8, D.M. 30 gennaio 2015) al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC)

# art. 80, comma 4 del D.Lgs 50/2016

Non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

# Art. 80, comma 5 del D.Lgs 50/2016

Comma 10 bis: (...) Nei casi di cui al comma 5, la durata dell'esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso. Con riferimento alla durata massima dell'esclusione che non si possa desumere dal provvedimento amministrativo, si rinvia alle interpretazioni proposte di cui sopra.

# **art. 80, comma 5 lett. a) del D.Lgs 50/2016**

Esistenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3.

# **art. 80, comma 5, lett. b) del D.Lgs 50/2016**

L'operatore economico sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dagli articoli 110 e 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

# **art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs 50/2016**

Gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'operatore economico.

# art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs 50/2016

Vedasi linea guida ANAC n. 6:

- valutazione discrezionale dell'ente committente;
- prima dell'esclusione è previsto un procedimento in contraddittorio (linea guida n. 6 punto 6.1);
- le misure self-clearing: vedasi art. 80 comma 7;
- non tassatività delle casistiche elencate nella lettera c) del comma 5;
- "significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto" (linea guida n. 6 punto 2.2.1.);
- gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara (linea guida n. 6 punto 2.2.2);
- altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o affidabilità dell'operatore economico (linea guida n. 6 punto 2.2.3);

# art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs 50/2016

art. 80 comma 10 D.lgs. 50/2016: Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la durata dell'esclusione dalla procedura d'appalto o concessione è:

- a) perpetua, nei casi di cui alla condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua, ai sensi dell'articolo 317-bis, primo comma, primo periodo, del codice penale salvo che la pena sia dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale;
- b) pari a sette anni nei casi previsti dall'articolo 317-bis, primo comma, secondo periodo, del codice penale, salvo che sia intervenuta riabilitazione;
- c) pari a cinque anni nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo che sia intervenuta riabilitazione;
- d) comma 10 bis, primo periodo: nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma 10, se la pena principale ha una durata inferiore, rispettivamente, a sette e cinque anni di reclusione, la durata della esclusione è pari alla durata della pena principale;
- e) comma 10 bis, secondo periodo: nei casi di cui al comma 5, la durata dell'esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore che l'abbia commesso.

# **art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs 50/2016**

Gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'operatore economico.

# art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs 50/2016

Linea guida n. 6: punto 2.2:

In particolare, rilevano le condanne non definitive per i reati di seguito indicati a titolo esemplificativo, salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l'automatica esclusione dalla procedure di affidamento ai sensi dell'art. 80 del codice:

- a) abusivo esercizio di una professione;
- b) reati fallimentari (bancafallimento semplice e bancafallimento fraudolento, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito);
- c) reati tributari ex d.lgs. 74/2000, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio;
- d) reati urbanistici di cui all'art. 44, comma 1 lettere b) e c) del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;
- e) reati previsti dal d.lgs. 231/2001

# art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs 50/2016

Rileva, altresì, quale illecito professionale grave, che la stazione appaltante deve valutare ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, la condanna non definitiva per taluno dei reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p., fermo restando che le condanne definitive per tali delitti costituiscono motivo di automatica esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. b) del codice

- prima dell'esclusione è previsto un procedimento in contraddittorio (linea guida n. 6 punto 6.1);
- le misure self-clearing: vedasi art. 80 comma D.Lgs. 50/2016.

# art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs 50/2016

Linea guida n. 6: “provvedimenti esecutivi dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare. (punto 2.2.3.1)

- prima dell’esclusione è previsto un procedimento in contraddittorio (linea guida n. 6 punto 6.1);
- le misure self-clearing: vedasi art. 80 comma 7.

# **art. 80, comma 5, lett. d) del D.lgs 50/2016**

---

Conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42,  
comma 2.

# **art. 80, comma 5, lett. e) del D.lgs 50/2016**

Distorsione della concorrenza derivante dal coinvolgimento dell'operatore economico nella preparazione della procedura d'appalto.

# art. 80, comma 5, lett. f) del D.lgs 50/2016

Sussistenza di sanzione interdittiva o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione.

lett. f-bis): nel caso di presentazione, in gara o nell'affidamento subappalti, di documentazione o dichiarazioni non veritiere da parte dell'operatore economico.

lett. f-ter): iscrizione dell'operatore economico nel casellario ANAC per aver presentato nelle procedure di gara o nell'affidamento di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere.

# **art. 80, comma 5, lett. g) del D.lgs 50/2016**

Iscrizione nel casellario informatico tenuto dell'ANAC per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione

# art. 80, comma 5, lett. h) del D.lgs 50/2016

Violazioni del divieto di intestazione fiduciaria.

L'intestazione fiduciaria si configura nel caso in cui il soggetto fiduciario viene legittimato, mediante appositi strumenti negoziali, ad esercitare i poteri di gestione ed amministrazione dei beni rimasti solo formalmente in capo al soggetto fiduciante.

# **art. 80, comma 5, lett. i) del D.lgs 50/2016**

Mancata presentazione del certificato dell'Ispettorato del lavoro in merito all'art. 17, l. 12 marzo 1999, n. 68 ovvero mancata autocertificazione del medesimo requisito.

**ATTENZIONE:** Deve sempre essere richiesto, indipendente dal numero degli impiegati

# **art. 80, comma 5, lett. l) del D.lgs 50/2016**

Omessa denuncia all'Autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico se vittima dei reati di concussione ed estorsione aggravata.

# **art. 80, comma 5, lett. m) del D.lgs 50/2016**

Situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. se la situazione comporta che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

# OFFERTE IMPUTABILI AD UN UNICO CENTRO DECISIONALE: ILLEGITTIMA L'ESCLUSIONE AUTOMATICA SENZA PREVIO CONTRADDITTORIO (ART. 38)

□ TAR Torino, 10.07.2015 n. 1214

non è più consentito alle stazioni appaltanti di sanzionare il collegamento tra imprese mediante l'esclusione automatica dalla procedura selettiva, ma occorre accertare se, in concreto, tale situazione abbia influito o meno sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della gara, consentendo alle imprese interessate di dimostrare nell'apposito sub-procedimento l'insussistenza di rischi di turbativa della selezione

## OFFERTE IMPUTABILI AD UN UNICO CENTRO DECISIONALE: ILLEGITTIMA L'ESCLUSIONE AUTOMATICA SENZA PREVIO CONTRADDITTORIO (ART. 38)

- è ben possibile che l'instaurazione del contraddittorio con i soggetti interessati permetta di raggiungere una differente valutazione degli indizi di collegamento.

# **art. 80, comma 5, lett. m) del D.lgs 50/2016**

Qualsiasi relazione, anche di fatto, se la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

# art. 80, comma 7 e 8 del D.lgs 50/2016

Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare:

- di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire ogni danno causato dal reato o dall'illecito;
- di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale, idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

# **art. 80, comma 9 del D.lgs 50/2016**

Nel caso di esclusione dalla partecipazione alle procedure di appalto con sentenza definitiva, per tutto il periodo dell'esclusione l'operatore economico non può avvalersi della possibilità prevista dai commi 7 e 8.

# art. 80, comma 10 del D.lgs 50/2016

Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la durata della esclusione dalla procedura d'appalto o concessione è:

- a) perpetua, nei casi in cui alla condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua, ai sensi dell'articolo 317-bis, primo comma, primo periodo, del codice penale, salvo che la pena sia dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale;
- b) pari a sette anni nei casi previsti dall'articolo 317-bis, primo comma, secondo periodo, del codice penale, salvo che sia intervenuta riabilitazione;
- c) pari a cinque anni nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo che sia intervenuta riabilitazione.

# art. 80, comma 10-bis del D.lgs 50/2016

Nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma 10, se la pena principale ha durata inferiore, rispettivamente, a sette e cinque anni di reclusione, la durata della esclusione è pari alla durata della pena principale (...).

