

20 DICEMBRE 2024 ore 10:00

OPZIONI CONTRATTUALI: VARIANTI E QUINTO D'OBBLIGO

RELATORE: AVV. FEDERIDO BUSBANI

ASMEL Associazione per la
Sussidiarietà e la
Modernizzazione degli Enti
Locali

www.asmel.eu

800165654

webinar@asmel.eu



Modifica dei contratti in corso di esecuzione

TIPOLOGIE

Lett. a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara iniziali, che possono consistere anche in clausole di **opzione**;

Lett. b) per la soppravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture **supplementari**, non previsti nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente nel contempo:

- 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici;
- 2) comporti notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi;

Lett. c) per le **varianti in corso d'opera** per effetto di circostanze imprevedibili da parte della stazione appaltante;

Lett. d) se un nuovo contraente **sostituisce** l'aggiudicatario a causa di una delle seguenti circostanze:

Nei casi di cui alle lettere b) e c), il contratto può essere modificato solo se l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, la limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non eludono l'applicazione del codice.

Comma 3 – **Modifica quantitativa**. Il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori:

- a) le soglie fissate all'articolo 14;
- b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture; il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori; in caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo del contratto al netto delle successive modifiche.

Modifica dei contratti in corso di esecuzione

Art.
120

MODIFICHE NON SOSTANZIALI SEMPRE AMMESSE

Sono sempre consentite, a prescindere dal loro valore, le modifiche non sostanziali. (attualmente il comma 1 lett. e) art. 106 prevede di indicare nel bando una soglia). La modifica è considerata **sostanziale** quando altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro, quindi al verificarsi di una o più delle seguenti condizioni:

- a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o di accettare un'offerta diversa da quella inizialmente accettata;
- 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 applicazione del contratto;
- d) un nuovo contraente in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).

NON SOSTANZIALI SE PERMETTONO RISPARMI

Non sono considerate **sostanziali**, le modifiche al progetto proposte dalla stazione appaltante ovvero dall'appaltatore:

- a) si assicurano risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni;
- b) si realizzano soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera.

Modifiche Contrattuali

Art.
120

PROROGA TECNICA (comma 11) ANCHE SE NON PREVISTA NEI DOCUMENTI DI GARA – *Acquisito indirizzo GIURISPRUDENZIALE*

In casi eccezionali (oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto) è consentito, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura, prorogare il contratto con l'appaltatore uscente qualora l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l'igiene pubblica, oppure nei casi in cui l'interruzione della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico.

In tale ipotesi il contraente originario è tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto.

Nel precedente art. 106 co. 11 la proroga è consentita solo e limitatamente a quanto indicato negli atti di gara

Distinzione tra "opzione di proroga" e c.d. «proroga tecnica»

- ❖ Per la **Proroga Tecnica** è stata esclusa la possibilità per l'Amministrazione di applicare prezzi più favorevoli, poiché il gestore uscente "subisce" una proroga che è indipendente dalla sua volontà.
- ❖ L'"**opzione di proroga**" (comma 1) può invece prevedere la variabilità dei prezzi (da inserire nelle clausole contrattuali);

Modifica dei contratti in corso di esecuzione

- Soppresse le disposizioni dell'art. 106, commi 9 e 10, D.lgs. n. 50/2016 sul c.d. errore progettuale;
- Comma 9: necessità di prevedere il **c.d. quinto d'obbligo sin nei documenti di gara iniziali**, per rendere la previsione compatibile con le fattispecie di modifica consentite dalla direttiva. In tali casi, la stazione appaltante può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle condizioni originariamente previste. In tal caso l'appaltatore non può fare valere il diritto alla risoluzione del contratto.
- Comma 15. Previsione **nell'Allegato II.14 di tutte le fattispecie di comunicazione e trasmissione all'ANAC** di modifiche e varianti in corso d'opera;
- Previsione **nell'Allegato II.14 della disciplina della cessione dei crediti**.
- Comma 13. Fatto salvo quanto previsto dal comma 8 in caso di rinegoziazione, le modifiche e le varianti devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante.
- Comma 14. Un avviso della intervenuta modifica del contratto nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) e c), è **pubblicato** a cura della stazione appaltante nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

Art.9 - PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE EQUILIBRIO CONTRATTUALE

La disposizione specifica quali sono le sopravvenienze per cui sorge il diritto alla rinegoziazione, precisando che, oltre che sopravvenute e imprevedibili, devono essere estranee al normale ciclo economico.

Viene, in tal modo, introdotto un rimedio manutentivo del contratto, conforme all'interesse dei contraenti – e dell'amministrazione in particolare – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela, non più attuale, dell'art. 1467 c.c.

