

# Istituto per l'innovazione

**"Il nuovo Codice degli Appalti e le Linee Guida sulle modalità di svolgimento della funzione di Direttore dei Lavori – subappalti, varianti e collaudi"**

Autore: Cristiano Rigoli – Ufficio Legale & Compliance ICIE

**1 Marzo 2019**



# ICIE

## Istituto Cooperativo per l'Innovazione

RICERCA APPLICATA  
E SERVIZI PER LE IMPRESE





## CHI SIAMO

ICIE opera dal 1972 per **promuovere l'innovazione**, accompagnando le imprese nella **ricerca** e nel **trasferimento tecnologico**.

Eroga servizi nei quali trasferisce le conoscenze e le esperienze maturate nell'ambito di progetti di ricerca e sviluppo sperimentale.

È **accreditato come laboratorio di ricerca dal MIUR** (Ministero della Ricerca Scientifica e Tecnologica).

Realizza costantemente **sinergie con Università e Centri di Ricerca** pubblici e privati.

La proprietà e i partner, in fase di ampliamento intersettoriale, sono composti da cooperative e consorzi appartenenti al settore delle **costruzioni**, della **progettazione**, dell'**industria**, della **grande distribuzione** e dei **servizi terziarizzati**, dell'**agroindustria**, della **cooperazione sociale** e dei **beni culturali**.

Pur avendo una proprietà cooperativa promuove progetti, reti, partnership e attività di servizio rivolti a **tutte le tipologie di imprese**.



# MISSION

Realizzare attività di ricerca applicata e trasferimento tecnologico.

Supportare le imprese nell'utilizzo delle specifiche agevolazioni pubbliche, degli incentivi e delle detrazioni fiscali.



Promuovere presso le imprese la cultura e lo sviluppo dell'innovazione dei prodotti, dei servizi e dei processi.

Mettere in relazione Università, Centri di Ricerca nazionali e internazionali, Pubbliche Amministrazioni e imprese (grandi, medie, piccole e micro imprese).

Collaborare con le Pubbliche Amministrazioni nella introduzione delle innovazioni nel loro comportamento di acquisto, nella valorizzazione dei territori, nell'efficientamento delle proprie attività e nelle politiche di coesione sociale e d'integrazione.

# CAMPI DI INTERVENTO



# PRINCIPALI AREE DI SPECIALIZZAZIONE



## ■ Efficienza energetica e riduzione delle emissioni



utilizzo razionale dell'energia e delle risorse rinnovabili

## ■ Sviluppo sostenibile e ambiente



pianificazione e valutazione dell'impatto ambientale  
Life Cycle Assessment - Life Cycle Costing

## ■ Housing e co-housing



edifici nuovi o esistenti riqualificati

## ■ ICT, Home Automation e Intelligent Environment



soluzioni per ambienti intelligenti, domotica e smart cities

## ■ Sicurezza, gestione e recupero degli edifici



procedure, strumenti e tecnologie per il recupero  
funzionale, energetico e strutturale

## ■ Rigenerazione urbana



soluzioni per l'elaborazione e gestione di programmi  
complessi di riqualificazione urbana

## ■ Beni culturali



supporto alla valorizzazione e fruizione

## ■ Materiali e prodotti



nuovi materiali e componenti

## ■ Miglioramento e compliance dell'azienda



servizi per lo sviluppo organizzativo e la conformità  
aziendale, sistemi di gestione

## Servizi per la Qualificazione

**ICIE** supporta la implementazione di Sistemi di Gestione Aziendali con l'obiettivo di ottenere la loro certificazione secondo gli standard relativi alle **Certificazioni Ambientali** (ISO 14001, registrazione EMAS), alla **Responsabilità Sociale** (SA 8000, AA1000), alla **Salute e Sicurezza sui luoghi di lavoro** (ISO 45001).

A titolo esemplificativo l'oggetto del servizio offerto può comprendere altre norme e tematiche:

- Altri sistemi di gestione (iso9001, iso50001, iso 27001)
- Modelli organizzativi secondo d.lgs. 231/2001
- Certificazione ESCO (UNI CEI 11352)
- Marcatura CE
- Regolamento Ue 2016/679 (GDPR)
- Gestione dei rifiuti (Capitolo IV Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152)
- Good manufacturing practices (GMP) ad es ISO22716

## Servizi per gli Appalti Pubblici

**ICIE** supporta le imprese attraverso risorse specializzate - sia mediante la realizzazione di giornate di affiancamento presso la sede dell'Impresa o presso le nostre sedi, che attraverso l'utilizzo di canali ITC – per attività di **consulenza e assistenza sulle disposizioni della normativa in tema di concessioni ed appalti pubblici** (Dlgs. n. 50/2016, Decreto Correttivo 56/2017, e provvedimenti attuativi, atti di soft law inclusi)

A titolo esemplificativo l'oggetto del servizio offerto può comprendere:

- Supporto alla predisposizione e alla revisione della documentazione amministrativa
- Assistenza nella redazione di offerte tecniche
- Rapporti con la Stazione Appaltante
- Progettazione ed erogazione “chiavi in mano” di Piani Formativi Aziendali finanziati dai fondi interprofessionali e sviluppati sui fabbisogni specifici espressi dalle Aziende

## Fondi Interprofessionali

Progettiamo ed eroghiamo “chiavi in mano” Piani Formativi Aziendali e Interaziendali finanziati al 100% e sviluppati su fabbisogni specifici espressi dalle Aziende.

In collaborazione con Agenzie Formative accreditate, supportiamo in maniera personalizzata le Aziende in tutte le fasi di gestione del loro Piano Formativo, dalla progettazione alla rendicontazione, con particolare riferimento a:

- Analisi della domanda e rilevazione dei fabbisogni formativi aziendali
- Pianificazione dei programmi operativi di formazione del personale
- Elaborazione del Piano Formativo e presentazione della domanda di finanziamento
- Selezione, qualifica e monitoraggio dei docenti
- Programmazione ed erogazione on-site dei percorsi formativi
- Gestione della piattaforma digitale del Fondo e monitoraggio del Piano Formativo
- Tutoraggio e coordinamento del Piano Formativo
- Rendicontazione tecnico-economica del Piano Formativo
- Gestione delle relazioni con il Fondo, le parti sociali e i soggetti incaricati di approvare la rendicontazione del Piano Formativo



## SEDE LEGALE

### ROMA

Via Velletri 35 - Cap. 00198, Tel. +39 06 8411819,  
+39 06 8549141, Fax +39 06 8550250

## SEDI OPERATIVE

### MILANO

Via Giovanni Battista Pergolesi 8, Cap. 20124,  
Tel. +39 02 70005491, Fax. +39 0270009022

### BOLOGNA

Via Giacomo Ciamician 2 - Cap. 40127,  
Tel. +39 051 42174, Fax +39 051 243266

### NAPOLI

Via Giovanni Porzio 4 Centro Direzionale Isola GI,  
Scala D int.1 - Cap. 80143, Tel. +39 081 5627318,  
Fax. +39 081 6028680

Codice fiscale 00520250374 - Partita IVA 00865791008



e-mail: [iclé@iclé.it](mailto:iclé@iclé.it)

Pec: [iclé@legalmail.it](mailto:iclé@legalmail.it)

Web: [www.iclé.it](http://www.iclé.it)

# SUBAPPALTO

## SUBAPPALTO

### Decreto sicurezza: inasprite le pene per i subappalti illeciti

L'art. 25 del DL 4 ottobre 2018, n. 113, modifica l'art. 21, comma 1, della legge 13 settembre 1982, n. 646, con un significativo inasprimento delle sanzioni per i subappalti illeciti

Per “chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente”, la sanzione passa “dall'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto”, alla “**reclusione da uno a cinque anni e con la multa** non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto”.

Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo la sanzione passa dall'arresto da sei mesi ad un anno e dell'ammenda pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo”, alla **reclusione da uno a cinque anni e della multa** pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo.

E' data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto.

In proposito è opportuno rilevare che la trasformazione in delitto – in mancanza di una espressa previsione – comporta **l'esclusione della punibilità delle ipotesi colpose.**

Dall'altro lato c'è il reato di cui all'art. 74, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011, imputabile al funzionario che autorizza o consente il subappalto a soggetti colpiti dalle misure di prevenzione di cui all'art. 67 del codice antimafia (reclusione da due a quattro anni).

## SUBAPPALTO

**E' discussa l'applicabilità di tale norma anche ai servizi e alla forniture.**

Un orientamento assume che la disposizione deve intendersi riferita esclusivamente al subappalto di lavori senza possibilità di estensione analogica a servizi e forniture ( Cass. Pen. Sez. IV sent. 14 luglio 2000 n.8243)

Altra giurisprudenza, invece, interpreta estensivamente il dato letterale e applica la norma ai contratti misti di lavori e ai noli a caldo, in quanto assimilati ai contratti di lavori (Cass. Pen., Sez. III, sentenza 29 novembre 2005, n. 792)

Il contrapposto orientamento, che valorizza invece la ratio dell'istituto, ritiene che la norma non debba essere interpretata in modo restrittivo e, dunque, non sia riferita solo ai lavori, ma anche ai servizi (Cass. Pen., Sez. V, sentenza 3 luglio 2009, n. 35057).

## SUBAPPALTO

### COMMISSIONE EUROPEA – Costituzione in mora – Infrazione n° 2018/2273

**Dieci contestazioni relative al codice dei contratti pubblici ed una contestazione relativa al Testo unico dell'edilizia contenute nella lettera di costituzione in mora inviata dalla Commissione europea il 24 gennaio 2019 al Governo italiano.**

Le principali e più numerose contestazioni (3) riguardano le violazioni di **norme riguardanti il subappalto**.

**Divieto di subappaltare più del 30% di un contratto pubblico** - Così come disposto in vari punti dell'articolo 105 del Codice dei contratti pubblici, il subappalto non può superare il 30% dell'importo totale di un contratto pubblico mentre la Commissione europea rileva che nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non vi sono disposizioni che consentano un siffatto limite obbligatorio all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato.

**Obbligo di indicare la terna di subappaltatori proposti** - Nell'articolo 105, comma 6 del Codice dei contratti è precisato che, nel caso di per gli appalti di valore superiore alle soglie UE ma, anche, per gli appalti che, pur essendo di valore inferiore alle soglie UE, riguardano specifiche attività individuate dalla normativa italiana come particolarmente esposte al rischio d'infiltrazione mafiosa, gli operatori sono obbligati ad indicare nelle loro offerte una terna di subappaltatori proposti. La Commissione europea ritiene, invece, che, sebbene l'articolo 71, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE preveda che le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere agli operatori di indicare nelle loro offerte "i subappaltatori proposti", l'articolo 105, comma 6, del decreto legislativo 50/2016, che obbliga gli offerenti ad indicare sempre tre subappaltatori, anche qualora all'offerente ne occorrono meno di tre, viola il principio UE di proporzionalità.

**Divieto per un subappaltatore di fare a sua volta ricorso ad un altro subappaltatore** - L'articolo 105, comma 19, del Codice dei contratti pubblici vieta in modo generale e universale che le prestazioni subappaltate possano essere oggetto di ulteriore subappalto. La Commissione europea ritiene, invece, che l'articolo 105, comma 19, del decreto legislativo 50/2016 viola alcune disposizioni delle tre direttive europee direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

## DEFINIZIONI

oo-bis) **lavori di categoria prevalente**, la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara;

oo-ter) **lavori di categoria scorporabile**, la categoria di lavori, individuata dalla stazione appaltante nei documenti di gara, tra quelli non appartenenti alla categoria prevalente e comunque di importo superiore al 10 per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro ovvero appartenenti alle categorie di cui all'articolo 89, comma 11;

aaaaa) **categorie di opere specializzate**, le opere e i lavori che, nell'ambito del processo realizzativo, necessitano di lavorazioni caratterizzate da una particolare specializzazione e professionalità;

Le prime 2 c'era bisogno di riscriverle perché erano sparite (così come per le definizioni di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria) in quanto contenute nell'art.108 del DPR 207/2010

La definizione di opere specializzate già c'era, è stata riscritta meglio.

## DEFINIZIONI

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

### INTESO COME TIPOLOGIA DI CONTRATTO NON COME MODALITA' DI AFFIDAMENTO

Si ritorna, con alcune modifiche formali, alla definizione dell'art.170 DPR 207/2010

Nell'art.105 non si parla mai di cottimo se non nel comma 13 e nel comma 18

Segnalo peraltro che l'Art. 21 L.646/1982 prevede le sanzioni penali sia in caso di subappalto che di cottimo non autorizzato

## DEFINIZIONI

Vi segnalo che su questi argomenti sono fiorite una serie di sentenze della Cassazione Penale, anche recenti, le quali dicono sostanzialmente: guardate che la legge sul divieto di subappalto di manodopera (L. 1360/1962) non è mai stata abrogata

Allora questo cottimo altro non è che la parafrasi di quello che è la definizione che ne dà la Legge Biagi (Decreto Legislativo del 10 settembre 2003, n. 276)

### **Titolo III - SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO APPALTO DI SERVIZI, DISTACCO**

#### **Art. 29. Appalto**

1. Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa.

#### **ATTENZIONE**

Non confondersi con il COTTIMO FIDUCIARIO (non esiste più)

Nelle procedure di gara aventi importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, prima dell'entrata in vigore dell'art. 36 del D.lgs. 50/2016, le stazioni appaltanti potevano scegliere fra più percorsi per soddisfare i propri fabbisogni: poteva essere pubblicata una procedura di valore inferiore alle soglie comunitarie con tempistiche ridotte e forme di pubblicità semplificate rispetto a quelle sopra-soglia. In alternativa, qualora fossero soddisfatte le condizioni di cui all'art. 125 del D.lgs. 163/2006, potevano essere svolte le procedure in economia, che si distinguevano tra: amministrazione diretta e cottimo fiduciario.

Il D.lgs. 50/2016 non contempla più l'istituto delle procedure in economia. L'intera disciplina della materia è stata racchiusa in un unico articolo che detta le modalità di svolgimento delle procedure sotto soglia comunitaria, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'art. 30 del sopra citato codice.

## SUBAPPALTO

Rispetto alla prima formulazione del codice, il decreto correttivo al codice rafforza – nel primo comma - **il principio generale di esecuzione diretta**

*“I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice ~~di norma~~ eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto.”*

**Resta fermo il limite quantitativo del 30% dell'importo contrattuale** - La previsione della bozza di correttivo che prevedeva il limite del 30% solo per la categoria prevalente consentendo il subappalto integrale delle scorporabili è stata espunta

Attenzione alla cumulabilità con il 30% delle SIOS in base all'art 1 comma 2 Decreto MIT 10 novembre 2016, n. 248

## SUBAPPALTO

*Ai sensi dell'art. 105, comma 2, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. **La formulazione letterale non univoca della norma si presta ad essere interpretata sia nel senso che tale limite percentuale andrebbe calcolato sull'importo dei lavori posto a base di gara, sia nel senso che esso andrebbe computato sul valore del contratto come risultante dall'aggiudicazione.***

In chiave sistematica, in ossequio ai principi di certezza del diritto e di parità di trattamento tra i concorrenti, l'espressione "importo complessivo del contratto di lavori" va correttamente riferita all'importo a base di gara.

*Diversamente opinando, infatti, per un verso, si favorirebbero situazioni di incertezza (fino al momento dell'aggiudicazione) circa l'effettivo rispetto del limite in questione da parte dei concorrenti e, per altro verso, si legittimerebbero irragionevoli trattamenti differenziati tra gli operatori economici.*

*In altri termini, posto che l'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce un limite quantitativo alla possibilità di ricorrere al subappalto di lavori (oltre che di servizi e forniture), tale limite deve essere lo stesso per tutti gli operatori del mercato e deve essere conosciuto da tutti fin dalla fase iniziale della gara (cfr. [TAR Milano, 05.01.2018 n. 28](#)).*

## SUBAPPALTO

***AVCP – Determinazione 27/02/2003, N.6***

### **FRAZIONAMENTO SUBCONTRATTI**

In particolare, qualora ci si avvalessse più volte di un identico nolo a caldo nell'ambito dello stesso appalto e tale circostanza non fosse giustificata da fatti oggettivamente verificabili (*quali ad esempio la necessità di eseguire la relativa lavorazione in fasi temporali nettamente distinte - come da previsioni del cronoprogramma allegato al contratto - o l'intervenuta approvazione di una perizia di variante che reintroduce, in un momento diverso e non prevedibile all'atto della consegna dei lavori, le condizioni per l'ulteriore ricorso ad un nolo a caldo di cui l'appaltatore si sia già avvalso in precedenza*), risulterebbe pienamente legittimo, se non addirittura doveroso, che l'amministrazione appaltante, attraverso i propri organi, richiedesse all'aggiudicatario di fornire adeguate motivazioni, accompagnate - se del caso - dalla produzione degli opportuni atti a corredo o dalla redazione di nuovi elaborati a modifica ed integrazione di quelli esistenti in precedenza.

## SUBAPPALTO

Viene **eliminata la necessità che il bando di gara preveda espressamente la facoltà di poter ricorrere al subappalto**, espressione che poteva lasciar spazio a dubbi interpretativi di non poco conto (comma 4)

Questa facoltà di affidare a terzi, prima della correzione del suddetto comma con il D.Lgs. 56/2017, doveva essere prevista espressamente nel bando di gara, anche limitatamente a singole prestazioni, e per i lavori doveva essere indicato nello stesso la categoria o le categorie per le quali era ammesso il subappalto, tenendo presente che tutte le prestazioni e le lavorazioni a qualsiasi categoria appartenessero erano subappaltabili; ora invece nel predetto Decreto Correttivo viene definito che l'affidatario del contratto di appalto può affidare in subappalto lavori, servizi o forniture a quei soggetti che non abbiano partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto e che sono qualificati nella relativa categoria di prestazione.

# SUBAPPALTO

## Premessa

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

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

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

## SUBAPPALTO

Costituiscono condizioni comuni a qualunque subappalto:

- la dichiarazione dell'offerente in fase di gara delle prestazioni (lavori, servizi, forniture) che intende subappaltare, quale condizione presupposta indispensabile per la futura autorizzazione;
- la dichiarazione in fase di gara di subappalto in misura superiore a quella massima (il 30% in via ordinaria) non dà luogo a soccorso istruttorio né tantomeno costituisce causa di esclusione; l'incongruenza dev'essere rimediata in fase esecutiva, con il diniego di autorizzazione al subappalto per le prestazioni eccedenti la percentuale ammessa (giurisprudenza univoca e costante), salvo il caso di subappalto «necessario» o «qualificante», come si vedrà in seguito;
- l'assenza di dichiarazione preclude il successivo subappalto (e questo caso porta all'esclusione nel caso del subappalto «necessario» o «qualificante»);
- il subappalto deve essere sempre richiesto e autorizzato preventivamente;
- il subappaltatore non deve aver partecipato al procedimento di affidamento dell'appalto come offerente, singolo o in forma aggregata;
- il subappaltatore non deve incorrere nelle cause di esclusione di cui all'art. 80, commi 1, 2 e 5, del Codice;
- il subappaltatore deve possedere la qualificazione relativa alle prestazioni o alla parte di prestazioni che assume in subappalto;

## SUBAPPALTO

**Una questione trascurata:**

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

## SUBAPPALTO

### **2. Subappalto «limitato»**

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

## SUBAPPALTO

### SIOS

Art. 105, comma 5

Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il 30% dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.

Opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, il cui valore superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori.

**Decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248** definisce l'elenco delle SIOS, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione.

Art. 1 comma 2 - Ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del Codice il presente decreto individua, in particolare, le opere per le quali non è ammesso, l'avvalimento qualora il loro valore superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori e per le quali, ai sensi dell'articolo 105, comma 5 del Codice, l'eventuale subappalto non può superare il 30% dell'importo delle opere e, non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. **Il limite di cui al presente comma non è computato ai fini del raggiungimento del limite di cui all'articolo 105, comma 2 del Codice.**

## SUBAPPALTO

Ne deriva la curiosa conseguenza che un appalto con prevalente OG1 al 60% e scorporabile OG11 al 40% sarebbe subappaltabile per il 42% (30% del 100% + 30% del 40%); oppure, all'inverso, una prevalente OG11 al 60% e una scorporabile OG1 al 40% sarebbe subappaltabile per il 48% (30% del 60% + 30% del 100%) con tanti saluti al limite generale del 30%.

In altri termini a fronte di due limiti, uno «interno» (30% riferito alla singola categoria) e uno «esterno» (30% riferito all'intero contratto) il d.m., uscendo probabilmente dal perimetro della delega conferita dall'art. 89, comma 11, che riguardava solo l'avvalimento e non il subappalto, ha fornito una non richiesta interpretazione (che appare più come un'innovazione o una ricostruzione innovativa) secondo la quale il limite di cui al presente comma (30% interno) non è computato ai fini del raggiungimento del limite di cui all'articolo 105, comma 2 del Codice (30% esterno)

## 3. Subappalto «necessario» o «qualificante»

Questa tipologia è presente solo se l'appalto prevede prestazioni scorporabili per le quali è obbligatorio il possesso della qualificazione. Quindi solo se si è in presenza di categorie scorporabili (lavori) o prestazioni secondarie (servizi), ex art. 48, comma 2, del Codice e non coinvolge, come invece il subappalto «limitato», la categoria prevalente.

Ancorché in astratto possa ricorrere anche negli appalti di servizi, il subappalto necessario è tipico degli appalti di lavori in presenza di categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria. L'elenco delle categorie a qualificazione obbligatoria è ricavabile solo con operazioni di «taglia e cuci» tra diversi provvedimenti eterogenei.

Per sapere quali sono le categorie a qualificazione obbligatoria, il primo approccio sono le categorie che nella «Tabella sintetica» integrante l'Allegato «A» del d.P.R. n. 207 del 2010 (ancora vigente sul punto) sono contrassegnate dalla parola «SI» nell'ultima colonna a destra rubricata «Qualificazione obbligatoria».

Tale elenco deve essere combinato con l'elenco di cui all'articolo 12, comma 2, lettera b), del d.l. n. 47 del 2014, convertito dalla legge n. 80 del 2014, che ha sottratto ben 11 categorie alla qualificazione obbligatoria e con l'elenco di cui al d.m. n. 248 del 2016 che ha reintrodotto due categorie (OS12-B e OS32 tra quelle a qualificazione obbligatoria). Dopo questa «ricucitura» si può ottenere l'elenco delle categorie a qualificazione obbligatoria. Ma non si pensi di aver esaurito il punto: anzi.

### 4. Subappalto subordinato all'indicazione della «terna di subappaltatori»

#### RISCRITTO l'OBBLIGO di INDICAZIONE della TERNA

~~E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione.~~

~~In tal caso il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo. Nel bando o nell'avviso la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'articolo 35.~~

E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori **in sede di offerta**, qualora **gli appalti** di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190.

Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di **prestazione omogenea** prevista nel bando di gara.

## SUBAPPALTO

Sono definite come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa le seguenti attività:

- a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;**
- b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;**
- c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;**
- d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;**
- e) noli a freddo di macchinari;**
- f) fornitura di ferro lavorato;**
- g) noli a caldo;**
- h) autotrasporti per conto di terzi;**
- i) guardiania dei cantieri.**

## SUBAPPALTO

### QUESTIONE INTERPRETATIVA

Per la maggior parte dei commentatori l'obbligo di indicare la terna nascerebbe **solo in presenza di un appalto che abbia come oggetto specifico una delle attività delle white list, nel caso in cui l'appaltatore intenda subappaltarle tutte o in parte.**

Tale impostazione, basata sull'oggetto specifico del contratto di appalto, potrebbe ritenersi coerente con una recente giurisprudenza in tema di applicazione delle "white list".

