

GIURISPRUDENZA

Le pronunce riportate di seguito sono visualizzabili per esteso attraverso le banche dati pubblicamente consultabili

Il principio del “contagio” da gravi illeciti professionali

Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2020, n. 3507

APPALTI – MOTIVI DI ESCLUSIONE – ART. 80 C. 5, LETT. C) – GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI DEL SOCIO/PROCURATORE – ESCLUSIONE DELLA SOCIETÀ



Con la pronuncia in esame il Consiglio di Stato affronta la questione dell'**estensione** della causa di esclusione dei **gravi illeciti professionali** dall'operatore economico concorrente ai **soggetti** che al suo interno rivestono una delle cariche richiamate dal **comma 3 dell'art. 80** del Codice degli appalti.

Nel caso di specie, infatti, l'operatore economico aggiudicatario, prima della stipula del contratto, era stato escluso dalla procedura mediante **revoca** in autotutela dell'**aggiudicazione**, per sopravvenuta insorgenza di un illecito professionale posto in essere da una **socia**, nonché **procuratrice** della società aggiudicataria.

Proponendo ricorso al TAR, l'aggiudicataria contestava tuttavia la legittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, disposta dalla stazione appaltante nonostante l'**illecito professionale** non fosse stato commesso dalla società, ma dalla socia per **interesse personale**; la stazione appaltante avrebbe interpretato l'art. 80, c. 5, lett c), del Codice alla luce delle indicazioni delle **Linee guida n. 6** dell'**ANAC** (delibera 16 novembre 2016, n. 1293), in cui si estende la causa di esclusione del grave illecito professionale dalla persona giuridica alla persona fisica in violazione, a parere della ricorrente, del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Il Giudice di primo grado respingeva il ricorso, evidenziando come le Linee guida di ANAC abbiano correttamente distinto, nell'ambito dei gravi illeciti professionali tra quelli imputabili direttamente all'operatore economico persona giuridica e quelli che consistono in **comportamenti** posti in essere da **persone fisiche** ma **riferibili all'impresa** sulla base del principio di immedesimazione organica in cui assumono rilevanza le condotte penali. Conseguentemente, secondo il Giudice di prime cure, nel caso di specie la condanna penale della socia e procuratrice dell'aggiudicataria, munita di poteri di rappresentanza, ben poteva essere apprezzata dalla stazione appaltante per valutare l'affidabilità dell'impresa.

Impugnata la sentenza del TAR, la questione viene posta all'attenzione del Consiglio di Stato che, nel rigettare l'appello, rileva come la circostanza per cui una società possa essere esclusa da una procedura di gara per un grave illecito professionale commesso da un suo esponente sussiste "**non tanto in virtù del principio di immedesimazione organica** – destinato ad operare propriamente nell'ambito negoziale [...] – quanto, piuttosto, per altro **principio** già definito del «**contagio**». Secondo siffatta impostazione se la persona fisica che nella compagine sociale riveste un ruolo influente per le scelte della società, anche al di là di un'investitura formale e, dunque, anche se in via di fatto, è giudicata inaf-

*fidabile per aver commesso un illecito nella pregressa attività professionale, **inaffidabile** può essere considerata – in virtù appunto del suo **potere** necessariamente **condizionante** le decisioni di gestione – **anche la società** che dirige o è in grado di orientare con le sue indicazioni”.*

A parere del Collegio risulta irrilevante stabilire se la condotta sanzionata penalmente sia stata commessa dalla persona fisica per interesse proprio ovvero per avvantaggiare la società di appartenenza, giacché quel che conta è che essa abbia avuto luogo nell'**esercizio dell'attività professionale**; pertanto, l'aver riportato una **condanna penale** è indice di **carenza di integrità e di affidabilità morale** che la stazione appaltante può apprezzare per decidere se tenere in gara l'operatore economico ovvero escluderlo.

