RegioneEmilia-Romagna

Agenzia regionale per la Ricostruzione -Sisma 2012

ART-ER ATTRATTIVITÀ RICERCA TERRITORIO

APPALTI PUBBLICI, CRISI DI IMPRESA E DISCIPLINA ANTIMAFIA

LE MODIFICHE CONTRATTUALI DURANTE IL PERIODO DI EFFICACIA. LA SOSPENSIONE DELL'ESECUZIONE DEI CONTRATTI. RISOLUZIONE E RECESSO. PROCEDURA DI AFFIDAMENTO IN CASO DI FALLIMENTO DELL'ESECUTORE O DI RISOLUZIONE DEL CONTRATTO E MISURE STRAORDINARIE DI GESTIONE.

Materiali di lavoro del seminario di aggiornamento tenuto a Bologna, viale Aldo Moro 30, il 11 dicembre 2019

Materiali a cura di: ***Avv. Antonella Micele***

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

Avv. Antonella Micele
tel. 051/236991 - a.micele@assolegali.it

Le modifiche durante il periodo di efficacia

La sospensione dell'esecuzione dei contratti

Risoluzione e recesso

Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione

Vicende durante il periodo di efficacia

Fonti

D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50

Decreto 7 marzo 2018 n. 49 Regolamento recante «Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione».

Vicende durante il periodo di efficacia

La modifica dei contratti pubblici durante il periodo di efficacia

La norma di riferimento: art. 106 Codice dei contratti pubblici

Le modifiche
durante il periodo di efficacia

La distinzione tra le ipotesi nelle quali appare possibile procedere a modifiche e varianti e le ipotesi nelle quali occorre indire una nuova procedura di appalto

Ipotesi di modifica senza necessità di una nuova procedura di affidamento (comma 1 e comma 2 – comma 6)

Necessità di autorizzazione del RUP (comma 1)

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Modifiche previste nei documenti di gara

Le modifiche che, 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 ***(comma 1 lettera a)***

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 é tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante ***(comma 11)***

Modifiche non previste nei documenti di gara

(tutte le ulteriori modifiche)

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Principio generale ed immanente dell'immodificabilità della natura generale del contratto (art. 109 Considerando direttiva 14/2014/UE)

Esempi: sostituzione dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto dell'appalto con qualcosa di diverso, oppure comporti un cambiamento sostanziale del tipo di appalto

Le modifiche durante il periodo di efficacia

La disciplina dettata dal comma 1

La rilevanza della natura della modifica

Le modifiche contrattuali durante il periodo di efficacia

(lettera a) *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.***

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Necessità di una esplicita previsione contrattuale

Immodificabilità della natura generale del contratto

Irrilevanza del valore monetario della modifica (cfr. comma 7)

Facoltà di revisione dei prezzi

Le modifiche contrattuali
durante il periodo di efficacia

Variazioni di prezzo appalti di lavori

*Per i contratti relativi ai **lavori**, le **variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione** possono essere valutate, sulla base dei prezzari 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.***

Norma di lettura problematica

Il riferimento alla «metà» deve essere inteso al valore eccedente il 10 percento o al valore del contratto ?

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Norma di non immediata interpretazione

Quali possono essere le modifiche ulteriori e diverse dalla revisione prezzi ?

Art. 72 dir. 14/2014/UE

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, o ***opzioni***

Comma 11 proroga durata del contratto

Le modifiche contrattuali
durante il periodo di efficacia

Variazioni di prezzo appalti di servizi o forniture

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

Le modifiche contrattuali durante il periodo di efficacia

Confronto con la previgente disciplina

Appalti di lavori pubblici

Art.133 comma 2 e comma 3 D.LGs. 163/06

«***Per i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti non si può procedere alla revisione prezzi e non si applica il comma 1 dell'art. 164»***

Per i lavori di cui al comma 2 si applica il prezzo chiuso, consistente nel prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, aumentato di una percentuale da applicarsi, nel caso in cui la differenza tra il tasso di inflazione reale e il tasso di inflazione programmato nell'anno precedente sia superiore al 2 per cento, all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori stessi. Tale percentuale è fissata, con decreto del Ministro delle infrastrutture da emanare entro il 31 marzo di ogni anno, nella misura eccedente la predetta percentuale del 2 per cento».

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Confronto con la previgente disciplina

Appalti di lavori pubblici

Art.115 D.Lgs. 163/06

Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una ***clausola di revisione periodica del prezzo****. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lettera c) e comma 5*

Le modifiche durante il periodo di efficacia

*b) 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,** fatto salvo quanto previsto dal comma 7 per gli appalti nei settori ordinari:*

*1) risulti **impraticabile per motivi economici o tecnici** quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilita' o interoperabilita' 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***

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Necessitò di esecuzione di lavori, servizi o forniture **supplementari** non previsti ab origine

Previo accertamento che il mutamento del contraente

a) sia **impraticabile**
b) ove praticabile generi **notevoli disguidi** o **consistenti duplicazione dei costi**

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Nozione di lavori *«supplementari»* - analogia con la nozione di lavori complementari ?