In particolare, secondo tale giurisprudenza, gli eventuali interventi di scavo e smaltimento dei materiali di risulta, svolti all'interno di un contratto, senza divenire oggetto esclusivo dell'appalto, non possono da soli determinare per l'appaltatore l'obbligo di iscrizione nell'elenchi; ciò, anche in considerazione del fatto che queste sono attività complementari e accessorie allo stesso che, in genere, contraddistinguono molti appalti di lavori pubblici - (T.A.R. Campania, Sez. I, sent. 23 marzo 2016, n. 1511).

## SUBAPPALTO

### QUESTIONE INTERPRETATIVA

Nelle more dell'ottenimento di tale chiarimento, a fini cautelativi, si ritiene di consigliare alle imprese, in questa fase, un comportamento molto prudentiale nei confronti delle stazioni appaltanti che non abbiano chiarito sufficientemente l'ambito di operatività della norma che impone l'indicazione della terna dei subappaltatori. A fronte di clausole dubbie di bandi di gara, si ritiene, cioè, opportuno che le imprese formulino specifici e circostanziati quesiti alle stazioni appaltanti, e che sollecitino risposte chiare, volte ad evitare applicazioni distorte della previsione.

## SUBAPPALTO

### ALTRA QUESTIONE INTERPRETATIVA

La norma pone un «obbligo» ma non la sanzione espulsiva per la sua inosservanza.

Cosa può comportare dunque la mancata indicazione della terna?

#### Conseguenze obbligo indicazione terna:

TAR Torino sentenza n. 94/2018.

Le conseguenze mutano a seconda della tipologia del subappalto, che si può configurare come facoltativo ovvero come necessario:

- a) in caso di subappalto facoltativo, la mancata indicazione della terna dei subappaltatori (non determina l'esclusione, ma più semplicemente) comporta la preclusione, in fase esecutiva, di ricorrere all'istituto del subappalto;
- b) neppure in caso di subappalto necessario l'omessa indicazione di uno o più subappaltatori può comportare l'automatica esclusione dalla gara, ma deve invece determinare l'attivazione del c.d. potere-dovere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, che dovrebbe quindi richiedere un'integrazione al concorrente al fine di consentirgli di indicare la terna.

## SUBAPPALTO

### Conseguenze obbligo indicazione terna:

TAR Torino sentenza n. 94/2018.

Quanto all'indicazione della terna, la sua omissione comporta non l'esclusione del concorrente, ma l'attivazione del soccorso istruttorio previsto dall'art. 83 comma 9 del Codice "in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica". Pur trattandosi di una carenza relativa a un elemento essenziale ai fini della partecipazione alla gara, essa infatti non incide sull'offerta economica o sull'offerta tecnica.

## SUBAPPALTO

Si ravvisa un possibile contrasto interpretativo con il Bando Tipo ANAC n. 1, il quale, come spiegato nella Relazione illustrativa, opta per una chiara scelta in ordine agli effetti della mancata indicazione della terna, disponendo che l'omissione della medesima o l'indicazione di un numero di subappaltatori inferiore a tre, non costituisce motivo di esclusione ma comporta, per il concorrente, la “sanzione” del divieto di subappalto, coerentemente all'ipotesi di mancata / irregolare costituzione della terna.

## SUBAPPALTO

### ULTERIORE QUESTIONE

Più volte è stata affrontata in giurisprudenza la possibilità di indicare nella terna lo stesso subappaltatore da parte di più concorrenti o per quest'ultimo di partecipare autonomamente alla gara o con altro concorrente.

Nella prassi attuativa è (per lo più pacificamente) consentita l'indicazione dello stesso subappaltatore da parte di più concorrenti (cfr., ex multis, chiarimenti del Comune Firenze in nota prot. n. 250785 del 09.08.2016)

Nessun dubbio, altresì, circa la possibilità di indicare gli stessi subappaltatori per più categorie di qualificazione, considerato che in tal caso non sussiste alcun pericolo che questi possano influire sulla genuinità dell'offerta

## SUBAPPALTO

### Più complessa è la problematica relativa alla partecipazione autonoma del subappaltatore

Una giurisprudenza risalente riteneva necessaria un'esplicita previsione normativa per impedire la partecipazione alla gara al subappaltatore indicato dal concorrente (cfr. Consiglio di Stato, VI, 28 febbraio 2000, n. 1056).

Nel codice, come modificato dal correttivo, l'unico limite è previsto a carico dei soggetti affidatari dei contratti, questi non possono affidare in subappalto le opere o i lavori a soggetti che abbiano già partecipato alla procedura per l'affidamento dello stesso appalto (art. 105, co. 4, lett. "a").

Come osservato dal giudice di merito, in una sentenza parzialmente superata per la suddetta riformulazione del codice, il codice tuttavia non stabilisce che l'impresa partecipante in proprio a una gara d'appalto e, allo stesso tempo, indicata (a sua insaputa) come subappaltatrice della terna da parte di un'altra impresa che partecipa alla medesima gara, possa essere automaticamente esclusa dalla stazione appaltante (Tar Piemonte, sentenze 28 febbraio 2017, n. 238 e 15 marzo 2017, n. 395).

Ciò, fermo restando il limite posto dall'articolo 80, comma 5, lett. m) del Codice, per cui non deve mai configurarsi «una qualsiasi relazione, anche di fatto» che «comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale».

## SUBAPPALTO

Infatti, nel caso specifico, la stazione appaltante aveva configurato proprio tale motivo di esclusione, tenuto conto che «la contestuale presenza – nella medesima gara – di soggetti che vi accedono, seppur a diverso titolo, è un elemento negativo rispetto ai principi di trasparenza e parità di condizioni che debbono essere sempre assicurati nelle procedure concorsuali».

Il giudice amministrativo ha tuttavia precisato che questo requisito preliminare, ammesso anche dalla più recente direttiva 2014/24/UE, non può diventare «un inutile aggravamento procedimentale» che può finire per incentrarsi su chi «concretamente, potrebbe non venire mai chiamato ad operare in cantiere»; ciò, tanto più se si considera che «l'indicazione del subappaltatore (a differenza di quanto avviene per l'ausiliario e per il raggruppamento temporaneo di imprese) non implica necessariamente una previa formalizzazione dei rapporti tra subappaltatore stesso e concorrente che lo indica».

Un concorrente “onnipresente” «può costituire mero sintomo di collegamento tra le offerte e di dubbia trasparenza delle stesse», ma esso, per la sua stessa natura, va verificato dalla stazione appaltante «insieme ad altri eventuali indizi ed alla luce delle offerte formulate, nel contraddittorio delle parti» “a valle” della procedura.

## SUBAPPALTO

### **SUBAPPALTATORI della TERNA CARENTI dei REQUISITI di SELEZIONE**

Si ritiene che l'indicazione di uno o più subappaltatori della terna carenti dei requisiti di selezione (attestazione SOA) in relazione ai lavori per i quali sono indicati, possa ritenersi una indicazione «inefficace» ed essere trattata come carenza di indicazione del subappaltatore e trascurata o trattata con soccorso istruttorio, con le diverse conclusioni, viste appunto per i casi di mancata indicazione o indicazione di un numero di subappaltatori inferiore a 3.

Ovviamente si parla di assenza dei requisiti di selezione, non di cause di esclusione di cui all'articolo 80, nel qual caso l'esclusione del subappaltatore indicato coinvolge inevitabilmente anche l'offerente comportando l'esclusione anche di quest'ultimo.

## SUBAPPALTO

### La TERNA negli APPALTI di SERVIZI

Negli appalti di servizi, fermo restando l'obbligo della terna, normalmente questa sarà unica, a meno che la documentazione di gara individui esattamente le «tipologie di prestazioni omogenee» e i relativi requisiti, a cui associare la terna.

Non pare una delle operazioni più facili, infatti si tende, quando apprezzabilmente ragionevole, a unificare le prestazioni in un'unica tipologia, salvo casi particolari (es. in un appalto di igiene urbana distinguere la raccolta dalla gestione dell'isola ecologica o dai trasporti agli impianti esterni; in un appalto di gestione RSA distinguere i servizi assistenziali, dalle manutenzioni, dalle pulizie e sanificazioni o dall'erogazione dei pasti). La terna seguirà le prestazioni omogenee.

Certo è che il progettista del servizio deve ponderare bene tutti gli aspetti e le conseguenze per poter decidere se sia necessario o solo opportuno individuare prestazioni secondarie (come ai fini dei raggruppamenti temporanei) o diversamente omogenee alle quali associare possibili terne di subappaltatori.

A mio sommo avviso la norma sulla «terna» è una plateale farsa: in un servizio con durata 5 o 6 anni, ma addirittura in una concessione di 30 anni (art. 174, comma 2) come è possibile prevedere in origine i possibili subappaltatori (peraltro non vincolati con alcun contratto o indicati a propria insaputa) in un'economia dove cessazioni, fusioni, spin-off, trasformazioni aziendali sono all'ordine del giorno?

## SUBAPPALTO

### Posso sostituire i nominativi inseriti nella terna dei subappaltatori?

Nel caso di richiesta di autorizzazione al subappalto in corso di esecuzione, l'**affidatario** ha l'obbligo di **provvedere a sostituire i subappaltatori** relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza – **rectius la sopravvenienza nel caso di soggetto già indicato nelle terna o di subappalto necessario** – dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 (art. 105, comma 12). Infatti, non possono essere affidatari di subappalti e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti per i quali ricorrano i motivi di esclusione previsti dal presente articolo (art. 80, ultimo comma).

## SUBAPPALTO

### **Posso sostituire i subappaltatori indicati in sede di offerta anche per motivi diversi indicati dal citato comma 12?**

Se leggiamo la norma letteralmente, questa possibilità non sembrerebbe essere consentita. Escludere tale circostanza comporta, tuttavia, un irrigidimento del sistema in quanto non consente di fronteggiare i più svariati eventi che possono avvenire dalla data di presentazione dell'offerta a quella di ricorso al subappalto, che possono comportare l'impossibilità di affidare i lavori ai subappaltatori menzionati in sede di gara.

#### **Fase esecutiva: muramento dei subappaltatori indicati**

Se un subappaltatore indicato (o alcuno dei subappaltatori indicati) non accetta a valle di eseguire i lavori indicati come da subappaltare (e, segnatamente, oggetto di subappalto «necessario» quindi non eseguibili dall'aggiudicatario) cosa succede?

Escluso il subappalto abusivo, reato gravissimo, ed esclusa la risoluzione del contratto per carenza (sopravvenuta) dei requisiti di esecuzione (a meno di essere affetti da masochismo acuto) potrà essere autorizzato il subappalto ad un terzo non previsto in origine?

Pur con le dovute cautele e senza la certezza dell'incensurabilità, la risposta dovrebbe essere affermativa.

L'osservazione potrebbe essere: ma allora l'obbligo di indicazione della terna e l'art. 105, comma 6 sono scritti inutilmente? La risposta di botto sarebbe «Sì» ma sarebbe anche troppo semplicistica: probabilmente l'articolo 105, comma 6, presidia la fase di ammissione, ma non congela all'infinito la situazione essendo possibile uscire dal perimetro della terna laddove questa non sia più disponibile.

## SUBAPPALTO – CAUSE di ESCLUSIONE

- **Art. 80, c. 1:** Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva ..., **anche riferita a un suo subappaltatore** nei casi di cui all'art. 105, comma 6, per uno dei seguenti reati ....
- **Art. 80, c. 5:** Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, **anche riferita a un suo subappaltatore** nei casi di cui all'art. 105, comma 6, qualora

**Appare paradossale che il concorrente possa essere escluso a causa del subappaltatore quando nella nuova normativa può essere sostituita l'ausiliaria, la mandante ed addirittura la mandataria del RTI.**

## SUBAPPALTO – CAUSE di ESCLUSIONE

Da notare che la locuzione al controllo sul “*subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6*” è presente solo nei commi 1 (reati) e 5 (altre cause di esclusione) dell'articolo 80, non nei commi 2 (antimafia) e 4 (irregolarità contributive e fiscali).

Ciò sembrerebbe indicare che solo i motivi di esclusione di cui ai commi 1 e 5 dell'articolo 80, emersi durante la verifica del subappaltatore della terna, possono comportare l'esclusione del concorrente, mentre ciò non accadrebbe per gli altri motivi di esclusione previsti nello stesso articolo (tra cui quello antimafia!).

Nell'evidenziare l'illogicità di tale conclusione, si rimanda a quanto affermato dal Consiglio di Stato, per cui l'esclusione del concorrente non è possibile nel caso in cui «*almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto*» (cfr. **parere n. 2286/2016**).

## SUBAPPALTO – CAUSE di ESCLUSIONE

**COSA DICE il CdS** nel commentare le Linee guida ANAC “indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice”

Si pone tuttavia un problema di coordinamento di tali previsioni con l'art. 105, c. 12, a tenore del quale “L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposta verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.”. Tale previsione costituisce trasposizione dei pertinenti articoli delle direttive, secondo cui ogni qualvolta le stazioni appaltanti sono tenute, in base alle leggi nazionali, a verificare le cause di esclusione anche nei confronti dei subappaltatori, esse chiedono agli operatori economici di sostituire i subappaltatori che risultano privi dei requisiti generali.

Le direttive sembrano dunque consentire la possibilità di sostituire i subappaltatori privi dei requisiti anche quando i loro nomi vanno indicati in gara.

Sicché, le disposizioni dell'art. 80, c. 1 e c. 5, che sembrano invece prevedere la esclusione del concorrente per difetto dei requisiti del subappaltatore, senza possibilità di sostituirlo, potrebbero anche prestarsi a dubbi di compatibilità comunitaria.

Sembrerebbe peraltro possibile darne una interpretazione comunitariamente orientata, ritenendo quanto meno che, quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni.

## SUBAPPALTO

### **Il correttivo allarga “con moderazione” le maglie del subappalto ?**

La prima significativa modifica riguarda i cc.dd. “contratti simili” (forniture con posa in opera e noli a caldo)

Per quel che riguarda le forniture con posa in opera e i noli a caldo, viene reintrodotta la disciplina prevista dall’art. 118 del Codice abrogato (D.Lgs. 163/2006), secondo cui: *“Costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l’impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell’importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l’incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell’importo del contratto da affidare; per i lavori, le attività ovunque espletate sono quelle poste in essere nel cantiere cui si riferisce l’appalto”*.

## SUBAPPALTO

La formula così (re)introdotta dal legislatore delegato sembra restringere il perimetro di applicazione della disciplina del subappalto nei confronti di forniture con pose in opera e noli a caldo, ampliando l'ambito delle prestazioni che possono essere "subaffidate" senza applicare la disciplina del subappalto.

Secondo la formulazione previgente del Codice, infatti, forniture con pose in opera e noli a caldo non costituivano subappalto solo in presenza di entrambi i seguenti i presupposti:

- 1) valore del contratto in questione inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o inferiore al 100.000 euro, e;
- 2) incidenza del costo della manodopera e del personale inferiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare.

In altri termini, nella precedente versione la disciplina del subappalto non trovava applicazione solo se entrambi i suddetti parametri risultavano inferiori all'importo o alle percentuali indicate dalla norma.

Diversamente, la formulazione introdotta dal Decreto Correttivo dovrebbe comportare che la disciplina del subappalto non trovi più applicazione se anche uno solo tra i parametri 1) e 2) - elencati supra - sia inferiore all'importo o alle percentuali indicate dalla norma (Accogliendo la prevalente interpretazione della disposizione in commento, offerta dalla giurisprudenza formatasi sotto il vigore del D.Lgs. 163/2006.)

Per fare un esempio concreto, in base alla previgente versione del Codice del 2016, un contratto di fornitura con posa in opera di valore superiore a 100.000 euro sarebbe stato sempre considerato subappalto, a prescindere dall'incidenza del costo della manodopera. Secondo la versione introdotta dal Decreto Correttivo, invece, lo stesso contratto dovrebbe essere considerato subappalto solo se l'incidenza del costo della manodopera sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Al contrario, lo stesso contratto non sarebbe assoggettato alla disciplina del subappalto, ove l'incidenza della manodopera sia inferiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare.

# SUBAPPALTO

❖ Sono **subappalto** ex art. 105, co. 2, quarto periodo, le **attività ovunque espletate** che richiedono l'**impiego di manodopera**, quali

➤ le **FORNITURE CON POSA IN OPERA** e i **NOLI A CALDO**:

**a** se singolarmente di importo > **2%** dell'importo delle prestazioni affidate o di importo > **100.000 euro** ... e (?)

**Requisito quantitativo**

**b** qualora l'**incidenza del costo della manodopera** e del personale sia > **50%** dell'importo del contratto

**Requisito qualitativo**

E' subappalto se

➤ **a** + **b**

Non è subappalto

➤ **a** + ~~**b**~~

➤ ~~**a**~~ + **b**

➤ ~~**a**~~ + ~~**b**~~

## SUBAPPALTO

### Deliberazione n. 14 Adunanza del 10 aprile 2013

Resta a mio avviso sempre valida l'indicazione dell'Autorità secondo la quale, ogniqualvolta **la fornitura con posa in opera configuri un'attività prevista dalle declaratorie delle categorie di lavorazioni costituenti il sistema di qualificazione** dei soggetti esecutori di lavori pubblici, *“la funzione caratterizzante da riconoscere al contratto é da individuare nella realizzazione dell'opera o del lavoro che costituiscono, quindi, l'oggetto principale del contratto anche se le descrizioni fanno riferimento a forniture e posa in opera”*

In tal senso, trattandosi di prestazioni già collocate dal legislatore nell'ambito dei lavori, **l'affidamento all'esterno delle stesse va considerato conseguentemente subappalto**, senza alcuna necessità di ulteriori spazi di indagine, ivi inclusa la verifica della sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 105 comma 2

## SUBAPPALTO

Spesso accade che le imprese tendono a far passare i subappalti per subcontratti in quanto:

- a) si evita l'autorizzazione;
- b) si evita il calmieramento dei ribassi.

In realtà la **distinzione tra subappalto e subcontratti** non è semplice ed esistono molte «zone grigie».

L'orientamento che si è formato in giurisprudenza è che, a prescindere dall'importo, **ogni volta che vi è la «trasformazione soggettiva del bene fornito», vale a dire che vi è trasformazione in qualcosa di nuovo all'interno del cantiere, c'è subappalto**, a prescindere dall'importo del contratto o dalla percentuale della manodopera impiegata.

Perché si tratti di fornitura in opera il bene da porre in opera deve **dunque essere un bene già di per sé idoneo a svolgere la funzione economica sociale per il quale è stato costruito: il bene cioè non deve avere una trasformazione soggettiva all'interno del cantiere.**

## SUBAPPALTO

### ALCUNI ESEMPI:

- La prestazione deve intendersi quale “fornitura” quando il bene ha una precisa destinazione d’uso (pannelli prefabbricati, serramenti, corpi illuminanti, ecc.) e la posa in opera svolta in cantiere consiste in un’attività puramente accessoria e strumentale (**montaggio, saldatura, incollatura, assemblaggio**, ecc.) che non modifica in alcun modo il bene ma è diretta solamente a consentirne l’utilizzo.
- La prestazione deve considerarsi “lavoro” (sempre soggetta a subappalto) quando l’attività lavorativa trasforma il bene in un’entità diversa, con destinazione d’uso o consistenza mutate rispetto a quelle originarie, (come, ad esempio, nel caso della fornitura in opera di **mattoni e travi in ferro** che, mediante l’attività lavorativa, divengono **murature e strutture di un edificio**).
- Un altro esempio significativo è dato dalla fornitura con posa in opera di **conglomerato bituminoso**, che deve considerarsi sempre soggetta al subappalto, anche nel caso la manodopera sia inferiore al 50%, non avendo il **bitume di per sé, pur se preconfezionato, una specifica destinazione d’uso indipendentemente dalla posa in opera**, necessitando infatti di essere steso e lavorato. (AVCP: Deliberazioni n. 35/2008 del 03/09/2008 trovando sostegno anche nella sentenza C.d.S. n. 5906/2007 – C.d.S. Sez. V, 21-11-2007, n. 5906). Ribadito nella Deliberazione n. 14 Adunanza del 10 aprile 2013)

## SUBAPPALTO

Le categorie di forniture o servizi che per le loro specificità **non si configurano come attività affidate in subappalto**

Aggiunta all'art. 105, comma 3 la lettera c)-bis

Le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di **contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura** sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

La previsione ha generato notevole incertezza e disorientamento, essendo passibile, in assenza di limiti quantitativi o definatori precisi, di interpretazioni molto larghe, Si segnalano tuttavia due recenti sentenze utili a circoscrivere l'istituto:

TAR Sicilia, Pa, 6.12.2018, n. 1645: profilo "oggettivo" le prestazioni in questione devono "essere limitate ad attività sussidiarie e secondarie rispetto a quelle propriamente rientranti nell'oggetto dell'appalto"

Cons. Stato, Sez. V, 27.12.2018, n. 7256: profilo "soggettivo" i "co.co.co." hanno ad oggetto prestazioni "rivolte a favore dell'operatore economico affidatario del contratto di appalto con il soggetto pubblico, e non, invece, direttamente a favore di quest'ultimo come avviene nel caso del subappalto"

## SUBAPPALTO

### Contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura

NO DEFINIZIONE – NO CASISTICA

CATEGORIA di CONTRATTI ATIPICA potenzialmente molto estesa potremmo ricomprenderci i Contratti di Rete, di Franchising, forse addirittura anche degli **accordi quadro** - RISCHI ELUSIVI ENORMI – CONTROLLI della SA? ART.80? ATTIVITA' ESPOSTE a rischio infiltrazione mafiosa (per le quali è obbligatoria la terna nel subappalto)?

#### **Altri casi analizzati dalla giurisprudenza.**

Il primo caso che si segnala riguarda, l'affidamento del servizio di ritiro, trasferimento nello stabilimento di lavorazione, trasformazione del plasma prodotto dalle strutture trasfusionali. I giudici del Tar Emilia Romagna con la sentenza n. 514 del 20 giugno 2018, hanno ritenuto ammissibile che in gara un concorrente dichiarò di utilizzare il contratto continuativo di cooperazione per demandare a piccoli autotrasportatori, proprietari del veicolo che conducono in proprio la raccolta del plasma presso i centri e la distribuzione dei farmaci ottenuti dalla lavorazione del plasma. In questo caso il predetto contratto non costituisce subappalto sempre che ricorrano i presupposti dell'art. 105, ossia che il contratto sia stato sottoscritto in epoca antecedente all'indizione della gara.

In un altro caso, in cui l'oggetto dell'affidamento era la fornitura riguardava le ambulanze da soccorso, comprensiva di manutenzione e assistenza per un certo numero di anni, i giudici del Tar Lombardia-Milano con la sentenza n. 1366 del 28 maggio 2018 hanno ritenuto che l'affidamento a terzi dell'esecuzione di parte delle prestazioni contrattuali, relative all'assistenza meccanica sugli allestimenti e sulle attrezzature delle ambulanze, possa legittimamente essere ricondotta alla fattispecie di cui al comma 3-bis dell'art. 105 del Codice dei contratti pubblici e pertanto non costituisce subappalto ed il concorrente non era tenuto ad indicare tali contratti in sede di gara.