La disposizione specifica, quindi, quali sono le sopravvenienze da cui sorge il diritto alla rinegoziazione, specificandole:

- **sopravvenute**
- **imprevedibili,**
- **estranee anche al normale ciclo economico.**

Tale strumento negoziale determina una ingerenza normativa nell'alveo pattizio-convenzionale. La disposizione deve, pertanto, essere interpretata restrittivamente e richiede un rilevante squilibrio tra le prestazioni, da valutarsi alla luce delle concrete circostanze e dello specifico contenuto negoziale.



Viene favorito l'inserimento di clausole di rinegoziazione (co. 4) e si opera un richiamo normativo agli artt. 60 e 120 del Codice (co. 5).

L'OBBLIGO DI REVISIONE PREZZI

Art.
60

Normato l'obbligo di **introduzione delle clausole di revisione prezzi** – fortemente voluto dall'OICE – anche con riferimento agli appalti di servizi.

Per «particolari condizioni di natura oggettiva», che comportino una variazione in aumento o in diminuzione del costo dell'opera, del servizio o della fornitura, in misura superiore al 5% «in relazione alle prestazioni da eseguire in maniera prevalente»

- Il compenso è revisionato nella misura **dell'80% della variazione**
- La variazione dei prezzi si determina considerando due diversi indici approvati dall'**ISTAT**:
 - indici sintetici di costo di costruzione per i contratti di **lavori**;
 - indici dei prezzi relativi alla produzione dei servizi e indici delle retribuzioni contrattuali orarie per i contratti di **servizi**

Con provvedimento del MIT, sentito l'ISTAT, possono essere adottati eventuali indici ulteriori o specificazioni di quelli già adottati dall'ISTAT

Dubbi interpretativi

1. La variazione del 5% deve riguardare l'importo complessivo del contratto di appalto. Di conseguenza rilevanti aumenti dei prezzi di singole materie prime potrebbero non risultare rilevanti se non incidenti sul totale del corrispettivo per più del 5%.
2. Non è chiaro se la variazione vada riconosciuta unicamente per la parte eccedente il 5% oppure interamente.
3. La norma pare applicabile anche ai contratti di durata inferiore ad un anno, seppure avrebbe poca portata pratica.
4. La variazione dei costi potrebbe rilevare sia in aumento che in **diminuzione**, quindi la clausola revisionale potrebbe operare anche a danno dell'appaltatore.
5. Non pare necessario formulare **apposita istanza**, non venendo disciplinato il procedimento per il riconoscimento delle variazioni, il quale è lasciato alle previsioni della documentazione di gara.
6. Non è chiara l'interazione della clausola revisionale nel caso in cui la variazione dei prezzi possa essere compensata attraverso le varianti che assicurano risparmi, ammissibili ai sensi dell'art. 120.



Il comma 5 specifica le risorse da utilizzarsi per far fronte alla revisione dei prezzi: a) risorse accantonate per **imprevisti** nel quadro economico; b) le somme derivanti da **ribassi d'asta**; c) le somme disponibili relative ad **altri interventi**  **Cosa accade in caso di mancata capienza di tali risorse?**

Modifiche Contrattuali

Art.
120

Comma 8 - MODIFICA PER RISTABILIRE L'EQUILIBRIO CONTRATTUALE.

Il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9 recante il "Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale"

*"Se sopravvengono circostanze **straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea**, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali"*

A. Occorre inserire nei contratti **Clausole di rinegoziazione** chiare, precise e concordanti.

B. Nel caso in cui queste **non siano previste**, la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e senza la sospensione dell'esecuzione del contratto.

B1. Il RUP provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi.

B2. Nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione.

CORRETTIVO AL CODICE DEGLI APPALTI



Approvato in Consiglio dei Ministri il correttivo al Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 36/2023 a seguito consultazione che ha coinvolto 94 stakeholders con circa 630 contributi.

Il Decreto introduce un nuovo Allegato al Codice che stabilisce i criteri e le modalità per l'individuazione del contratto collettivo di lavoro applicabile e per la presentazione e la verifica della dichiarazione di equivalenza delle tutele. Dovrebbe orientare le stazioni appaltanti e concedenti sia rispetto al contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione da individuare nel bando, sia rispetto alla verifica di equipollenza dei contratti.