Viene, pertanto, respinto il tentativo dell'appellante di distinguere tra la condotta riprovevole del socio e quella integerrima della società, atteso che, quando l'illecito professionale è costituito, come nel caso di specie, da una condanna penale, *“la valutazione di **inaffidabilità morale** è effettuata a carico dell'ente in virtù di una **fictio iuris** essendo essa indirizzata, in realtà, verso coloro che ne hanno la direzione o sono capaci di orientarne le scelte”.*

Affitto di ramo d'azienda: quali conseguenze se il contratto è di durata inferiore rispetto alla durata dell'appalto aggiudicato?

Cons. Stato, sez. III, 5 giugno 2020, n. 3585

REQUISITO CAPACITÀ TECNICA – AFFITTO RAMO D'AZIENDA – DURATA – ART. 76, C. 9, D.P.R. 207/2020 – ESECUZIONE – IRRILEVANZA



Nel primo grado di giudizio, una società vedeva accolto il proprio ricorso svolto contro gli atti di una gara per la stipula di una convenzione bandita da una centrale di committenza. La società, giunta seconda in graduatoria, contestava – fra gli altri motivi – la circostanza che l'aggiudicataria, per dimostrare il possesso del **requisito di qualificazione**, avrebbe fatto leva su un **affitto di ramo d'azienda**, la cui **durata** però **non** era sufficiente a coprire l'intera **durata** dell'appalto. I giudici di primo grado avevano valorizzato infatti un indirizzo giurisprudenziale – sia pur non consolidato – secondo cui la stazione appaltante dispone legittimamente l'esclusione dell'operatore economico qualora il contratto che disciplina l'affitto dell'azienda o di un ramo di essa, posto al fine di acquisire requisiti altrimenti non posseduti, *“rechi una clausola sulla durata del contratto inferiore alla durata del contratto di appalto da eseguire”*. Ciò in quanto l'Amministrazione, in questo modo, non può fare affidamento sulla sussistenza dei requisiti di qualificazione per tutta la durata della procedura. Gli appellanti, nonché aggiudicatari, sostenevano al contrario che il requisito rileverebbe esclusivamente ai fini dell'ammissione dei concorrenti e quindi della partecipazione degli operatori alla procedura, non potendosi invece attribuirgli un rilievo anche per la fase dell'esecuzione, anche perché ciò avrebbe contrastato con quanto richiesto dalla *lex specialis*.

Si fa presente che l'**unica disposizione** che disciplina la **durata** del contratto d'affitto d'azienda sulla qualificazione dell'impresa affittuaria è l'**art. 76, c. 9, d.P.R. 207/2010**,

che stabilisce che quest'ultima “può avvalersi dei **requisiti** posseduti dall'impresa locatrice se il contratto d'affitto abbia durata non inferiore a **tre anni**”. Una volta soddisfatto tale requisito, non è infatti necessario approfondire ulteriormente circa l'esatta corrispondenza dei due rapporti contrattuali (ossia l'affitto di ramo d'azienda e l'appalto). Ciò in quanto il requisito di capacità tecnica rileva solo **ai fini dell'ammissione** degli operatori economici alla procedura e non attiene alla fase dell'esecuzione, potendo anche **venir meno** “senza che l'impresa patisca **alcuna conseguenza** rispetto all'esecuzione del contratto”.

NORMATIVA

Le fonti normative riportate di seguito sono visualizzabili per esteso attraverso le banche dati pubblicamente consultabili

Modifiche al Regolamento di attuazione della l.p. n. 2 del 2020

Con l'approvazione del decreto del Presidente della Provincia 11 giugno 2020, n. 6–19/Leg. e del decreto del Presidente della Provincia 11 giugno, n. 5–18/Leg., entrambi entrati in vigore lo scorso **16 giugno 2020**, sono state apportate modificazioni al decreto del Presidente della Provincia 27 aprile 2020, n. 4–17/Leg. Le modifiche si sono rese necessarie al fine di garantire l'adeguamento del testo regolamentare alle disposizioni legislative introdotte da ultimo con legge provinciale 13 maggio 2020, n. 3.

In particolare, con riferimento agli affidamenti di lavori, servizi, forniture di importo pari o superiore alla soglia europea, si è provveduto ad abrogare l'articolo 3 del decreto del Presidente della Provincia 27 aprile 2020, n. 4–17/Leg. a seguito della soppressione, operata con la legge provinciale n. 3 del 2020 già citata, della procedura ristretta quale unica procedura di affidamento.