## SUBAPPALTO

### **Attività diverse che non costituiscono subappalto**

Paiono sussistere almeno altre fattispecie, non previste dal Codice, ma che possono ritenersi estranee al regime del subappalto:

- 1) le subforniture di cui all'art. 2 della legge n. 192 del 1998, se ricorrano le condizioni di cui all'articolo 1 della stessa legge, secondo i rigidi principi enunciati da Consiglio di Stato, sez. III, 30 novembre 2018, n. 6822;
- 2) l'affidamento di prestazioni che in forza di norme di legge, di regolamento o di convenzioni già stipulate, devono essere eseguite obbligatoriamente da determinati soggetti già individuati o individuabili senza possibilità di alternative e comunque non eseguibili direttamente dall'affidatario.

## SUBAPPALTO

### Attività diverse che non costituiscono subappalto

#### Art.1 L.192/1998

1. Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque a essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente.
2. Sono esclusi dalla definizione di cui al comma 1 i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature.

#### Consiglio di Stato, sez. III, 30 novembre 2018, n. 6822

*“si deve infatti ricordare che:*

*— con il subappalto di cui all'art. 105 comma 2, del D. Lgs. 18.4.2016 n. 50 (sulla scia della fattispecie di cui all'art. 1676 e segg. c.c.), l'appaltatore trasferisce a terzi l'esecuzione direttamente a favore della stazione appaltante di una parte delle prestazioni negoziali, configurando così un vero e proprio contratto – derivato di carattere trilaterale;*

*— al contrario, il contratto di subfornitura è una forma non paritetica di cooperazione imprenditoriale nella quale il ruolo del subfornitore (es. componentistica di beni complessi) si palesa solo sul piano interno del rapporto commerciale e di mercato tra le due imprese. In tale fattispecie il requisito della “conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, dell'impresa committente”, di cui all'art. 1 della legge 18 giugno 1998, n. 192, comporta l'inserimento del subfornitore nel processo produttivo proprio del committente (cfr. Cassazione civile, sez. III, 25/08/2014, n. 18186).*

*In sostanza, mentre il subappaltatore assume di eseguire in tutto o in parte una prestazione dell'appaltatore (art. 1655 e ss. c.c.) a diretto beneficio del committente, il subfornitore si impegna a porre nella disponibilità dell'appaltatore un certo bene da inserire nella produzione dell'appaltatore, per cui il relativo rapporto rileva esclusivamente sotto il profilo privatistico dei rapporti bilaterali di carattere commerciale fra le aziende.*

## SUBAPPALTO

Alla seconda fattispecie «atipica» possono essere ricondotte, ad esempio:

- le opere di allacciamento, rimozione o ampliamento di allacci ai pubblici servizi, comprese nel contratto, ma che l'appaltatore deve affidare (per convenzione, contratto di servizio ecc.) ai gestori del pubblico servizio, ai titolari del bene sul quale si interviene, a soggetti pubblici oppure a soggetti privati che a loro volta sono già transitati da una procedura pubblica (es. concessionari di servizi pubblici);
- i prelevi, le prove e le verifiche di accettazione in cantiere dei materiali di cui all'art. 59 del d.P.R. n. 380 del 2001 (che le qualifica di «pubblica utilità»), previste dalle «Norme tecniche per le costruzioni» o le certificazioni di prodotto o di materiali che competono esclusivamente a organismi accreditati ai sensi delle norme europee.

## SUBAPPALTO

### Si ammette più chiaramente l'associazione in partecipazione

Art. 105, comma 20

“Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo è consentita, in deroga all'articolo 48, comma 9, primo periodo, la costituzione dell'associazione in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto”.

L'**associazione in partecipazione** è uno dei contratti tipici disciplinati dalla codificazione civilistica italiana nel quale una parte (l'associante) attribuisce ad un'altra (l'associato) il diritto ad una partecipazione agli utili della propria impresa o, in base alla volontà delle parti contraenti, di uno o più affari determinati, dietro il corrispettivo di un apporto da parte dell'associato. Tale apporto, secondo la giurisprudenza prevalente, può essere di natura patrimoniale ma potrà anche consistere nell'apporto di lavoro, o nell'apporto misto capitale/lavoro.

La sua disciplina fondamentale, nel diritto italiano, è contenuta nell'art. 2549 e ss. cod civ

## SUBAPPALTO

Da più parti si è ritenuto che la previsione del comma 20 dell'art. 105, come riscritto dal correttivo, avesse finalmente fatto chiarezza sull'utilizzo del contratto di associazione in partecipazione, ma a sommosso avviso di chi scrive non è assolutamente così.

Il comma 20, prima del correttivo, recitava:

*“20. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili, nonché alle associazioni in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto; si applicano altresì agli affidamenti con procedura negoziata.”*

Il Consiglio di Stato, nel rendere il proprio parere sullo schema di correttivo, aveva osservato sussistere una “*contraddittorietà tra quanto previsto dal comma 20 dell'art. 105 - nella parte in cui prevede che “le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ...alle associazioni in partecipazione” - ed il disposto dell'art. 48, comma 9, codice, in base al quale si statuisce che “è vietata l'associazione in partecipazione...”*”; si suggerisce, pertanto, di sopprimere il riferimento operato dal predetto comma 20 alle “*associazioni in partecipazione*”, al fine di superare la contraddittorietà testé rilevata.”

La disposizione menzionata dal Consiglio di Stato (art. 48 c. 9) si trova in un articolo rubricato “*Raggruppamenti ordinari e consorzi di operatori economici*” sistematicamente collocato tra le norme relative alle procedure di affidamento.

Prima del correttivo la norma recitava:

*9. E' vietata l'associazione in partecipazione. Salvo quanto disposto ai commi 17 e 18, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.*

Dopo l'osservazione del Consiglio di Stato, anziché eliminare semplicemente il riferimento all'associazione in partecipazione (che avrebbe ripristinato la coerenza complessiva del sistema) è stato così modificato il testo dell'art. 105 c. 20:

*20. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili; si applicano altresì agli affidamenti con procedura negoziata. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo è consentita, in deroga all'articolo 48, comma 9, primo periodo, la costituzione dell'associazione in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto.*

Il correttivo ha modificato anche la disposizione dell'art. 48 comma 9:

*9. E' vietata l'associazione in partecipazione sia durante la procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione. Salvo quanto disposto ai commi 17 e 18, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.*

## SUBAPPALTO

A questo punto, tornando ad esaminare il testo del comma 20, ci si pongono una serie di interrogativi, alcuni dei quali appaiono irrisolvibili a meno di non ipotizzare non solo la prevista deroga dell'art. 48 comma 9, ma anche lo stravolgimento di molti principi generali.

Prima perplessità: chi sarebbe l'associante e chi è l'associato.

Presumibilmente l'associante dovrebbe essere l'appaltatore (ma in quali casi quest'ultimo può decidere che "non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto" stante il principio di obbligatorietà dell'esecuzione in proprio stabilito dal c.1 del medesimo art. 105 e i conseguenti vincoli?)

L'associato, tuttavia:

- Non sembrerebbe poter essere un partecipante al raggruppamento che ha concorso alla gara – benché venga menzionata la deroga all'art. 48 c. 9 – perché l'associazione dovrebbe essere costituita "ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo" quindi ai fini dell'applicazione delle norme sul subappalto. Ma è evidente che uno stesso soggetto non può contemporaneamente rivestire il ruolo appaltatore (in quanto partecipante al raggruppamento aggiudicatario) e subappaltatore. Inoltre l'art. 2551 del codice civile stabilisce che i terzi acquistano diritti e assumono obbligazioni soltanto verso l'associante e ciò sarebbe incompatibile con il regime di responsabilità solidale che tutti i partecipanti al raggruppamento hanno nei confronti della stazione appaltante committente.
- Non sembrerebbe poter essere un terzo in quanto ciò comporterebbe l'aggiramento totale delle norme relative all'immodificabilità del soggetto aggiudicatario (su cui incombe l'onere di svolgimento delle prestazioni in proprio, salvo appunto il subappalto autorizzato) nonché di quelle che impongono alle stazioni appaltanti di verificare i requisiti dei soggetti che, pur senza essere gli appaltatori, svolgono le prestazioni;
- Resta solo il potenziale subappaltatore come papabile "associato". Tuttavia, come si concilia con la partecipazione al rischio tipica di questo tipo di contratto il fatto che la costituzione dell'associazione in partecipazione viene consentita "ai fini dell'applicazione delle disposizioni" dell'art. 105, atteso che tutte le disposizioni dell'art. 105 mirano a tutelare il subappaltatore (pagamento diretto se PMI o se l'appaltatore è inadempiente; divieto di riconoscere corrispettivi inferiori all'80%)?

Poi, una volta che si sia sciolto il dubbio che precede restano i dubbi sull'oggetto del contratto di associazione in partecipazione, sugli adempimenti procedurali e sui contenuti dei patti tra associante e associato (es., è obbligatoria la previsione che l'alea di rischio per l'associato sia, come per il subappaltatore non associato, limitata al 20% dell'importo delle prestazioni svolte? il limite del 30% previsto per il subappalto vale anche per l'associazione in partecipazione? Serve l'autorizzazione della stazione appaltante? Se si vuole utilizzare questo schema, bisogna indicare l'associando come subappaltatore o no? Come si fa a mantenere l'onere di pagamento diretto se l'associato è una PMI?).

A mio avviso la disposizione, così come formulata, non è assolutamente chiara e non si comprende come possa garantirsi la compatibilità tra l'istituto e tutto l'insieme dei principi e delle norme che regolamentano la materia.

## SUBAPPALTO

### DISTACCO

- Istituto disciplinato dall'art. 30 del **D.Lgs 10 settembre 2003, n. 276**: datore di lavoro (distaccante), per soddisfare un proprio interesse, mette a disposizione temporaneamente di un altro datore di lavoro (distaccatario) uno o più lavoratori per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa.
- Differisce da mera **somministrazione di lavoro** per il fatto che l'interesse del distaccante non si esaurisce con la prestazione di lavoro a fronte di un corrispettivo, ma trova una giustificazione e una motivazione più ampia.
- **Titolarità** del rapporto di lavoro rimane in capo a distaccante nonostante potere di controllo/disciplinare passi a distaccatario (Cass., sez. lavoro, 6 giugno 2013, n. 14314).
- **Distaccante responsabile** del trattamento economico e normativo (e dei conseguenti obblighi retributivi e contributivi) dei lavoratori distaccati.

## SUBAPPALTO

### DISTACCO - PRESUPPOSTI

- **Interesse** del datore di lavoro distaccante a che il lavoratore presti la propria opera presso il soggetto distaccatario che non sia quello meramente riferibile alla prestazione stessa o un mero interesse economico;
- **Temporaneità** (ovvero “non definitività”) del distacco;
- Ove distacco comporti **trasferimento** del lavoratore distaccato > 50 km dalla precedente sede di lavoro, risultano necessarie comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive;
- Nel caso in cui tale distacco comporti un **mutamento delle mansioni** (un demansionamento ovvero una riduzione e/o specializzazione dell’attività effettivamente svolta, inerente al patrimonio professionale del lavoratore stesso) risulta necessario assenso preventivo del lavoratore (non dovuto ove attività siano le medesime svolte nell’ambito dell’unità produttiva del distaccante, in osservanza del dovere di obbedienza ex art. 2104 c.c.);
- Ex art. 3 del D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 152 il datore di lavoro distaccatario deve fornire al lavoratore le **informazioni** relative alla modifica degli elementi del contratto di lavoro iniziale indicati nell’art. 1 del decreto ;
- Datore di lavoro distaccante deve **comunicare**, tramite servizi informatici regionali o del Ministero del lavoro, il distacco del lavoratore.

## SUBAPPALTO

### INTERESSE DISTACCANTE

- Interpretazione **ampia**: qualsiasi interesse produttivo del distaccante a patto che non coincida con quello alla mera somministrazione di lavoro altrui o meramente lucrativo (Circolare del Ministero del Lavoro n. 3/2004 e n. 28/2005).
- Secondo costante giurisprudenza (ex multis Trib. Roma 21 novembre 2007), lo stesso deve essere:
  - - **specifico** (ovverosia connesso con il caso di specie);
  - - **rilevante** (ovverosia deve costituire l'effettiva motivazione del distacco);
  - - **concreto** (ovverosia effettivo);
  - - **persistente** (ovverosia deve sussistere per tutta la sua durata);
  - - **da accertare caso per caso** in base alla natura dell'attività espletata e non semplicemente in relazione all'oggetto sociale dell'impresa.
- Interesse non necessario in ipotesi appartenenza a rete (comma IV bis art. 30 D.Lgs 276/03)
- **Reato penale** ("distacco illegittimo" ex art. 18, comma V bis, D.Lgs. 276/2003 ) lavoratore sia distaccato in mancanza di un interesse proprio del datore di lavoro distaccante.

## SUBAPPALTO

- DISTACCO,  
Art. 30 D.Lgs. n. 267/2003



- IPOTESI SPECIALE  
di DISTACCO

Art. 8, comma 3°, D.L. n. 148/1993,  
convertito con modificazioni nella  
L.n.236/1993:

Tale particolare forma di distacco riguarda i dipendenti in esubero delle imprese in crisi ed è attuata, sulla base di accordi sindacali, per evitare riduzioni del personale. La stessa si fonda quindi sull'esclusivo interesse dei lavoratori distaccati a non perdere il proprio posto di lavoro.

La Suprema Corte ha riaffermato il principio per cui:

“la crisi dell’impresa NON integra un interesse qualificato al distacco”.

(v. C. Cass., sez. lav., n. 9694/2009, cit.)

## SUBAPPALTO

Una delle ipotesi più frequenti è che l'interesse del distaccante sia rappresentato dalla **formazione del dipendente** presso il distaccatario e dall'acquisizione, durante il distacco, di nuove competenze professionali spendibili presso il datore di lavoro distaccante al rientro dal distacco.

- "Il distacco disposto dal datore di lavoro **ai fini della formazione professionale del dipendente**, per consentire allo stesso un suo più proficuo inserimento successivo nel complesso organizzativo *a quo*" in quanto non è necessario che l'interesse del datore di lavoro venga soddisfatto immediatamente.

(C. Cass., sez. lav., 26.04.2006, n. 9557)

## SUBAPPALTO

### **DISTACCO vs SUBAPPALTO**

- Il distacco non è subappalto se (i) sono sussistenti presupposti, (ii) sia effettivo e non emerga un utilizzo elusivo dell'istituto (es. distacco + nolo a freddo).
- Non possibile utilizzare il distacco al fine di eludere le norme sul subappalto (Cass. Pen. 18 novembre 2013, n. 46180; Cass. Pen., sez. III, 10 dicembre 2009, n. 47006).
- Distacco non può essere utilizzato per superare il diniego dell'amministrazione al subappalto o per eludere i limiti quantitativi normativamente previsti.

## SUBAPPALTO

### **DISTACCO vs SUBAPPALTO** **Interpello Ministero del Lavoro 2006**

- L'impresa aggiudicataria di appalti pubblici può utilizzare personale in distacco.
- In tal caso, inoltre, non serve attivare le procedure di autorizzazione ordinariamente previste per i lavori in subappalto.
- Mentre è necessario verificare la genuinità del distacco

Con parere n. 1118 del 2019, il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali ha fornito alcune indicazioni sulla legittimità del distacco dell'apprendista in riferimento all'adempimento degli obblighi formativi e all'osservanza dei compiti propri del tutor aziendale. L'interesse dell'azienda distaccante, infatti, non può prevalere rispetto al diritto dell'apprendista alla formazione dedotta nel piano formativo allegato al contratto

## SUBAPPALTO

### **Attenzione!!!** Somministrazione di manodopera

Anche nell'ambito di appalti pubblici, l'appaltatore o il subappaltatore chiamati ad eseguire l'opera o il servizio oggetto del contratto di appalto sono liberi di scegliere la tipologia contrattuale più idonea al reperimento della manodopera necessaria. Tra le varie forme contrattuali lecite e possibili vi è la **somministrazione di manodopera**, istituto che può ben essere legittimamente utilizzato nell'ambito dei contratti di appalto e subappalto, anche se uno dei contraenti è una Pubblica Amministrazione.

L'attività di somministrazione di manodopera sono svolte esclusivamente dalle **agenzie per il lavoro**, conosciute anche come **agenzie di somministrazione lavoro**. Le nuove agenzie svolgono attività di somministrazione di lavoro, intermediazione, ricerca e selezione del personale, formazione e attività di supporto alla ricollocazione professionale. Tutte le attività sopra indicate devono essere svolte nell'ambito di un sistema coordinato, attraverso il collegamento con la Borsa continua nazionale del lavoro, quale strumento telematico di collegamento e raccordo tra pubblico e privato al fine del collocamento dei lavoratori – completamente liberalizzato con la soppressione dei vecchi uffici di collocamento e delle relative liste di collocamento – al fine di garantire un mercato del lavoro aperto e concorrenziale.

Le agenzie di lavoro devono ottenere l'autorizzazione del ministero del lavoro e quelle autorizzate sono iscritte allo specifico albo.

## SUBAPPALTO

### ▪ Rilascio dell'autorizzazione

**Art. 105, comma 18** La stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione di cui al comma 4 entro trenta giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi. Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa.

Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà.

In via generale, cautelativa e prudenziale suggerisco di **sollecitare l'amministrazione ad una autorizzazione espressa**; ciò al fine di evitare, ove possibile, che la stessa scaturisca implicitamente dal silenzio assenso dell'amministrazione e possa, in un secondo momento, sfociare in possibili situazioni di contenzioso che, com'è noto, possono profilare anche responsabilità penali.

## SUBAPPALTO

### NUOVI PRESUPPOSTI per il RILASCIO AUTORIZZAZIONE

I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché:

- a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;
- b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria [e la classifica? e per il sotto soglia SOA - 150.000 euro?];
- c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;
- d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.

## SUBAPPALTO

### NUOVI PRESUPPOSTI per il RILASCIO AUTORIZZAZIONE

La dichiarazione di subappalto può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara.

**Al contrario, nei casi in cui il subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione, la dichiarazione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione**

## SUBAPPALTO

### NUOVI PRESUPPOSTI per il RILASCIO AUTORIZZAZIONE

L'indicazione delle prestazioni che si intendono subappaltare è condizione determinante al solo fine di far ottenere successivamente dalla concorrente affidataria l'autorizzazione del subappalto. Secondo un primo minoritario orientamento giurisprudenziale, **i vizi della dichiarazione si riverbererebbero già nella fase di gara, determinando l'illegittimità dell'aggiudicazione**; così, ad esempio, è stata dichiarata illegittima l'aggiudicazione dell'appalto ad una impresa che in fase di gara si è limitata ad affermare di voler subappaltare o concedere in cottimo tutte le lavorazioni nel massimo consentito dalla legge, senza meglio specificare quali fossero tali lavorazioni.

Rimane, tuttavia, che l'orientamento dominante e consolidato è nel senso che **la dichiarazione di subappalto generica o incompleta non comporta esclusione dalla gara, ma solo l'impossibilità di ottenere l'autorizzazione al subappalto** in caso di aggiudicazione.

Viene ritenuto, quindi, che anche la *dichiarazione del tutto omessa od incompleta od erronea non sia in grado di determinare l'esclusione della gara*, sino a giungere ad affermare, in via più generale, che i vizi delle dichiarazioni relative al subappalto non determinano esclusione dalla gara, ma semmai impossibilità di ricorrere al subappalto.

## SUBAPPALTO

Stante il principio generale di necessaria qualificazione del subappaltatore, è fatto obbligo per l'affidatario di acquisire una nuova **autorizzazione integrativa** qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni nel corso dell'esecuzione e l'importo dello stesso sia incrementato nonché siano variati i requisiti richiesti per l'esecuzione delle prestazioni (art. 105, commi 2 e 7).

## SUBAPPALTO

### I DOCUMENTI DA ALLEGARE ALLA RICHIESTA

Precisazione: i termini indicati nell'art. 105 comma 18 per il rilascio dell'autorizzazione decorrono dal momento in cui la Stazione Appaltante può istruire la richiesta, ovvero dal momento in cui tutta la documentazione richiesta e che sarà di seguito indicata viene ricevuta.

Si raccomanda di allegare alla richiesta di autorizzazione al subappalto la documentazione necessaria

## SUBAPPALTO

### PER TUTTI I SUBAPPALTI INDIPENDENTEMENTE DALL'IMPORTO, ALLEGARE

- A) Fotocopia del documento di identità del legale rappresentante del subappaltatore;
- B) Copia autentica ai sensi di legge (ovvero un originale) del contratto di subappalto o cottimo, la cui efficacia è condizionata al rilascio dell'autorizzazione, oppure schema di contratto di subappalto. Ai sensi dell'ultimo periodo del comma 7 dell'art. 105 del D. Lgs. 50/2016 s.m.i., il contratto, corredato dalla documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, deve indicare puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici;
- C) Dichiarazione sostitutiva dell'Appaltatore e di ciascuno degli operatori economici in caso di Raggruppamento Temporaneo di imprese, circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento con il titolare del subappalto, ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. (cfr. art. 105, comma 18, D.Lgs. 50/2016 s.m.i.
- D) Dichiarazione sostitutiva dell'Appaltatore, ai sensi del D.P.R. n.445/2000 s.m.i., sull'avvenuta verifica dell'idoneità tecnico professionale del subappaltatore ai sensi del comma 3 dell'Allegato XVII del D.lgs. n.81/2008 s.m.i.
- E) Dichiarazione sostitutiva del subappaltatore, ai sensi del D.P.R. n.445/2000 s.m.i., sull'iscrizione al registro della CCIAA, attestante il possesso dei requisiti di idoneità professionale ai sensi dell'art. 83 comma 3 del D.lgs. 50/2016 s.m.i. (ovvero copia del CCIAA).
- F) Dichiarazione sostitutiva del subappaltatore, ai sensi del D.P.R. n.445/2000 s.m.i., sulla regolarità contributiva completa di tutte le informazioni necessarie per richiedere il D.U.R.C.

## SUBAPPALTO

# PER TUTTI I SUBAPPALTI INDIPENDENTEMENTE DALL'IMPORTO, ALLEGARE

- G) Dichiarazione sostitutiva del subappaltatore, ai sensi del D.P.R. n.445/2000 s.m.i., circa la propria composizione societaria ai sensi dell'art. 1 D.P.C.M. n.187/1991 s.m.i. (solo per le Società di Capitali)
- H) Dichiarazione sostitutiva del subappaltatore, ai sensi del D.P.R. n.445/2000 s.m.i., sull'assenza di motivi di esclusione ai sensi dell'art. 80 del D.lgs. 50/2016 s.m.i.
- I) Dichiarazione sostitutiva del subappaltatore, ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 s.m.i., attestante di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili ai sensi dell'art. 17 della Legge n.68/1999 s.m.i., con espressa indicazione dell'Ente presso il quale condurre la verifica di tale dichiarazione, o in alternativa, di non essere soggetto agli obblighi di cui alla Legge n. 68/1999 s.m.i.
- J) Comunicazione del subappaltatore ai sensi dell'art. 3, comma 7, Legge n. 136/2010 s.m.i. sulla tracciabilità dei flussi finanziari. La Stazione appaltante provvederà al pagamento diretto al subappaltatore sui conti correnti indicati in tale comunicazione nei casi previsti dal comma 13 dell'art. 105 del D.Lgs. 50/2016 s.m.i.