Genericità della nozione di *«notevoli disguidi»*

Genericità della nozione di *«consistente duplicazione dei costi»*

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Considerando 108 Direttiva 14/2014/UE

Le amministrazioni aggiudicatrici possono trovarsi di fronte a situazioni in cui si rendono necessari lavori, forniture o servizi supplementari; in tali casi può essere giustificata una modifica del contratto iniziale senza una nuova procedura di appalto, in particolare quando le consegne complementari siano destinate o al rinnovo parziale oppure all'ampliamento di servizi, forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare materiali, lavori o servizi con caratteristiche tecniche differenti il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Lettera c) ***ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni****, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7:*

1) la necessità di modifica è determinata da ***circostanze impreviste e imprevedibili*** *per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore.*

*I****n 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*

allegato XIV parte 1 C punto 9. Ammissione o divieto di varianti.

2) ***la modifica non altera la natura generale del contratto***

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Le modifiche che integrano la nozione di varianti

Necessità del mantenimento della **natura generale** del contratto

Sussistenza di **circostanze impreviste ed imprevedibili**

Limite del 50% del valore iniziale del contratto

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Considerando 109 direttiva 14/2014/UE: nozione di circostanze imprevedibili

Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Delibera Anac 13 dicembre 2006 n. 106 *"Qualora la necessità di ricorrere a varianti sia determinata dalla mancata osservanza delle prescrizioni assegnate alla progettazione e dall'insufficienza delle indagini preliminari, trattandosi di circostanze note o prevedibili, non appare legittimo l'inquadramento delle relative varianti nelle tipologie delle "cause impreviste e imprevedibili", dell'"imprevisto geologico" e dell'"intervento migliorativo", di cui, rispettivamente, all'art. 25, comma 1, lett. b), b.bis) e c), e comma 3 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m."*.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

*Lettera d) se un nuovo contraente **sostituisce q**uello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:*

1) una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a);

2) 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, purche' cio' non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice;

3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori;

Le modifiche durante il periodo di efficacia

1) una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a);

Norma di non agevole interpretazione

Ipotesi: clausola di revisione, inserita nella documentazione iniziale di gara, che consenta al contraente di accettare o meno la revisione dei prezzi.

In caso di rifiuto si procederà con lo scorrimento della graduatoria ai fini della sua sostituzione.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

2) ***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,* ***purche' cio' non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice***

subentro connesso a vicende soggettive dell'operatore e si basa sul principio di continuità aziendale

applicabilità solo nel caso di esigenza di sostituire l'aggiudicatario iniziale

Le modifiche durante il periodo di efficacia

3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori

Ipotesi di pagamento diretto da parte della Stazione Appaltante

art. 105 D.Lgs. 50/2016

artt. 30 e 101 D.Lgs. 50/2016

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Comma 7

*"Nei casi di cui al **comma 1, 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. **Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice."***

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Applicabilità ai soli settori ordinari

Quid iuris per quanto concerne i settori speciali ? Difficile pensare che non vengano posti limiti all'aumento del prezzo

Limiti all'aumento del prezzo: 50 % del valore iniziale

«Tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica»

Una possibile interpretazione la percentuale in questione si calcola, la prima volta sul valore del contratto iniziale, la seconda volta – e le eventuali successive - sulla somma del valore del contratto iniziale, come modificato per effetto dell'affidamento di precedenti prestazioni supplementari.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Art. 106 comma 7 e art. 108

Facoltà della Stazione Appaltante di risolvere il contratto nel caso di superamento della soglia di cui al comma 7

Fatto salvo quanto previsto ai commi 1, 2 e 4, dell'articolo 107, le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

b) con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettere b) e c) sono state superate le soglie di cui al comma 7 del predetto articolo;

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Lettera e) *se le modifiche* ***non sono sostanziali*** *ai sensi del comma 4.*

Le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche.

Possibilità di prevedere di volta in volta nei documenti di gara, eventuali soglie di importi entro cui sono ammesse le modifiche non sostanziali.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Art. 106 comma 7 e art. 108

Facoltà della Stazione Appaltante di risolvere il contratto nel caso di superamento della soglia di cui al comma 7

Fatto salvo quanto previsto ai commi 1, 2 e 4, dell'articolo 107, le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettera e) del predetto articolo, sono state superate eventuali soglie stabilite dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori;

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Comma 4. Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lettera e), quando ***altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti****.*

In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se ***una o più*** *delle seguenti condizioni sono soddisfatte:*

a) la modifica introduce ***condizioni*** *che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'a****mmissione*** *di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'o****fferta*** *diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato* ***ulteriori partecipan****ti alla procedura di aggiudicazione;*