Sono state inoltre introdotte **modifiche all'articolo 4** del Regolamento attraverso la definizione di nuove regole per l'attribuzione del punteggio a seguito della sostituzione del criterio di cui alla lettera a) dell'articolo 2, comma 3, della legge provinciale n. 2 del 2020. Il criterio introdotto punta ad assicurare un più incisivo riconoscimento della qualità organizzativa e strutturale delle imprese, in particolar modo delle micro, piccole e medie imprese.

È stata introdotta altresì una modificazione agli Allegati A e B del decreto del Presidente della Provincia 27 aprile 2020, n. 4–17/Leg. al fine di renderli conformi alle disposizioni regolamentari. In particolare, **l'allegato B** contiene il metodo di calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, modificato coerentemente alla sostituzione del criterio di cui al comma 3, lettera a), dell'articolo 2 della legge provinciale n. 2 del 2020.

Da ultimo, si è esteso anche alle procedure effettuate tramite **cottimo fiduciario** l'obbligo di selezionare gli operatori economici da invitare alle procedure tramite il ricorso all'**elenco di cui all'articolo 19** della legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2. Ciò consente, anche in questa ipotesi, di valersi delle semplificazioni introdotte dall'articolo 5 della legge provinciale 23 marzo 2020, n. 2 relativamente alla verifica del possesso dei requisiti di partecipazione.

Con decreto del Presidente della Provincia del 11 giugno, n. 5–18/Leg. è stato introdotto l'**articolo 5-bis** recante disposizioni attuative dell'articolo 7-ter della l.p. n. 2 del 2020. L'articolo in esame prevede che tra gli oneri della sicurezza ammessi al riconoscimento dell'amministrazione aggiudicatrice rientrino anche gli oneri aziendali della sicurezza. I costi aziendali per la sicurezza vengono riconosciuti mediante un aumento delle spese generali nel limite del diciassette per cento.

DIALOGO TRA CORTI

Le pronunce riportate di seguito sono visualizzabili per esteso attraverso le banche dati pubblicamente consultabili

La Corte di giustizia europea si pronuncia sulla possibilità, per gli enti senza scopo di lucro, di partecipare alle procedure di servizi di ingegneria e architettura

CGE, sez. X, 11 giugno 2020, in C-219/19

APPALTI PUBBLICI – PROCEDURA DI GARA – RINVIO PREGIUDIZIALE – SERVIZI DI INGEGNERIA E ARCHITETTURA – ENTI SENZA SCOPO DI LUCRO – DIRETTIVA 2014/24/UE – PROCEDURA AD EVIDENZA PUBBLICA – FAVOR PARTECIPATIONIS

Con la **sentenza** in commento, la **CGE** prende posizione sulla questione pregiudiziale sottoposta dal TAR Lazio con **ordinanza del 16 gennaio 2020** e avente ad oggetto l'interpretazione del **considerando 14 dell'art. 19, par. 1, e dell'art. 80, par. 2, della direttiva 2014/24/UE** sugli appalti pubblici.

In particolare, i giudici amministrativi di primo grado si chiedevano se le suddette disposizioni europee fossero da interpretarsi come **ostative** ad una normativa nazionale che esclude, per **enti senza scopo di lucro**, la possibilità di partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di **servizi di ingegneria e architettura** sebbene si tratti di **enti abilitati**, in forza del diritto nazionale, ad offrire i servizi oggetto dell'appalto di cui trattasi.

A tal riguardo, essi osservavano che il tenore letterale dell'articolo 19, paragrafo 1, e dell'articolo 80, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 sembrano, sia pure implicitamente, lasciare spazio alla possibilità che uno Stato membro **circoscriva** la partecipazione a talune procedure di aggiudicazione di appalti pubblici solo **alle persone fisiche** o a **determinate persone giuridiche**, rilevando, peraltro, che gli operatori economici stabiliti in un altro Stato membro non sono interessati dalla definizione restrittiva prevista all'articolo 46 del Codice dei contratti pubblici, tenuto conto del fatto che ad essi si applica la regola generale di cui all'art. 45, par. 1, di tale Codice, il quale, conformemente alle disposizioni dell'art. 80, par. 2, della direttiva 2014/24, consente ai suddetti operatori di partecipare a una procedura di aggiudicazione di appalto sulla base della normativa dello Stato membro in cui sono stabiliti.