## SUBAPPALTO

# PER I SUBAPPALTI DI IMPORTO SUPERIORE AD EURO 150.000,00 ALLEGARE

- A) Attestazione SOA in corso di validità in ordine al possesso dei requisiti di qualificazione necessari all'esecuzione dei lavori da sub-affidare;
- B) Dichiarazione sostitutiva del subappaltatore, ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 s.m.i., contenente le generalità di tutti i soggetti elencati all'art. 85 del D Lgs. 159/2011 s.m.i., con i relativi familiari conviventi, e di cui al primo periodo del comma 5 dell'art. 91 del medesimo D. Lgs. 159/2011 s.m.i. (ovvero i procuratori generali, i procuratori speciali, nonché i loro familiari conviventi, che, sulla base dei poteri conferitigli, siano legittimati a partecipare alle procedure di affidamento di appalti pubblici, a stipulare i relativi contratti e, più in generale, i procuratori speciali che esercitano poteri che, per la rilevanza sostanziale e lo spessore economico, sono tali da impegnare sul piano decisionale e gestorio la società determinandone in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi).  
DICHIARAZIONE ANTIMAFIA

## SUBAPPALTO

### PER I SUBAPPALTI DI IMPORTO UGUALE O INFERIORE AD EURO 150.000,00 ALLEGARE

- A) Dichiarazione sostitutiva del subappaltatore, ai sensi del D.P.R. n.445/2000 s.m.i., sul possesso dei requisiti di cui all'art. 90 del D.P.R. n. 207/2010 s.m.i., completa dei necessari documenti a comprova di tali requisiti

#### **OVVERO IN ALTERNATIVA**

- A) Attestazione SOA in corso di validità in ordine al possesso dei requisiti di qualificazione necessari all'esecuzione dei lavori da sub-affidare

## SUBAPPALTO

### IL SILENZIO ASSENSO

ISTITUTO DA UTILIZZARE CON PRECAUZIONE

REQUISITO IMPRESCINDIBILE - LA CERTEZZA DI AVER INVIATO TUTTA LA DOCUMENTAZIONE E CHE IL SUBAPPALTATORE SIA IN REGOLA CON DURC E ANTIMAFIA

## SUBAPPALTO

### **TERMINI PREVISTI PER L'EMISSIONE DEL DURC. PROBLEMATICHE RELATIVE ALLA MANCATA EMISSIONE DEL DURC.**

Il D.M. 30 gennaio 2015 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali prevede le tempistiche per l'emissione del D.U.R.C. da parte degli Istituti previdenziali ed assicurativi competenti che, di norma, risultano compatibili con i termini per il rilascio dell'autorizzazione al subappalto o cottimo.

Si precisa, comunque, che la Stazione appaltante non rilascerà l'autorizzazione amministrativa al subappalto o cottimo in assenza di D.U.R.C. o in presenza di D.U.R.C. irregolare.

In ogni caso, si rammenta che l'autorizzazione al subappalto o cottimo potrà essere revocata qualora la verifica della regolarità contributiva del subappaltatore risulti negativa.

## SUBAPPALTO

### **TERMINI PREVISTI PER IL RILASCIO DELL'INFORMATIVA ANTIMAFIA E PROBLEMATICHE RELATIVE AL MANCATO O TARDIVO RILASCIO DELLA INFORMATIVA ANTIMAFIA.**

L'art. 92 del D.Lgs. n. 159/11 s.m.i. prevede che il Prefetto rilasci l'informazione antimafia entro 30 giorni dalla data della richiesta, da parte della Stazione appaltante. Quando le verifiche disposte siano di particolare complessità, il Prefetto ne dà comunicazione senza ritardo alla Stazione appaltante e fornisce le informazioni acquisite nei successivi 45 giorni.

Decorso questo termine la Stazione appaltante procede anche in assenza dell'informazione antimafia, sotto condizione risolutiva in caso di successivo rilascio da parte del Prefetto di informazione antimafia interdittiva.

Tale disciplina non si applica nei riguardi delle attività imprenditoriali, di cui all'art 53, Legge n. 190/12 s.m.i. (c.d. "White list").

## SUBAPPALTO

### Obblighi dell'affidatario per i subcontratti che non sono subappalti

L'affidatario comunica altresì alla stazione appaltante, **prima dell'inizio della prestazione, per tutti i subcontratti che non sono subappalti**, stipulati per l'esecuzione dell'appalto,:

- il nome del sub-contraente,
- l'importo del sub-contratto,
- l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati.
- Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del subcontratto.

## SUBAPPALTO

### IL CONTRATTO di SUBAPPALTO

#### Obblighi dell'affidatario

L'affidatario **almeno 20 giorni prima dell'inizio dei lavori, deposita:**

il contratto di subappalto corredato **della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato.**

**Importante.** - Il contratto deve :

- essere presentato in **originale o copia autentica** (cfr art. 105, comma 18. «L'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto ...»)
- indicare **puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici**

## SUBAPPALTO

### IL CONTRATTO di SUBAPPALTO

Il contratto di subappalto segue l'autorizzazione.

Si assiste tuttavia a contratti di subappalto totalmente inadeguati ad assolvere gli scopi di natura «pubblicistica» che sono chiamati ad assolvere. Ne deriva che ad autorizzazione rilasciata il contratto non presenta gli elementi che necessariamente disciplinano il subappalto sotto i profili che riguardano il DL, il CSE e il RUP.

Si suggerisce pertanto di richiedere e acquisire in fase di autorizzazione alcune informazioni necessarie (che poi potranno confluire nel contratto)

Tali informazioni essenziali possono essere così individuate:

- l'individuazione delle lavorazioni affidate, con precisi riferimenti alle lavorazioni previste dal contratto, distintamente per la parte a corpo e per la parte a misura;

- l'importo del costo della manodopera;

In modo da consentire alla DL e al RUP la verifica del rispetto della condizione dei prezzi minimi e delle retribuzioni del personale senza alcun ribasso ai sensi dell'art. 105, comma 14, periodi primo e secondo);

- l'individuazione delle categorie, tra quelle previste dagli atti di gara con i relativi importi, al fine del rilascio del CEL di cui all'art. 86, comma 5-bis, del Codice;

- se al subappaltatore sono affidati parte degli apprestamenti o di altre attività previste dal PSC, connessi ai lavori in subappalto in modo da indicarli con precisione nel contratto di subappalto, con i relativi costi pattuiti al prezzo originario, senza alcun ribasso.

## SUBAPPALTO

### Art. 7.

#### *Verifica del rispetto degli obblighi dell'esecutore e del subappaltatore*

1. Con riferimento ai lavori affidati in subappalto, il direttore dei lavori, con l'ausilio dei direttori operativi e degli ispettori di cantiere, ove nominati, svolge le seguenti funzioni:

*a)* verifica la presenza in cantiere delle imprese subappaltatrici autorizzate, nonché dei subcontraenti, che non sono subappaltatori, i cui nominativi sono stati comunicati alla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 105, comma 2, del codice;

*b)* controlla che i subappaltatori e i subcontraenti svolgano effettivamente la parte di prestazioni ad essi affidata nel rispetto della normativa vigente e del contratto stipulato;

*c)* registra le contestazioni dell'esecutore sulla regolarità dei lavori eseguiti dal subappaltatore e, ai fini della sospensione dei pagamenti all'esecutore, determina la misura della quota corrispondente alla prestazione oggetto di contestazione;

*d)* provvede, senza indugio e comunque entro le ventiquattro ore, alla segnalazione al RUP dell'inosservanza, da parte dell'esecutore, delle disposizioni di cui all'articolo 105 del codice.

## SUBAPPALTO

### RESPONSABILITÀ DELL'APPALTATORE

L'articolo 105, comma 8, prevede la **responsabilità**:

**in via esclusiva del contraente principale nei confronti della SA,**

**in solido** tra l'aggiudicatario e il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi del personale dipendente, rinviando specificamente all'articolo 29 del d.lgs. n. 276/2003.

Il **pagamento diretto del subappaltatore**, previsto nelle lettere *a)* e *c)* di cui al comma 13 dell'articolo 105 (per MPMI e su richiesta), libera l'appaltatore dalla responsabilità solidale in relazione agli obblighi retributivi e contributivi nei confronti del personale dipendente del subappaltatore.

Deve, infatti, ritenersi errato il riferimento, operato dall'ultima parte del comma 8, alla responsabilità esclusiva dell'appaltatore di cui al primo periodo dell'articolo 105, dal momento che, in caso di pagamento diretto del subappaltatore è ragionevole che venga meno la responsabilità solidale dell'appaltatore, di cui al secondo periodo dello stesso.

Non si ha l'effetto liberatorio per l'appaltatore nel caso in cui il pagamento diretto sia stato originato dall'ipotesi contenuta alla lettera *b)* del citato comma, ossia in caso di inadempimento dell'appaltatore. Infatti, in tale ipotesi, l'appaltatore rimane soggetto alla responsabilità solidale nei confronti del personale del subappaltatore

## SUBAPPALTO

L'appaltatore principale non è liberato dalla responsabilità solidale per gli **adempimenti circa la sicurezza** che sono posti a carico del subappaltatore.

Del resto, tali costi, legati alla sicurezza, dovrebbero essere oggetto di una previsione specifica nel contratto di subappalto, ciò proprio al fine di evidenziare il rispetto da parte l'appaltatore del divieto del loro ribasso (art. 105, comma 14).

Lo stesso affidatario è, altresì, responsabile dell'osservanza da parte del subappaltatore dei **trattamenti previsti da norme e contratti collettivi** (nazionale e territoriale), nonché della **trasmissione**, tramite i subappaltatori e prima dell'inizio dei lavori, della documentazione attestante l'**iscrizione agli enti previdenziali e alla Cassa Edile** e l'acquisizione d'ufficio del DURC per i pagamenti delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto e del subappalto (previsioni queste già contenute nell'articolo 118 del vecchio Codice e riportate rispettivamente ai commi 9 e 10 dell'articolo 105).

E' infine confermata la necessaria congruità dell'incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto affidato attraverso il recepimento, da parte del Ministero del Lavoro, degli accordi stipulati dalle parti sociali sul tema (art. 105, comma 16).

## SUBAPPALTO

### Regolarità nel pagamento delle retribuzioni e dei contributi

Ai fini del pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, la stazione appaltante deve sempre acquisire (d'ufficio) il **DURC**, in corso di validità, e relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori (articolo 105, comma 9).

Infatti, nel caso di pagamento diretto la stazione appaltante verifica nei confronti del subappaltatore (non del fornitore) l'esistenza degli stessi presupposti previsti a carico dell'appaltatore, tra cui la regolarità nel pagamento delle retribuzioni e dei contributi del personale previste a carico dell'appaltatore.

I subappaltatori sono, infatti, tenuti ad osservare integralmente, per i propri dipendenti, il **trattamento economico e normativo** (retribuzione, oneri accessori vari, tfr, premi assicurativi e contributi) stabilito dai contratti collettivi e dalle norme vigenti (art. 105, comma 9), l'appaltatore è a sua volta responsabile "in solido" per i medesimi adempimenti nei confronti dei dipendenti dei subappaltatori (ciò, ovviamente per le sole prestazioni rese nell'ambito del subappalto).

## SUBAPPALTO

### Ritardo nel pagamento delle retribuzioni

In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente del subappaltatore (o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi), il **RUP invita per iscritto il soggetto inadempiente e l'affidatario deve provvedere** entro 15 giorni.

In mancanza di contestazioni, entro il termine assegnato, la stazione appaltante paga - anche in corso d'opera - direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario ovvero dovute al subappaltatore inadempiente nel caso di pagamento diretto (art. 30, comma 5).

## SUBAPPALTO

### Inadempienza contributiva

A tutela della regolarità nei versamenti il codice prevede che, in caso di inadempienza contributiva risultante dal DURC, **la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza** per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, per i lavori, la Cassa edile (art. 105, co. 10 e art. 30, comma 5).

Sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una **ritenuta dello 0,50%**; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva (art. 30, comma 5).

## SUBAPPALTO

### PAGAMENTO DIRETTO AI SUBAPPALTATORI

Il Codice dei contratti stabilisce i casi in cui le stazioni appaltanti, **corrispondono direttamente l'importo dovuto** al subappaltatore, al cottimista e al prestatore di servizi e al fornitore di beni o lavori (art. 105, comma 13).

Rispetto al previgente d.lgs. 163/2006, il soggetto interessato può richiedere il pagamento direttamente all'ente appaltante in un numero più ampio di casi.

A fronte di tale disposizione normativa, i casi in cui è **dovuto** il pagamento diretto al “*subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori*” sono:

- a) quando il subappaltatore e cottimista è una MPMI;
- b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;
- c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

## SUBAPPALTO

### b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;

- Non è **chiaro quale sia l'inadempimento rilevante ai fini del possibile pagamento diretto.**
- Peraltro in ragione del fatto che la stazione appaltante è estranea ai rapporti tra l'appaltatore ed il subappaltatore, l'eventuale inadempimento del primo resta – normalmente – ignoto al committente.
- Il primo inadempimento potrebbe essere comunque quello del **mancato pagamento di quanto dovuto nei termini contrattualmente stabiliti.**
- Si ricordi tuttavia che nell'appalto si ritiene applicabile l'**eccezione di inadempimento** ex art 1460 c.c.
- Se l'appaltatore intendesse avvalersene come si comporta la PA?
- Sarebbe oltremodo opportuno che tale criterio di definizione delle eventuali controversie sia convenzionalmente previsto sia nel contratto di appalto, sia nel contratto di subappalto.

## SUBAPPALTO

### **Problematiche sottese alle ipotesi di pagamento diretto** (fonte ANCE – Ago17)

Rispetto alle tre opzioni previste dal codice, una prima problematica, connessa alla **seconda fattispecie di pagamento diretto (ossia in caso di inadempimento dell'appaltatore)**, deriva dall'assenza di specifiche indicazioni circa l'eventuale **natura dell'inadempimento** e sulla necessità di un suo **definitivo accertamento**.

Nella stessa seconda ipotesi non viene, altresì, individuato il soggetto che dovrà accertare il ricorrere dei presupposti di legge.

Una seconda problematica incide sull'accertamento dell'inadempienza dell'appaltatore, perché si può presupporre che il legislatore abbia **lasciato al subappaltatore la piena libertà sulla scelta degli strumenti di prova** per dimostrare il mancato soddisfacimento del proprio credito. Spetterà, poi, all'appaltatore dimostrare, verosimilmente al RUP, l'illegittimità della richiesta del subappaltatore.

## SUBAPPALTO

c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

- Occorre il necessario concorso di due condizioni:
- **a) la richiesta** (scritta) **del subappaltatore**
- b) che la natura del contratto lo consenta.
- è necessario un esplicito accordo in tal senso tra le parti o è il subappaltatore che può richiederlo autonomamente? L'appaltatore potrebbe opporsi?
- non è affatto chiaro cosa il legislatore abbia inteso per **natura del contratto**. Ogni interpretazione è tanto possibile quanto arbitraria.

## SUBAPPALTO

### **Problematiche sottese alle ipotesi di pagamento diretto** (fonte ANCE – Ago17)

Sotto un profilo meramente interpretativo, le maggiori perplessità derivano dalla **terza ipotesi di pagamento diretto**, che si sviluppa quando vi è la richiesta del subappaltatore. In tal caso, il codice prevede un'unica condizione, ossia, la natura contratto, che deve consentirlo.

In mancanza di un chiarimento sulla natura del contratto, si ritiene che quest'ultima debba essere giudicata dal RUP, caso per caso.

## SUBAPPALTO

### QUALIFICAZIONE SOA

L'articolo 105, comma 22 del codice, disciplina i certificati dei lavori eseguiti necessari per la partecipazione e la qualificazione negli appalti pubblici.

Dispone che le SA rilasciano i certificati necessari per la partecipazione e la qualificazione all'appaltatore, scomputando dall'intero valore dell'appalto il valore e la categoria di quanto eseguito attraverso il subappalto.

Pertanto, l'appaltatore si qualifica unicamente con i lavori direttamente eseguiti con propri mezzi, così come in passato previsto per le sole categorie riguardanti i beni culturali.

Ne consegue che, solo in via transitoria, è vigente sulle attestazioni che ancora utilizzano la disciplina del d.p.r. 207/2010, l'art. 84, che regola la qualificazione attraverso i lavori eseguiti in subappalto, affidando all'appaltatore un premio di coordinamento.

Terminato il periodo transitorio con l'emanazione del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti da adottare, su proposta dell'ANAC, entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice (termine scaduto il 19 aprile 2017), sarà opportuno valutare la legittimità di tale norma, considerato che, penalizzando gli operatori economici che ricorrono al subappalto, sembra in contrasto con i principi comunitari di libera concorrenza e organizzazione dell'impresa. *Per quanto riguarda il subappaltatore, questi può chiedere direttamente alla stazione appaltante la certificazione relativamente alle prestazioni oggetto di appalto realmente eseguite. In entrambi i casi, il comma 22 non dispone termini massimi di rilascio del certificato.*

## Certificato esecuzione lavori

Art. 86, comma 5-bis

L'esecuzione dei lavori è documentata dal certificato di esecuzione dei lavori redatto secondo lo schema predisposto dall'ANAC con le linee guida di cui all'articolo 83, comma 2. L'attribuzione, nel certificato di esecuzione dei lavori, delle categorie di qualificazione, relative ai lavori eseguiti, viene effettuata con riferimento alle categorie richieste nel bando di gara o nell'avviso o nella lettera di invito. Qualora il responsabile unico del procedimento riporti nel certificato di esecuzione dei lavori categorie di qualificazione diverse da quelle previste nel bando di gara o nell'avviso o nella lettera di invito, si applicano le sanzioni previste dall'articolo 213, comma 13, nel caso di comunicazioni non veritiere.

**E LE VARIANTI ?**

**E i subaffidamenti?**

## SUBAPPALTO

### **L'appaltatore può agire nei confronti del subappaltatore?**

In via generale, si ritiene che l'appaltatore non possa agire in responsabilità contro il subappaltatore prima che il committente gli abbia denunciato l'esistenza dei vizi e delle difformità (ex artt. 1667-1668 c.c.), perché, fino a quel momento, manca nell'appaltatore l'interesse ad agire: una volta, però, avvenuta la denuncia, l'appaltatore non è invece obbligato ad attendere che l'azione giudiziaria sia realmente promossa. In aggiunta, l'appaltatore, convenuto in garanzia del committente, non è tenuto nemmeno ad attendere di essere condannato, ma può chiamare in garanzia, nello stesso processo, il subappaltatore (art. 106 c.p.c.).

Possono, tuttavia, verificarsi ipotesi in cui soggetti terzi, diversi dal committente, siano danneggiati dalla non corretta esecuzione dell'opera o del servizio. In tali casi, i terzi danneggiati potranno agire senz'altro nei confronti dei subappaltatori in via extracontrattuale, perché in tal caso il subappaltatore ha inciso nel diritto altrui, operando nella sfera autonoma di lavoro, e non già quale prestatore d'opera subordinato dell'appaltatore subappaltante.

## SUBAPPALTO

### Il subappalto nei servizi di ingegneria e architettura

L'art. 31, comma 8, secondo periodo, del Codice, fuori dal contesto dell'art. 105:

- vieta il subappalto della sola relazione geologica;
- ammette il subappalto di indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, la sola redazione grafica degli elaborati progettuali.

E alle prestazioni diverse da quelle elencate quale regime si applica sempre fermo restando il limite massimo subappaltabile del 30% sull'importo totale?

Si possono fare alcune considerazioni: tranne la relazione geologica (già sottratta al subappalto) le prestazioni indicate come subappaltabili si caratterizzano per non essere strettamente riservate alle professioni ordinistiche ex art. 2229 c.c. (o a professioni specifiche per le quali non è istituito un ordine o collegio, quali archeologi o restauratori); infatti per come elencate potrebbero essere assolte da semplici dipendenti tecnici, da rilevatori, da disegnatori ecc.

Si potrebbe dedurre che le prestazioni riservate alle professioni ordinistiche o analoghe, non siano subappaltabili.

A questa conclusione si può giungere anche per altra via.

## SUBAPPALTO

### Il subappalto nei servizi di ingegneria e architettura

Se le attività di progettazione devono essere riconducibili sotto il profilo della professionalità a specifiche persone fisiche dotate di qualifica a tale scopo (art. 24, comma 5, del Codice), se la direzione lavori non può che essere unitaria (un solo direttore dei lavori, anche per una mega opera) soggetto alla giurisdizione della Corte dei conti, se per il CSP e CSE sussiste la tutela penale (anche in capo al RUP che lo individua ex d.lgs. n. 81 del 2008) si fatica a ritenere tali prestazioni come subappaltabili, ovvero poste ad un secondo livello contrattuale e di responsabilità.

Si ritiene che, anche ricorrendo all'art. 89, comma 4, del Codice (che esprime un principio generale codificato nell'art. 63, paragrafo 2, delle direttive) le prestazioni «core», di progettazione, direzione, CSP e CSE non siano subappaltabili.

## SUBAPPALTO

### Il subappalto nelle concessioni

Si tratta di un'assoluta novità dal momento che non solo nel vecchio Codice, come nelle vecchie direttive, la fattispecie non era contemplata, ma addirittura risultava discussa la stessa automatica applicazione dell'art. 118 del D.Lgs 163/2006, sul presupposto che i Concessionari non «soggiacevano espressamente ai limiti previsti dal Codice dei Contratti pubblici in materia di subappalto» (AVCP Parere 25/2012 del 20/12/2012).

In realtà, a ben vedere, la questione riguardava il rapporto stesso tra appalto e subappalto nel settore delle concessioni. Ed infatti i Concessionari erano considerati Amministrazioni aggiudicatrici – status a cui conseguiva il rispetto delle norme del Codice in materia di affidamento, seppur solo parzialmente – per cui i loro contratti di affidamento a terzi avevano l'attitudine ad essere ritenuti “appalti” piuttosto che subappalti.

Nondimeno, un certo risalente indirizzo non riteneva invece il subappalto ontologicamente incompatibile con la concessione atteso che lo stesso “riguarda lavori in cui il concessionario assume la veste di appaltatore» (Tar Campania 27/09/2004 n. 12590).

Il profilo è rimasto uno dei punti controversi della vecchia disciplina determinando, nella pratica, l'adozione di diverse opzioni operative.

Una prassi diffusa, valorizzando il riferimento alle “veste d'imprenditore” di cui alla citata sentenza, individuava nell'eventuale costituzione da parte dell'aggiudicatario della concessione di una società progetto – che subentrava a titolo originario nel contratto di concessione, diventando così il concessionario – l'elemento idoneo a differenziare più o meno nettamente le due ipotesi: eventuali affidamenti a terzi sottoscritti direttamente dalla Società progetto erano da ritenersi dei veri e propri “appalti” mentre gli affidamenti del socio o dei soci realizzatori costituivano invece dei meri subappalti. Ne conseguiva che solo i primi soggiacevano alle norme sugli affidamenti dei concessionari, mentre i secondi alle sole condizioni di cui all'art 118.

## SUBAPPALTO

### Il subappalto nelle concessioni

La questione è comunque destinata a riproporsi anche nella vigenza del nuovo Codice, ed anzi si può dire che il nuovo quadro regolatorio rende ancora più articolata la questione considerando che i Concessionari continuano ad essere stazioni appaltanti e che la ricorrenza del subappalto in materia non può più essere revocata in dubbio considerata la chiara previsione dell'art. 174.

Il comma 2 dell'art 174 nel momento in cui impone agli operatori economici di indicare “le parti del contratto di concessione che si intendono subappaltare” sembra chiaramente alludere al contratto principale, con la conseguenza che il subappalto viene fatalmente ad identificarsi con il subaffidamento di una parte delle prestazioni previste in concessione.

Ora, in linea di principio, questa esplicita previsione di sub concessione pone una questione di fondo, che si articola in termini specularmente opposti a prima, suscitando il dubbio se nel nuovo regime sia ancora possibile configurare appalti con riguardo gli affidamenti a terzi da parte dei concessionari. Ma una siffatta conclusione, perlomeno con riguardo alle concessioni di lavori, sarebbe in chiaro contrasto innanzitutto con le previsioni dell'art. 164, comma 4, che è chiaro nel dire che i concessionari applicano le disposizioni del presente Codice, per l'affidamento degli appalti.