Le modifiche durante il periodo di efficacia

(la modifica deve reputarsi sostanziale)

b) la modifica cambia ***l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;***

c*) la modifica estende* ***notevolmente*** *l'ambito di a****pplicazion****e del contratto;*

d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Le modifiche sottosoglia

Comma 2. I contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto al comma 1, senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice, se il valore della modifica e' al di sotto di ***entrambi*** *i seguenti valori:*

*a) le soglie fissate all'****articolo*** *35 (*soglie di rilevanza comunitaria)

b*) il* ***10 per cento*** *del* ***valore iniziale*** *del contratto per i contratti di* ***servizi e forniture*** *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.*

Le modifiche durante il periodo di efficacia

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.***

Qualora la necessità di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, essa è consentita solo nei limiti quantitativi di cui al presente comma, ***ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni.***

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Ipotesi residuale: **ammissibilità** di modifiche al di sotto di una soglia valutata ritenuta non significativa.

Art. 108, comma 1, lett. B) facoltà di risoluzione del contratto nelle ipotesi di superamento dei limiti

«Fatto salvo quanto previsto ai commi 1, 2 e 4, dell'articolo 107, le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, se una o piu' delle seguenti condizioni sono soddisfatte: con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 2, sono state superate le soglie di cui al medesimo comma 2, lettere a) e b);

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Le ipotesi di modifica dell'entità delle prestazioni - Aumento o diminuzione delle prestazioni nella misura del quinto

Obbligo del contraente privato di eseguire le prestazioni alle condizioni originariamente previste

*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 i**mporre** 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.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Diritto potestativo della Stazione Appaltante.

Occorre chiedersi se l'esercizio di tale diritto debba tenere conto delle altre condizioni previste dall'art. 10

Interpretazioni difformi

Una possibile soluzione: nel caso delle modiche di cui al comma 2, nei limiti del quinto le modifiche possono essere imposte.

Nel caso di modifiche soprasoglia la norma su quinto d'obbligo troverà applicazione nel caso di soddisfacimento delle condizioni di cui al primo comma

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Art. 8 D.M. 49/18

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 205 e 208 del codice

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Le ipotesi di modifica della durata del contratto (comma 11)

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.***

Allegato XIV parte 1 lettera c punto 10) Tempi di consegna o di fornitura di beni, lavori o servizi e, per quanto possibile, la durata del contratto

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Necessità della previsione dell'opzione di proroga nel bando e nei documenti di gara

La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se é prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga.

Finalità della proroga

La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente (proroga tecnica)

Obblighi del contraente privato

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.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

La proroga «*…non può che avere la durata strettamente necessaria per l'espletamento della gara volta all'affidamento della sua concessione, non potendosi ex ante fissare una data lontana nel tempo, che presumibilmente supera la chiusura della gara medesima, in violazione del necessario obbligo di affidamento solo a seguito di procedura selettiva comparativa …* » (TAR Lazio – Roma, sez. II, sentenza 22 luglio 2019, n. 9784).

Le modifiche durante il periodo di efficacia

*«La clausola di proroga inserita nel contratto conferisce, infatti, all'ente il diritto potestativo di richiedere al contraente privato la prosecuzione del contratto e, inoltre, come chiarito dalla unica giurisprudenza anche del Giudice d'Appello, il rapporto tra la regola, cioè la gara, e l'eccezione, cioè la possibilità di - limitata - proroga, se prevista, si riflette sul contenuto della motivazione, giacché ove, come nella fattispecie, l'amministrazione opti per l'indizione di una nuova procedura, nessuna particolare motivazione è necessaria; per contro, solo nell'ipotesi in cui l'amministrazione si determini alla proroga del rapporto tale determinazione dovrà essere analiticamente motivata, dovendo essere chiarite le ragioni per le quali l'ente ritiene di discostarsi dal principio generale» (Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6194) (*T.A.R. Lazio – Roma, 10/09/2018, n.9212)

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Le ipotesi di responsabilità dei titolari di incarichi e di progettazione (comma 9)

I titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione di cui al comma 2 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.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

La nozione di errore od omissione di progettazione (comma 10)

Ai fini del presente articolo si considerano errore o omissione di progettazione l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle regole di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Comma 2 I contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto al comma 1, senza necessita' di una nuova procedura a norma del presente codice, se il valore della modifica e' al di sotto di entrambi i seguenti valori:

a) le soglie fissate all'articolo 35;

b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture 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 e' accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche. ***Qualora la necessità di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, essa è consentita solo nei limiti quantitativi di cui al presente comma, ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni .***

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Applicabilità della disciplina in materia di cessione dei crediti di impresa

Si applicano le disposizioni di cui alla legge 21 febbraio 1991 n. 52

Forma della cessione e necessità della notifica alla Pubblica Amministrazione

Ai fini dell'opponibilita' alle stazioni appaltanti, le cessioni di crediti devono essere stipulate mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e devono essere notificate alle amministrazioni debitrici.