Ecco che, alla **questione** sollevata dal TAR Lazio, la CGE, pronunciandosi peraltro in linea con le precedenti decisioni sul tema, risponde ribadendo che il diritto degli **Stati membri** non può restringere la platea dei soggetti giuridici che possono partecipare alla procedura, e ciò a tutela del preminente principio del **favor participationis** e dell'interesse pubblico al più **ampio confronto concorrenziale** tra operatori economici.

Seppure la Corte riconosca ai singoli Stati membri il potere di autorizzare o non autorizzare talune categorie di operatori economici a fornire certi tipi di prestazioni, sempre nei limiti in cui siffatti enti **siano autorizzati** ad offrire taluni servizi sul mercato, il diritto nazionale **non può vietare** a questi ultimi di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi.

La **scelta di escludere** una simile tipologia giuridica dal novero dei soggetti che possono partecipare all'aggiudicazione di servizi e forniture **non può essere giustificata** né da un'elevata professionalità richiesta per garantire la qualità di tali servizi né tanto meno da un'asserita presunzione secondo cui i soggetti che erogano tali servizi in via con-

tinuativa, a titolo professionale e remunerato, siano maggiormente affidabili per la continuità della pratica e dell'aggiornamento professionale.

Allo scopo di assicurare un elevato grado di **affidabilità tecnica** in capo ai soggetti erogatori, la Corte ha segnalato che l'articolo 19, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 prevede la possibilità di obbligare le persone giuridiche ad indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione, il **nome e le qualifiche professionali** delle persone incaricate di fornire la prestazione per l'appalto di cui trattasi.

* * * * *

La Corte costituzionale si pronuncia sull'obbligo di motivazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato nell'ambito degli affidamenti *in house*

Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100

CONTRATTI PUBBLICI – AFFIDAMENTO *IN HOUSE* – OBBLIGO DI MOTIVAZIONE SULLE RAGIONI DEL MANCATO RICORSO AL MERCATO – QUESTIONE INFONDATA

Con la **sentenza** in commento, la Corte costituzionale ha **escluso** il vizio di eccesso di delega e la violazione del divieto di *gold plating* nella previsione di cui all'**art. 192, c. 2, del d.lgs. 50/2016**, circa l'obbligo di motivazione del mancato ricorso al mercato nell'ambito degli affidamenti *in house*, escludendo da un lato che il divieto in parola rappresenti un principio di estrazione unionale, ma affermando altresì che "l'incriminato" obbligo di motivazione imposto risponde legittimamente agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza. Conseguentemente, la Corte ha ritenuto **infondata la questione di legittimità costituzionale** dell'art. 192, c. 2, del d.lgs. 50/2016 sollevata per contrasto con l'art. 76 della Costituzione, in relazione all'art. 1, lett. a) ed eee) della legge di delegazione n. 11 del 2016.

In particolare, la vicenda contenziosa in cui si è innestata la pronuncia di costituzionalità ha ad oggetto una domanda di annullamento proposta davanti al TAR da parte di un'impresa, gestore uscente del servizio di parcheggio a pagamento, che lamentava l'illegittimità della delibera della giunta comunale con cui si prevedeva l'affidamento del servizio *in house*, deducendo la violazione dell'art. 106 del TFUE e dei principi comunitari in materia di *in house providing*.

Per quanto attiene l'asserita **violazione del divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori** a quelli minimi richiesti dalle direttive (di *gold plating*), la Corte precisa che tale regola è imposta dalla legge delega n. 11 del 2016, ma **non costituisce alcun principio di diritto comunitario**. Gli Stati membri sono vincolati all'attuazione delle direttive, ma sono liberi di scegliere forme e mezzi.

Nel **nostro ordinamento** il **divieto di gold plating** fa riferimento a **livelli di regolazione superiori** a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie quali l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive, l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole che comportano maggiori oneri amministrativi per i destinatari, l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive.