Un mancato raccordo ci sarebbe anche con l'art. 177 che prevede per i concessionari pubblici e privati, titolari al momento della entrata in vigore del Codice di una concessione di lavori, di servizi pubblici o di forniture, non affidate con la finanza di progetto o procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'UE, l'obbligo di affidare l'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 €, mediante procedura ad evidenza pubblica (60% per i concessionari autostradali).

Come può arguirsi la questione è tutt'altro che risolta, emergendo all'opposto una vasta “area grigia” d'incertezza nella quale gli operatori economici dovranno continuare ancora a districarsi, sotto la minaccia di severe conseguenze penali in caso di errori interpretativi.

# MODIFICHE CONTRATTUALI

## MODIFICHE CONTRATTUALI

Con il D. Lgs. n. 50 del 2016 è stato introdotto uno specifico articolo, il 106, denominato “Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia”.

Prima di affrontarne i contenuti nel dettaglio, preme rilevare come rispetto al D. Lgs. n. 163 del 2006 il legislatore ha voluto concentrare in un unico disposto tutta la disciplina in materia di modifiche contrattuali di appalti pubblici. Ciò, se da un lato ha risposto all'impostazione della direttiva comunitaria, dall'altra ha richiesto – e ancora richiede – uno sforzo interpretativo di rilievo che distingue con chiarezza le varie fattispecie.

Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di decreto, aveva evidenziato tale criticità in favore di una suddivisione in più articoli che distinguessero, peraltro, le fattispecie di variazioni progettuali da quelle inerenti alla determinazione del corrispettivo o della durata.

# MODIFICHE CONTRATTUALI

## NORMATIVA PREVIGENTE

D.Lgs.163/06

- Art. 114 - varianti in corso di esecuzione del contratto
- Art. 115 - adeguamento dei prezzi
- Art. 116 - vicende soggettive dell'esecutore del contratto
- Art. 117 - cessione dei crediti derivanti dal contratto
- Art. 132 - varianti in corso d'opera
- Art. 133 - termini di adempimento, penali, adeguamento prezzi

D.P.R. 207/10

- Art. 161 - variazioni e addizioni al progetto
- Art. 162 - diminuzione dei lavori e varianti migliorative in diminuzione proposte dall'esecutore
- Art. 163 - determinazione ed approvazione nuovi prezzi

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Principi comuni a tutte le modifiche

Prima di affrontare tutte le singole fattispecie, appare utile enucleare sin da subito quali sono le regole e i principi generali valevoli per tutte le casistiche.

a) Primo fra tutti, il **principio d'immodificabilità dell'oggetto contrattuale**.

E' un principio elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, strumentale a quello della concorrenza, che ormai da tempo ha individuato il discrimen tra modifiche ammissibili e non, nella natura sostanziale delle stesse. Per cui le modifiche non sono ammesse se stravolgono l'oggetto del contratto e la sua natura.

Anche l'ANAC, nel parere del 18/7/2017 n. 686, ha richiamato tali principi, riportando in particolare il contenuto della sentenza della Corte di giustizia del 13 aprile 2010 nella causa C-91/08 che testualmente riferisce: «Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali [...] **costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto** [...] iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto. La modifica di un contratto [...] in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata».

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Principi comuni a tutte le modifiche

**Ma quali sono le modifiche sostanziali?** Il legislatore, ricalcando la casistica elaborata dalla Corte di Giustizia Europea, offre un'elencazione, purtroppo, ancora troppo generica, nel comma 4 dell'art. 106.

Sono modifiche sostanziali [**QUANDO ALTERANO CONSIDEREVOLMENTE GLI ELEMENTI ESSENZIALI DEL CONTRATTO ORIGINARIAMENTE PATTUITI**] se:

- a) introducono condizioni che avrebbero alterato la partecipazione e l'esito della procedura di gara;
- b) alterano l'equilibrio economico dell'appalto a favore dell'aggiudicatario, senza che ciò sia previsto nel contratto iniziale [es. aumenta la aliquota di utile, il TIR o tasso di attualizzazione];
- c) estendono notevolmente l'ambito del contratto [es. economico o dell'oggetto]
- d) prevedono sostituzioni della stazione appaltante diverse da quelle previste dal paragrafo 1, lett. d).

In materia di lavori, poi, ci viene in aiuto anche il parere n. 360 del Consiglio di Stato del 12 febbraio 2018 relativo allo schema di DM sulla Direzione Lavori che offre una chiave di lettura ulteriore a supporto dell'individuazione di una modifica sostanziale. Si legge, nelle osservazioni: "si valuti l'opportunità di specificare, all'articolo 10 comma 8 [nel testo finale 8 comma 8], che le varianti migliorative proposte non alterano in maniera sostanziale il progetto e di conseguenza le categorie di lavori e che l'importo di tali varianti rimane contenuto come previsto all'articolo 106 del decreto legislativo n. 50 del 2016".

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Principi comuni a tutte le modifiche

b) **Le modifiche e varianti vanno sempre motivate dal RUP** con il supporto della Direzione Lavori al fine di valutarne l'ammissibilità.

Solo in un caso le modifiche sono sempre ammesse, quando il relativo valore sia inferiore alla soglia comunitaria e comunque inferiore al 10% del valore dell'appalto in caso di forniture e servizi e al 15% in caso di lavori. Si tratterebbe, dunque, di modifiche di dettaglio che non incidono sull'oggetto e sulle condizioni della prestazione e la cui ammissibilità è già stata oggetto di valutazione da parte del legislatore.

c) **Il contraente non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto quando le modifiche e varianti in corso d'opera non superano 1/5** (in aumento o diminuzione) dell'importo contrattuale.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche previste nei documenti di gara

- Art. 106 comma 1 (art. 72 comma 1 dir. 2014/24)
- 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. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà. Per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (*contratti continuativi o periodici possibilità revisione prezzo quando si verifica un aumento o diminuzione dei prezzi non inferiore al 10 con ulteriore possibilità di recesso o risoluzione consensuale*)

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche previste nei documenti di gara

**Art.106 comma 1 lett. a**

**Art.35 comma 4**

Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o **rinnovi** del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Quando l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore prevedono premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tengono conto nel calcolo del valore stimato dell'appalto.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 1 lett. a

**Clausole chiare precise e inequivocabili** – Previsto-Quantificato-CIGgato

La previsione di clausole chiare che definiscono la portata e le condizioni delle modifiche contrattuali, ha un solo limite, ben preciso, individuato nella mancata alterazione della natura generale del contratto.

Il fine è evidente ed è quello di rendere chiara all'operatore economico la convenienza dell'appalto.

Non essendo previsto, invece, un limite economico vi è il rischio che tale strumento possa diventare un istituto di critica applicazione nelle mani delle stazioni appaltanti che, per ovviare magari a mancanze di fondi al momento della gara, potrebbero utilizzare impropriamente le modifiche contrattuali. Trattandosi, infatti, di uno strumento molto legato alla discrezionalità dell'amministrazione, è auspicabile che i Piani anticorruzione degli enti richi amino l'utilizzo dell'incremento opzionale dei contratti pubblici enucleandone i limiti di applicazione.

In tema di revisione dei prezzi, inoltre, si segnala il **cambio di rotta rispetto al previgente Codice** che adottava il c.d. prezzo chiuso (art. 133, comma 3 del D. Lgs. 163/2006) con la sostanziale impossibilità di procedere alla revisione dei prezzi. Ora la revisione è ammessa, purché sia prevista nei documenti di gara per gli appalti di lavori nei termini fissati dalla norma e, in quelli di servizi e forniture, vi sia una clausola di revisione indicizzata al valore dei beni indifferenziati come prevede la Legge di stabilità 2016 cui rinvia l'ultimo periodo del commentato comma 1, lett. a. Anche per tale ultimo caso, l'aumento o la diminuzione del prezzo determinato dall'indicizzazione deve aver superato il 10% del valore contrattuale.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 1 lett. a

L'Anci ha risposto al quesito posto da un Comune sulla clausola della revisione prezzi per tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture secondo il nuovo codice appalti.

#### DOMANDA

L'art. 115 del D.Lgs. 163/2006, oggi abrogato, prevedeva l'inserimento obbligatorio nei contratti della clausola di revisione periodica dei prezzi. Di contro, l'art. 106 lettera a) del D.Lgs. n. 50/2016 sembrerebbe configurare la clausola di revisione – da inserirsi già negli atti di gara, e poi nel contratto – come una facoltà, e non un obbligo.

Nel chiedere conferma di questa interpretazione, si domanda altresì se sia opportuno inserire tale clausola nelle procedure di gara di prossima emanazione.

#### RISPOSTA

L'apposizione della clausola, da parte dell'amministrazione, è facoltativa, in linea con l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui l'istituto della revisione è preordinato, nell'attuale disciplina (si faceva riferimento all'art. 115 del D.Lgs. 163/2006, oggi abrogato), alla tutela dell'esigenza, propria dell'Amministrazione, di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati, nel corso del tempo, tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto (Cons. St., sez. V, 23.4.2014, n. 2052). Solo in via mediata l'istituto in esame tutela l'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi che si verificano durante l'arco del rapporto e che potrebbero indurre ad una surrettizia riduzione degli standards qualitativi delle prestazioni (Consiglio di Stato (sez. III 1/4/2016 n. 1309). Si ricorda inoltre che la norma fa salve le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 208/2015 (Legge stabilità 2016), che prevede la facoltà per l'appaltatore o il committente di chiedere una revisione nel caso di contratti di servizi e forniture ad esecuzione continuata o periodica che prevedono una clausola di revisione dei prezzi indicizzata al valore di beni indifferenziati, quando tale indicizzazione abbia determinato un aumento o una diminuzione del prezzo indicato al momento dell'offerta superiore al 10% e tale da alterare significativamente l'originario equilibrio contrattuale; in alternativa sono possibili la risoluzione del contratto o il recesso, senza che sia dovuto alcun indennizzo.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche previste nei documenti di gara **Art.106 comma 1 lett. a**

Non è comunque da escludere che l'obbligo di inserimento delle clausole di revisione dei prezzi nei contratti di durata **possa essere reintrodotta in via giurisprudenziale**, considerato che le sentenze che si erano pronunciate in vigenza del vecchio codice avevano ritenuto di **carattere imperativo** la clausola in esame, dunque operante anche in mancanza di un'espressa previsione

TAR Campania Napoli V 15.2.2017, n° 969

La norma di cui all'art.115 d.lgs. 163/2006 ha natura imperativa, per cui si inserisce automaticamente e prevale addirittura sulla regolamentazione pattizia, cosicchè alcuna preclusione è configurabile in ordine al diritto che trova titolo e disciplina nella legge

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 1 lett. a

Capitolato Speciale d'appalto Lavori – vigenza nuovo Codice Appalti

#### Art. 31. Revisione prezzi e adeguamento del corrispettivo

1. E' esclusa qualsiasi revisione dei prezzi e non trova applicazione l'articolo 1664, primo comma, del codice civile.
2. Ai sensi dell'articolo 106, comma 1, lettera a) del Decreto Legislativo n.50/2016, in deroga a quanto previsto dal comma 1, se il prezzo di singoli materiali da costruzione, per effetto di circostanze eccezionali, subisce variazioni in aumento o in diminuzione, superiori al 10 per cento rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nell'anno di presentazione dell'offerta con apposito decreto, si fa luogo a compensazioni, in aumento o in diminuzione, per la metà della percentuale eccedente il 10 per cento, alle seguenti condizioni:
  - a) le compensazioni in aumento sono ammesse con il limite di importo costituito da:
    - a.1) somme appositamente accantonate per imprevisti, nel quadro economico dell'intervento, in misura non inferiore all'1% (uno per cento) dell'importo dei lavori, al netto di quanto già eventualmente impegnato contrattualmente per altri scopi o con altri soggetti;
    - a.2) eventuali altre somme a disposizione della stazione appaltante per lo stesso intervento nei limiti della relativa autorizzazione di spesa;
    - a.3) somme derivanti dal ribasso d'asta, se non ne è stata prevista una diversa destinazione;
    - a.4) somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della stazione appaltante nei limiti della residua spesa autorizzata e disponibile;
  - b) all'infuori di quanto previsto dalla lettera a), non possono essere assunti o utilizzati impegni di spesa comportanti nuovi o maggiori oneri per la stazione appaltante;

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche previste nei documenti di gara **Art.106 comma 1 lett. a**

Capitolato Speciale d'appalto Lavori – vigenza nuovo Codice Appalti

3. Fermo restando quanto previsto al comma 2, se, per cause non imputabili all'appaltatore, la durata dei lavori si protrae fino a superare i due anni dal loro inizio, al contratto si applica il prezzo chiuso, consistente nel prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, aumentato di una percentuale, determinata con decreto ministeriale, 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% (due per cento), all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori stessi.

Il decreto ministeriale viene pubblicato annualmente ai fini dell'applicazione del cosiddetto "*prezzo chiuso*" nei lavori pubblici, come previsto dall'art. 133 del D. Leg.vo 163/2006, comma 3 (che, pur essendo stato abrogato dall'art. 217 del D. Leg.vo 50/2016, continua ad applicarsi finché ricorrano le procedure del regime transitorio di cui all'art. 216 del D. Leg.vo 50/2016).

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### **Le modifiche previste nei documenti di gara** **Art.106 comma 1 lett. a**

NUOVO ARTICOLO 23 comma 16 (richiamato dal comma 7)

Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzi regionali aggiornati annualmente. Tali prezzi cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell'anno successivo, per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data. In caso di inadempienza da parte delle Regioni, i prezzi sono aggiornati, entro i successivi trenta giorni, dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sentite le Regioni interessate. Fino all'adozione delle tabelle di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 4.

Fino all'adozione delle tabelle di cui all'articolo 23, comma 16, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui ai decreti ministeriali già emanati in materia.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### **Le modifiche previste nei documenti di gara** **Art.106 comma 1 lett. a**

ALTRA CLAUSOLA ESTRAPOLATA DA CSA sotto vigenza nuovo Codice Appalti

I prezzi medesimi, per lavori a misura ed a corpo, nonché il compenso a corpo, diminuiti del ribasso offerto, si intendono accettati dall'Appaltatore in base ai calcoli di sua convenienza, a tutto suo rischio e sono fissi ed invariabili.

E' esclusa ogni forma di revisione prezzi se le modifiche del contratto, a prescindere dal loro valore monetario, non sono previste in clausole chiare, precise e inequivocabili, comprensive di quelle relative alla revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche previste nei documenti di gara **Art.106 comma 1 lett. a**

#### Esempio pratico di revisione del prezzo in un appalto di lavori (nuovo Codice)

Cerchiamo di chiarire il meccanismo di revisione del prezzo in un appalto di lavori secondo il nuovo Codice appalti.

Ipotizziamo di trovarci nella seguente condizione:

prezzo materiale all'atto di stipula del contratto:  $P_0 = 100,00 \text{ €}$

nuovo prezzo del materiale (secondo prezzario):  $P_1 = 130,00 \text{ €}$

Il prezzo ha subito un aumento del 30% rispetto a quello originario sulla base dei prezzari di riferimento.

Il nuovo Codice consente una variazione al prezzo concordato pari alla metà dell'eccedenza rispetto alla franchigia del 10%.

variazione percentuale consentita:  $\Delta P\% = [(P_1 - P_0)/P_0 - 10\%]/2$

**La variazione del prezzo ammessa è pari dunque è pari alla metà dell'eccedenza rispetto al 10%:**

$\Delta P\% = [(130 - 100)/100 - 10\%]/2 = (30\% - 10\%)/2 = 10\%$

$\Delta P = 10\% P_0 = 10 \text{ €}$

In definitiva la variazione ammessa è pari al 10% e il **prezzo revisionato** sarà pari a:  $P_0 + \Delta P = 100 \text{ €} + 10 \text{ €} = 110,00 \text{ €}$

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche previste nei documenti di gara **Art.106 comma 1 lett. a**

#### OPZIONI

Il Legislatore fa espresso riferimento alle clausole di revisione dei prezzi (in precedenza disciplinate dall'art.133), ma la generica formulazione della norma non preclude la possibilità per le S.A. di prevedere anche clausole modificative diverse, quali ad esempio le opzioni.

La norma non chiarisce quale possa essere il loro contenuto. Una possibile risposta la si ottiene leggendo quanto è previsto nelle direttive comunitarie. Qui è scritto che, rispetto ai singoli contratti, le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere clausole di revisione o di "opzione" dei contratti stessi (considerando n. 111 della dir. 14/2014/UE). In particolare, l'articolo 72 di tale direttiva prevede che sono ammesse le modifiche contrattuali, a prescindere dal loro valore monetario, se "sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni".

**NON DEVONO ALTERARE LA NATURA GENERALE DEL CONTRATTO**

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 11 OPZIONE di PROROGA

Nell'ambito delle modifiche previste nei documenti di gara, si colloca anche quella della durata contrattuale. E' ormai pacifico nella giurisprudenza che la proroga sia un evento eccezionale e consentito solo se espressamente previsto nel contratto di appalto.

**Peraltro, il comma 11 dell'art. 106, D.Lgs. 50/2016, nel prendere in esame la "proroga" in maniera non certo chiara e lineare, sovrappone la "proroga contrattuale" alla ben diversa "proroga tecnica"**

Anche la dottrina, d'altro canto, è solita distinguere tra proroga contrattuale e proroga tecnica laddove la prima individua la possibilità per l'amministrazione di ricorrere a tale istituto prima della scadenza del contratto mentre la seconda, in ipotesi di imprevedibile prolungamento dell'espletamento di una procedura di gara tempestivamente bandita, l'amministrazione decide il prolungamento della durata per assicurarsi la continuità del servizio o della fornitura.

L'opzione della proroga contrattuale dovrà ovviamente essere quantificata nel valore dell'appalto ai sensi dell'art. 35, comma 4 e potrà essere attivata dalla stazione appaltante come diritto potestativo verso il contraente che non solo non potrà esimersi dall'eseguire le prestazioni ma dovrà effettuarle agli stessi patti e condizioni. Resta fermo il limite previsto dal R.D. 2440/1923 (Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato) al cui art. 12 dispone che i contratti pubblici non possono avere una durata superiore ai 9 anni.

# MODIFICHE CONTRATTUALI

## PROROGA vs RINNOVO

Secondo i principi generali del diritto civile, per "rinnovo" del contratto si intende la formalizzazione di un nuovo rapporto tra le parti, in sostituzione di quello precedentemente in essere, e da questo diverso, in parte, anche nel contenuto. In altri termini, con il rinnovo, si dà luogo ad una rinnovazione del contratto, cioè ad un nuovo contratto, il quale presenta diversi elementi di differenziazione e di autonomia rispetto al contratto pregresso (diverse clausole e diverso contenuto).

Viceversa, la proroga del contratto comporta soltanto una prosecuzione temporale del medesimo, lasciando inalterato il restante contenuto del contratto.

La giurisprudenza, da tempo, è ben chiara sul punto ed anche, recentemente, ha affermato che: "**....., mentre la proroga del termine finale di un appalto pubblico di servizi sposta solo in avanti la scadenza conclusiva del rapporto, il quale resta regolato dalla sua fonte originaria, il rinnovo del contratto comporta una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti**" (*Cons. di Stato, Sez. III, n. 1337 del 2018*). Dunque, una clausola, che prevede espressamente la prosecuzione di un rapporto contrattuale alla scadenza del medesimo sulla base di una valutazione discrezionale dell'Amministrazione, non può che essere qualificata come "rinnovo convenzionale" e non come "proroga convenzionale". Ciò, anche in ragione del fatto che il nuovo Codice dei contratti pubblici prevede espressamente, all'*art. 106*, comma 11, una opzione di proroga, ma strumentalmente e finalisticamente collegata "al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente". In altri termini, l'unica proroga ammessa è una "proroga tecnica", nelle more dell'avvio e della conclusione della procedura di gara per la scelta del miglior contraente.

# MODIFICHE CONTRATTUALI

## PROROGA vs RINNOVO

In tutto il nuovo Codice dei Contratti il “rinnovo” (che prevede la possibilità, senza la necessità di stipulare un nuovo contratto, di intervenire non solo sul “tempo” dell’originario contratto ma anche sui suoi specifici contenuti e principalmente sul prezzo, a patto che la relativa clausola sia espressamente prevista nel contratto originario) viene citato unicamente in specifiche disposizioni indirizzate al calcolo del valore stimato dell’appalto e quindi nell’art. 35, comma 4, D.Lgs. 50/2016 (non ripetendo poi tale disposizione nell’art. 167 che disciplina il valore stimato delle concessioni) e nell’allegato XIV, Sez. B, n. 5 che disciplina le informazioni da inserire negli avvisi e bandi. **E’ anche sparito quel riferimento a suo tempo contenuto nella procedura negoziata all’art. 57, ult. c., D.Lgs. 163/2006, in quanto l’attuale art. 63 non cita più l’ipotesi del divieto del “rinnovo tacito”, non potendosi quindi più ritenere implicitamente ammesso quello “espresso” e cioè originariamente previsto nel regolamento di gara.**

Ciò appare in linea con quanto si legge nel parere del [Consiglio di Stato](#) (n. 855/2016) a seguito della ricezione della bozza governativa del nuovo Codice dei Contratti, nel quale si [invitava il Governo a stralciare la previsione del “rinnovo” allora espressamente contenuta all’interno dell’art. 106, comma 12](#) (prevedendosi la possibilità di intervenire anche a modifica del prezzo, oltre che della durata) in quanto *“non è coerente con le direttive. In base al diritto europeo il rinnovo del contratto è consentito solo se rimane immutato il suo contenuto (e ciò perché sin ab origine, cioè sin dalla indizione della gara originaria, gli operatori economici devono essere in grado di valutare la convenienza della partecipazione e delle previsioni contrattuali) In altri termini, se vi è modifica del contenuto del contratto vi è un nuovo contratto: e ciò comporta la necessità di una specifica gara. Non si può dunque prevedere che sia modificato il contratto ‘rinnovato’: vanno conseguentemente soppressi tutti i richiami alla possibilità di modificare il contenuto del contratto rinnovato.*

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### PROROGA vs RINNOVO

Ne consegue che il richiamo contenuto nell'attuale art. 35 e nell'allegato XIV sopra citati deve esser "letto" in termini diversi rispetto al passato, in linea con quanto è stato espresso dall'ANAC nel suo capitolato tipo sui servizi e forniture sopra soglia comunitaria, e cioè nel senso del dover rimanere in ogni caso invariato il contenuto del contratto in ogni ipotesi di "rinnovo", che deve appunto avvenire "*alle medesime condizioni*". Sempre l'ANAC, in due recenti pareri, ha confermato tale impostazione che, quindi, va profondamente ad incidere anche sulla giurisprudenza in materia di "rinnovo", che, negli ultimi anni, dopo un periodo di oscillazioni giurisprudenziali, lo ammetteva pacificamente (sempre nel regime del D.lgs. 163/2006).

Né qualsiasi possibilità di "rinnovo" potrebbe desumersi, a questo punto, dal comma 1, lett. a) dell'art. 106, D.lgs. 50/2016: una clausola chiara, precisa ed inequivocabile non potrebbe in ogni caso rendere aleatoria l'offerta, magari ancorandosi al realizzarsi di situazioni di mercato e/o prezzi prefigurate in sede di gara, ma ancorate appunto all'aleatorietà, e, dovrebbe restare nell'alveo di una mera "proroga" contrattuale.