# **art. 80, comma 11 del D.lgs 50/2016**

Le cause di esclusione di cui all'art. 80 non si applicano alle aziende e società sottoposte a sequestro o confisca ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente al periodo precedente al predetto affidamento.

# **art. 80, comma 12 del D.lgs 50/2016**

Nel caso di falsa dichiarazione o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'ANAC.

# SOGGETTI SU CUI DEVONO ESSERE EFFETTUATE LE VERIFICHE

- IMPRESA INDIVIDUALE: titolare tecnico o direttore tecnico
- SOCIETA' IN NOME COLLETTIVO: socio o direttore tecnico
- SOCIETA' IN ACCOMANDITA SEMPLICE: soci accomandatari o direttore tecnico
- ALTRI TIPI DI SOCIETA' O CONSORZIO: Membri del CDA con legale rappresentanza (compresi institori e procuratori generali); Membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza; direttore tecnico o socio unico persona fisica; soggetti dotati di rappresentanza con poteri di direzione o di vigilanza; socio di maggioranza in caso di società un numero di soci pari o inferiore a 5

Nella verifica rientrano anche i suddetti soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara,

**Grave illecito professionale: le ipotesi annoverate dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice sono meramente "esemplificative"?**

TAR Sicilia, 22 ottobre 2018, n. 2148

Il Collegio condivide la tesi "estensiva", sulla base del fatto che la nuova disciplina dettata dall'art. 80 co. 5 lett c) del D.lgs. n. 50/2016 ha una portata molto più ampia rispetto a quella contenuta nell'art. 38, lett. f), del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. e non fa più riferimento soltanto alla negligenza o errore professionale ma, in senso molto più ampio, all'illecito professionale.

# Il principio dell'immodificabilità

---

Il principio generale fissato dall'ordinamento, già nel Codice previgente, è quello dell'immutabilità dei raggruppamenti dopo la presentazione dell'offerta

# Il principio dell'immodificabilità

Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti ed il divieto di modificare in corso di gara (o dopo l'aggiudicazione) la compagine soggettiva, risponde all'esigenza di garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, consentendo ad esse una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere.

# CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 23.11.2016 N. 4918

Il principio di immodificabilità soggettiva, lungi dall'essere il portato precettivo di un divieto assoluto ... persegue piuttosto lo scopo di consentire alla p.a. appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli in grado di impedire le suddette verifiche preliminari (cfr., Consiglio di Stato, 13 maggio 2009, n. 2964) ovvero che tale verifica venga vanificata (cfr., Consiglio di Stato, 2 agosto 2006, n. 5081, nonché Consiglio di Stato 23 luglio 2007, n. 4101).

# Il principio dell'immodificabilità

In aggiunta, sul piano sistematico, non va passato sotto silenzio che l'art. 106 d.lgs. n. 50/2016, recependo l'art. 72 della direttiva 2014/24/UE e l'art. 89 della direttiva 2014/25/UE, prevede al comma 1, lett d, n. 2, la possibilità di modifica del contratto in corso qualora all'aggiudicatario iniziale succeda "per causa di morte o per contratto, anche a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni scissioni acquisizione o insolvenza, un altro operatore che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto".

Nel segno della maggiore flessibilità della regolamentazione della continuità aziendale si è inteso agevolare la continuazione dell'esecuzione dei contratti pubblici già stipulati.

# **Art 48 comma 9 del D.Lgs. 50/2016: le ATI**

---

sancisce il principio di immodificabilità soggettiva della composizione del raggruppamento in seguito alla presentazione dell'offerta, salvo quanto disposto ai commi 17 e 18 della medesima disposizione.

# Art. 48 comma 7-bis del D.Lgs, 50/2016

*“per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti” sia loro consentito “designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata”*

# LE DEROGHE

Ai sensi del comma 17 dell'art 48, qualora il mandatario dell'ATI perda i requisiti di cui all'art. 80 del Codice, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario, purché quest'ultimo possieda requisiti di qualificazione adeguati alle prestazioni ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto

# LE DEROGHE

Ai sensi del comma 18 dell'art 48 D.lgs. 50/2016, qualora il mandante perda i requisiti di cui all'art. 80 del Codice, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico **subentrante** che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto all'esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi possiedano requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

# LE DEROGHE

- Ogni eccezione al principio di immodificabilità dell'offerta e della composizione dei partecipanti dopo l'offerta non può che essere applicata restrittivamente alle sole ipotesi espressamente disciplinate dal legislatore

# TAR TORINO 07.03.2019 N. 260

La possibilità, per i concorrenti in Raggruppamento temporaneo di imprese, di modificare la propria composizione per ragioni organizzative prevista dall'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016, non legittima una inversione dei ruoli di mandante e mandataria posta in essere al solo e dichiarato scopo di evitare la dichiarazione di anomalia dell'offerta; in tal caso si tratterebbe di una modifica sostanziale dell'offerta finalizzata ad eludere la sanzione espulsiva.

L'art. 186 bis, comma 7, legge fallimentare (r.d. n. 267 del 1942) vieta all'impresa in concordato con continuità aziendale di assumere il ruolo di mandataria di Raggruppamento temporaneo di imprese

# SUBAPPALTO, SUBCONTRATTI E AVVALIMENTO

# SUBAPPALTO

Il tema del subappalto, concentrato principalmente, ma non solo, nell'art. 105 del Codice, dev'essere sviluppato secondo più profili, per comodità così individuati:

- Subappalto «facoltativo» (ordinario)
- Subappalto «limitato»
- Subappalto «necessario» (qualificante)
- Subappalto subordinato alla indicazione della «terna di subappaltatori»
- Attività che non costituiscono subappalto.

Alcuni dei profili sopra elencati possono sovrapporsi, in tutto o in parte, creando difficoltà interpretative e applicative.

# SUBAPPALTO

Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare.

# Costituiscono condizioni comuni a qualunque subappalto:

- la dichiarazione dell'offerente in fase di gara delle prestazioni (lavori, servizi, forniture) che intende subappaltare, quale condizione presupposta indispensabile per la futura autorizzazione;
- la dichiarazione in fase di gara di subappalto in misura superiore a quella massima non dà luogo a soccorso istruttorio né tantomeno costituisce causa di esclusione; l'incongruenza dev'essere rimediata in fase esecutiva, con il diniego di autorizzazione al subappalto per le prestazioni eccedenti la percentuale ammessa (giurisprudenza univoca e costante), salvo il caso di subappalto «necessario» o «qualificante», come si vedrà in seguito;

# Costituiscono condizioni comuni a qualunque subappalto:

- assenza di dichiarazione preclude il successivo subappalto (e questo caso porta all'esclusione nel caso del subappalto «necessario» o «qualificante»);
- il subappalto deve essere sempre richiesto e autorizzato preventivamente;
- il subappaltatore non deve incorrere nelle cause di esclusione di cui all'art. 80, commi 1, 2 e 5, del Codice;
- il subappaltatore deve possedere la qualificazione relativa alle prestazioni o alla parte di prestazioni che assume in subappalto

# Una questione trascurata

- in caso di RTI la dichiarazione di subappalto spetta alla mandataria, in quanto i rapporti si costituiscono in capo al RTI e non in capo ai singoli componenti, questi non possono disporre di obbligazioni di cui non sono titolari (anche da un punto di vista più strettamente pubblicistico, è solo accentrando la sub negoziazione al livello della mandataria che la stazione appaltante può agevolmente ed efficacemente disporre della necessaria visione panoramica sul complesso dei subappalti);
- se è tollerabile che l'indicazione del subappalto in gara possa essere fatta anche dalle mandanti, i contratti di subappalto a valle saranno sempre stipulati dalla mandataria in nome e per conto del raggruppamento.