La **ratio** del **divieto** è quella di impedire oneri amministrativi e tecnici ulteriori che riducano la **concorrenza** e tale finalità è riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, che proprio con riferimento all'art. 192 del Codice ha ribadito che dal principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche discende la libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione dei servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze.

Per quanto attiene alla **ratio dell'obbligo di motivazione del mancato ricorso al mercato**, imposto dall'art. 192 viene precisato che lo stesso **risponde agli interessi costituzionalmente tutelati** della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza e dunque non risulta in contrasto con la legge delega. Giova ricordare che costante giurisprudenza costituzionale riconosce **al legislatore delegato margini di discrezionalità** e la necessità di tener conto del quadro normativo. **La norma** delegata, poi, costituisce uno **strumento per contrastare l'abuso** dell'affidamento diretto ed è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'istituto dell'*in house* costante nel nostro ordinamento.

Già in passato la Corte costituzionale aveva osservato che **le restrizioni all'istituto dell'in house, ipotesi di deroga alla regola comunitaria concorrenziale** di affidamento mediante gara pubblica, comportano un'applicazione più estesa di detta regola.

L'articolo incriminato reca una disciplina proconcorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, che **non è costituzionalmente obbligato** ex art. 117 Cost., **ma neppure è in contrasto** con la normativa comunitaria, che costituisce solo un minimo inderogabile per favorire la concorrenza. È innegabile, in definitiva, l'esistenza di un margine di apprezzamento da parte del legislatore nazionale rispetto al quale si deve ritenere riconducibile l'art. 192, c. 2.

DOTTRINA, PRASSI E NOTIZIE

I contributi sottolineati, liberamente accessibili, sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

L'angolo della dottrina

Segnaliamo i seguenti contributi in materia di contratti pubblici, con le relative indicazioni per il loro reperimento:

GIORNALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su www.edicolaprofessionale.com/gda con le credenziali note)

- S. CASSESE, ***Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo***, 2020, 3, 341;
- G. VESPERINI, ***Il diritto del Coronavirus***, 2020, 3, 277.

URBANISTICA E APPALTI

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su www.edicolaprofessionale.com/urbapp con le credenziali note)

- C. CONTESSA, ***La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti "in house"***, 2020, 3, 354;
- A. VARLARO SINISI, ***L'impatto dell'emergenza Covid-19 sulle procedure e sull'esecuzione dei contratti pubblici***, 2020, 3, 317;

- D. MINELLI, *L'irrelevanza delle interdittive antimafia nei rapporti tra privati*, 2020, 3, 379.

A PROPOSITO DI... PROCEDURE TELEMATICHE – Malfunzionamento della piattaforma e capacità di utilizzo della stessa da parte degli operatori economici. Onere probatorio e soccorso istruttorio.

Il TAR Puglia si è recentemente occupato del tema dell'utilizzo delle piattaforme informatiche per l'espletamento di richieste di offerta sul mercato elettronico e del tema del soccorso istruttorio (*TAR Puglia, sez. I, 10 giugno 2020, n. 835*).

Nell'ambito di una **RDO sul MEPA** la stazione appaltante ha escluso un'impresa concorrente dopo aver rilevato la carenza di parte della documentazione amministrativa richiesta sulla base del disciplinare di gara.

Nel ricorso avverso all'esclusione della procedura, la società lamenta il fatto che la piattaforma M.E.P.A. non avrebbe consentito, a causa di un **malfunzionamento tecnico**, al concorrente di caricare i documenti amministrativi richiesti, rendendo conseguentemente impossibile il rispetto della prescrizione di gara, e che la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'attivazione del **soccorso istruttorio** per permettere la trasmissione della documentazione attraverso *"modalità più idonee"*, tenuto conto del malfunzionamento tecnico verificatosi.

Il TAR pugliese, nel respingere entrambe le doglianze della società, ha affermato che per la partecipazione ad una gara telematica è richiesta agli operatori economici **"un'adeguata capacità nel saper correttamente utilizzare gli strumenti telematici di negoziazione"**. Nel caso di specie, per comprovare la mancanza degli appositi campi non è sufficiente la dichiarazione del concorrente, ma si rende necessario *"fornire evidenza formale della stessa ad es. con la produzione in giudizio di un avviso di malfunzionamento o il rilascio di una certificazione fornita dal gestore dell'infrastruttura informatica che attesti detto malfunzionamento"* nel rispetto dei principi in materia di onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c.