**A questo punto pare evidente che vi sono due possibilità.**

Si può ritenere comunque esistente il "rinnovo", ma a condizioni diverse da quelle previste nel D.Lgs. 163/2006 (l'appalto non può avere contenuto diverso da quello originario; la durata non può essere maggiore del contratto originario, per consentire al partecipante alla gara di formulare un'offerta adeguata; in fase di gara il valore complessivo dell'appalto deve tenere conto del rinnovo, anche ai fini delle garanzie), di fatto consistendo in una "proroga" contrattuale" e ritenendo che rientrino in questo *genus* anche ipotesi che vengono diversamente denominate, quali la "ripetizione" di lavori e servizi analoghi di cui al comma 5° dell'art. 63, D.Lgs. 50/2016 (anche se, in tal caso, si procede alla stipula di un nuovo e diverso contratto, a procedura negoziata e non vi è un prolungamento dell'originario contratto).

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### PROROGA vs RINNOVO

**Ma si può ritenere, invece, che il “rinnovo”, ormai, non sia più esistente nel nostro ordinamento e sia preferibile parlare di “proroga” contrattuale (anche per evitare commistioni con la passata nozione di “rinnovo”) e distinguere forme diverse dal “rinnovo” o dalla “proroga” che dir si voglia, quali la sopra citata “ripetizione”, che altro non è che un’ipotesi specifica di procedura negoziata.**

Tra le due tesi – anche per migliore chiarezza e per evitare errori al momento della predisposizione del regolamento di gara – appare preferibile la seconda, in quanto non ha ormai molto senso mantenere, nel nostro ordinamento, una nozione di “rinnovo” che non differisce in nulla dalla “proroga contrattuale” o “opzione” (così la definisce l’art. 35, comma 4) o “opzione di proroga” (così la definisce l’art. 106, comma 11). Tra l’altro, l’attuale “rinnovo” deve essere accettato dall’appaltatore e quindi non potrebbe essere rifiutato, trattandosi di diritto potestativo della stazione appaltante: infatti, in caso di rifiuto, ciò attesterebbe la presenza di una trattativa per ciò solo e quindi si rientrerebbe nella “vecchia” ipotesi di “rinnovo” allorchè si “trattava” il contenuto del contratto da prorogare, con la possibilità quindi di rifiuto da parte dell’appaltatore che non gradisse le diverse nuove condizioni.

Poiché, però, proprio l’ANAC, da ultimo nel suo bando-tipo, continua a riferirsi al “rinnovo”, se si vuole mantenere questa nomenclatura, appare preferibile, per evitare fraintendimenti, parlare di “rinnovo-proroga” contrattuale, cioè agli stessi prezzi, patti e condizioni originari.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### **Art.107 comma 5 PROROGA dei LAVORI**

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. In ogni caso la sua concessione non pregiudica i diritti spettanti all'esecutore per l'eventuale imputabilità della maggiore durata a fatto della stazione appaltante. Sull'istanza di proroga decide il responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori, entro trenta giorni dal suo ricevimento. L'esecutore deve ultimare i lavori nel termine stabilito dagli atti contrattuali, decorrente dalla data del verbale di consegna ovvero, in caso di consegna parziale dall'ultimo dei verbali di consegna. L'ultimazione dei lavori, appena avvenuta, è comunicata dall'esecutore per iscritto al direttore dei lavori, il quale procede subito alle necessarie constatazioni in contraddittorio. L'esecutore non ha diritto allo scioglimento del contratto nè ad alcuna indennità qualora i lavori, per qualsiasi causa non imputabile alla stazione appaltante, non siano ultimati nel termine contrattuale e qualunque sia il maggior tempo impiegato.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

- **Art. 106 comma 1 (art. 72 comma 1 dir. 2014/24)**
- **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 intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale;
  - 2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi;
- **Art. 106 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.*

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 1 lett. b

Si tratta di disposizione il cui contenuto si presta a diverse osservazioni.

In primo luogo si tratta di lavori, servizi e forniture che il nuovo codice si limita a definire come supplementari, senza scendere nello specifico. Inoltre non è chiaro cosa si intenda né per **impraticabilità economica**, né per **impraticabilità tecnica**. Sulla prima non si specifica se esista un limite oggettivo all'impraticabilità o se essa coincida con la duplicazione dei costi. Sulla seconda la norma sembrerebbe indicare una impossibilità connessa all'intercambiabilità ed interoperabilità tra apparecchiature che, riferendosi ai soli appalti di servizi e forniture (tra l'altro neanche in maniera tassativa), lascia la definizione dell'impossibilità alla sola discrezionalità e interpretazione della stazione appaltante.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 1 lett. b

L'articolo 63 del nuovo Codice (sulla scorta del 57 del previgente d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), nell'occuparsi della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, prevede la possibilità di ricorrere a forniture (consegne) **complementari**, solo se siano destinate al rinnovo parziale di forniture ed impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture ed impianti esistenti. Il quinto comma, invece, si riferisce ai lavori e ai servizi, introducendo requisiti stringenti per l'affidamento di lavori e appalti definiti complementari.

La definizione di "**lavori supplementari**" è diversa da quella di "lavori complementari".

Su tale definizione, l'AVCP (ora ANAC) ha già precisato che si trattava di opere "che da un punto di vista tecnico-costruttivo rappresentino un'integrazione dell'opera principale, saldandosi inscindibilmente con essa, giustificavano l'affidamento e la relativa responsabilità costruttiva ad un unico esecutore". È ipotizzabile che l'Autorità sarà chiamata ad operare altrettante precisazioni per la definizione di lavori supplementari.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 1 lett. b

Anche l'utilizzo della nozione “**notevoli disagi**”, nella sua genericità, appare eccessivamente esposta ad interpretazioni flessibili difficilmente sindacabili; senza contare che non è chiaro se tale nozione si riferisca a disagi relativi all'esecuzione delle prestazioni, a disagi della stazione appaltante o a disagi della collettività di utenti, visto che si tratta di nozione del tutto estranea alla materia dei contratti pubblici

L'utilizzo dell'espressione “**notevole duplicazione dei costi**” sembrerebbe scelta altrettanto infelice del legislatore, visto che non precisa se ci si riferisca ad un incremento oggettivo, consistente in un aumento notevole o in una letterale duplicazione, oppure un incremento soggettivamente valutabile dalla stazione appaltante.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 1 lett. b

LAVORI REALIZZAZIONE CICLOPISTA - APPROVAZIONE PERIZIA DI VARIANTE, SUPPLETTIVA E DI VARIATA DISTRIBUZIONE DELLA SPESA. AFFIDAMENTO OPERE SUPPLEMENTARI.

Preso atto che, inoltre, in sede esecutiva è emersa l'opportunità di effettuare le seguenti **opere di completamento**:

- per la costruzione dell'infrastruttura e per la sua funzionalità, il progetto in corso di esecuzione prevede la realizzazione di alcuni sottoservizi (raccordi fognari per le acque meteoriche, canalizzazioni per impianto di pubblica illuminazione e videosorveglianza e simili); la necessità di eseguire le opere anzidette ha comportato di dover intervenire sulla viabilità esistente, sulle aiuole, sui cordoli, soprattutto nella zona del viale di accesso alla zona universitaria ed in prossimità di viale Cittadini, con maggiore incidenza rispetto a quanto valutato in sede progettuale, vista la presenza di altri sottoservizi che hanno costretto la variazione di alcuni percorsi;
- per migliorare la funzionalità dell'opera ed al fine di evitare sovrapposizioni tra il traffico pedonale e quello ciclabile, risulta necessario lo spostamento della fermata autobus in posizione arretrata rispetto all'attuale, con il raccordo diretto del marciapiede alla fermata stessa, evitando così attraversamenti viari per accedere all'area occupata dal campus universitario e, più in generale, all'area Pionta.
- al fine di migliorare la sicurezza e la funzionalità dell'opera nel suo complesso, in corrispondenza di via Laschi, su terreno di proprietà dell'azienda sanitaria, risulta opportuno prevedere un ulteriore tratto ( di ml 70 circa), per il collegamento con via Alessandro Dal Borro, così da consentire l'eliminazione della pista esistente segnata in terra su via Laschi, la quale, priva di protezioni di sicurezza e disposta in senso contrario al traffico veicolare, ha standard di sicurezza inadeguato

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

#### Art.107 comma

Anche se il dettato normativo non è dei migliori, è pacifico ritenere che sia la sommatoria delle singole modifiche a non dover superare il 50 % del valore del contratto. Stessa limitazione vale per il caso di cui alla successiva lettera c).

#### Art. 175. Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia – CONCESSIONI

2. Nelle ipotesi di cui al comma 1, lettere a), b) e c), per le concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui all'allegato II, **l'eventuale aumento di valore, anche in presenza di modifiche successive, non può eccedere complessivamente il 50 per cento del valore della concessione iniziale**, inteso come valore quale risultante a seguito dell'aggiudicazione delle opere o dei servizi o delle forniture oggetto di concessione. Le modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

- [Art. 106 comma 1 \(art. 72 comma 1 dir. 2014/24\)](#)
- **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. **In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera.** Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;**
  - 2) la modifica non altera la natura generale del contratto;**
- [Art. 106 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.**

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 1 lett. c

#### Le varianti in corso d'opera tradizionali

In questo comma 1, lett. c) ritroviamo le varianti in corso d'opera tradizionali che sono ammissibili alle condizioni di essere sopravvenute alla stipula del contratto e di essere **impreviste ed imprevedibili con l'uso della ordinaria diligenza**.

Al ricorrere delle circostanze su riportate, la variante è ammessa ma con due limitazioni: non deve alterare la natura generale del contratto e dunque non deve incidere in maniera sostanziale sul tipo di prestazione da rendere; la seconda limitazione è che riguarda i soli settori ordinari e ciò deriva dal richiamo al comma 7.

#### Quali sono, quindi, queste circostanze impreviste e imprevedibili?

Lo chiarisce l'ANAC in più di una deliberazione. La più esemplificativa, a parere di chi scrive, è la n. 106 del 13/12/2006 la quale riferisce che "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."

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 1 lett. c

#### Le varianti in corso d'opera tradizionali

L'articolo 132 si occupava delle varianti progettuali o, più precisamente, delle varianti in corso d'opera. La disciplina enumerava i motivi per cui le varianti in corso d'opera fossero ammissibili così come nell'articolo 106, ma includendo nel novero di tali motivi anche: a) intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione e che possono determinare – senza aumento di costo – significativi miglioramenti qualitativi dell'opera, senza alterare l'impostazione progettuale; b) verificarsi eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni o dei luoghi o rinvenimenti imprevisi o imprevedibili; c) onerosità o difficoltà nell'esecuzione; d) bonifica e/o messa in sicurezza di siti contaminati.

Dunque appare evidente come la norma contenuta nell'articolo 106 operi una generalizzazione che, prestandosi ad interpretazioni flessibili, non appare idonea ad individuare con precisione in quali casi si possa ricorrere a varianti in corso d'opera senza una nuova procedura di gara. Una enumerazione dei casi (almeno quelli più rilevanti o ricorrenti) in cui ammetterle, accompagnate dai criteri generali forniti dalla norma, sarebbe stata preferibile.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 1 lett. c

### APPROVAZIONE PERIZIA SUPPLETIVA E DI VARIANTE

- la perizia di variante è scaturita dal fatto che, nel corso di esecuzione dei lavori, si è manifestata la necessità di introdurre la modifica della tipologia di sostegno della scarpata in frana con la sostituzione dell'opera di sostegno a gravità con gabbioni con paratia di micropali tirantati in quanto le differenti condizioni del versante rispetto a quanto prospettato ha reso necessario un approfondimento sulla fattibilità della tipologia d'intervento reso dubbio anche dalla necessità di utilizzare le palancole infisse per la protezione del fronte di scavo. A seguito dello scoprimento dell'intera scarpata stradale mediante il taglio della fitta vegetazione ed alla verifica più approfondita mediante rilievo topografico è risultato evidente che il manufatto presente avrebbe interferito con la realizzazione dell'opera di sostegno a gabbioni prevista. Inoltre le caratteristiche del terreno, con la presenza di trovanti e materiale lapideo sparso ha scoraggiato la possibilità di utilizzare le palancole infisse come sistema di protezione del fronte di scavo;

-le circostanze che hanno determinato le modifiche proposte non erano prevedibili al momento della redazione del progetto in quanto le dimensioni dell'opera d'arte interferente con l'opera di sostegno prevista in progetto non era rilevabile a causa delle condizioni del sito caratterizzato dalla presenza di detriti fluviali al piede dello stesso aggravata dalla intricata vegetazione in sommità e sulla scarpata stradale;

- le modifiche apportate non mutano la natura complessiva del contratto, le categorie di lavoro rimangono quelle previste in capitolato di progetto e dunque OG8 – Opere fluviali, di difesa, di sistemazione idraulica e di bonifica ed OG3 – strade, autostrade, ponti viadotti;

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 1 lett. b) e c)

#### Art.106 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.

#### QUID IURIS SE SI SUPERA TALE SOGLIA?

#### Art.108 comma 1 lett. b)

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

Lo stesso vale con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettera e) quando siano state superate eventuali soglie stabilite, con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 2, quando siano state superate le soglie di cui al medesimo comma 2, lettere a) e b); e altri casi disciplinati in questo primo comma

Il secondo comma dell'art. 108 dispone che le stazioni appaltanti **devono risolvere** un contratto pubblico durante il periodo di efficacia dello stesso

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

- Art. 106 comma 1 (art. 72 comma 1 dir. 2014/24)
- **d) se un nuovo contraente sostituisce quello 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 a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice;**
  - 3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori;**

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 1 lett. d

La norma individua tre casi in cui è ammissibile una modificazione soggettiva del contratto:

- 1) La prima costituisce la principale novità introdotta dal legislatore e prevede, in buona sostanza, la possibilità per l'Amministrazione di riservare nella documentazione iniziale di gara, attraverso l'inserzione di clausole chiare, precise ed inequivocabili, anche la facoltà per la controparte di accettare o meno le revisioni dei prezzi. In caso di rifiuto e di conseguente risoluzione del contratto, quindi, si procederà con lo scorrimento della graduatoria ai fini della sua sostituzione.
- 2) La seconda casistica riguarda il subentro connesso a vicende soggettive dell'operatore e si basa sul principio di continuità aziendale. La dottrina, sottolineando che in tale disposto il legislatore ha ricompreso sia mutamenti soggettivi interni del contraente e sia mutamenti esterni caratterizzati da un fenomeno successorio verso un nuovo soggetto, ritiene che l'esigenza della stazione appaltante di vedersi garantita la prosecuzione del rapporto trovi piena soddisfazione anche nel caso di **fallimento dell'impresa**.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 1 lett. d

Una interessante pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria del 3/7/2017 n. 3, ha, inoltre, affrontato la questione della **cessione del ramo d'azienda** e l'impatto di tale evento sui requisiti di qualificazione. In particolare, secondo i giudici di Palazzo Spada, ciò che rileva è una valutazione in concreto dell'atto di cessione per stabilire se il cedente perda le qualificazioni SOA oppure no.

I giudici amministrativi, in questa sentenza, compiono un excursus sulle tesi giurisprudenziali emerse sul punto. Da una parte, la tesi dell'automatismo per cui nel caso di cessione di ramo d'azienda il cedente perde automaticamente le qualificazioni; dall'altra, una tesi più sostanzialistica (che ad oggi sembra prevalere) che ritiene si debba verificare in concreto l'entità dei beni e rapporti trasferiti con il negozio traslativo al fine di accertare se di vero e proprio trasferimento di ramo di azienda si sia trattato e non piuttosto di trasferimento di singoli cespiti. A tale tesi aderisce, da ultimo, il Cons. Stato, sez. III, 9 gennaio 2017, n. 30, secondo cui «occorre escludere in linea di principio a danno del cedente qualsiasi automatismo decadenziale conseguente alla cessione d'azienda, intendendosi con ciò affermare che occorre aver riguardo alla causa in concreto del negozio di cessione e al sottostante regolamento di interessi voluto dalle parti, in tutta la sua ampiezza, complessità e particolarità, per determinare se la cessione dei beni aziendali comporti, o meno, la perdita dei requisiti di cui alle attestazioni SOA in capo alla cedente» (idem, sez. V, n. 5706 del 17 dicembre 2015).

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 1 lett. d

3) L'ultimo caso, per una parte della dottrina, non è una vera e propria modifica soggettiva ma riguarda la sostituzione della stazione appaltante all'aggiudicatario nella titolarità degli obblighi retributivi che quest'ultimo ha nei confronti del subappaltatore.

Ad altri commentatori, pare una ricostruzione non in linea con l'architettura dell'articolo 106. Sembra piuttosto introdurre una facoltà di risoluzione per la Stazione Appaltante nel caso di inadempimento degli obblighi dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore (art.105 comma 13 lett. b)

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

- Art. 106 comma 1 (art. 72 comma 1 dir. 2014/24)
- 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.
- Esempio di clausola inserita nel contratto e nei documenti di gara:

***Ai sensi dell'art. 106, c.1, lett. e) del Codice, nel rispetto dei limiti fissati al c. 4 dello stesso art. 106, la stazione appaltante si riserva inoltre di apportare modifiche al contratto, che si rendano necessarie o opportune allo scopo di migliorare la funzionalità o la qualità delle opere, nei limiti del 10% dell'importo contrattuale.***

Art. 132 comma 3 (dlgs 163/2006). Non sono considerati varianti ai sensi del comma 1 gli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, che siano contenuti entro un importo non superiore al 10 per cento per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro e al 5 per cento per tutti gli altri lavori delle categorie di lavoro dell'appalto e che non comportino un aumento dell'importo del contratto stipulato per la realizzazione dell'opera. Sono inoltre ammesse, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, sempreché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in aumento relativo a tali varianti non può superare il 5 per cento dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera al netto del 50 per cento dei ribassi d'asta conseguiti.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

Le varianti di cui al comma 1, lett.e), art.106, non sostanziali, possono ricomprendere le tipologie di variante non formalmente riprodotte nel nuovo codice ma già elencate nell'art.132, d.lgs.163/2006:

- Subentro di materiali innovativi
- Natura e specificità dei beni
- Miglioramento nell'esclusivo interesse del committente
- Varianti non varianti del comma di cui all'art.132 comma 3 (vecchio codice) per interventi di piccolo dettaglio

La categoria della lett. e) di varianti non sostanziali è più libera che nella previgente disciplina art.132, co.3, d.lgs. 163/2006

Non sembra sussistere la soglia limitatrice e/o cumulativa del 50 % del co. 7, ma va da se che le soglie devono essere molto contenute per non essere un aggiramento dei vincoli e divieti di varianti ecc.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche non previste nei documenti di gara

#### Art.106 comma 1 lett. e

Si tratta di una importante novità, ispirata alla piena tutela della concorrenza in linea con i principi comunitari citati in premessa. In buona sostanza, è un dettato normativo che sembra ampliare le maglie del regime previgente, consentendo le modifiche in fase esecutiva ogni qualvolta esse non siano sostanziali (ovvero non rientrino nel caso di cui al comma 4 del medesimo articolo 106). Inoltre, altro aspetto di questa lettera e) è la possibilità di prevedere di volta in volta nei documenti di gara, eventuali soglie di importi entro cui sono ammesse le modifiche non sostanziali. Così delineate, potrebbero essere equiparate alle c.d. varianti non varianti di cui all'art. 132 del previgente Codice.

Il rischio però, anche in questo caso, è che ne venga fatto un uso improprio poiché potrebbe di fatto concretizzarsi nella decisione di prevedere in una voce generica del quadro economico (somma per imprevisti) una somma che nasconda, in realtà, usando un gioco di parole, una previsione di ciò che non può essere previsto: una variante in corso d'opera. Probabilmente, l'uso più prudente è quello di prevedere in tale voce somme molto contenute.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### **Le varianti “non varianti”**

#### **Decreto MIT art.8, comma 7**

Il direttore dei lavori può disporre modifiche di dettaglio non comportanti aumento o diminuzione dell'importo contrattuale, comunicandole preventivamente al RUP ([ex art. 132 comma 3 primo periodo](#))

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche per importi sottosoglia

#### Art.106 comma 2

Il Decreto Correttivo ha ampliato le ipotesi in cui è consentita la modifica di contratti durante il periodo di efficacia, **senza necessità di una nuova procedura di gara**, comprendendovi tutti i casi in cui il valore della modifica è inferiore sia alle soglie comunitarie che al 10 per cento del valore iniziale del contratto (se si tratta di servizi e forniture) ovvero al 15 per cento del valore iniziale (nel caso di lavori).

La previgente formulazione dell'art. 106, comma 2, del Codice, circoscriveva invece tale possibilità di modifica alle sole ipotesi in cui la necessità di modificare il contratto discendesse da errori od omissioni del progetto esecutivo. Resta comunque ferma la possibilità di modifica del contratto senza necessità di una nuova procedura di gara, ove la necessità di modificare il contratto derivi da errori od omissioni del progetto esecutivo, che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, con l'obbligo di rispettare le soglie di cui sopra.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche per importi sottosoglia

#### Art.106 comma 2

Si tratta, anche in questo caso, di una formula residuale che permette “in ogni caso” le modifiche al di sotto di una soglia valutata dallo stesso legislatore come non significativa.

Tale articolo è completato dal disposto di cui all’art. 108, comma 1, lett. b) che prevede la facoltà di risoluzione del contratto quando la soglia del 10 o 15% del contratto è superata o sia superata la soglia comunitaria.

In quest’ottica, quindi, per le modifiche di cui al comma 2 (le c.d. modifiche di dettaglio), sino al limite del 10% per forniture e servizi e del 15% per lavori, si procede senza valutazioni di ammissibilità e le stesse, rientrando nel limite più generale del Quinto d’obbligo, sono imposte al contraente – con atto di sottomissione - senza che questo possa risolvere il contratto; superati questi limiti di cui al comma 2, dovranno essere rispettate le condizioni poste dalle varie fattispecie in concreto configurantesi e, il limite del Quinto d’obbligo si applicherà se tali condizioni si saranno realizzate.

**ATTENZIONE alla scelta perché, rispetto alle modifiche di cui all’art.106 comma 1 lett. e) scattano gli obblighi di comunicazione di cui al comma 8 non sappiamo se per una svista dopo il correttivo o volutamente**

Se sono sopra soglia devo fare per forza la lettera e); ma se sono sotto soglia devo valutare la tenuta della variante (motivazione)

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Le modifiche per importi sottosoglia

#### Art.106 comma 2

La responsabilità dei titolari di incarichi di progettazione è confermata dal comma 9 dell'articolo in parola che, tra l'altro, attribuisce all'appaltatore la responsabilità per gli oneri ed i ritardi conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera per carenze della progettazione esecutiva.

Tali carenze sono quelle che il successivo comma 10 definisce come “errori ed omissioni di progettazione”, consistenti nell'inadeguata valutazione dello stato di fatto, nella mancata od erronea identificazione delle norme tecniche vincolanti, nel mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti, nella violazione di regole di diligenza in fase di predisposizione degli elaborati.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Il cosiddetto quinto d'obbligo

#### Art.106 comma 12

#### **NON COSTITUISCE UN PRESUPPOSTO di VARIAZIONE – COSTITUISCE UNA MODALITA' di VARIAZIONE**

In questo comma viene riproposto il c.d. quinto d'obbligo ovvero il limite al diritto potestativo della P.A. di ottenere prestazioni aggiuntive dal contraente. In questo contesto normativo, il dettato normativo in analisi sembra superare tutti i limiti e le condizioni su rappresentate. Tuttavia, in una visione sistematica, l'interpretazione corretta appare quella di **ammettere il ricorso al quinto d'obbligo solo in presenza delle altre condizioni riportate nelle specifiche previsioni dell'articolo 106**. Per non svilire l'istituto nella sua natura, alle condizioni in questione la Stazione appaltante ha il potere di imporre quelle modifiche senza che l'appaltatore possa opporre il diritto di risoluzione del contratto o il diritto di negoziare lo svolgimento delle prestazioni a condizioni diverse da quelle inizialmente pattuite.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### Il cosiddetto quinto d'obbligo

#### Decreto MIT art.8, comma 4

Nel caso di cui all'articolo 106, comma 12, del codice, 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 205 [accordo bonario] e 208 del codice [transazione].