# Subappalto «facoltativo» (ordinario)

Subappalto facoltativo è quello che, depurato da eccezioni e discipline particolari, trova collocazione nell'articolo 105, comma 2, del Codice:

- riguarda qualunque attività che richieda l'impiego di manodopera;
- può essere autorizzato per un importo massimo del 50% dell'importo del contratto (stucchevole l'annosa disputa se si tratti del 50% dell'importo dell'appalto o del contratto: il 50% è calcolato sull'importo del contratto se a prezzi di contratto, sull'importo dell'appalto se a prezzi originari d'appalto; in altri termini non si può giocare sulle differenze di prezzo tra appalto bandito, appalto aggiudicato, contratto stipulato e contratto di subappalto, per aggirare artificiosamente il limite del 50%);

# Il decreto sblocca cantieri

Modifiche all'art 105:

- L'innalzamento della quota di affidamento subappaltabile : 50%
- Abrogazione della terna di subappaltatori
- eliminazione del divieto di affidamento in subappalto al concorrente che abbia partecipato alla gara.
- Pagamento dei subappaltatori su richiesta di quest'ultimi

# ANAC: prima valutazione di impatto del d.l. "Sblocca cantieri"

L'innalzamento della quota di affidamento subappaltabile (dal 30% al 50%) e la completa eliminazione della verifica dei requisiti del subappaltatore in gara non rispondono alle osservazioni avanzate in sede di procedura di infrazione. L'assenza di limite al subappalto viene a livello europeo strettamente correlata alla necessità che i documenti dell'appalto impongano ai concorrenti di indicare nelle offerte l'intenzione di subappaltare e i subappaltatori proposti, di modo che l'amministrazione sia posta in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario. Per contro, le modifiche introdotte dal d.l. 32/2019 in esame tendono parallelamente sia a ridurre i limiti per il subappalto sia a posticipare ad una fase successiva all'aggiudicazione e direttamente afferente all'esecuzione ogni verifica che possa riguardare i subappaltatori ed anche l'individuazione degli stessi.

Ciò potrebbe altresì aggravare talune criticità esistenti (infiltrazioni criminali, violazione delle norme a tutela del lavoro, scarso controllo sull'effettivo esecutore dell'affidamento) che le disposizioni modificate dal d.l. 32/2019 miravano a contenere, tenuto anche conto che il limite del 50% risulta essere virtuale per i lavori, in relazione al combinato disposto con l'art. 1, comma 2, D.M. n. 248 del 10.11.2016 (ancora in vigore anche ai sensi del nuovo art. 216 comma 27 octies del Codice).

L'eliminazione del divieto di subappalto in favore del concorrente (previsto dall'art. 105 comma 4 lett. a) D.Lgs. 50/2016, abrogato dal d.l. 32/2019) potrebbe stimolare accordi collusivi in fase di gara, che sfociano in cospicue "spartizioni" in fase di esecuzione.

# Subappalto «limitato»

Questa tipologia è presente solo negli appalti di lavori se la categoria prevalente, oppure una o più d'una delle categorie scorporabili, sono riconducibili all'elenco di cui al d.m. n. 248 del 2016 (attuativo dell'art. 89, comma 11, del Codice) e solo se queste sono di importo superiore al 10% dell'importo del contratto (c.d. «s.i.o.s.»). Ai sensi dell'art. 105, comma 5, del Codice, per queste categorie il subappalto è «limitato» al 30% dell'importo della singola categoria, non può essere suddiviso o frazionato in più contratti di subappalto (a meno che vi siano ragioni dimostrabili). Sembra che tale percentuale sia autonoma e prescindenda dal 30% sull'importo totale dell'appalto, prevista dall'art. 105, comma 2, terzo periodo, del Codice

# Subappalto «necessario» o «qualificante»

Questa tipologia è presente solo se l'appalto prevede prestazioni scorporabili per le quali è obbligatorio il possesso della qualificazione specifica o, in alternativa, è ammesso il subappalto di tali prestazioni. Quindi solo se si è in presenza di categorie scorporabili (lavori) o prestazioni secondarie (servizi), ex art. 48, comma 2, del Codice e non coinvolge, come invece il subappalto «limitato», la categoria prevalente. Ancorché in astratto possa ricorrere anche negli appalti di servizi, il subappalto necessario è tipico degli appalti di lavori in presenza di categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria.

# In conclusione

- Il subappalto «facoltativo» può riguardare solo categorie per le quali l'offerente è in possesso di idonea qualificazione e categorie a qualificazione NON obbligatoria e (ma questo è ovvio) categorie non evidenziate nei bandi o nelle lettere di invito perché di importo non rilevante ai fini della qualificazione;
- il subappalto «limitato» può riguardare solo le s.i.o.s., sia che l'offerente sia in possesso della relativa qualificazione (e quindi è anche subappalto «facoltativo») sia che l'offerente sia carente di parte, non superiore al 30%, della specifica qualificazione in tali categorie (e quindi è anche subappalto «necessario»);
- il subappalto «necessario» è alternativo al possesso dei requisiti specifici.

# NON SOLO SUBAPPALTI

Avv. ELISA VALERIANI

Prof. Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

# I contratti continuativi non costituiscono subappalto

Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto:

- a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;
- b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;
- c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli (...);
- d) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

# La definizione di Cottimo

ggggg-undecies) «cottimo», l'affidamento della sola lavorazione relativa alla categoria subappaltabile ad impresa subappaltatrice in possesso dell'attestazione dei requisiti di qualificazione necessari in relazione all'importo totale dei lavori affidati al cottimista e non all'importo del contratto, che può risultare inferiore per effetto dell'eventuale fornitura diretta, in tutto o in parte, di materiali, di apparecchiature e mezzi d'opera da parte dell'appaltatore

# Cooptazione

Tale istituto risulta disciplinato dall'art. 92, comma 5, del d.P.R. 207/2010, che ne condiziona l'utilizzo al rispetto dei seguenti requisiti:

- il concorrente singolo o associato deve possedere in proprio i requisiti richiesti dalla lex specialis;
- l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute dall'impresa cooptata deve essere almeno pari all'importo dei lavori da affidare alla medesima
- lavori affidati all'impresa cooptata non devono superare il 20% dell'importo complessivo

# Cooptazione

- la ratio dell'istituto è quella di consentire a imprese già qualificate di maturare capacità tecniche in categorie di lavori diverse rispetto a quelle possedute, non compromettendo l'interesse pubblico alla corretta esecuzione dell'appalto.
- dato il carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto, l'impresa cooptata può eseguire i lavori ma non può assumere lo status di concorrente, di conseguenza non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto, né può subappaltare, o comunque affidare a terzi, i lavori che le vengono affidati.

# AVVALIMENTO

# AVVALIMENTO

I requisiti relativi alla situazione economico-finanziaria ed alla capacità tecnico-professionale possono essere dimostrati invocando l'avvalimento conferito da un terzo sostenitore.

L'avvalimento può essere conferito tanto all'operatore con offerta indipendente quanto ad un'associazione, in base ad un accordo fermo ed irrevocabile emesso dal terzo sostenitore;

L'accordo di avvalimento deve includere:

- (a) le risorse messe a disposizione dell'offerente;
- (b) che le risorse saranno trasmesse in modo incondizionato a favore dell'offerente.
- (c) Nel caso di avvalimento per requisiti non trasmissibili materialmente (esperienza simile, cifra di affari), l'obbligo assunto dal terzo sostenitore di intervenire direttamente nel contratto di appalto pubblico se l'offerente riscontra delle difficoltà nell'esecuzione dello stesso.

l'ente appaltante ha il diritto, non l'obbligo, di richiedere documenti attestanti l'esistenza delle risorse.

## **Avvalimento tecnico od operativo: necessaria l'indicazione delle risorse oggetto di avvalimento e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria**

□ TAR LAZIO, ROMA, 10 MAGGIO 2019 N. 5580

Il riferimento dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 alle «**risorse oggetto di avvalimento**», che devono essere indicate nella dichiarazione rivolta alla Stazione Appaltante, e alle «**risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria**», la cui specificazione è richiesta a pena di nullità del contratto di avvalimento, comporta, quanto meno per l'avvalimento c.d. tecnico od operativo, che siffatte risorse debbano coincidere con l'oggetto (inteso come porzione della realtà materiale) della prestazione o delle prestazioni cui è obbligata l'impresa ausiliaria, quindi consistano nel personale e nei mezzi aziendali forniti all'impresa ausiliata per l'espletamento delle prestazioni oggetto dell'appalto. Questa interpretazione è stata fatta propria dalla giurisprudenza prevalente, nella quale è ricorrente l'affermazione che, nel caso di avvalimento c.d. tecnico od operativo (che ha ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria) sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate: onde è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto.