Revisione prezzi: chiarito il rapporto tra revisione prezzi e principio dell'equilibrio contrattuale; introdotto un **nuovo allegato per attuare le clausole di revisione dei prezzi** sia nel settore lavori che nel settore servizi e forniture in maniera omogenea e con tempi certi

- Per i contratti relativi a **lavori**, viene precisato che il **costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato facendo riferimento ai prezzi correnti alla data dell'approvazione del progetto** riportati nei prezzari aggiornati predisposti annualmente (**art. 41, co 13**) ;
- Introdotta tra i compiti del tavolo tecnico, istituito presso il MIT e coordinato dal CSLPP, in tema di aggiornamento dei prezzari, la definizione e **realizzazione di uno schema di analisi dei prezzi**, da porre a base anche dei prezzari regionali aggiornati (**All.II.14, art. 6, co 2**).

OPZIONI CONTRATTUALI: VARIANTI E QUINTO D'OBBLIGO

Parere MIT n. 2918/2024

Le varianti e il quinto d'obbligo nei contratti pubblici di appalto sono aspetti sui quali, recentemente, il MIT ha chiarito la distinzione tra varianti e quinto d'obbligo attraverso il parere n. 2918/2024, rispondendo ai dubbi sollevati da un comune riguardo all'allocazione del 3% del valore dei lavori come opzione per modifiche contrattuali.



Quesito: Il nostro Comune ha redatto un progetto esecutivo e tra le somme a disposizione del quadro economico abbiamo previsto una somma pari al 3% dell'importo lavori quale opzione contrattuale da utilizzarsi nel caso fosse necessario redigere una variante contrattuale. Si precisa che tale importo non è stato progettato ma solo accantonato per eventuale variante. Il valore massimo dell'appalto è stato quindi calcolato come somma dei due importi (lavori + 3%). Inoltre, in capitolato è stata inserita la clausola che, in caso di modifica contrattuale entro il quinto, l'appaltatore è tenuto ad eseguire il contratto alle condizioni originarie.

- Ora, in caso di variante, la tipologia è sempre riconducibile all'art. 120 comma 1 lettera a (opzione contrattuale), oppure va individuata un'ulteriore casistica da valutare caso per caso?
- Inoltre, nel caso la stazione appaltante dovesse redigere una variante, potrà utilizzare SOLO quel 3% originariamente previsto oppure può utilizzare altre somme nel quadro economico (es ribassi d'asta, risparmi sulle progettazioni) ed aumentare quindi la percentuale di variazione?

OPZIONI CONTRATTUALI: VARIANTI E QUINTO D'OBBLIGO

Parere MIT n. 2918/2024

Risposta: In riferimento al quesito posto si chiarisce quanto segue.



- i. In primo luogo occorre **distinguere tra somme stanziare nel quadro economico e importo stimato dell'appalto**, che deve essere comprensivo delle eventuali opzioni, ai sensi dell' art. 120, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 36/2023 . Nel caso di specie, **la stazione appaltante potrà esercitare l'opzione entro i limiti prestabiliti, vale a dire il 3 per cento dell'importo dei lavori.**
- ii. Il riferimento alla modifica contrattuale entro il quinto riguarda le varianti in corso d'opera di cui all'art. 120, comma 1, lett. c) del D.Lgs. 36/2023 e pertanto ad una **fattispecie di modifica contrattuale diversa da quella dell'opzione** che può essere esercitata ai sensi e alle condizioni di cui alla precedente lettera a) del medesimo comma.

OPZIONI CONTRATTUALI: VARIANTI E QUINTO D'OBBLIGO

Parere MIT n. 2918/2024

Risposta:

- i. **Alle varianti in corso d'opera** sembra **applicabile**, infatti, nonostante il richiamo testuale alla fattispecie di cui al comma 9 dell'art. 120 del Codice, **l'art. 5, comma 6, dell'Allegato II.14**. In forza di tale previsione "l'esecutore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto e la perizia suppletiva è accompagnata da un atto di sottomissione che l'esecutore è tenuto a sottoscrivere in segno di accettazione o di motivato dissenso. Nel caso in cui la stazione appaltante disponga variazioni in diminuzione nel limite del quinto dell'importo del contratto, deve comunicarlo all'esecutore tempestivamente e comunque prima del raggiungimento del quarto quinto dell'importo contrattuale; in tal caso nulla spetta all'esecutore a titolo di indennizzo. Ai fini della determinazione del quinto, l'importo dell'appalto è formato dalla somma risultante dal contratto originario, aumentato dell'importo degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per varianti già intervenute, nonché dell'ammontare degli importi, diversi da quelli a titolo risarcitorio, eventualmente riconosciuti all'esecutore ai sensi degli articoli 212 e 213 del codice".
- ii. Le risorse per i maggiori importi derivanti dall'approvazione di varianti in corso dovranno pertanto essere reperite nel quadro economico da voci di spesa diverse da quelle relative alle somme accantonate per le modifiche derivanti dall'esercizio di opzioni contrattuali.





Grazie per l'attenzione