## MODIFICHE CONTRATTUALI

Qual è la procedura da adottare nel caso di superamento del quinto d'obbligo (quando le modifiche e varianti sono ritenute legittime ai sensi del comma 1)?

### Parti dell'art. 161 del D.P.R. 207/10 non recepite nel DM

13. Se la variante, nei casi previsti dal comma 12, supera tale limite il responsabile del procedimento ne dà comunicazione all'esecutore che, nel termine di dieci giorni dal suo ricevimento, deve dichiarare per iscritto se intende accettare la prosecuzione dei lavori e a quali condizioni; nei quarantacinque giorni successivi al ricevimento della dichiarazione la stazione appaltante deve comunicare all'esecutore le proprie determinazioni. Qualora l'esecutore non dia alcuna risposta alla comunicazione del responsabile del procedimento si intende manifestata la volontà di accettare la variante agli stessi prezzi, patti e condizioni del contratto originario. Se la stazione appaltante non comunica le proprie determinazioni nel termine fissato, si intendono accettate le condizioni avanzate dall'esecutore.

[Occorre verificare che siano inserite nei documenti contrattuali – Schema di contratto, CSA](#)

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### **Le varianti proposte dall'esecutore**

#### **Decreto MIT art.8, comma 8**

Il direttore dei lavori, entro dieci giorni dalla proposta dell'esecutore, redatta in forma di perizia tecnica corredata anche degli elementi di valutazione economica, di variazioni migliorative di sua esclusiva ideazione e che comportino una diminuzione dell'importo originario dei lavori, trasmette la stessa al RUP unitamente al proprio parere. Possono formare oggetto di proposta le modifiche dirette a migliorare gli aspetti funzionali, nonché singoli elementi tecnologici o singole componenti del progetto, che non comportano riduzione delle prestazioni qualitative e quantitative stabilite nel progetto stesso e che mantengono inalterate il tempo di esecuzione dei lavori e le condizioni di sicurezza dei lavoratori.

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### **ESERCITAZIONE**

Ho appaltato per 100 e necessito di appaltare altri 100 come e cosa faccio?

## MODIFICHE CONTRATTUALI

### **CHI PUO' IMPUGNARE UNA VARIANTE?**

Siamo in corso di esecuzione eccetto il difetto di giurisdizione del TAR

Non è ancora certa e chiara la ricorribilità al TAR per impugnare le varianti

## Precontenzioso ANAC

### Art. 211

~~2. Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice.~~

~~La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo.~~

LEGGE 21 giugno 2017, n. 96.

**Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50 (cd manovrina)**

Art. 52-ter. – (Modifiche al codice dei contratti pubblici). – 1. All'articolo 211 del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dopo il comma 1 sono aggiunti i seguenti:

"1-bis. L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti **di rilevante impatto**, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

1-ter. L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da **gravi violazioni** del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

1-quater. L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter".

## Precontenzioso ANAC

### Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50 e s.m.i.

#### Articolo 4 - Atti impugnabili

Nell'esercizio dei poteri di cui al presente capo l'Autorità impugna i seguenti atti:

- regolamenti e atti amministrativi di carattere generale, quali bandi, avvisi, sistemi di qualificazione degli operatori economici istituiti dagli enti aggiudicatori nei settori speciali, atti di programmazione, capitolati speciali di appalto, bandi-tipo adottati dalle stazioni appaltanti, atti d'indirizzo e direttive che stabiliscono modalità partecipative alle procedure di gara e condizioni contrattuali;
- **provvedimenti** quali delibere a contrarre, ammissioni ed esclusioni dell'operatore economico dalla gara, aggiudicazioni, validazioni e approvazioni della progettazione, nomine del RUP, nomine della commissione giudicatrice, atti afferenti a rinnovo tacito, provvedimenti applicativi della clausola revisione prezzi e dell'adeguamento dei prezzi, **autorizzazioni del Responsabile del procedimento e/o approvazioni di varianti o modifiche**, affidamenti di lavori, servizi o forniture supplementari.

# MODIFICHE CONTRATTUALI

## RIEPILOGO

<b>Articolo 106: Modifiche al contratto</b>					
<b>Fattispecie e norma di riferimento</b>	<b>Limite</b>	<b>Condizioni</b>	<b>Adempimenti obbligatori</b>		
Previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili. <b>Comma 1, lettera a)</b>	Non previsto	Prefissate la portata e la natura di eventuali modifiche e le condizioni alle quali possono essere impiegate (opzioni?). Non possono alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro.			
	Non previsto. Solo per la parte > 10% e comunque in misura pari alla metà	Clausole di revisione e di adeguamento dei prezzi			
	Non previsto. Solo per la parte > 10%	<b>Solo per Forniture e Servizi di soggetti aggregatori</b> (art. 1, comma 511, legge n. 208/2015)			
Prestazioni supplementari affidate al contraente originale, necessarie e non incluse nell'appalto iniziale <b>Comma 1, lettera b)</b>	< 50% settori ordinari <b>(comma 7)</b> Non previsto nei settori speciali	Se un cambiamento del contraente produce <b>entrambi i seguenti effetti:</b> 1) sia impraticabile per motivi economici o tecnici (es. il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale); 2) comporti per la stazione appaltante notevoli (?) disagi o una consistente duplicazione (?) dei costi.	Comunicazione ad ANAC (comma 8) (i) e Obbligo di pubblicazione (comma 5) (ii)		
<b>Varianti in corso d'opera</b> <b>Comma 1, lettera c)</b>	< 50% settori ordinari <b>(comma 7)</b> Non previsto nei settori speciali	<b>Entrambe le seguenti:</b> 1) circostanze imprevedute e imprevedibili, compresa la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti; 2) non è alterata la natura generale del contratto.	Obbligo di pubblicazione (comma 5) (ii)		
		<b>(comma 14)</b>	<i>Importo variante</i> / <i>Importo contratto</i>	Comunicazione all'Osservatorio (iii)	
			Qualsiasi		< soglia comunitaria
			< 10%		=> soglia comunitaria
=>10%	=> soglia comunitaria	Trasmissione ad ANAC (iv)			

# MODIFICHE CONTRATTUALI

Sostituzione del contraente aggiudicatario iniziale <b>Comma 1, lettera d)</b>	Non previsto	<b>Anche una sola delle seguenti:</b> 1) una clausola di revisione inequivocabile in conformità al <b>comma 1, lettera a)</b> ; 2) per causa di morte o ristrutturazioni societarie (rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza), subentra un altro operatore economico che soddisfa i criteri di selezione qualitativa iniziali, purché ciò non comporti altre modifiche sostanziali al contratto (comma 4) e non sia finalizzato a eludere l'applicazione del codice; 3) la stazione appaltante assume gli obblighi del contraente nei confronti dei subappaltatori.	
Modifiche consentite nei documenti di gara <b>Comma 1, lettera e)</b>	Previsto nel bando di gara	Non sostanziali ai sensi del <b>comma 4.</b>	
Modifiche motivate diverse da quanto previsto al <b>comma 1</b> <b>Comma 2, lettere a) e b)</b>	< soglia comunitaria e <b>inoltre</b> 15% per lavori 10% per servizi e forniture	Non possono alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro.	
Modifiche per errori od omissioni progettuali <b>Comma 2, lettera b), quarto periodo e commi 9 e 10</b>	< soglia comunitaria e <b>inoltre</b> 15% per lavori 10% per servizi e forniture	Resta ferma la responsabilità dei progettisti esterni.	
Modifiche sostanziali che <b>ostano</b> a quelle già consentite dai documenti di gara di cui al <b>comma 1, lettera e)</b> <b>Comma 4</b>	<b>Anche una sola delle seguenti:</b> a) se introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione operatori diversi da quelli selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, o attirato ulteriori partecipanti alla procedura; b) se cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale; c) se estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto; d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli di cui al <b>comma 1, lettera d).</b>		Comunicazione ad ANAC (comma 8) (i)  A seconda delle singole fattispecie
Altre modifiche o varianti <b>Comma 6</b>	Non previsto	<b>Non rientranti nelle fattispecie di cui ai commi 1 e 2</b>	
<b>Condizione applicabile ai rapporti contrattuali, estranea ai presupposti di legittimità di cui ai commi 1 e 2: per qualunque variante si tratta del diritto di far eseguire o non fare eseguire prestazioni senza che il contraente possa far valere il diritto alla risoluzione</b>			
Modifiche e varianti in corso d'opera <b>Comma 12</b>	<= 1/5 in più o in meno dell'importo contrattuale	Non possono alterare la natura generale del contratto. Non concorrono al calcolo del quinto le clausole di revisione e/o indicizzazione dei prezzi di cui al comma 1, lettera a).	

# MODIFICHE CONTRATTUALI

**Articolo 149: Eccezioni per gli interventi su beni culturali (d.lgs. n. 42 del 2004)  
(non riguarda i beni paesaggistico-ambientali ma i soli beni culturali di cui alla parte II del d.lgs. n. 42 del 2004i)**

<b>Fattispecie e norma di riferimento</b>	<b>Limiti</b>	<b>Condizioni</b>	<b>Adempimenti obbligatori</b>
<b>Modifiche che non sono considerate Varianti in corso d'opera Comma 1</b>	1) non comportino variazione in superiore al 20% in più o in meno del valore di ogni singola categoria di lavoro; 2) limite del 10% dell'importo complessivo contrattuale.	1) disposte dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, finalizzati a prevenire e ridurre i pericoli di danneggiamento o deterioramento dei beni tutelati; 2) che non modificano qualitativamente l'opera.	Accertamento della disponibilità finanziaria nel quadro economico tra le somme a disposizione.
<b>Varianti in corso d'opera Comma 2</b>	limite del 10% in più (e in meno?) dell'importo contrattuale (importo contratto: qualunque)	necessarie, per natura e specificità dei beni su cui interviene: 1) per fatti verificatisi in corso d'opera (?!); 2) per rinvenimenti imprevisi o imprevedibili nella fase progettuale;	Obbligo di pubblicazione (art. 106, comma 5) (ii) Comunicazione all'Osservatorio (iii)
	dal 10% al 20% in più (v) dell'importo contrattuale. (contratto: < soglia comunitaria)	3) per adeguare l'impostazione progettuale se ciò sia necessario per la salvaguardia del bene e per il perseguimento degli obiettivi dell'intervento;	Comunicazione ad ANAC (art. 106, comma 8) (i) (vi)
	dal 10% al 20% in più (v) dell'importo contrattuale. (contratto: => soglia comunitaria)	4) giustificate dall'evoluzione dei criteri della disciplina del restauro.	Trasmissione ad ANAC (art. 106, comma 14) (iv) (vi)

(i) Entro 30 giorni dal perfezionamento; sanzione da 50 e 200 euro per ogni giorno di ritardo nella comunicazione.

(ii) Pubblicità a livello nazionale o a livello comunitario a seconda che l'importo dell'appalto sia inferiore oppure pari o superiore alla soglia di rilievo comunitario; si ritiene che la pubblicazione sia obbligatoria solo per i contratti che, per importo, sono soggetti alla pubblicità ordinaria di cui agli articoli 72 e 73.

(iii) Tramite le sezioni regionali dell'Osservatorio.

(iv) Entro 30 giorni dall'approvazione della variante, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad una apposita relazione del RUP; sanzione da 250 a 25.000 euro per omissione o rifiuto di trasmissione, da 500 a 50.000 euro per trasmissione di dati i documenti non veritieri (rinvio all'art. 213, comma 13).

(v) La norma letteralmente ammette solo varianti in aumento; si ritiene che possano essere ammesse anche in riduzione, quantomeno non pare vietata l'applicazione della norma generale di cui all'art. 106, comma 2, lettere a) e b).

(vi) Per rinvio implicito alle analoghe fattispecie di cui all'articolo 106, comma 5 (ii e iii), comma 8 (i) e comma 14 (iv).

(?! ) Probabilmente non si tratta di una condizione autonoma (che sarebbe aperta a qualunque variante) ma una ridondanza della definizione di "varianti in corso d'opera" che presuppone la sussistenza di una delle condizioni di cui ai numeri 2), 3) o 4).

## MODIFICHE CONTRATTUALI

Con l' obiettivo di semplificare e razionalizzare le norme sulle comunicazioni obbligatorie all' **Anac** delle modifiche contrattuali in corso d' esecuzione e sul relativo sistema sanzionatorio, l' Autorità nazionale anticorruzione ha inviato un **atto di segnalazione a Governo e Parlamento** ( 13 febbraio n. 4/2019 ) **formulando proposte di modifica ai commi 8 e 14, articolo 106, del Codice dei contratti.**

- **REGIME DI TRASPARENZA**
- **COMUNICAZIONI ANAC**
- **REGIME SANZIONATORIO**

Come ora scritte, secondo l' Anac, le norme sono disomogenee e in parte ambigue, prevedono adempimenti inadeguati e sproporzionati a carico delle stazioni appaltanti e, in definitiva, non soddisfano le esigenze di trasparenza, pubblicità e controllo ricercate.

# TERMINI PAGAMENTO

## TERMINI PAGAMENTO

### ANTICIPAZIONE DEL PREZZO

#### Art. 35 comma 18

~~Sul valore stimato dell'appalto~~ Sul valore del contratto di appalto viene calcolato l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20 per cento da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio dei lavori. L'erogazione dell'anticipazione è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma dei lavori. [omissis] L'importo della garanzia viene gradualmente ed automaticamente ridotto nel corso dei lavori, in rapporto al progressivo recupero dell'anticipazione da parte delle stazioni appaltanti.

Il beneficiario decade dall'anticipazione, con obbligo di restituzione, se l'esecuzione dei lavori non procede, per ritardi a lui imputabili, secondo i tempi contrattuali. Sulle somme restituite sono dovuti gli interessi legali con decorrenza dalla data di erogazione della anticipazione

Come precisato dal Consiglio di Stato nel parere del il 30.03.2017 n. 782, "si tratta di una modifica sostanziale, che risponde alla corretta esigenza di evitare, da un lato, un'anticipazione inutilmente elevata per la stazione appaltante, dall'altro lato, una garanzia fidejussoria troppo onerosa per l'appaltatore, ancorando la misura dell'anticipazione e della garanzia a un dato reale e non stimato".

## TERMINI PAGAMENTO

### ANTICIPAZIONE DEL PREZZO

#### Art. 35 comma 18

La collocazione della norma nell'ambito dell'art. 35 rubricato “**Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti**” è stata giudicata “*infelice e inconferente*” dalla dottrina, mostrandosi come una scelta erronea e non sorretta da adeguata motivazione. Nel parere 30/03/2017, n. 782 del Consiglio di Stato - Commissione speciale - contenente Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 si osserva che “*la sede più corretta della disciplina racchiusa nel comma 18 dell'art. 35 sarebbe il titolo V, relativo all'esecuzione(...), se del caso nell'art. 113-bis, con appropriata modifica della relativa rubrica*”.

L'art. 35 D.lgs. 50/2016 va considerato dunque una norma di carattere generale che detta disposizioni in ordine alle modalità di calcolo del valore dell'appalto e non una norma specifica relativa ai contratti sopra soglia in contrapposizione alla successiva di cui all'art. 36.

## TERMINI PAGAMENTO

### ANTICIPAZIONE DEL PREZZO

#### Art. 35 comma 18

È **illegittima**, in quanto contraria alla normativa di settore, la **clausola** presente nel disciplinare di gara che prevede il **diniego all'erogazione dell'anticipazione del prezzo**.

Lo ha chiarito l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) con la **Delibera 14 novembre 2018, n. 1050** con la quale ha risposto all'istanza di precontenzioso presentata per conoscere la sussistenza dell'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere l'anticipazione del prezzo nelle procedure sotto soglia. In particolare, il caso oggetto di analisi da parte dell'ANAC riguardava una procedura ristretta, il cui capitolato, all'art. 26 prevedeva che "*non è dovuta l'anticipazione del prezzo e non trova applicazione l'art. 35 co. 18 del Codice dei Contratti*" giustificata dalla S.A. secondo la tesi per cui l'art. 35 che prevede, al comma 18, l'obbligo di corresponsione dell'anticipazione da parte della stazione appaltante all'appaltatore riguarderebbe le procedure sopra soglia comunitaria e non si applicherebbe alle procedure di importo inferiore a tale soglia disciplinate dal successivo art. 36 in cui dell'anticipazione del prezzo non si fa menzione.

## TERMINI PAGAMENTO

### Termini per l'emissione dei certificati di pagamento

Riprendendo in parte le previsioni contenute nel D.P.R. 207/2010, il nuovo art. 113-*bis* interviene sui termini per l'emissione dei certificati di pagamento, prevedendo che **i certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo di appalto devono essere emessi nel termine di trenta<sup>1</sup> giorni dall'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori. [comma 1]**, salvo che sia diversamente ed espressamente concordato dalle parti e previsto nella documentazione di gara e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore”

*1 – Legge Bilancio 2018 che ha sostituito il comma 1 - Il correttivo parlava di 45 gg*

Vengono inoltre precisati i termini di pagamento, con il rinvio ai termini di cui all'art. 4, commi 2, 3, 4, 5 del D.Lgs. 231/2002. [comma 3]

Si prevede inoltre che nei contratti di appalto siano determinate penali per il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'appaltatore commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto. Le penali dovute per il ritardato adempimento sono calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo e non possono comunque superare, complessivamente, il 10 per cento di tale ammontare netto contrattuale [comma 2]

## TERMINI PAGAMENTO

### CLAUSOLE INIQUE

#### **Art.7 D. Lgs. 231/2002**

1. Le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto, sono nulle quando risultano gravemente inique in danno del creditore
3. Si considera gravemente iniqua la clausola che esclude l'applicazione di interessi di mora. Non è ammessa prova contraria.
4. Si presume che sia gravemente iniqua la clausola che esclude il risarcimento per i costi di recupero

## TERMINI PAGAMENTO

### Attività di controllo amministrativo contabile

#### Decreto MIT art.13

1. Il direttore dei lavori effettua il controllo della spesa legata all'esecuzione dell'opera o dei lavori, attraverso la compilazione con precisione e tempestività dei documenti contabili, che sono atti pubblici a tutti gli effetti di legge, con i quali si realizza l'accertamento e la registrazione dei fatti producenti spesa. A tal fine provvede a classificare e misurare le lavorazioni eseguite, nonché a trasferire i rilievi effettuati sul registro di contabilità e per le conseguenti operazioni di calcolo che consentono di individuare il progredire della spesa. Secondo il principio di costante progressione della contabilità, le predette attività di accertamento dei fatti producenti spesa devono essere eseguite contemporaneamente al loro accadere e, quindi, devono procedere di pari passo con l'esecuzione.

2. Ferme restando le disposizioni contenute nel decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, nonché la disciplina dei termini e delle modalità di pagamento dell'esecutore contenuta nella documentazione di gara e nel contratto di appalto, il direttore dei lavori provvede all'accertamento e alla registrazione di tutti i fatti producenti spesa contemporaneamente al loro accadere, affinché possa sempre:

- a) rilasciare gli stati d'avanzamento dei lavori entro il termine fissato nella documentazione di gara e nel contratto, ai fini dell'emissione dei certificati per il pagamento degli acconti da parte del RUP;
- b) controllare lo sviluppo dei lavori e impartire tempestivamente le debite disposizioni per la relativa esecuzione entro i limiti dei tempi e delle somme autorizzate.

## TERMINI PAGAMENTO

### PAGAMENTI IN ACCONTO

Es. CSA

#### Pagamenti in acconto

1. I pagamenti avvengono per stati di avanzamento, mediante emissione di certificato di pagamento ogni volta che i lavori eseguiti, contabilizzati ai sensi degli articoli 27, 28, 29 e 30, al netto del ribasso d'asta, comprensivi della relativa quota degli oneri per la sicurezza, raggiungano, al netto della ritenuta di cui al comma 2, un importo non inferiore al **25% (venticinque per cento)** dell'importo contrattuale.

3. Entro **45 (quarantacinque)** giorni dal verificarsi delle condizioni di cui al comma 1:

a) il direttore dei lavori redige la contabilità ed emette lo stato di avanzamento dei lavori che deve recare la dicitura: «lavori a tutto il .....» con l'indicazione della data di chiusura;

b) il R.U.P. emette il conseguente certificato di pagamento che deve riportare esplicitamente il riferimento al relativo stato di avanzamento dei lavori di cui alla lettera a), con l'indicazione della data di emissione.

4. La Stazione appaltante provvede al pagamento del predetto certificato entro i successivi 30 (trenta) giorni, mediante emissione dell'apposito mandato e della successiva erogazione a favore dell'appaltatore, previa presentazione di regolare fattura (art. 185, D.Lgs. 267/00 s.m.i.).

## TERMINI PAGAMENTO

### I documenti contabili

#### Decreto MIT art.14, comma 1 lett. d)

d) lo stato di avanzamento lavori (SAL) che riassume tutte le lavorazioni e tutte le somministrazioni eseguite dal principio dell'appalto sino ad allora. Tale documento, ricavato dal registro di contabilità, è rilasciato nei termini e modalità indicati nella documentazione di gara e nel contratto di appalto, ai fini del pagamento di una rata di acconto; a tal fine il documento deve precisare il corrispettivo maturato, gli acconti già corrisposti e, di conseguenza, l'ammontare dell'acconto da corrispondere, sulla base della differenza tra le prime due voci. **Il direttore dei lavori trasmette immediatamente lo stato di avanzamento al RUP, che emette il certificato di pagamento;** il RUP, previa verifica della regolarità contributiva dell'esecutore, invia il certificato di pagamento alla stazione appaltante per l'emissione del mandato di pagamento; ogni certificato di pagamento emesso dal RUP è annotato nel registro di contabilità

## TERMINI PAGAMENTO

### PAGAMENTI A SALDO

Es. CSA

#### **Art. 22. Pagamenti a saldo**

1. Il conto finale è redatto entro **giorni 30** dalla data di ultimazione dei lavori, accertata con apposito verbale sottoscritto dal direttore dei lavori e trasmesso al RUP.
2. In sede di conto finale è accertato e proposto l'importo della rata di saldo, qualunque sia il suo ammontare, la cui liquidazione ed erogazione è subordinata all'emissione del certificato di cui al comma 4, alle condizioni di cui al comma 5.
3. Il conto finale dei lavori deve essere sottoscritto dall'esecutore, su richiesta del RUP, entro il termine perentorio di 30 giorni; se l'esecutore non firma il conto finale nel termine indicato, o se lo firma senza confermare le riserve già formulate nel registro di contabilità, il conto finale si intende definitivamente accettato.
4. La rata di saldo e la ritenuta a garanzia previste all'art. 30 comma 5-bis del Codice, nulla ostando, sono corrisposte entro 90 giorni dall'emissione del certificato del collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione.
5. Il pagamento della rata di saldo non costituisce presunzione di accettazione dell'opera, ai sensi dell'art. 1666, secondo comma, del codice civile; il pagamento è comunque subordinato alla previa costituzione della garanzia fidejussoria prevista all'art. 103, comma 6, del d.lgs. 50/2016.