# Condizioni e presupposti di validità del contratto di avvalimento

- TAR TOSCANA, FIRENZE, 14 MARZO 2019 N. 3441

**Nullità del contratto di avvalimento se contiene un generico riferimento ai requisiti prescritti dalla *lex specialis*.**

**Inesistenza del contratto di avvalimento per errata qualificazione del consorzio come “stabile”.**

## **Mancata produzione del contratto di avvalimento in originale o in copia autentica nell'assegnato termine di regolarizzazione: va escluso il concorrente**

□ TAR LAZIO, ROMA, 18 APRILE 2019 N. 5044

La mancata presentazione in originale o in copia autentica del contratto di avvalimento unitamente alla domanda di partecipazione alla pubblica gara, può essere al più sanata con il soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, d.lgs 50/2016, fermo restando che, in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, la sanzione comminabile è quella dell'esclusione del concorrente dalla gara.

# AVVALIMENTO DELLE SOA

□ TAR TOSCANA, FIRENZE, 13 MARZO 2019 N. 356

L'art. 89 D.lgs. n. 50/2016 conferisce massima ampiezza all'istituto dell'avvalimento, come imposto dalle norme europee ed esso può riguardare anche il possesso dell'attestazione SOA, come reso più esplicito dall'eliminazione, in seno all'art. 89, dell'equivoco riferimento all'art. 84 D.lgs. n. 50 del 2016, operato dal D.lgs. n. 56/2017.

Il testo dell'art. 89 cit. non consente alle stazioni appaltanti di porre limitazioni all'utilizzo dell'avvalimento o di conformare il suo utilizzo, se non nei limiti di cui alle previsioni dei commi 3 e 4 del medesimo art. 89.

Ne consegue che la pretesa dell'Amministrazione che l'impresa partecipante alla gara, che utilizza l'avvalimento della SOA di altra impresa, sia in possesso essa stessa di SOA, risulta illegittima.

De resto anche nel vigore del testo originario dell'art. 89, anteriore al correttivo, era stato ammesso l'avvalimento di SOA anche da parte di impresa che ne fosse del tutto priva purché operante abitualmente nel settore nel quale si colloca l'oggetto della gara come risulta dall'iscrizione nel registro delle imprese (in tal senso: determinazione AVCP n. 2/2012; TAR Lombardia - Milano, Sez. IV, n. 491/2016).

# AVVALIMENTO E SUBAPPALTO: DUE ISTITUTI COLLEGATI

# Parere n. 1333 del 20 dicembre 2017

l'avvalimento consente al concorrente di integrare i requisiti mancanti necessari per la partecipazione alla gara facendo affidamento su quelli di un altro soggetto, il quale diviene parte sostanziale del contratto di appalto, assumendo insieme al concorrente principale una responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, il subappalto, invece, si sostanzia in una mera sostituzione nell'esecuzione della prestazione contrattuale, costituendo una forma di organizzazione dell'impresa dell'appaltatore<sup>1</sup>, il quale rimane responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante.

# Parere di Precontenzioso n. 434 del 27 aprile 2017

L'innegabile connessione tra i due istituti trova, comunque, conferma nel dettato normativo: l'art. 89, comma 8, del d.lgs. 50/2016 prevede la possibilità che l'impresa ausiliaria assuma il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati: il subappalto, in tale circostanza, viene quindi a costituire un modulo attraverso il quale si concretizza l'avvalimento. L'utilizzo del subappalto nel perimetro tracciato dall'avvalimento sembra dimostrare che l'intenzione legislativa sia quella di garantire la corrispondenza tra i requisiti di partecipazione, anche prestati, e l'esecuzione del contratto. L'inciso "nei limiti dei requisiti prestati" necessita però di un'interpretazione in linea con le prescrizioni e i limiti previsti dalla disciplina generale del subappalto. Ne consegue che, mentre in fase di qualificazione il concorrente può utilizzare liberamente l'avvalimento, qualora esso si concretizzi in subappalto, quest'ultimo incontra i limiti previsti dalla disciplina speciale pubblicistica per esso stabilita.

# MODIFICHE CONTRATTUALI

# MODIFICHE CONTRATTUALI

- L'art. 106 del D.Lg n. 50/2016 contiene alcune disposizioni innovative rispetto alla previgente normativa. Talune di esse derivano direttamente dal recepimento della direttiva comunitaria (articolo 72 della direttiva 2014/24/UE, nonché articolo 89 direttiva 2015/25/UE), altre dalle ulteriori previsioni della legge delega (articolo 1, comma 1, lett. ee) della legge 28 gennaio 2016, n. 11). Per quanto concerne la norma europea, essa, a propria volta, recepisce i principi affermatasi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo cui le modifiche del contratto, comportanti una modifica minore del valore del contratto sino a un determinato valore, dovrebbero essere sempre possibili senza richiedere una nuova procedura d'appalto (in tal senso, il considerando n. 107 e seguenti della dir. 24/2014/UE).

# MODIFICHE CONTRATTUALI

105

- Le «modifiche in corso di esecuzione»
- Le «prestazioni supplementari»
- Le «varianti in corso d'opera»

# modifiche in corso di esecuzione

- 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 e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti.
- Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro.

# modifiche in corso di esecuzione

107

Dal dato testuale si ricava che, oltre alle clausole che hanno ad oggetto la “revisione prezzi”, sono ammissibili anche altre clausole “modificative” del contratto.

- Direttive comunitarie: Considerando n. 111 della dir. 14/2014/UE: «... rispetto ai singoli contratti, le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere clausole di revisione o di “opzione” “opzione” dei contratti stessi.;
- Art. 72 della dir. 14/2014/UE: prevede che sono ammesse le modifiche contrattuali, a prescindere dal loro valore monetario, se “sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni”.
- D.Lgs n. 50, art. 35, comma 4. 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.

E' possibile, dunque, affermare che le clausole modificative del contratto possono avere ad oggetto la “revisione prezzi”, ovvero, più semplicemente, delle “opzioni”. Sarà la stazione appaltante, in fase di esecuzione, a valutare se avvalersi o meno di tali opzioni.

Proroga: tipico esempio di «opzione».

# modifiche in corso di esecuzione

I contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:

- 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 e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, 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 stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208;

# modifiche in corso di esecuzione

- per lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti: 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; comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi;
- ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni
  - 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;
  - la modifica non altera la natura generale del contratto.

# modifiche in corso di esecuzione

- se un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:
  - una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui al primo punto
  - all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o per contratto, anche 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;
  - nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori;

E. se le modifiche non sono sostanziali. Le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche.

# Errori od omissioni

Ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni, i contratti possono altresì essere modificati, anche a causa di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice, se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori :

- le soglie fissate all'articolo 35;
- il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizio e fornitura sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali. Tuttavia la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.

# Modifica sostanziale

Una modifica di un contratto o di un accordo quadro 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 una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

- la modifica 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;
- la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
- la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
- 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 punto D

# Art. 106

- ❖ Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori che hanno modificato un contratto pubblicano un avviso al riguardo nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea
- ❖ Nei casi di cui alle lettere b) e c), per i settori ordinari 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, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica
- ❖ La stazione appaltante comunica all'ANAC le modificazioni al contratto entro trenta giorni dal loro perfezionamento. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'Autorità irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo. L'Autorità pubblica sulla sezione del sito Amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatore, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica.

# Art. 106

- ❖ I titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione. Nel caso di appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo.
- ❖ 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.

