



DELIBERA N. 461

16 giugno 2021

Oggetto

Richiesta di chiarimenti in merito al Comunicato del Presidente del 23 marzo 2021 recante «Indicazioni interpretative sull'articolo 106, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i., in merito alle modifiche contrattuali fino a concorrenza di un quinto dell'importo del contratto»

Riferimenti normativi

Articolo 106, commi 1, 2 e 12 del decreto legislativo 18/4/2016, n. 50 (di seguito codice dei contratti pubblici);
Comunicato del Presidente dell'Autorità del 27/3/2021

Parole chiave

Modifiche contrattuali previste nei documenti di gara – Applicabilità delle disposizioni sul quinto d'obbligo – Esclusione – Applicazione in caso di accordo quadro multi operatore

Massime

Il comma 12 dell'articolo 106 del codice dei contratti pubblici disciplina gli obblighi contrattuali che insorgono in capo alle parti nel caso in cui, in fase di esecuzione, si renda necessario un aumento delle prestazioni dedotte in contratto. La previsione si rende necessaria stante l'impossibilità di disciplinare le modifiche impreviste e imprevedibili, in via preventiva, al momento della predisposizione dei documenti di gara. La disposizione non si applica nel diverso caso di cui al comma 1, lettera a) del medesimo articolo, in cui le modifiche contrattuali sono già previste e disciplinate nei documenti di gara quanto alla natura, alla portata e alle condizioni di attuazione. In tal caso, infatti, il contraente è vincolato all'esecuzione delle prestazioni aggiuntive alle condizioni già previste nei documenti di gara e rispetto alle quali lo stesso si è impegnato fin dal momento della sottoscrizione dell'offerta.

Nel caso in cui sia sottoscritto un accordo quadro, i limiti percentuali previsti dall'articolo 106 del codice dei contratti pubblici in relazione alle specifiche fattispecie sono rapportati al valore complessivo dell'accordo quadro. Dette modifiche si riflettono necessariamente sui contratti discendenti, i quali possono essere modificati, nei limiti della nuova capienza dell'accordo quadro. In caso di accordo quadro sottoscritto con più operatori economici, il quinto d'obbligo è calcolato con riferimento all'importo dei singoli contratti discendenti.

Vista

la nota di Consip del 18/5/2021 con cui, in riferimento alle indicazioni fornite dall'Autorità con il Comunicato del Presidente del 27/3/2021, è stato chiesto *"di confermare che sia tuttora legittimo, ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. a), prevedere nella documentazione di gara la facoltà, esercitabile discrezionalmente dalla stazione appaltante, di incrementare l'importo contrattuale fino ad un 20% in più, a condizione che tale facoltà sia trattata come una "opzione" contrattuale e, quindi, il suo importo sia considerato nel calcolo dell'importo complessivo dell'appalto, ai sensi dell'art. 35, comma 4, anche ai fini della valutazione del superamento delle soglie di cui al medesimo articolo 35"*;

Visto

l'articolo 106, comma 1, lettera a) del codice dei contratti pubblici che introduce la possibilità di prevedere, nei documenti di gara, la possibilità di apportare modifiche al contratto sottoscritto, senza limiti di importo, alle condizioni già indicate in apposite clausole dei documenti di gara;

Visto

l'articolo 106, comma 1, lettera c) del codice dei contratti pubblici, secondo cui è possibile apportare modifiche al contratto sottoscritto, nel caso in cui la necessità di modifica sia determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore, purché la modifica non alteri la natura generale del contratto e, nei settori ordinari, sia contenuta nei limiti del 50 per cento del valore del contratto iniziale;

Visto

l'articolo 106, comma 2, del codice dei contratti pubblici, che consente la modifica contrattuale se il valore della stessa è inferiore alle soglie fissate all'articolo 35 e ad una data percentuale del valore iniziale del contratto (10 per cento per i contratti di servizi e fornitura e 15 per cento per i contratti di lavori), a condizione che la variazione non alteri la natura complessiva del contratto;

Visto

l'articolo 106, comma 12, del codice dei contratti pubblici, secondo cui la stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto;

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 16 giugno 2021



DELIBERA

Le modifiche contrattuali indicate al comma 1, lettera a), dell'articolo 106 si concretizzano in variazioni già previste nei documenti di gara iniziali, sebbene in termini meramente eventuali. Il verificarsi in concreto dell'esigenza prospettata, infatti, non è certa, ma soltanto possibile. Questo tipo di variazioni possono essere realizzate senza limiti di importo, a condizione che non abbiano l'effetto di alterare la natura generale del contratto e che il valore della modifica sia calcolato nell'importo complessivo del contratto, nel rispetto dell'articolo 35, del codice dei contratti pubblici. Le modifiche sono previste in clausole chiare, precise e inequivocabili, che ne fissano la portata, la natura e le condizioni di attuazione. La predeterminazione degli elementi essenziali delle possibili, future modifiche contrattuali nei documenti di gara, comporta l'assunzione, da parte del concorrente, dell'impegno alla relativa, eventuale esecuzione, alle condizioni già previste nelle pertinenti clausole.

Le modifiche indicate ai commi 1, lettera c) e 2 dell'articolo 106, sono invece collegate al verificarsi, in fase di esecuzione, di fatti imprevedibili e imprevedibili. Si tratta di modifiche che non sono state indicate nei documenti di gara perché, al momento, non prevedibili, neanche in termini di mera possibilità. In relazione a tali esigenze emerge, quindi, la necessità di regolare le modalità e le condizioni di esecuzione, difettando, sia la preventiva disciplina, che l'assunzione di un impegno da parte dell'aggiudicatario. Il comma 12 dell'articolo in esame risponde proprio a tale esigenza. Esso impone all'aggiudicatario l'obbligo di eseguire le prestazioni aggiuntive alle stesse condizioni previste nel contratto, nel solo caso in cui le modifiche siano contenute nel limite di un quinto dell'importo originario.

È evidente, quindi, che la distinzione tra le due fattispecie non è priva di conseguenze pratiche: le modifiche già previste nei documenti di gara, al loro eventuale verificarsi, dovranno essere interamente eseguite dal contraente alle condizioni ivi indicate, mentre le modifiche imprevedibili e imprevedibili dovranno essere obbligatoriamente eseguite alle condizioni indicate nel contratto originario soltanto se contenute nel limite di un quinto dell'importo dello stesso. Si precisa che, in caso di accordo quadro, i limiti percentuali previsti dalla norma in relazione alle specifiche fattispecie sono rapportati al valore complessivo dell'accordo quadro. Dette modifiche si riflettono necessariamente sui contratti discendenti, i quali possono essere modificati, nei limiti della nuova capienza dell'accordo quadro. In caso di accordo quadro sottoscritto con più operatori economici, il quinto d'obbligo è calcolato con riferimento all'importo dei singoli contratti discendenti. In questo caso, infatti, l'atto negoziale qualificabile come "contratto originario" ai sensi del citato comma 12 è rappresentato dal contratto di adesione contenente le condizioni di esecuzione del contratto cui l'operatore economico si è impegnato. Ciò posto, si chiarisce che le modifiche di cui all'articolo 106, comma 1, lettera a) sono realizzabili senza limiti di importo, al ricorrere dei presupposti individuati dalla norma e alle condizioni già previste in apposite clausole dei documenti di gara. Il comma 12, della disposizione in esame, si applica invece alle sole modifiche imprevedibili e imprevedibili, rese necessarie in fase di esecuzione e non preventivamente disciplinate nei documenti di gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 21 giugno 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente