

Articolo 106 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

Codice dei contratti pubblici

“Modifica di contratti durante il periodo di efficacia”

ASSOARPA ha valutato l'opportunità di fornire alle Agenzie associate degli elementi di riferimento utili nell'applicazione dell'art. 106 del Codice dei Contratti, riportato in allegato al documento.

Nel premettere che le osservazioni di seguito riepilogate si riferiscono agli oneri di pubblicazione e/o di comunicazione previsti ai commi 5, 8 e 14 dell'art. 106 e per le sole fattispecie di modifiche/varianti contrattuali ivi previste, si ritiene utile ricordare che la lettera a) del comma 1 prescrive, quale modalità procedurale prioritaria e conforme ai principi di libera concorrenza e trasparenza, l'inclusione, fin dagli atti originari di indizione della procedura, apposita clausola di modifica contrattuale/variante ritenuta opportuna ed eventualmente attivabile in corso di esecuzione del contratto (prevedendo altresì il corrispondente onere economico che andrà computato ai fini della determinazione della soglia economica di gara) a condizione che tali clausole siano chiare, precise e inequivocabili. Tale previsione consentirebbe di modificare contratti di appalto senza avviare una nuova procedura di affidamento e senza gli ulteriori oneri comunicativi o di pubblicità suppletiva richiamati dai citati commi 5, 8 e 14.

L'art. 106 prevede in 3 commi distinti diversi oneri comunicativi.

Il primo tra questi è il comma 5 che prevede unicamente per le tipologie di modifiche al contratto ai sensi del **comma 1 lettera b) e c)** la pubblicazione di un avviso in GUUE o in GURI (in relazione all'importo - sopra o sottosoglia comunitaria - del contratto) predisposto conformemente ai modelli di formulari contenenti le informazioni di cui alla parte I, lettera E dell'allegato XIV “Informazioni che devono figurare negli avvisi e nei bandi nei settori ordinari e speciali” al Codice. Dette pubblicazioni riguardano tutte le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture contemplate al titolo III della parte II del Codice e non anche gli affidamenti gestiti secondo l'art. 36 (contratti sottosoglia).

Gli obblighi di pubblicazione di un avviso riguardante la modifica del contratto ai sensi del comma 5 dell'art. 106, deve essere svolta per i contratti gestiti secondo procedure ordinarie (vedi parte II – Titolo III – capo II del Codice), tant'è che lo stesso comma 5 rimanda alla pubblicazione dell'avviso in conformità all'art. 72 che riferisce direttamente alle modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi nell'ambito delle procedure ordinarie di affidamento.

Il secondo comma di interesse è l'8 che recita: "La stazione appaltante comunica all'ANAC le modificazioni al contratto di cui al **comma 1, lettera b)** e al **comma 2**, entro trenta giorni dal loro perfezionamento. ... L'Autorità pubblica sulla sezione del sito Amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatore, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica."

Il comma 8 riferisce a due fattispecie enucleate dall'art. 106 e precisamente la lettera b) del comma 1 (per lavori, servizi o forniture supplementari necessari ma non inclusi all'origine nel contratto ed alla manifestazione contemporanea di due effetti prodotti dal cambiamento del contraente) e il comma 2 (per lavori, servizi o forniture il cui valore economico della modifica resti al di sotto dei due valori ivi rappresentati). In tali evenienze dovrà essere prodotta, a prescindere dall'importo del contratto, una comunicazione ad ANAC nei tempi prescritti dal comma 8 e secondo le modalità descritte nel Comunicato del Presidente ANAC dell'11 maggio 2016.

Il terzo ed ultimo comma di interesse è il comma 14 che indica la necessità di procedere per tutte le varianti in corso d'opera (comma 1 lettera c) e comma 2 lettera b) 4° capoverso (ndr per i lavori) – vedi FAQ ANAC aggiornamento al 20/1/2017) con comunicazione all'Osservatorio dei contratti pubblici nei casi di contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria o nel caso di contratti sopra soglia per valori delle varianti inferiori o uguali al 10%; e ad ANAC per le varianti eccedenti il valore del 10% per tutti i contratti pubblici di importo superiore o uguale alla soglia comunitaria.

Anche in questo terzo caso si può escludere l'applicabilità della norma ai contratti sottosoglia (ex art. 36) di importo inferiore a € 40.000,00 (oltre IVA). Ciò in quanto l'aggiornamento dei dati presso l'Osservatorio dei contratti pubblici è determinata dalla tipologia di CIG richiesto all'origine.

Conclusioni

L'obbligo di comunicazione delle varianti/modifiche ai sensi dell'art. 106 riguarda ogni contratto di lavori servizi e forniture.