# Art. 106

**La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario una 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.**

- l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto e la perizia di variante o suppletiva è accompagnata da un atto di sottomissione che l'impresa affidataria è tenuta a sottoscrivere in segno di accettazione o di motivato dissenso.
- Nel caso in cui la stazione appaltante disponga varianti in diminuzione nel limite del quinto dell'importo del contratto, deve comunicarlo all'impresa affidataria tempestivamente e comunque prima del raggiungimento del quarto quinto dell'importo contrattuale; in tal caso nulla spetta all'impresa affidataria a titolo di indennizzo
- Ai fini della determinazione del quinto, l'importo dell'appalto è formato dalla somma risultante dal contratto originario, aumentato dell'importo degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per varianti già intervenute, nonché dell'ammontare degli importi, diversi da quelli a titolo risarcitorio, eventualmente riconosciuti all'impresa affidataria ai sensi degli articoli 205 e 208 del Codice

# Art. 106

- Nei casi di eccedenza rispetto al limite sopra indicato, la perizia di variante è accompagnata da un atto aggiuntivo al contratto principale.
- Il Rup deve darne comunicazione all'impresa affidataria che, nel termine di dieci giorni dal suo ricevimento, deve dichiarare per iscritto se intende accettare la prosecuzione dei lavori e a quali condizioni;
- Nei quarantacinque giorni successivi al ricevimento della dichiarazione la stazione appaltante deve comunicare all'impresa affidataria le proprie determinazioni.
- Qualora l'impresa affidataria non dia alcuna risposta alla comunicazione del Rup si intende manifestata la volontà di accettare la variante complessiva agli stessi prezzi, patti e condizioni del contratto originario.
- Se la stazione appaltante non comunica le proprie determinazioni nel termine fissato, si intendono accettate le condizioni avanzate dall'impresa affidataria.

# Gestione delle varianti

- ❖ le modifiche, nonché le varianti, dei contratti in corso di esecuzione devono essere autorizzate dal Rup con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante da cui il Rup dipende.
- ❖ Il Direttore dei Lavori fornisce al Rup l'ausilio necessario per gli accertamenti in ordine alla sussistenza delle condizioni
- ❖ il Direttore dei Lavori descrive la situazione di fatto ai fini dell'accertamento da parte del Rup della sua non imputabilità alla stazione appaltante, della sua non prevedibilità al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori e delle ragioni per cui si rende necessaria la variazione.

# Gestione delle varianti

Il Direttore dei Lavori:

1. 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;
2. sopporta le conseguenze derivanti dall'aver ordinato o lasciato eseguire variazioni o addizioni al progetto, senza averne ottenuto regolare autorizzazione, sempre che non derivino da interventi volti ad evitare danni gravi a persone o cose o a beni soggetti alla legislazione in materia di beni culturali e ambientali o comunque di proprietà delle stazioni appaltanti.

In caso di variazioni al progetto non disposte dal Direttore dei Lavori, quest'ultimo fornisce all'impresa affidataria le disposizioni per la rimessa in pristino con spese a carico della stessa.

# 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;
- la modifica non altera la natura generale del contratto.

# PRESTAZIONI SUPPLEMENTARI

I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento per lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti:

- 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale;
- 2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi;

# RESPONSABILITA'

- 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 o a beni soggetti alla legislazione in materia di beni culturali e ambientali o comunque di proprietà delle stazioni appaltanti.

# RESPONSABILITA'

- il direttore dei lavori descrive la situazione di fatto ai fini dell'accertamento da parte del RUP della sua non imputabilità alla stazione appaltante, della sua non prevedibilità al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori e delle ragioni per cui si rende necessaria la variazione.

# RESPONSABILITA'

---

- 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.

# I nuovi prezzi

Le variazioni sono valutate in base ai prezzi di contratto, ma se comportano categorie di lavorazioni non previste o si debbano impiegare materiali per i quali non risulta fissato il prezzo contrattuale si provvede alla formazione di nuovi prezzi. I nuovi prezzi delle lavorazioni o materiali sono valutati:

- a) desumendoli dai prezziari di cui all'articolo 23, comma 16 del codice, ove esistenti;
- b) ricavandoli totalmente o parzialmente da nuove analisi effettuate avendo a riferimento i prezzi elementari di mano d'opera, materiali, noli e trasporti alla data di formulazione dell'offerta, attraverso un contraddittorio tra il direttore dei lavori e l'esecutore, e approvati dal RUP.

# Controllo sulle varianti in corso d'opera

- Per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria: le varianti in corso d'opera sono comunicate dal RUP all'Osservatorio dei contratti pubblici;
- Per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria: le varianti in corso d'opera di importo eccedente il 10% del valore originario del contratto sono trasmesse dal RUP all'ANAC ai fini della verifica della legittimità ai sensi dell'art. 213 del Codice

# Modifica dei contratti di appalto durante il periodo di efficacia

- Tar Lazio, Roma, Sez. III quater, 27 novembre 2017, n. 11732

La previsione contenuta all'art 106 del d.lgs 50/2016 consente, a determinate condizioni, «le modifiche, nonché le varianti dei contratti di appalto in corso di validità» e, dunque, secondo la puntuale indicazione che si trae dalla rubrica dell'articolo e dal tenore letterale di esso, la «modifica di contratti durante il periodo di efficacia». La disposizione contenuta all'art 106 del d.lgs 50/2016 definisce in modo chiaro e netto i propri confini operativi, circoscritti alle ipotesi nelle quali, conseguita l'aggiudicazione, non solo sia già stato stipulato il contratto, ma questo sia anche efficace e in corso di validità. Si tratta, prosegue il Collegio, di una disciplina non applicabile analogicamente al di fuori dell'area normativa così disegnata, posto che lo spazio che precede la stipula del contratto valido ed efficace rimane presidiata dai principi dell'evidenza pubblica i quali non consentono l'apprezzabile modifica (ancorché quantitativa) dell'oggetto dell'appalto, se non a prezzo di vulnerare la par condicio tra i concorrenti (ex multis, Tar Lazio, 5088/2016 , né in conseguenza la possibilità di riformulare l'offerta (e non il contratto) che rimane invece connotata da immutabilità dei contenuti e dalla tassatività dei termini di presentazione. Tanto basta, ad avviso del Collegio, a collocare la fattispecie in esame, nella quale neppure era stata effettuata l'aggiudicazione, fuori da quel perimetro. Peraltro, precisa il TAR, sussiste l'interesse della ricorrente chiaramente individuabile sia rispetto al bene della vita strumentale della ripetizione della gara, sia con riguardo alla possibilità (evincibile anche dall'esigua differenza di punteggio esistente fra le prime due classificate) di poter in futuro conseguire l'aggiudicazione.

# Cassazione civile sez. II sentenza n. 10891 del 04/05/2017

- le variazioni non previste nel progetto, ove strettamente necessarie per la realizzazione dell'opera, possono essere eseguite dall'appaltatore senza la preventiva autorizzazione del committente ma, in tal caso, ove manchi l'accordo tra le parti, spetta al giudice accertarne la necessità e determinare il corrispettivo delle relative opere, parametrandolo ai prezzi unitari previsti nel preventivo ovvero ai prezzi di mercato correnti.