In assenza di simili riscontri e considerato il fatto che tale difficoltà non è stata riscontrata dagli altri operatori partecipanti, il Collegio ha ritenuto che non ci fossero sufficienti elementi per attribuire in maniera chiara la responsabilità del mancato caricamento ad un effettivo malfunzionamento informatico, piuttosto che ad una eventuale **inadeguatezza del personale della società ricorrente** nel presentare la domanda di partecipazione.

In merito alla seconda censura presentata, il giudice amministrativo ha ritenuto, supportato da giurisprudenza consolidata, che non si potesse applicare l'istituto del soccorso istruttorio, come invece richiesto dalla ricorrente, essendo preclusa qualsiasi forma di integrazione documentale all'interno della procedura di gara, pena la violazione non solo del canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione della P.A., ma anche del principio della **par condicio** di tutti i concorrenti.

Il soccorso istruttorio può essere, infatti, utilizzato per integrare la documentazione già presentata, ma **non per introdurre documenti nuovi**, tanto meno per supplire alla

violazione di adempimenti procedurali o all'omessa allegazione dei documenti richiesti a pena di esclusione. L'inesistenza di tali documenti non era, inoltre, soccorribile, in quanto l'impresa ricorrente, non avendo presentato neanche la domanda di partecipazione, non ha acquisito nemmeno lo **status di partecipante alla gara** nei cui confronti può essere applicato il soccorso istruttorio.

Nel respingere anche questa seconda istanza di ricorso, il Tribunale amministrativo ha richiamato il **principio di autoresponsabilità** posto in capo ai concorrenti, i quali devono, pertanto, assumersi le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione.

* * * * *

Una visione d'insieme in tema di modifiche al contratto e varianti in corso d'opera, riprendendo le singole fattispecie previste nell'art. 106 del d.lgs. 50/2016 e nell'art. 27 della l.p. n. 2 del 9 marzo 2016 [continua dal numero precedente]

III) varianti in corso d'opera tradizionali, ammissibili alle condizioni di essere **sopravvenute alla stipula, impreviste e imprevedibili** con l'uso dell'ordinaria diligenza da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di **non alterare la natura generale** del contratto e quindi di non incidere sul tipo di prestazione. Ulteriore limitazione, che attiene ai soli settori ordinari, è data dal **limite del 50% del valore iniziale del contratto**;

IV) modificazione soggettiva del contratto – tre sono i casi contemplati. Innanzitutto, è prevista la possibilità per l'Amministrazione di riservare nella documentazione iniziale di gara, con **clausole chiare, precise ed inequivocabili**, anche la **facoltà per controparte di accettare o meno la revisione dei prezzi**, addivenendo in caso di **rifiuto alla risoluzione** con scorrimento della graduatoria. Vi è poi il subentro connesso a **vicende soggettive dell'operatore** (morte, ristrutturazione societaria, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, cessione di azienda – **sia mutamenti soggettivi interni** del contraente, **sia mutamenti esterni** verso un nuovo soggetto), che si basa sul principio di continuità aziendale. L'ultimo caso **non è una vera e propria modifica soggettiva**, ma riguarda la sostituzione della stazione appaltante all'aggiudicatario nella titolarità degli obblighi retributivi aventi nei confronti del subappaltatore;

V) modifiche non sostanziali per le quali, ai sensi del comma 4 dell'art. 106 del Codice (disposizione non contenuta nella norma provinciale), le stazioni appaltanti possono **stabilire nei documenti di gara soglie di importi** per consentire le modifiche. Vi è il rischio che si concretizzino nella previsione di una voce generica del quadro economico con una somma che nasconda una variante in corso d'opera;

VI) modifiche per importi sotto soglia, il cui valore sia altresì al di sotto del 10% del valore iniziale del contratto per i servizi e forniture o del 15% per i lavori. Anche qui non deve essere alterata la natura complessiva del contratto/accordo quadro. Si tratta di modifiche al di sotto di una soglia valutata dallo stesso legislatore come non significativa. Vi è la facoltà di risoluzione quando la soglia del 10 o 15% del contratto è superata o sia superata la soglia comunitaria.