Facoltà della Pubblica Amministrazione di notificare il rifiuto alla cessione

Fatto salvo il rispetto degli obblighi di tracciabilita', le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto, concessione, concorso di progettazione, sono efficaci e opponibili alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro quarantacinque giorni dalla notifica della cessione.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Facoltà di accettazione preventiva

Le amministrazioni pubbliche, nel contratto stipulato o in atto separato contestuale, possono preventivamente accettare la cessione da parte dell'esecutore di tutti o di parte dei crediti che devono venire a maturazione.

Opponibilità al cessionario delle eccezioni opponibili al cedente

In ogni caso l'amministrazione cui e' stata notificata la cessione puo' opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto relativo a lavori, servizi, forniture, progettazione, con questo stipulato.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Comma 5. 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'articolo72 per i settori ordinari 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

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Obblighi di comunicazione ad ANAC e sanzioni (comma 8)

La stazione appaltante comunica all'ANAC le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lettera b) e al comma 2, 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.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Obblighi di trasparenza (comma 8)

L'Autorita' 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.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Obblighi di comunicazione del RUP delle varianti in corso d'opera all'Osservatorio (comma 14)

Contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria

*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*

Contratto di importo pari o superiore alla soglia comunitaria – varianti di importo pari o inferiore al 10% dell'importo originario del contratto

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.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Contratto di importo pari o superiore alla soglia comunitaria – varianti di importo superiore al 10% dell'importo originario del contratto

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.

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Poteri sanzionatori in capo ad Anac

Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimita' 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

Le modifiche durante il periodo di efficacia

Art. 8 Decreto 7 marzo 2018 n. 49

Modifiche, variazioni e varianti contrattuali

Art. 22 Decreto 7 marzo 2018 n. 49

Modifiche, variazioni e varianti contrattuali

La risoluzione del contratto

La norma di riferimento: art. 108 Codice dei contratti pubblici

Le ipotesi di risoluzione facoltativa (comma 1)

Comma 1. Fatto salvo quanto previsto ai commi 1, 2 e 4, dell'articolo 107, le stazioni appaltanti ***possono*** *risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, se* ***una o piu'*** *delle seguenti condizioni sono soddisfatte:*

idoneità anche solo di una condizione ai fini della risoluzione del contratto

Inapplicabilità dei termini di cui all’art. 21 nonies legge 7 agosto 1990 n. 241

La risoluzione del contratto

Modifica sostanziale

il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 106 comma 4

Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lettera e), quando ***altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti****.*

La risoluzione del contratto

Superamento delle soglie fissate con riferimento alle modifiche ex art. 106

b) con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettere b) e c) sono state superate le soglie di cui al comma 7 del predetto articolo; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettera e del predetto articolo, sono state superate eventuali soglie stabilite dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 2, sono state superate le soglie di cui al medesimo comma 2, lettere a) e b

La risoluzione del contratto

Sussistenza di situazioni di esclusione dalla partecipazione ad una procedura al momento dell'aggiudicazione dell'appalto

*c) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'**aggiudicazione** dell'appalto in una delle situazioni di cui **all'articolo 80, comma 1,** sia per quanto riguarda i settori ordinari sia per quanto riguarda le concessioni e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di appalto o di aggiudicazione della concessione, ovvero ancora per quanto riguarda i settori speciali avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo **136, comma 1***

Gravi violazioni

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 in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE [, o di una sentenza passata in giudicato per violazione del presente codice.

La risoluzione del contratto

Le ipotesi di risoluzione obbligatoria (comma 2

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

Inesistenza di margini di discrezionalità

Decadenza dall’attestazione per reato di falso

a) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci

La risoluzione del contratto

b) 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'articolo 80***

Differenza tra il primo ed il secondo comma

Misure di prevenzione – tutti i reati

Parziale sovrapposizione ?

La risoluzione per grave inadempimento dell'appaltatore (comma 3)

Il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, quando accerta un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore. Egli formula, altresì, la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento.

La risoluzione del contratto

La risoluzione per grave inadempimento dell'appaltatore (comma 3)

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

Presupposto: grave inadempimento

Art. 1453 c.c.

Gli strumenti volti ad evitare la risoluzione del contratto (comma 4)

*Qualora, **al di fuori di quanto previsto al comma 3,** l'esecuzione delle prestazioni ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto, il direttore dei lavori o il responsabile unico dell'esecuzione del contratto, se nominato gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, entro i quali l'appaltatore deve eseguire le prestazioni.*

La risoluzione del contratto

Dovere di cooperazione e lealtà della Pubblica Amministrazione

Sentenza Tribunale Roma, Sezione Terza Civile, n. 12522/17

Esperibilità dei rimedi codicistici da parte dell'appaltatore

Giurisdizione del Giudice ordinario ordinanza Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 10 gennaio 2019 n. 489

Gli strumenti volti ad evitare la risoluzione del contratto (comma 4)

Scaduto il termine assegnato, e redatto processo verbale in contraddittorio con l'appaltatore, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto, fermo restando il pagamento delle penali.