# Corte appello Firenze sez. n. 413 del 23/02/2017

- nel caso in cui nel corso dell'esecuzione del contratto d'appalto il committente abbia richiesto all'appaltatore notevoli ed importanti variazioni del progetto, il termine di consegna e la penale per il ritardo, previsti nel contratto, vengono meno dal momento che vi è un evidente mutamento dell'originario piano dei lavori; perché la penale conservi efficacia, occorre che le parti concordemente stabiliscano un nuovo termine per la consegna dei lavori. In assenza di tale concorde decisione, incombe al committente, che persegua il risarcimento del danno da ritardata consegna dell'opera, l'onere di fornire la prova della colpa dell'appaltatore

# Il 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.*

# Il quinto d'obbligo

- Stazione appaltante ha il potere di imporre quelle modifiche senza che l'appaltatore possa opporre il diritto di risoluzione del contratto o il diritto di negoziare lo svolgimento delle prestazioni a condizioni diverse da quelle inizialmente pattuite.
- In quest'ottica, quindi, per le modifiche di cui al comma 2 (le c.d. modifiche di dettaglio), sino al limite del 10% per forniture e servizi e del 15% per lavori, si procede senza valutazioni di ammissibilità e le stesse, rientrando nel limite più generale del Quinto d'obbligo, sono imposte al contraente – con atto di sottomissione - senza che questo possa risolvere il contratto; superati questi limiti di cui al comma 2, dovranno essere rispettate le condizioni poste dalle varie fattispecie in concreto configurantesi e, il limite del Quinto d'obbligo si applicherà se tali condizioni si saranno realizzate.
- Chiarito l'ambito di applicazione, qualche criticità vi è per il calcolo del quinto giacché con il passaggio al nuovo Codice dei contratti, si è persa la previsione di cui all'art. 161 del D.P.R. 207/2010 il quale stabiliva, al comma 14 che *“Ai fini della determinazione del quinto, l'importo dell'appalto è formato dalla somma risultante dal contratto originario, aumentato dell'importo degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per varianti già intervenute, nonché dell'ammontare degli importi, diversi da quelli a titolo risarcitorio, eventualmente riconosciuti all'esecutore ai sensi degli articoli 239 e 240 del codice. La disposizione non si applica nel caso di variante disposta ai sensi dell'articolo 132, comma 1, lettera e) del codice”* (errori del progetto esecutivo)”. Al successivo comma 15, inoltre, si precisava che, ai fini del calcolo del quinto, non dovevano essere tenuti in conto gli aumenti, rispetto alle previsioni contrattuali, delle opere relative a fondazioni.

# Publicità modifiche

- *Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori che hanno modificato un contratto nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) e c), pubblicano un avviso al riguardo nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Tale avviso contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera E, ed è pubblicato conformemente all'articolo 72 per i settori ordinarie e all'articolo 130 per i settori speciali. Per i contratti di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, la pubblicità avviene in ambito nazionale.*

# Publicità modifiche

*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 di cui all'articolo 213, tramite le sezioni regionali, 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, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture prioritarie, 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 esercita i poteri di cui all'articolo 213. In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle varianti in corso d'opera previsti, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 213, comma 13.*

# Publicità modifiche

- Gli oneri di comunicazione e trasmissione interessano non solo la procedura principale di affidamento o di gara ma, chiaramente, anche le modifiche al contratto che non siano previste nei documenti di gara. Nello specifico, viene imposto alle stazioni appaltanti di pubblicare un avviso nella G.U.E. (o per il sotto soglia, in solo ambito nazionale) nel caso di modifiche supplementari e di varianti in corso d'opera. In particolare, per i contratti sotto soglia tutte le varianti devono essere comunicate all'Osservatorio dei lavori pubblici, nelle sezioni regionali, entro 30 giorni dalla loro approvazione. Tale comunicazione è obbligatoria anche per il sopra soglia quando il valore della variante è inferiore al 10%. Qualora si superi tale percentuale, il RUP dovrà inviare la documentazione della variante all'ANAC che ne accerterà l'eventuale illegittimità (obblighi di trasmissione).

Fattispecie - Art. 106 D. Lgs. 50/2016	CASI	LIMITI DI VALORE MASSIMO	CONDIZIONI	ADEMPIMENTI
<b>LE MODIFICHE PREVISTE NEI DOCUMENTI DI GARA (Comma 1, lettera a) e comma 11)</b>	a) Clausole di revisione e di adeguamento prezzi;  b) Proroga del contratto per il tempo strettamente necessario all'espletamento delle procedure di gara.  c) Modifiche di dettaglio o varianti non varianti d) Sostituzione del contraente originario	Nessun limite Per i lavori l'eccedenza deve superare il 10% del prezzo originario e comunque in misura pari alla metà  Le modifiche di dettaglio hanno il limite di valore determinato dalla S.A.	1) Clausole chiare in cui sono prefissate la portata e la natura delle modifiche.  2) Non è alterata la natura generale del contratto	Nessuna ulteriore pubblicazione Nessun nuovo CIG
<b>LE MODIFICHE NON PREVISTE NEI DOCUMENTI DI GARA (Comma 1, lettere b), d) ed e))</b>	a) Lavori, servizi o forniture supplementari affidate al contraente originale, necessarie e non incluse nell'appalto iniziale;  b) Modifiche non sostanziali, di dettaglio o varianti non varianti;  c) Sostituzione del contraente originario in caso di morte, ristrutturazioni societarie;  e) Se la S.A. assume obblighi del contraente verso subappaltatore	La modifica non deve superare il 50% del valore del contratto iniziale (solo per settori ordinari);  Le modifiche di dettaglio, se previste nel bando, possono essere incluse in soglie di importi.	Per le sole prestazioni supplementari, se un cambiamento del contraente produce due effetti: 1) impraticabilità per motivi economici o tecnici; 2) notevoli disguidi o consistente duplicazione dei costi.  In ogni caso non deve essere alterata la natura generale del contratto.	Nessun nuovo CIG se la modifica non supera il quinto d'obbligo <a href="#">[10]</a> .  1) Comunicazione ad ANAC entro 30 giorni dall'approvazione della prestazione supplementare;  2) Pubblicazione ai sensi del comma 5 per le prestazioni supplementari

Fattispecie - Art. 106 D. Lgs. 50/2016	CASI	LIMITI DI VALORE MASSIMO	CONDIZIONI	ADEMPIMENTI
LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA TRADIZIONALI (Comma 1, lettera c))	Varianti in corso d'opera	La modifica non deve superare il 50% del valore del contratto iniziale (solo per settori ordinari)	Devono realizzarsi entrambe le seguenti:  1) circostanze impreviste e imprevedibili, compresa la sopravvenienza di nuove norme;  2) non è alterata la natura generale del contratto.	Nessun nuovo CIG se la modifica non supera il quinto d'obbligo.  1) Pubblicazione ai sensi del comma 5. 2) Comunicazione all'Osservatorio entro 30 giorni dall'approvazione della variante in caso di varianti: a) per appalti sotto soglia; b) di importo inferiore al 10% per appalti pari o sopra soglia. 3) Trasmissione all'ANAC per varianti pari o superiore del 10% del valore del contratto iniziale su appalti pari o sopra soglia comunitaria
LE MODIFICHE PER IMPORTI SOTTOSOGLIA (Comma 2 e commi 9 e 10)	a) Modifiche motivate diversamente da quanto previsto nel comma 1, lettere a) e b);  b) Modifiche per errori od omissioni progettuali	Deve trattarsi di modifica sotto soglia comunitaria che non supera il 10% per servizi e forniture, il 15% per i lavori	1) Non è alterata la natura generale del contratto;  2) Resta ferma la responsabilità dei progettisti esterni nel caso b)	Nessun nuovo CIG 1) Comunicazione ad ANAC entro 30 giorni dall'approvazione della prestazione supplementare
Modifiche diverse da quelle previste ai commi 1 e 2 (Comma 6)	Nessun limite		Nuova procedura di gara e nuovo CIG ed eventuale ricorso all'art. 63	

**PROROGHE, RINNOVI  
CONTRATTUALI E  
PROSECUZIONE DI  
PRESTAZIONI**



# Il rinnovo

- a proroga è uno strumento a disposizione della Stazione Appaltante che le consente di estendere nel tempo gli effetti di un contratto d'appalto in essere al fine di evitare un blocco dell'azione amministrativa.
- L'utilizzo di tale strumento infatti è consentito solo *in via eccezionale* e limitato al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure per l'individuazione di un nuovo contraente.
- Dovrà essere prevista nel bando e nei documenti di gara.
- Altro strumento di estensione della durata del contratto d'appalto è l'opzione di rinnovo, che ha efficacia temporale più lunga della proroga e non è motivato da carattere di urgenza bensì rappresenta una mera facoltà per l'amministrazione committente.
- Per poter essere esercitato il rinnovo deve essere stato espressamente previsto nella documentazione di gara nella sua esatta durata massima.