VII) il cd. quinto d'obbligo quale limite al diritto potestativo della P.A. di ottenere prestazioni aggiuntive, previsto dal comma 12, dell'art. 106 del Codice, ma non ri-

chiamato dall'art. 27 della l.p. 2/2016, che prevede che nel caso in cui in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni si consenta alla stazione appaltante di imporre all'appaltatore l'esecuzione, fino alla concorrenza del quinto dell'importo del contratto, delle prestazioni alle stesse condizioni previste nel contratto originario, senza che quest'ultimo possa far valere il diritto alla risoluzione.

In virtù di ciò, per le modifiche cd. di dettaglio, fino al limite del 10/15%, si procede senza valutazioni di ammissibilità e, rientrando queste nel quinto d'obbligo, sono imposte al contraente.

Un limite all'applicabilità del comma 12 dell'art. 106 attiene **all'identità delle prestazioni** di cui è consentito l'aumento o la diminuzione. Le prestazioni devono essere le medesime già previste nel contratto in essere e non prestazioni diverse per natura e finalità. È preferibile prediligere un'interpretazione restrittiva nel senso di procedere con nuova gara nel caso di prestazioni relative ad un ambito nuovo, di prestazioni nuove, anche con riguardo alle finalità perseguite, tale che risulterebbe snaturato l'oggetto del contratto in essere.

Nel testo normativo attualmente vigente il comma 12 appare formulato in termini ampi e generici, non facendosi riferimento alle condizioni indicate negli altri commi. Sembra potersi dedurre che mentre nella disciplina previgente erano prese in considerazione le sole varianti, rientrando in tale concetto anche la modifica in aumento o in diminuzione entro il quinto dell'importo del contratto, nella disciplina attualmente in vigore la medesima modifica in aumento o in diminuzione entro il quinto appare assumere autonoma rilevanza, non sembrando più rientrare nel concetto di variante in senso stretto. In questi termini perciò sembrerebbe potersi oggi **distinguere tra "varianti" e mera "estensione" contrattuale**. Quest'ultima nei limiti del quinto dell'importo del contratto e per prestazioni afferenti al medesimo nei termini anzidetti.

Inoltre, si pone il profilo critico riguardante l'individuazione in concreto delle condizioni che consentono all'Amministrazione di effettuare una mera modifica contrattuale (o "estensione" se in aumento) ai sensi dell'art. 106, comma 12.

**I numeri di luglio e agosto vengono sospesi per la pausa estiva:
la pubblicazione della rassegna riprenderà a settembre.**

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie a cura di:
**Davide Baldessari, Vincenzo Castello, Silvia Cuel, Stefania Federici, Federica Fiore,
Federica Migliore, Laura Piccoli, Chiara Salatino, Leopoldo Zuanelli Brambilla**
Provincia Autonoma di Trento – Agenzia provinciale per gli Appalti e Contratti (APAC) – via Dogana n. 8
38122 Trento (TN) – Tel 0461/496494 – Fax 0461/496422 – apac@provincia.tn.it –
www.appalti.provincia.tn.it

* * * * *

Crediti immagini: <https://pixabay.com/es>



RASSEGNA
a cura di
APAC

La rassegna si configura esclusivamente come uno strumento di lavoro e non rappresenta in alcun modo gli orientamenti operativi dell'Agazia provinciale per gli Appalti e Contratti e dei Servizi che ne dipendono. Nonostante la cura nel reperire, analizzare e diffondere i dati, in nessun caso l'Agazia potrà essere ritenuta responsabile di danni, di qualsiasi natura, causati direttamente o indirettamente dalla consultazione e dall'utilizzo dei suoi contenuti, nonché dall'affidamento degli utenti sui medesimi. Inoltre, alcune informazioni sono collegate a siti esterni rispetto ai quali APAC non ha alcun controllo e pertanto, analogamente, non può assumersi responsabilità.