Effetti della risoluzione sulla posizione dell'appaltatore (comma 5)

Nel caso di risoluzione del contratto l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle ***prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti****, decurtato degli* ***oneri aggiuntivi*** *derivanti dallo scioglimento del contratto.*

La risoluzione del contratto

Comma 8 Oneri a carico dell'appaltatore in caso di risoluzione obbligatoria

*Nei casi di cui ai **commi 2 e 3**, in sede di liquidazione finale dei lavori, servizi o forniture riferita all'appalto risolto, l'onere da porre a carico dell'appaltatore è determinato anche in relazione alla **maggiore spesa sostenuta per affidare ad altra impresa** i lavori ove la stazione appaltante non si sia avvalsa della facoltà prevista dall'articolo 110, comma 1* (ipotesi di inutilizzabilità del rimedio dello scorrimento della graduatoria)

La risoluzione del contratto

Adempimenti conseguenti alla risoluzione del contratto

Comma 6. ***Redazione stato di consistenza ed inventario – Presa in consegna***

Il responsabile unico del procedimento nel comunicare all'appaltatore la determinazione di risoluzione del contratto, dispone, con preavviso di venti giorni, che il direttore dei lavori curi la redazione dello stato di consistenza dei lavori gia' eseguiti, l'inventario di materiali, macchine e mezzi d'opera e la relativa presa in consegna.

La risoluzione del contratto

Comma 7. *Redazione di verbale di accertamento tecnico e contabile*

Qualora sia stato nominato, l'organo di collaudo procede a redigere, acquisito lo stato di consistenza, un ***verbale di accertamento tecnico e contabile*** *con le modalità di cui al presente codice. Con il verbale è' accertata la* ***corrispondenza tra quanto eseguito fino alla risoluzione del contratto e ammesso in contabilità e quanto previsto nel progetto approvato nonché nelle eventuali perizie di variante****; e' altresi' accertata* ***la presenza di eventuali opere****, riportate nello stato di consistenza, ma non previste nel progetto approvato nonche' nelle eventuali perizie di variante.*

Comma 9 Rilascio del cantiere

Nei casi di risoluzione del contratto di appalto dichiarata dalla stazione appaltante l'appaltatore deve provvedere al ripiegamento dei cantieri gia' allestiti e allo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze nel termine a tale fine assegnato dalla stessa stazione appaltante; in caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante provvede d'ufficio addebitando all'appaltatore i relativi oneri e spese.

La risoluzione del contratto

Comma 9

La stazione appaltante, in alternativa all'esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori o d'urgenza comunque denominati che inibiscano o ritardino il ripiegamento dei cantieri o lo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze, puo' depositare cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore o prestare fideiussione bancaria o polizza assicurativa con le modalita' di cui all'articolo 93, pari all'uno per cento del valore del contratto. Resta fermo il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento dei danni

La sospensione del contratto
La norma di riferimento
art. 107 Codice dei Contratti Pubblici

Ambito di applicazione Comma 7. *Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai contratti relativi a servizi e forniture.*

La sospensione del contratto

Presupposti della sospensione

Circostanze speciali – imprevedibilità al momento della stipulazione del contratto - impedimento temporaneo (comma 1)

Ragioni di necessità o di pubblico interesse (comma 2)

La sospensione del contratto

Comma 1

circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte – ruolo del D.L.

In tutti i casi in cui ricorrano ***circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto,*** *il* ***direttore dei lavori puo'*** *disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto*

La sospensione del contratto

Redazione del verbale di sospensione

compilando, se possibile con l'intervento dell'esecutore o di un suo legale rappresentante, il verbale di sospensione, con ***l'indicazione delle ragioni che hanno determinato l'interruzione dei lavori,*** *nonche' dello* ***stato di avanzamento dei lavori, delle opere la cui esecuzione rimane interrotta*** *e delle* ***cautele adottate affinche' alla ripresa le stesse possano essere continuate ed ultimate senza eccessivi oneri, della consistenza della forza lavoro e dei mezzi d'opera esistenti in cantiere al momento della sospensione.*** *Il verbale e' inoltrato al responsabile del procedimento entro cinque giorni dalla data della sua redazione.*

La sospensione del contratto

Comma 2

Ragioni di necessità o di pubblico interesse – Ruolo del RUP

La sospensione puo', altresi', essere disposta dal RUP per ragioni di necessita' o di pubblico interesse, tra cui l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica, disposta con atto motivato delle amministrazioni competenti.