## **Obbligo di indire una nuova gara pubblica, laddove permanga l'interesse della P.A. alle prestazioni oggetto dell'appalto, una volta scaduto il contratto**

Tar Lazio, Roma, 10 settembre 2018, n. 9212

**L'obbligo di indizione di nuova gara pubblica una volta scaduto il contratto.** Nel rigettare nel merito il ricorso, i Giudici amministrativi ritenevano che, in materia di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto di servizi non vi sia alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti in quanto vige l'inderogabile principio in forza del quale la P.A.- una volta scaduto il contratto e laddove abbia ancora necessità di fruire di quelle prestazioni- deve effettuare una nuova gara pubblica.

La **proroga è consentita unicamente ai sensi dell'art 106 c 11 del D.Lgs 50/2016**, come strumento temporaneo necessario ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro.

Le **clausole di proroga** inserite ab origine nella lex specialis (come nel caso de quo, nel contratto scaduto) sono, dal canto loro, considerate legittime (CdS Sez III 3580/2013; sez. V, 27 aprile 2012, n. 2459), ma pur sempre subordinate alle condizioni previste dalla legge. La clausola di proroga, cioè, consente alla P.A. il diritto potestativo di richiedere al contraente privato la prosecuzione del contratto scaduto, senza di contro far sorgere in capo alla contraente un diritto a che ciò avvenga.

Tali considerazioni, peraltro, **si riverberano sul contenuto della motivazione che l'Ente è tenuto a fornire.** Nel caso decida di procedere con indizione di una nuova procedura, non dovrà fornire alcuna particolare motivazione, mentre laddove proceda con la proroga del rapporto, tale scelta derogatoria rispetto al principio generale andrà analiticamente motivata (così, Cons. St. sez VI 6194/2011).

La decisione assunta dal TAR laziale è, del resto, coerente con la giurisprudenza formatasi sul punto: si vedano, tra le altre, TAR Sardegna, Cagliari, n. 755/2014; Cons. Stato sez. III, n. 01521/2017, secondo cui «la proroga (...) costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali».

## **È legittimo l'avvio di una procedura negoziata, ove ne ricorrano i presupposti, dopo varie proroghe tecniche in favore del precedente gestore dei servizi**

*Tar Lazio, Roma, 11 settembre 2018, n. 9268*

L'Amministrazione, in maniera del tutto legittima - a fronte di quattro proroghe tecniche a favore del precedente gestore dei servizi integrati, per una durata complessiva di circa un anno e mezzo - opta, ricorrendone i presupposti di cui all'art. 63, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, per l'avvio di una procedura negoziata in coerenza con il principio di rotazione che governa l'aggiudicazione degli appalti nell'ipotesi del ricorso alla predetta procedura, così evitando la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la Stazione Appaltante ed il precedente gestore ed ampliando le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti.

**L'opzione di escludere l'affidatario uscente dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata non necessita di specifica motivazione.**

Non necessita di specifica motivazione l'opzione di escludere l'affidatario uscente dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata, non trattandosi di una scelta di carattere sanzionatorio, quanto piuttosto dell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento) e dell'applicazione del principio di concorrenza e massima partecipazione che, nella fattispecie, si esplica consentendo ad operatori, diversi da quelli fino a quel momento coinvolti, di accedere ad appalti di durata necessariamente limitata per il verificarsi di situazioni non prevedibili.

# Consiglio di Stato, sez III, n. 1337/2018

- In mancanza di espressa previsione nella lex specialis di gara, la proroga del rapporto contrattuale deve necessariamente avvenire alle stesse condizioni alle quali il contratto era stato stipulato e, dunque, considerando il contenuto dell'offerta economica e dell'offerta tecnica, che avevano consentito all'appaltatore di aggiudicarsi la gara. La proroga del contratto è, infatti, per sua natura inidonea ad innovare l'originario equilibrio sinallagmatico del rapporto negoziale. Ed infatti, mentre la proroga del termine finale di un appalto pubblico di servizi sposta solo in avanti la scadenza conclusiva del rapporto, il quale resta regolato dalla sua fonte originaria, il rinnovo del contratto comporta una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale, che rende incompatibile l'immediata applicazione imperativa della clausola di revisione prezzi (Cons. St., sez. III, 9 gennaio 2017, n. 25; id., sez. V , 22 giugno 2010, n. 3892; id. 14 maggio 2010, n. 3019).

## **PROROGA – DIFFERENZA CON IL RINNOVO – CARATTERISTICA – FINALITÀ – ONERE DI MOTIVAZIONE (ART. 106 D.LGS. N. 50/2016)**

TAR Roma, 10.09.2018 n. 9212

La differenza tra rinnovo e proroga di contratto pubblico sta nel fatto che il primo comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali; la seconda ha, invece, come solo effetto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario. (...) la proroga, nell'unico caso oggi ammesso ai sensi dell'art 106 del D.Lgs 50/2016, ha carattere di temporaneità e rappresenta uno strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro. Ciò, peraltro, è stato chiarito, conformemente all'univoco orientamento della giurisprudenza, anche dall'ANAC, pure in relazione al previgente impianto normativo; è stato, infatti, evidenziato (parere AG 38/2013) che 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).

# Proroga o rinnovo?

Il Consiglio di Stato ha più volte evidenziato che *mentre la proroga del termine finale di un appalto pubblico di servizi sposta solo in avanti la scadenza conclusiva del rapporto, il quale resta regolato dalla sua fonte originaria, il rinnovo del contratto comporta una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale.*

Infatti la proroga del rapporto contrattuale deve necessariamente avvenire alle stesse condizioni alle quali il contratto era stato stipulato.

Essa 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.

Diverso ragionamento invece per il rinnovo, per il quale il Consiglio di Stato ha previsto che *la società appaltatrice ha piena libertà di rifiutare la prestazione e cessare l'appalto, mentre l'Amministrazione non ha strumenti coercitivi per imporgli la prosecuzione.*

Pertanto ciò che differenzia il rinnovo del contratto dalla proroga sta nella circostanza che mentre il rinnovo presuppone una rinegoziazione delle condizioni, la proroga si riduce soltanto ad un mero differimento temporale.

# Proroga o rinnovo?

Gli operatori economici dovranno pertanto avere sempre presente che:

- non potranno sottrarsi all'esecuzione di una proroga quando richiesta dalla Stazione Appaltante per il tempo strettamente necessario all'individuazione di un nuovo contraente e pertanto nelle more dell'aggiudicazione di una nuova gara
- la proroga presenta le stesse condizioni alle quali il contratto era stato stipulato
- il rinnovo dell'appalto potrà essere concesso dalla Stazione Appaltante solo se espressamente indicato nella documentazione di gara, con indicazione della sua durata massima
- l'impresa appaltatrice può rifiutare il rinnovo del contratto.

# **INADEMPIENZE DELL'APPALTATORE, PENALI E RISOLUZIONE DEL CONTRATTO: TRA CODICE CIVILE E D.LGS 50/2016**

# La risoluzione del contratto in generale:

## Art. 1453 cc

*«Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.»*

*La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.*

*Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione.»*

# Le norme specifiche di riferimento

- Art. 1665 cc: Verifica e pagamento dell'opera
- Art. 1667 cc: Difformità e vizi dell'opera
- Art. 1668 cc: Rimedi esperibili dal committente
- Art. 1669 cc: Rovina e difetti di cose immobili

# Art. 1665 cc

*«Il committente, prima di ricevere la consegna, ha diritto di verificare l'opera compiuta.*

*La verifica deve essere fatta dal committente appena l'appaltatore lo mette in condizioni di poterla eseguire.*

*Se, nonostante l'invito fattogli dall'appaltatore, il committente tralascia di procedere alla verifica senza giusti motivi, ovvero non ne comunica il risultato entro un breve termine, l'opera si considera accettata.*

*Se il committente riceve senza riserve la consegna dell'opera, questa si considera accettata ancorché non si sia proceduto alla verifica.*