## TERMINI PAGAMENTO

### I documenti contabili

#### **Decreto MIT art.14, comma 1 lett. e)**

e) il conto finale dei lavori, compilato dal direttore dei lavori a seguito della certificazione dell'ultimazione degli stessi e trasmesso al RUP unitamente ad una relazione, in cui sono indicate le vicende alle quali l'esecuzione del lavoro è stata soggetta, allegando tutta la relativa documentazione. Il conto finale deve essere sottoscritto dall'esecutore. All'atto della firma, l'esecutore non può iscriverne domande per oggetto o per importo diverse da quelle formulate nel registro di contabilità durante lo svolgimento dei lavori e deve confermare le riserve già iscritte negli atti contabili, per le quali non siano intervenuti la transazione di cui all'articolo 208 del codice o l'accordo bonario di cui all'articolo 205 del codice. Se l'esecutore non firma il conto finale nel termine assegnato, non superiore a trenta giorni, o se lo sottoscrive senza confermare le domande già formulate nel registro di contabilità, il conto finale si ha come da lui definitivamente accettato. Firmato dall'esecutore il conto finale, o scaduto il termine sopra assegnato, il RUP, entro i successivi sessanta giorni, redige una propria relazione finale riservata nella quale esprime parere motivato sulla fondatezza delle domande dell'esecutore per le quali non siano intervenuti la transazione o l'accordo bonario.

# TERMINI PAGAMENTO

## TERMINI di PAGAMENTO

**DECRETO LEGISLATIVO 9 ottobre 2002, n. 231**

### **Art. 4. Termini di pagamento**

1. Gli interessi moratori decorrono, senza che sia necessaria la costituzione in mora, dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento.
2. Salvo quanto previsto dai commi 3, 4 e 5, il periodo di pagamento non può superare i seguenti termini:
  - a) trenta giorni dalla data di ricevimento da parte del debitore della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente. Non hanno effetto sulla decorrenza del termine le richieste di integrazione o modifica formali della fattura o di altra richiesta equivalente di pagamento;
  - b) trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi, quando non è certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento;
  - c) trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi, quando la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi;
  - d) trenta giorni dalla data dell'accettazione o della verifica eventualmente previste dalla legge o dal contratto ai fini dell'accertamento della conformità della merce o dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data.
4. Nelle transazioni commerciali in cui il debitore è una pubblica amministrazione le parti possono pattuire, purché in modo espresso, un termine per il pagamento superiore a quello previsto dal comma 2, quando ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche. In ogni caso i termini di cui al comma 2 non possono essere superiori a sessanta giorni. La clausola relativa al termine deve essere provata per iscritto.

## TERMINI PAGAMENTO

### Riduzione dei termini di pagamento di acconti e saldo

La Legge europea 2018, approvata dal Senato il 05/12/2018 e passata alla Camera per l'approvazione definitiva, **modifica l'art. 113-bis**, accorciando i termini di pagamento degli stati di avanzamento lavori e del conto finale, per allinearli a quanto previsto dalla normativa europea.

La modifica fa seguito alla necessità di porre rimedio all'apertura della procedura di infrazione 2017/2090 concernente la disciplina dei termini di pagamento delle stazioni appaltanti pubbliche in favore degli appaltatori.

Nella sua versione attualmente vigente, l'art. 113-bis del D. Leg.vo 50/2016 permette infatti la prassi per cui il pagamento possa intervenire entro 30 giorni dal certificato di pagamento, a sua volta emesso entro 30 giorni dall'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori, oppure dal collaudo.

Ciò perché gli adempimenti amministrativi che corrono tra l'adozione del SAL o il collaudo e l'emissione del certificato di pagamento - di competenza, rispettivamente, del direttore dei lavori e del responsabile unico del procedimento - non sono necessariamente contemporanei, stante anche il fatto che l'art. 113-bis del D. Leg.vo 50/2016 prescrive l'emissione dei certificati entro 30 giorni dall'adozione dei SAL, oppure, per il collaudo, entro i termini previsti dall'art. 4 del D. Leg.vo 231/2002, commi 2, 3, 4 e 5 (di recepimento della Direttiva 2011/7/UE).

La nuova versione dell'art. 113-bis del D. Leg.vo 50/2016 in corso di approvazione è dunque volta ad **abbreviare gli adempimenti prodromici al pagamento dell'appaltatore**, in maniera tale che il decorso dei 30 giorni sia calcolato non già dall'emissione del certificato di pagamento ma dalla data di svolgimento e compimento delle varie forme di collaudo e di verifica dello stato avanzamento lavori (SAL).

Detta nuova versione prevede che:

- il **certificato di pagamento deve essere emesso contestualmente e comunque nel termine massimo di 7 giorni dall'adozione del SAL o dall'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità;**
- il **pagamento deve avvenire in ogni caso entro 30 giorni dall'adozione del SAL o dall'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità.**

Il nuovo testo fa salvi, conformemente al D. Leg.vo 231/2002, i casi nei quali sia espressamente concordato un termine diverso, comunque non superiore a 60 giorni e purché la natura particolare del contratto o talune sue caratteristiche giustificino tale termine più lungo.

# TERMINI PAGAMENTO

VERSIONE VIGENTE	VERSIONE MODIFICATA DALLA LEGGE EUROPEA 2018
<p><i>Art. 113-bis - (Termini per l'emissione dei certificati di pagamento relativi agli acconti)</i></p> <p>1. I certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo di appalto sono emessi nel termine di trenta giorni decorrenti dall'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori, salvo che sia diversamente ed espressamente concordato dalle parti e previsto nella documentazione di gara e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore.</p> <p>2. I contratti di appalto prevedono penali per il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'appaltatore commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto. Le penali dovute per il ritardato adempimento sono calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo e non possono comunque superare, complessivamente, il 10 per cento di detto ammontare netto contrattuale.</p> <p>3. All'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità il responsabile unico del procedimento rilascia il certificato di pagamento ai fini dell'emissione della fattura da parte dell'appaltatore. Il certificato di pagamento è rilasciato nei termini di cui all'articolo 4, commi 2, 3, 4 e 5 del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, e non costituisce presunzione di accettazione dell'opera, ai sensi dell'articolo 1666, secondo comma, del codice civile.</p>	<p><i>Art. 113-bis - (Termini di pagamento. Clausole penali)</i></p> <p>1. I pagamenti relativi agli acconti del corrispettivo di appalto sono effettuati nel termine di trenta giorni decorrenti dall'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori, salvo che sia espressamente concordato nel contratto un diverso termine, comunque non superiore a sessanta giorni e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche. I certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo di appalto sono emessi contestualmente all'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori e comunque entro un termine non superiore a sette giorni dall'adozione degli stessi.</p> <p>2. All'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità, e comunque entro un termine non superiore a sette giorni dagli stessi, il responsabile unico del procedimento rilascia il certificato di pagamento ai fini dell'emissione della fattura da parte dell'appaltatore; il relativo pagamento è effettuato nel termine di trenta giorni decorrenti dal suddetto esito positivo del collaudo o della verifica di conformità, salvo che sia espressamente concordato nel contratto un diverso termine, comunque non superiore a sessanta giorni e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche. Il certificato di pagamento non costituisce presunzione di accettazione dell'opera, ai sensi dell'articolo 1666, secondo comma, del codice civile.</p> <p>3. Resta fermo quanto previsto all'articolo 4, comma 6, del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231.</p> <p>4. I contratti di appalto prevedono penali per il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'appaltatore commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto. Le penali dovute per il ritardato adempimento sono calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo, e non possono comunque superare, complessivamente, il 10 per cento di detto ammontare netto contrattuale.</p>

## TERMINI PAGAMENTO

### Pagamenti Pubblica Amministrazione: cosa fare se lo Stato non paga?

#### Cosa fare se la Pubblica Amministrazione non paga la fattura?

- Innanzitutto, occorre verificare sulla piattaforma di **certificazione dei crediti, PCC** lo stato in cui si trova la fattura elettronica che è stata emessa e spedita alla PA, e controllare se c'è stata o meno, la Notifica di esito cessionario/committente” di rifiuto che nella piattaforma è indicata dalla voce **RESPINTA**.
- Se la fattura elettronica PA, è stata rifiutata verificare nuovamente tutti i dati e rettificare eventualmente il documento.
- Ricordiamo inoltre che la Piattaforma certificazione crediti è alimentata automaticamente dal Sistema di Interscambio in merito alla ricezione della fattura da parte della PA mentre per le fasi successive della fattura, devono essere registrate sulla PCC (contabilizzazione, pagamento, etc.).
- Se l'amministrazione pubblica non paga il credito vantato certo, liquido ed esigibile, la norme prevede la possibilità per il fornitore al **ricorso ad un decreto ingiuntivo**, da richiedere per via giudiziale per il mancato pagamento della fattura entro 30 o 60 giorni.
- Trascorsi i termini, dal giorno dopo decorrono gli **interessi di mora sulle fatture non pagate**.

## TERMINI PAGAMENTO

### **Pubblica Amministrazione 2019: tempi medi di pagamento**

i ritardati pagamenti della Pubblica amministrazione continuano ad essere una vera e propria piaga sociale in Italia.

Secondo un'indagine condotta dall'Ance, infatti, nei primi 6 mesi dello scorso anno, circa il 79% delle imprese di costruzioni, ha registrato dei ritardi nei pagamenti della Pubblica Amministrazione, causando gravi ripercussioni da parte delle imprese creditrici coinvolte. Metà di queste imprese, ha dovuto per esempio ridurre gli investimenti mentre 1/3 ha dovuto effettuare dei licenziamenti.

Il tutto causato da ritardati pagamenti della PA.

I tempi medi di pagamento della Pubblica Amministrazione, sempre riprendendo l'indagine Ance, continuano a superare i limiti imposti alla direttiva europea sui ritardi di pagamento fino ad arrivare addirittura a ritardi di 168 giorni, ossia, 5 mesi, per le imprese che realizzano lavori pubblici contro i 60 giorni previsti per questo tipo di fatture lavori.

## TERMINI PAGAMENTO

### **Ritardo nel pagamento del corrispettivo: può appaltatore sospendere le attività ?**

L'art. 1460 del codice civile disciplina, come noto, l' "eccezione di inadempimento". Tale norma prevede che nei contratti a prestazioni corrispettive ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tale norma prevede inoltre che non può rifiutarsi la esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede.

Orbene, il D.Lgs n. 50/2016, nel disciplinare (art. 113-bis) i "termini per l'emissione dei certificati di pagamento relativi agli acconti", non fa più alcuna menzione all'art. 1460 del codice civile. Ciò apparentemente potrebbe indurre a ritenere che la norma "civilista" non trova più applicazione ai contratti "pubblici" di lavori, servizi e forniture.

Non è così.

Infatti, la suddetta norma del codice civile, sebbene non espressamente richiamata nel D.Lgs n. 50/2016, si applica comunque anche ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Per un pacifico principio giurisprudenziale, nel settore degli appalti pubblici, la fase che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l'attuazione del rapporto negoziale "è disciplinata da norme che devono essere ascritte all'ambito materiale dell'ordinamento civile. Ciò in quanto, in tale fase, l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale"

## TERMINI PAGAMENTO

### **Ritardo nel pagamento del corrispettivo: può appaltatore sospendere le attività ?**

[Art. 133. Termini di adempimento, penali, adeguamenti dei prezzi](#)

1. In caso di ritardo nella emissione dei certificati di pagamento o dei titoli di spesa relativi agli acconti e alla rata di saldo rispetto alle condizioni e ai termini stabiliti dal contratto, che non devono comunque superare quelli fissati dal regolamento di cui all'articolo 5, spettano all'esecutore dei lavori gli interessi, legali e moratori, questi ultimi nella misura accertata annualmente con decreto del Ministro delle infrastrutture e del trasporto, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, **ferma restando la sua facoltà, trascorsi i termini di cui sopra o, nel caso in cui l'ammontare delle rate di acconto, per le quali non sia stato tempestivamente emesso il certificato o il titolo di spesa, raggiunga il quarto dell'importo netto contrattuale, di agire ai sensi dell'articolo 1460 del codice civile, ovvero,** previa costituzione in mora dell'amministrazione aggiudicatrice e trascorsi sessanta giorni dalla data della costituzione stessa, di promuovere il giudizio arbitrale per la **dichiarazione di risoluzione del contratto**

## TERMINI PAGAMENTO

### **Ritardo nel pagamento del corrispettivo: può appaltatore sospendere le attività ?**

Tutt'al più, la mancata riproposizione della previsione di cui al richiamato art. 133 comma 1 del D.Lgs n. 163/2006 pone la questione di **quale entità debba essere l'inadempimento del Committente, per giustificare la sospensione delle attività dell'appaltatore**. Infatti, mentre il summenzionato art. 133 comma 1 attribuiva all'appaltatore la facoltà di sospendere le prestazioni nel caso in cui l'importo delle somme non corrisposte dalla committente avesse raggiunto il 25 per cento del valore netto del contratto, il Codice del 2016 nulla dice al riguardo.

A risolvere la questione soccorrono i principi generali in tema di adempimento dei contratti, previsti e disciplinati dal codice civile, ed applicabili ai contratti pubblici in virtù di quanto previsto dall'art. 30 comma 8 del D.Lgs n. 50/2016. Può quindi affermarsi che nel caso in cui sia opposta da uno dei contraenti l'eccezione inadimplenti non est adimplendum, occorre verificare, secondo il principio di buona fede e correttezza sancito dall'art. 1375 codice civile, in senso oggettivo, se la condotta della parte inadempiente, avuto riguardo all'incidenza sulla funzione economico-sociale del contratto, abbia influito sull'equilibrio sinallagmatico dello stesso, in rapporto all'interesse perseguito dalla parte, e perciò abbia legittimato, causalmente e proporzionalmente, la sospensione dell'adempimento dell'altra parte.

In caso di contestazione, spetterà al giudice verificare, caso per caso, sulla base dei summenzionati principi, se l'inadempimento del committente era tale da giustificare la sospensione delle attività da parte dell'appaltatore.

## TERMINI PAGAMENTO

### Formalità e adempimenti ai quali sono subordinati i pagamenti

#### Es. CSA

L'emissione di ogni certificato di pagamento è subordinata:

- all'acquisizione del **DURC** dell'appaltatore. Nel caso d'accertamento di un'inadempienza contributiva nel D.U.R.C. relativa a uno o più Soggetti impiegati nell'esecuzione del contratto, l'S.A. provvede direttamente al versamento di quanto dovuto agli Enti previdenziali e assicurativi, compresa la Cassa edile, trattenendo dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza (art. 31, co. 3, L. 98/13 e ss.mm.ii.).
- agli **adempimenti in favore dei subappaltatori e subcontraenti**, se sono stati stipulati contratti di subappalto o subcontratti;
- all'ottemperanza alle prescrizioni in materia di **tracciabilità dei pagamenti**;
- all'accertamento, da parte dell'S.A., che il beneficiario non sia inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più **cartelle di pagamento** per un ammontare complessivo pari almeno all'importo da corrispondere con le modalità di cui al D.M. 40/08 e ss.mm.ii. (art. 48 bis, D.P.R. 602/73 e ss.mm.ii.). In caso d'inadempimento accertato, il pagamento è sospeso e la circostanza è segnalata all'agente della riscossione competente per territorio.

In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente dell'appaltatore, dei subappaltatori o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, impiegato nel cantiere, il R.U.P. invita per iscritto il soggetto inadempiente e, in ogni caso, l'appaltatore, a provvedere entro 15 (quindici) giorni. Decorso infruttuosamente il suddetto termine senza che sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta, l'S.A. provvede alla liquidazione del certificato di pagamento, trattenendo una somma corrispondente ai crediti vantati dal personale dipendente.

Il pagamento dell'ultima rata di acconto, qualunque sia l'ammontare, è effettuato dopo l'ultimazione dei lavori e la redazione del conto finale.

# COLLAUDO

## Collaudo

### Art. 102. (Collaudo e verifica di conformità)

- 1. Il responsabile unico del procedimento controlla l'esecuzione del contratto congiuntamente al direttore dei lavori per i lavori e al direttore dell'esecuzione del contratto per i servizi e forniture.
- 2. I contratti pubblici sono soggetti a collaudo per i lavori e a verifica di conformità per i servizi e per le forniture, per certificare che l'oggetto del contratto in termini di prestazioni, obiettivi e caratteristiche tecniche, economiche e qualitative sia stato realizzato ed eseguito nel rispetto delle previsioni e delle pattuizioni contrattuali. Per i contratti pubblici di lavori di importo superiore a 1 milione di euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 il certificato di collaudo, nei casi espressamente individuati dal decreto di cui al comma 8, può essere sostituito dal certificato di regolare esecuzione rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori. Per i lavori di importo pari o inferiore a 1 milione di euro e per forniture e servizi di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, è sempre facoltà della stazione appaltante sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori e per forniture e servizi dal responsabile unico del procedimento. Nei casi di cui al presente comma il certificato di regolare esecuzione è emesso non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.

## Certificato di regolare esecuzione

Art. 102, comma 2

Viene previsto che:

**per i lavori di importo superiore a 1 milione di euro e inferiore alla soglia di cui all'art. 35 del Codice**, nei casi espressamente individuati dal decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti che disciplinerà le modalità tecniche di svolgimento del collaudo, il certificato di collaudo può essere sostituito dal certificato di regolare esecuzione rilasciato dal direttore dei lavori;

**per i lavori di importo pari o inferiore a 1 milione di euro e per le forniture e servizi di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35 del Codice**, è sempre facoltà della stazione appaltante sostituire il certificato di collaudo con il certificato di regolare esecuzione.

Nei casi di cui sopra il certificato di regolare esecuzione **deve essere emesso non oltre 3 mesi** dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.

## Collaudo

3. Il collaudo finale o la verifica di conformità deve avere luogo non oltre sei mesi dall'ultimazione dei lavori o delle prestazioni, salvi i casi, individuati dal decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di cui al comma 8, di particolare complessità dell'opera o delle prestazioni da collaudare, per i quali il termine può essere elevato sino ad un anno. Il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità ha carattere provvisorio e assume carattere definitivo decorsi due anni dalla sua emissione. Decorso tale termine, il collaudo si intende tacitamente approvato ancorché l'atto formale di approvazione non sia stato emesso entro due mesi dalla scadenza del medesimo termine.

8. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, [si applica l'articolo 216, comma 16](#), anche con riferimento al certificato di regolare esecuzione, rilasciato ai sensi del comma 2.

16. Fino alla data di entrata in vigore del decreto previsto dall'articolo 102, comma 8, si applicano le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo X, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.

Si tratta degli artt. 215 e ss.

## Collaudo

- 5. Salvo quanto disposto dall'articolo 1669 del codice civile, l'appaltatore risponde per la difformità e i vizi dell'opera o delle prestazioni, ancorché riconoscibili, purché denunciati dalla stazione appaltante prima che il certificato di collaudo assuma carattere definitivo.
  
- 6. Per effettuare le attività di collaudo sull'esecuzione dei contratti pubblici di cui al comma 2, le stazioni appaltanti nominano tra i propri dipendenti o dipendenti di altre amministrazioni pubbliche da uno a tre componenti con qualificazione rapportata alla tipologia e caratteristica del contratto, in possesso dei requisiti di moralità, competenza e professionalità, iscritti all'albo dei collaudatori nazionale o regionale di pertinenza come previsto al comma 8 del presente articolo. Il compenso spettante per l'attività di collaudo è contenuto, per i dipendenti della stazione appaltante, nell'ambito dell'incentivo di cui all'articolo 113, mentre per i dipendenti di altre amministrazioni pubbliche è determinato ai sensi della normativa applicabile alle stazioni appaltanti e nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 61, comma 9, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. Per i lavori, tra i dipendenti della stazione appaltante ovvero tra i dipendenti delle altre amministrazioni, è individuato il collaudatore delle strutture per la redazione del collaudo statico. Per accertata carenza nell'organico della stazione appaltante, ovvero di altre amministrazioni pubbliche, le stazioni appaltanti individuano i componenti con le procedure di cui all'articolo 31, comma 8.

## Collaudo

### 7. Non possono essere affidati incarichi di collaudo e di verifica di conformità:

- a) ai magistrati ordinari, amministrativi e contabili, e agli avvocati e procuratori dello Stato, in attività di servizio e, per appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'[articolo 35](#) a quelli in quiescenza nella regione/regioni ove è stata svolta l'attività di servizio;
  - b) ai dipendenti appartenenti ai ruoli della pubblica amministrazione in servizio, ovvero in trattamento di quiescenza per appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'[articolo 35](#) ubicati nella regione/regioni ove è svolta per i dipendenti in servizio, ovvero è stata svolta per quelli in quiescenza, l'attività di servizio;
  - c) a coloro che nel triennio antecedente hanno avuto rapporti di lavoro autonomo o subordinato con gli operatori economici a qualsiasi titolo coinvolti nell'esecuzione del contratto;
  - d) a coloro che hanno, comunque, svolto o svolgono attività di controllo, verifica, progettazione, approvazione, autorizzazione, vigilanza o direzione sul contratto da collaudare;
- d-bis) a coloro che hanno partecipato alla procedura di gara.

## Collaudo

- 9. Al termine del lavoro sono redatti:
  - a) per i beni del patrimonio culturale un consuntivo scientifico predisposto dal direttore dei lavori o, nel caso di interventi su beni culturali mobili, superfici decorate di beni architettonici e a materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, da restauratori di beni culturali, ai sensi della normativa vigente, quale ultima fase del processo della conoscenza e del restauro e quale premessa per il futuro programma di intervento sul bene; i costi per la elaborazione del consuntivo scientifico sono previsti nel quadro economico dell'intervento;
  - b) l'aggiornamento del piano di manutenzione;
  - c) una relazione tecnico-scientifica redatta dai professionisti afferenti alle rispettive competenze, con l'esplicitazione dei risultati culturali e scientifici raggiunti.

## Controllo tecnico, contabile e amministrativo

Art. 111-comma 1 bis

**Gli accertamenti di laboratorio e le verifiche tecniche obbligatorie** inerenti alle attività di cui al comma 1, ovvero specificamente previsti dal capitolato speciale d'appalto di lavori, **sono disposti dalla direzione dei lavori o dall'organo di collaudo, imputando la spesa a carico delle somme a disposizione accantonate a tale titolo nel quadro economico. Tali spese non sono soggette a ribasso.**

Questo implica che **le spese per i controlli obbligatori non sono scontabili**: esse infatti sono assimilate ai costi sulla sicurezza, a carico del committente. Si dovrà applicare un tariffario del **Consiglio superiore dei lavori pubblici**.

Questo provvedimento contenuto nel Codice Appalti, per quanto utile, forse non basterà per dirimere la questione sulla veridicità dei controlli obbligatori dei cantieri. Per quanto l'art.111 del Codice sancisca che la sicurezza di un edificio è importante quanto quella dei lavoratori che operano in cantiere, è **altresì importante che anche i costi della Direzione Lavori non debbano essere scontabili**. Purtroppo, allo stato attuale, la valutazione sull'affidamento non avviene in base a requisiti qualitativi e spesso il Direttore Lavori che ha assunto un incarico a cifre modeste, in cantiere è poco presente e, di conseguenza, il problema rimane.

# Grazie per l'attenzione

**Cristiano Rigoli**

Ufficio Legale & Compliance

Cell. 335 5612830

[c.rigoli@bo.icie.it](mailto:c.rigoli@bo.icie.it)