La sospensione del contratto

Comma 2

Facoltà dell'appaltatore di chiedere la risoluzione del contatto in caso di durata della sospensione oltre un certo termine – effetti della mancata opposizione della Stazione Appaltante

Qualora la sospensione, o le sospensioni, durino per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto ***senza indennità***

La sospensione del contratto

Comma 2

Facoltà dell'appaltatore di chiedere la risoluzione del contatto in caso di durata della sospensione oltre un certo termine – effetti dell'opposizione della Stazione Appaltante

Se la stazione appaltante si oppone, l'esecutore ha diritto alla rifusione dei ***maggiori oneri*** *derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti.*

La sospensione del contratto

Comma 2

Sospensione entro un termine non superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi

Nessun indennizzo è dovuto all'esecutore negli altri casi

La sospensione del contratto

In entrambe le ipotesi di cui al comma 1 ed al comma 2

La sospensione e' disposta per il tempo strettamente necessario. Cessate le cause della sospensione, il RUP dispone la ripresa dell'esecuzione e indica il nuovo termine contrattuale

La sospensione del contratto

Art.10 Decreto 7 marzo 2018 n.49 sospensione dei lavori

In particolare

Comma 6. *Il direttore dei lavori è responsabile nei confronti della stazione appaltante di un'eventuale sospensione illegittima dal medesimo ordinata per circostanze non previste dall'articolo 107 del codice.*

Art. 23 Decreto 7 marzo 2018 n. 49 Sospensione dell'esecuzione nei contratti di servizi e forniture

La sospensione del contratto

Sospensione parziale dei lavori nell'ipotesi di "*cause imprevedibili o di forza maggiore*" – obbligo dell'esecutore di eseguire la parte di lavori eseguibili (comma 4)

*Ove **successivamente alla consegna dei lavori** insorgano, per **cause imprevedibili o di forza maggiore**, circostanze che impediscano **parzialmente** il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore **è tenuto** a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale.*

La sospensione del contratto

Contestazioni dell'esecutore (comma 4) – adempimenti a pena di decadenza

Contestazioni illegittime ab origine

Le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei ***verbali di sospensione e di ripresa dei lavori***

Contestazioni illegittime ex post

salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali è sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori

Iscrizione della riserva sul registro di contabilità

qualora l'esecutore non intervenga alla firma dei verbali o si rifiuti di sottoscriverli, deve farne espressa riserva sul registro di contabilità

La sospensione del contratto

Comunicazioni ad ANAC e sanzione amministrativa in caso di mancata o tardiva comunicazione

Quando la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo il responsabile del procedimento da' avviso all'ANAC.

In caso di mancata o tardiva comunicazione l'ANAC irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo.

La sospensione del contratto

Applicabilità delle disposizioni in materia di contestazioni alla sospensione e di obbligo di comunicazione ad Anac alle sole ipotesi di sospensione parziale o a tutte le ipotesi di sospensione ?

Il comma 5 D.M. 7 marzo 2018 n. 49 fa genericamente riferimento alle ipotesi di sospensione

La sospensione del contratto

Richiesta di proroga del termine contrattuale nel caso di impossibilità di ultimazione dei lavori per cause non imputabili all'esecutore (comma 5) – Facoltà della Stazione Appaltante di accettare o meno

L'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato può richiederne la proroga, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale. .. Sull'istanza di proroga decide il responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori, entro trenta giorni dal suo ricevimento.

La sospensione del contratto

Diritti dell’appaltatore (comma 5)

In ogni caso la sua concessione non pregiudica i diritti spettanti all'esecutore per l'eventuale imputabilita' della maggiore durata ***a fatto della stazione appaltante****.*

L'esecutore non ha diritto allo scioglimento del contratto ne' ad alcuna indennita' qualora i lavori, ***per qualsiasi causa non imputabile alla stazione appaltante,*** *non siano ultimati nel termine contrattuale e qualunque sia il maggior tempo impiegato.*

La sospensione del contratto

Tassatività delle ipotesi di sospensione e diritto dell'appaltatore al risarcimento del danno nell'ipotesi di sospensione illegittima

Comma 6 *Nel caso di sospensioni totali o parziali dei lavori disposte dalla stazione appaltante per cause diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 4, l'esecutore puo' chiedere il risarcimento dei danni subiti, quantificato sulla base di quanto previsto dall'articolo 1382 del codice civile e secondo criteri individuati nel decreto di cui all'articolo 111, comma 1*

Art.10 Decreto 7 marzo 2018 n. 49 sospensione dei lavori

Art. 23 Decreto 7 marzo 2018 n. 49 sospensione dell'esecuzione nei contratti di servizi e forniture

Il recesso dai contratti pubblici

La norma di riferimento
art. 109 Codice dei contratti pubblici

Il recesso dal contratto

Comma 1

Fermo restando quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-ter e 92, comma 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, la stazione appaltante ***puo'*** *recedere dal contratto* ***in qualunque momento***