*Salvo diversa pattuizione o uso contrario, l'appaltatore ha diritto al pagamento del corrispettivo quando l'opera è accettata dal committente.»*

# Art. 1667 cc

*«L'appaltatore è tenuto alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera. La garanzia non è dovuta se il committente ha accettato l'opera e le difformità o i vizi erano da lui conosciuti o erano riconoscibili, purché in questo caso, non siano stati in malafede taciuti dall'appaltatore .*

*Il committente deve, a pena di decadenza, denunciare all'appaltatore le difformità o i vizi entro sessanta giorni dalla scoperta. La denuncia non è necessaria se l'appaltatore ha riconosciuto le difformità o i vizi o se li ha occultati.*

*L'azione contro l'appaltatore si prescrive in due anni dal giorno della consegna dell'opera. Il committente convenuto per il pagamento può sempre far valere la garanzia, purché le difformità o i vizi siano stati denunciati entro sessanta giorni dalla scoperta e prima che siano decorsi i due anni dalla consegna.»*

# Art. 1668 cc

*«Il committente può chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore, oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito, salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore. Se però le difformità o i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, il committente può chiedere la risoluzione del contratto»*

# Art. 1669 cc

*«Quando si tratta di edifici o di altre cose immobili destinate per loro natura a lunga durata, se, nel corso di dieci anni dal compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, l'appaltatore è responsabile nei confronti del committente e dei suoi aventi causa, purché sia fatta la denuncia entro un anno dalla scoperta.*

*Il diritto del committente si prescrive in un anno dalla denuncia.»*

# I rimedi esperibili

□ **Se i vizi e le difformità non sono tali da pregiudicare l'idoneità dell'opera all'uso, si può, alternativamente**

- 1) Chiedere l'eliminazione dei vizi e delle difformità a spese dell'appaltatore
- 2) Chiedere la riduzione del prezzo

(Rimane salva la facoltà di chiedere il risarcimento del danno)

□ **Se i vizi e le difformità sono tali da pregiudicare l'idoneità dell'opera all'uso**

- 3) Chiedere la risoluzione

# Il risarcimento del danno

---

E' previsto in funzione della colpa dell'appaltatore: la colpa si ritiene presunta ex art. 1218 cc (dunque non è qualificabile in termini oggettivi ex art. 1667 cc)

# La risoluzione

- E' ammessa quando l'opera è assolutamente inidonea all'uso: la valutazione di inidoneità deve avvenire secondo parametri obiettivi.
- La domanda di risoluzione è cumulabile con la riduzione del prezzo in quanto quest'ultima non costituisce domanda di esatto adempimento e non opera il divieto ex art. 1453, 2 c.
- E' cumulabile con la domanda di eliminazione dei vizi.
- Gli effetti della risoluzione sono retroattivi.
- La risoluzione comporta per il committente la liberazione dal pagamento del prezzo e la restituzione di quanto eventualmente pagato.
- Con la risoluzione l'appaltatore ha diritto al compenso per le opere delle quali comunque l'imprenditore si sia giovato.

# La risoluzione dei contratti pubblici

L'art. 108 d.lgs. 50/2016 prevede differenti ipotesi di risoluzione del contratto pubblico suddivise in due categorie:

- Cause di risoluzione discrezionale;
- Cause di risoluzione obbligatoria;
- Risoluzione per grave inadempimento.

# Risoluzione discrezionale

Fatte salve le ipotesi di sospensione del contratto, le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

- a) il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto (cfr. modifica di contratti durante il periodo di efficacia);
- b) superamento delle soglie previste dall'art. 106 d.lgs. 50/2016 per l'ammissibilità di varianti, varianti in corso d'opera o altre ipotesi di modifica dei contratti durante il periodo di efficacia;
- c) il contraente non poteva essere dichiarato aggiudicatario poiché, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, era già destinatario di una condanna penale di cui all'art. 80 comma 1 del d.lgs. 50/2016;
- d) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea.

# Risoluzione obbligatoria

Le stazioni appaltanti devono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di efficacia dello stesso qualora:

- nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;
- nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'art. 80 comma 1 del d.lgs. 50/2016.

# Risoluzione per grave inadempimento

Il DL o il Responsabile dell'Esecuzione del Contratto, se nominato, quando accerta un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, invia al RUP una relazione particolareggiata indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore.

Il DL o il REC formula la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al RUP.

Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del RUP dichiara risolto il contratto.

# Gravità



È grave l'inadempimento tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni e quindi del contratto.

# **RIPARTO DI GIURISDIZIONE: TRA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO E GIURISDIZIONE DEL GIUDICE CIVILE**

# Costituzione

Art. 103, comma 1: *«Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi»*

Art. 113: *«Contro gli atti della Pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.*

*Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.*

*La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della Pubblica Amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa»*

# LA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

La giurisdizione del giudice amministrativo sussiste quando si agisce per la tutela di interessi legittimi, ossia una situazione giuridica di vantaggio costituita dalla protezione giuridica di interessi finali che si attua **non direttamente e autonomamente**, ma attraverso la protezione indissolubile e intermediata di un altro interesse del soggetto, meramente strumentale, alla legittimità dell'atto amministrativo e soltanto nei limiti della realizzazione di tale interesse strumentale.

# LA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

La giurisdizione del giudice amministrativo sussiste altresì quando si agisce per la tutela di diritti soggettivi in materie espressamente previste dalla legge.

In tali materie, la giurisdizione del giudice amministrativo si chiama «esclusiva» poiché estesa tanto agli interessi quanto ai diritti.

Le materie di giurisdizione esclusiva sono elencate all'art. 133 del codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. 104 del 02.07.2010.

# Art. 133, comma 1, lettera e) numeri 1 e 2 del codice del processo amministrativo

Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative:

- a) a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale nella scelta del contraente o del socio;
- b) al risarcimento del danno cagionato dalla stazione appaltante in conseguenza di una delle predette procedure;
- c) alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative;
- d) al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture;
- e) alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nonché ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi di cui all'art. 106 del d.lgs. 50/2016 (in precedenza, rispettivamente artt. 115 e 133 d.lgs. 163/2006);

## **Art. 133, comma 1, lettera e) numeri 1 e 2 del codice del processo amministrativo**

Pertanto, escluse le specifiche questioni prima citate (risarcimento, tacito rinnovo, prezzi), il giudice amministrativo conosce di tutte le questioni che vengono in rilievo fino al provvedimento di aggiudicazione, siano esse relative ad interessi legittimi o diritti soggettivi.

In seguito all'emissione dell'aggiudicazione, la giurisdizione appartiene al giudice civile (cfr. art. 1, comma 1-bis Legge 241/1990: «*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*»))

# Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Ordinanza 5 ottobre 2018, n. 24411

- a) Giurisdizione esclusiva del g.a. per tutta la fase procedimentale dell'appalto (avvio-aggiudicazione), inclusi qualsiasi provvedimento, atto, accordo e comportamento adottato entro quel lasso temporale, nonché eventuali provvedimenti di autotutela poiché riferibili alla procedura stessa;
- b) Successivamente all'aggiudicazione e prima dell'efficace conclusione del contratto (compresa quindi la sua anticipata esecuzione), vige l'ordinario criterio di riparto di giurisdizione: il g.a. conosce delle controversie relative ad interessi legittimi (questioni inerenti l'esercizio da parte della p.a. di un potere astratto previsto dalla legge) ed il g.o. delle controversie relative a diritti soggettivi (situazioni di diritto comune non riconducibili al potere astratto della p.a.);
- c) Successivamente alla conclusione del contratto, la giurisdizione è sempre del g.o., fatti salvi i casi in cui la p.a. eserciti poteri di annullamento o revoca che sono soggetti alla giurisdizione del g.a..

PROF. AVV. ELISA VALERIANI  
STUDIO LEGALE VALERIANI & PARTNERS  
VIALE LEOPOLDO NOBILI N. 3  
42121 REGGIO EMILIA  
[avv.valeriani@valerianipartners.it](mailto:avv.valeriani@valerianipartners.it)