In particolare:

Art. 106	varianti	Oneri comunicativi	
Comma 5	Comma 1 lettere b) e c)	Avviso GUUE Avviso GURI	Contratti gestiti mediante procedure ordinarie sopra e sottosoglia NO procedure ex art. 36
Comma 8	Comma 1 lett. b) Comma 2	Comunicazione ANAC	Ogni contratto a prescindere dal valore
Comma 14	Varianti in corso d'opera: comma 1 lettera c) comma 2 lettera b) 4° capoverso	Osservatorio contratti pubblici	Contratti sottosoglia e soprasoglia comunitaria con valore delle varianti inferiore o uguale al 10% (resta fermo il limite economico di valore contrattuale sotto il quale non vi è obbligo di aggiornamento dati c/o l'Osservatorio - €. 40.000,00)
		Comunicazione ANAC	Contratti soprasoglia comunitaria con valore delle varianti superiore al 10%

In ultimo si rammenta il comma 11 dell'articolo in esame (*“La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante.”*) che si riferisce espressamente alla opzione della cd “proroga tecnica”. Detto istituto è oggi ammesso nel solo caso che la proroga sia prevista originariamente negli atti di avvio della procedura di acquisizione (con la relativa quantificazione economica ai fini della determinazione della soglia di gara) e per il solo tempo necessario alla conclusione della corrispondente procedura di affidamento in corso di espletamento. L'attivazione della clausola della proroga tecnica non comporta l'acquisizione di un nuovo CIG.

AssoARPA
Associazione tra le Agenzie Regionali e Provinciali
per la Protezione dell'Ambiente

Diverso è invece il concetto di rinnovo contrattuale che può essere attivato anch'esso solo se previsto originariamente in atti di gara, che costituisce di per sé nuovo contratto comportando l'acquisizione di un nuovo CIG con i conseguenti relativi identici oneri comunicativi all'Osservatorio del contratto originario.

Maggio 2018

Roberta Piagneri – ARPA Lombardia

Alberto Manfredi Selvaggi - ARPA Molise

Corrado Cantele – ARPA Valle d'Aosta

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

Codice dei contratti pubblici

Art. 106. (Modifica di contratti durante il periodo di efficacia)

1. Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:

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;

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 disagi o una consistente duplicazione dei costi;

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;

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;

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.

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

a) le soglie fissate all'articolo 35;

b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e fornitura sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali. Tuttavia la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche. Qualora la necessità di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudichino in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, essa è consentita solo nei limiti quantitativi di cui al presente comma, ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni.

3. Ai fini del calcolo del prezzo di cui ai commi 1, lettere b) e c), 2 e 7, il prezzo aggiornato è il valore di riferimento quando il contratto prevede una clausola di indicizzazione.

4. Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lettera e), quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati (*o di offerenti - n.d.r.*) diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;

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

c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;

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

5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori che hanno modificato un contratto nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) e c), pubblicano un avviso al riguardo nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Tale avviso contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera E, ed è pubblicato conformemente all'articolo 72 per i settori ordinari e all'articolo 130 per i settori speciali. Per i contratti di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, la pubblicità avviene in ambito nazionale.

6. Una nuova procedura d'appalto in conformità al presente codice è richiesta per modifiche delle disposizioni di un contratto pubblico di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 2.

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.

8. La stazione appaltante comunica all'ANAC le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lettera b) e al comma 2, entro trenta giorni dal loro perfezionamento. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'Autorità irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo. L'Autorità pubblica sulla sezione del sito Amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatore, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica.

9. I titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione di cui al comma 2. Nel caso di appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo.

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

11. La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante.

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

13. Si applicano le disposizioni di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52. Ai fini dell'opponibilità alle stazioni appaltanti, le cessioni di crediti devono essere stipulate mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e devono essere notificate alle amministrazioni debtrici. Fatto salvo il rispetto degli obblighi di tracciabilità, le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto, concessione, concorso di progettazione, sono efficaci e opponibili alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni

pubbliche qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro quarantacinque giorni dalla notifica della cessione. Le amministrazioni pubbliche, nel contratto stipulato o in atto separato contestuale, possono preventivamente accettare la cessione da parte dell'esecutore di tutti o di parte dei crediti che devono venire a maturazione. In ogni caso l'amministrazione cui è stata notificata la cessione può opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto relativo a lavori, servizi, forniture, progettazione, con questo stipulato.

14. Per gli appalti e le concessioni di importo inferiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché quelle di importo inferiore o pari al 10 per cento dell'importo originario del contratto relative a contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, sono comunicate dal RUP all'Osservatorio di cui all'articolo 213, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza. Per i contratti pubblici di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera di importo eccedente il dieci per cento dell'importo originario del contratto, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture prioritarie, sono trasmesse dal RUP all'ANAC, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad una apposita relazione del responsabile unico del procedimento, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante. Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, essa esercita i poteri di cui all'articolo 213. In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle varianti in corso d'opera previsti, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 213, comma 13.