Il recesso dal contratto

Generale facoltà della Stazione Appaltante di recedere dal contratto

Eccezioni: ipotesi di obbligatorietà del recesso dal contratto, salve le ipotesi previste dal Codice Antimafia

Il recesso dal contratto

Art. 88 comma 4 ter D.Lgs. 159/11 (comunicazione antimafia)

*La revoca e il recesso di cui al comma 4-bis si applicano **anche** quando la sussistenza delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 e' accertata **successivamente** alla stipula del contratto, alla concessione di lavori o all'autorizzazione al subcontratto*

Il recesso dal contratto

Art. 92 comma 4 D.Lgs. 159/11 (informazione antimafia)

La revoca e il recesso di cui al comma 3 si applicano anche quando gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa siano accertati ***successivamente alla stipula del contratto, alla concessione dei lavori o all'autorizzazione del subcontratto.***

Il recesso dal contratto

Ipotesi di facoltà della Pubblica Amministrazione di non recedere

Art. 94 D.Lgs. 159/11

Comma 2. *Qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'articolo 92, comma 3* ***qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91 comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i*** *soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o* ***recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere gia' eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilita' conseguite***

Il recesso dal contratto

Art. 94 D.Lgs. 159/11

Comma 3 I *soggetti di cui all'articolo 83, comma 1 e 2,* ***non*** *procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente* ***nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione*** *ovvero,* ***in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi***

Il recesso dal contratto

T.A.R. Napoli, (Campania) Sezione Prima, 3/12/2018, n.6945

Secondo l'indirizzo espresso dal Consiglio di Stato, laddove l'informativa antimafia interdittiva ***sopravvenga*** *in corso di esecuzione di un contratto stipulato con la pubblica amministrazione, ciò non costituisce una "sopravvenienza" impeditiva dell'ulteriore esecuzione del contratto stipulato, bensì* ***l'accertamento dell'incapacità originaria del privato ad essere parte contrattuale della pubblica amministrazione.***

Il recesso dal contratto

L'amministrazione non ha facoltà di sindacare il contenuto dell'informativa prefettizia, poiché è al Prefetto che la legge demanda in via esclusiva la raccolta degli elementi e la valutazione circa la sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 197/2002) e, quindi, ***deve escludersi che spetti una qualche facoltà alla medesima di non sciogliersi dal rapporto in essere, nonostante il collegamento dell'impresa con organizzazioni malavitose sia stato accertato.***

Il recesso dal contratto

la facoltà di continuare il rapporto è ipotesi - data l'evidente ratio di pieno sfavore legislativo alle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici - all'evidenza, ***remota e residuale, e dunque consentita al solo fine di tutelare l'interesse pubblico attraverso una valutazione di convenienza in relazione a circostanze particolari, quali il tempo dell'esecuzione del contratto o la sua natura, o la difficoltà di trovare un nuovo contraente, se la causa di decadenza sopravviene ad esecuzione ampiamente inoltrata.***

Il recesso dal contratto

Dunque deve concludersi in termini più generali che ***l'amministrazione, mentre può richiamare l'informativa a supporto della decisione di risolvere il contratto, senza addurre particolari giustificazioni, ha viceversa il dovere di motivare adeguatamente nel caso in cui, nonostante la presenza di un inquinamento mafioso, l'interesse pubblico alla completa esecuzione del contratto sia così pregnante da legittimare un'impresa sospetta ad effettuare pubbliche commesse.***

Il recesso dal contratto

Indennizzo a favore dell’appaltatore in caso di recesso facoltativo

previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonche' del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite

Il decimo dell'importo delle opere non eseguite e' calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta e l'ammontare netto dei lavori, servizi o forniture eseguiti.

Il recesso dal contratto

T.A.R. Napoli, (Campania) Sezione Prima, 3/12/2018, n.6945

il previo pagamento di tali importi non è presupposto di legittimità del recesso contrattuale conseguente a informativa antimafia che, viceversa, costituisce scelta vincolata dell'amministrazione.

Il recesso dal contratto

Alcune questioni

Vi è da chiedersi se il Giudice Ordinario possa imporre la prosecuzione del contratto ex art. 2058 c.c. o se debba limitarsi alla tutela risarcitoria per equivalente

Vi è da chiedersi se l'indennizzo previsto dall'art.109 Codice Contratti Pubblici costituisca il limite massimo o se sia possibile agire per il danno da lucro cessante come delineato dall'art. 1671 c.c.

Il recesso dal contratto

Le modalità di esercizio del diritto di recesso da parte della Stazione Appaltante

Avvio del procedimento

*Comma 3. L'esercizio del diritto di recesso e' preceduto da una **formale comunicazione** all'appaltatore da darsi con un **preavviso non inferiore a venti giorni**, decorsi i quali la stazione appaltante **prende in consegna** i lavori, servizi o forniture ed effettua il **collaudo definitivo** e **verifica la regolarita'** dei servizi e delle forniture.*

Il recesso dal contratto

La norma non prevede alcuna disposizione procedurale

Tuttavia, non vi è ragione alcuna per escludere la facoltà del contraente privato di presentare memorie; in tal caso appare ragionevole fare applicazione delle norme generali sull'obbligo di motivazione in caso di conferma della volontà di recedere dal contratto

In termini generali vige l'obbligo della motivazione, previsto dall'art. 10 legge 7 agosto 1990 n. 241 e dalla lettera c) art. 41 Carta Diritti Fondamentali dell'Unione Europea

Il recesso dal contratto

Comma 4 **Rimborso valore dei materiali accettati**

I materiali, il cui valore e' riconosciuto dalla stazione appaltante a norma del comma 1, sono soltanto quelli gia' accettati dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione del contratto, se nominato, o dal RUP in sua assenza, prima della comunicazione del preavviso di cui al comma 3

articolo 6 Decreto 7 marzo 2018 n. 49 Accettazione dei materiali

Il recesso dal contratto

Comma 5 **Diritto della Stazione Appaltante di trattenere le opere provvisionali e gli impianti ritenuti utilizzabili**

La stazione appaltante puo' trattenere le opere provvisionali e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili. In tal caso essa corrisponde all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzato nel corso dei lavori eseguiti, un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di costruzione e il valore delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto.

Comma 6 Rilascio del cantiere

L'appaltatore deve rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore dei lavori e deve mettere i magazzini e i cantieri a disposizione della stazione appaltante nel termine stabilito; in caso contrario lo sgombero e' effettuato d'ufficio e a sue spese.

Il recesso dal contratto

art. 32 comma 10 legge 90/14 *Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione*

Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuita' di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonche' per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrita' dei bilanci pubblici, ancorche' ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011,n. 159.

Il recesso dal contratto

In tal caso, le misure sono disposte di propria iniziativa dal Prefetto che ne informa il Presidente dell'ANAC. Le stesse misure sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di passaggio in giudicato di sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, di ordinanza che dispone, in via definitiva, l'accoglimento dell'istanza cautelare eventualmente proposta ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione ai sensi dell'articolo 91, comma 5, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni, anche a seguito dell'adeguamento dell'impresa alle indicazioni degli esperti.

Il recesso dal contratto

T.A.R. Napoli, (Campania) Sezione Prima, 3/12/2018, n.6945

Trova infatti applicazione l'indirizzo del Consiglio di Stato, Sez. III; n. 3247/2016 secondo cui, ***fino all'adozione della misura in questione (laddove, ovviamente, il Prefetto ritenga sussistenti i presupposti di cui all'art. 32) l'informativa mantiene inalterati tutti gli effetti interdittivi di cui all'art. 94 del D.Lgs. n. 159/2011, salva l'eccezionale ipotesi di cui al suo comma 3 che, come si è visto, consente all'amministrazione di non procedere alle revoche e ai recessi di cui al comma 2 "nel caso in cui l'opera sua in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi".***

Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione

La norma di riferimento

art. 110 Codice dei contratti pubblici

Procedure di affidamento

Procedura di interpello

Comma 1

Fatto salvo quanto previsto ai commi 3 e seguenti, le stazioni appaltanti, in caso di ***fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 del presente codice ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4 ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n 159*** *ovvero in caso di* ***dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto,*** *interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture*.

Comma 2 ***L'affidamento avviene alle medesime condizioni gia' proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta*****.**

Esercizio provvisorio dell’impresa

Comma 3

Il curatore della procedura di fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa, puo' eseguire i contratti gia' stipulati dall'impresa fallita con l'autorizzazione del giudice delegato.

Procedure di affidamento

Comma 4 imprese che abbiano depositato domanda di concordato preventivo

Alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'art. 61, anche ai sensi dell'art. 186 bis del regio decreti 16 marzo 1942 n. 267 si applica l'articolo ***186-bis*** *del predetto regio decreto.*

Concordato con continuità aziendale

Procedure di affidamento

Art. 186 bis

Fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, ***anche stipulati con pubbliche amministrazioni****, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari.*

Procedure di affidamento

Art. 186 bis

L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformita' al piano e la ragionevole capacita' di adempimento.

Di tale continuazione puo' beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la societa' cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni.

Le disposizioni del presente comma si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa e' stata ammessa a concordato che non prevede la continuita' aziendale se il predetto professionista attesta che la continuazione e' necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio

Procedure di affidamento

Art. 186 bis

Successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 161, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove gia' nominato

L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara:

a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformita' al piano e la ragionevole capacita' di adempimento del contratto;

Procedure di affidamento

Ruolo di Anac

6. L'ANAC puo' subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessita' che l'impresa in concordato si avvalga di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacita' finanziaria, tecnica, economica, nonche' di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione piu' in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione quando l'impresa non e' in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida.