



**Emergenza epidemiologica da Covid-19
e gestione delle sopravvenienze nei
contratti di diritto pubblico**

Fasi delle procedure di affidamento dei contratti pubblici

- **Fase di programmazione**
 - **Fase di progettazione**
- **Fase di selezione dell'offerta**
- **Fase di esecuzione del contratto (o post-aggiudicazione)**

Matrice privatistica della disciplina della fase di esecuzione del contratto

- La disciplina che presiede all'esperimento della **fase di esecuzione del contratto pubblico** è di matrice **privatistica** ed incentrata sull'**esecuzione del contratto** in una logica di **rapporto paritetico tra i contraenti**.

Matrice privatistica della disciplina della fase di esecuzione del contratto

- La disciplina che presiede all'esperimento della **fase di esecuzione del contratto pubblico** è di **matrice privatistica** ed incentrata sull'**esecuzione del contratto** in una logica di **rapporto paritetico tra i contraenti**.

Attualità dell'interesse pubblico in fase di esecuzione del contratto pubblico

- Il documento **Strategia sulla riforma degli appalti pubblici**, approvato dal **Comitato Interministeriale per gli Affari Europei (CIAE)** del 15 ottobre 2015, peraltro, ha individuato **le criticità che intervengono in fase di post-aggiudicazione e che incidono in termini negativi sul corretto impiego delle risorse pubbliche** (cfr. 5. 1. 3.) (in <http://www.politicheeuropee.it>)

Segue. Modifiche al contratto di appalto e nuova aggiudicazione

CGCE, 19 giugno 2008, C-454/06, *Pressetext*:

- ***"[...] Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto [...]" (cfr. CGCE, 5 ottobre 2000, C-337/98, Commissione c. Francia)***

Principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza

Art. 30, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016

- **L'affidamento e l'esecuzione di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza.**

Principi di libera concorrenza e di non discriminazione

- Anche la fase di esecuzione di un contratto pubblico risulta informata ai principi di libera concorrenza e di non discriminazione, sebbene il dato testuale dell'art. 30, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016:

"[...] Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. [...]"

Requisiti particolari per l'esecuzione del contratto pubblico ed osservanza del diritto europeo

Art. 100, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016

*"Le stazioni appaltanti possono richiedere **requisiti particolari per l'esecuzione del contratto**, purché siano compatibili con il **diritto europeo** e con i **principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisate nel bando di gara o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'onori.***

*Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a **esigenze sociali e ambientali [...]**".*

Rimedi per la gestione delle sopravvenienze in fase di esecuzione dei contratti pubblici

Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50
(Codice dei contratti pubblici)

- **Modifica di contratti durante il periodo di efficacia (art. 106)**
 - **Sospensione (art. 107)**
 - **Risoluzione (art. 108)**
 - **Recesso (art. 109)**

**Modifica dei contratti di diritto pubblico
durante il periodo di efficacia**

Rinegoziazione dei termini di un contratto pubblico in corso di esecuzione

- **Potere unilaterale della parte pubblica di revisione delle clausole contrattuali**
- **Potere bilaterale di procedere di comune accordo alla revisione contrattuale**

Potere unilaterale della parte pubblica di revisione delle clausole contrattuali

- **Singole attribuzioni normative di un potere di revisione unilaterale del contratto in sede di esecuzione** integrano, a livello sistematico, **l'espressione di prerogative strettamente tipizzate**, non già di un **generale principio di supremazia amministrativa sulle controparti private**, con riferimento alla posizione della parte pubblica all'interno del rapporto contrattuale (cfr. art. 1, L. n. 241/1990).

Segue. Revisione prezzi e varianti in corso d'opera

- Risultano sussumibili in tale tipologia di modifica contrattuale:
 - l'istituto della **revisione prezzi** (cfr. Corte dei conti, Sez. Controllo per la Regione Sardegna, n. 5/2009; Cons. Stato, Sez. V, 12 ottobre 1984, n. 723; *contra*, Cass. Civ., 12 giugno 1987, n. 5148);
 - le **varianti in corso d'opera**, quante volte integrino l'oggetto dell'iniziativa da parte della stazione appaltante pubblica.

Potere bilaterale di procedere di comune accordo alla revisione contrattuale

- **Integra l'esercizio di prerogative reciproche delle parti, all'interno di un rapporto contrattuale che si svolge su base essenzialmente paritetica.**

Segue. Sopravvenienze ed assenza di un obbligo di rinegoziazione

- La disciplina di diritto comune dell'ordinamento italiano non reca un **diretto riconoscimento normativo dell'obbligo di rinegoziazione dei termini del contratto**, quante volte intervengano **sopravvenienze idonee ad alterare l'originario equilibrio economico** tra i paciscenti (cfr. V. Andreoli, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1938, 309 ss.).

***Segue.* La risoluzione del contratto quale rimedio esperibile**

- In tali ipotesi, invero, il **rimedio approntato dall'ordinamento giuridico interno** deve essere individuato nella **risoluzione del contratto** di cui all'**art. 1967 c.c.**

Segue. Il potere di rinegoziazione bilaterale del contratto nel diritto privato comparato

- **Grecia**
- **Olanda**
- **Germania: la legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) del 26 novembre 2001, ha recepito il consolidato indirizzo pretorio che riteneva **possibile l'intervento del Giudice sul contratto**, in ragione di una ermeneusi estensiva della clausola di buona fede oggettiva di cui ai § 157 e 242 BGB.**

Clausole di *hardship*

Principi *Unidroit*, art. 6. 2. 3.

- Contempla le c. d. **clausole di *hardship***, che importano la **rinegoziazione** del contratto ovvero **l'intervento eteronomo del giudice** quante volte ricorra **l'ingiustificata o sproporzionata difficoltà** riveniente da un certo rapporto giuridico o un determinato accordo **per una parte**, in ragione del verificarsi di **situazioni imprevedute ed estranee al controllo dei contraenti**, tale da **alterare sensibilmente l'equilibrio negoziale**.

Divieto di rinegoziazione di un contratto concluso a seguito di scelta ad evidenza pubblica

Cons. Stato, Sez. V, 13 gennaio 2002, n. 6281

- **Le amministrazioni appaltanti non possono rinegoziare con il soggetto prescelto come contraente le condizioni di esecuzione dei contratti aggiudicati in esito a procedure concorsuali**
- **In tema di appalto di servizi, la rinegoziazione dell'offerta dopo l'aggiudicazione della gara trasforma una originaria selezione aperta (ovvero ristretta) in una procedura negoziata, che trasmoda nello schema della trattativa privata; pertanto è illegittima la decisione di procedere alla suddetta rinegoziazione dopo l'aggiudicazione** (conf., Cons. Stato, Sez. V, 1 marzo 2010, n. 1156; Cons. Stato, Sez. V, 26 ottobre 2009, n. 6530; T. A. R. Lazio – Roma, Sez. II, 17 aprile 2007, n. 3347).

Letture *pro-concorrenziale* del potere di rinegoziazione paritetica dei contratti pubblici

- Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, la **garanzia di stabilità dell'oggetto del contratto**, come aggiudicato e stipulato dalla stazione appaltante (SA) pubblica, funge da **istituto a carattere generale**, che assicura il **corretto confronto tra operatori economici**, oltre che quale **strumento di tutela degli interessi delle parti** (cfr. CGUE, 22 aprile 2010, C-423-07, *Commissione europea v. Spagna*).

Segue. Alternative Dispute Resolutions (ADR) quale forma di rinegoziazione del contratto

CGCE, 5 ottobre 2000, C-337/98

- **Le modifiche contrattuali rivenienti da una transazione, possono considerarsi di per sè legittime, tendenzialmente ed alla stregua di un criterio soggettivo, in quanto funzionali ad ovviare alle difficoltà, oggettive ed imprevedibili, in tesi riscontrate in fase di esecuzione del contratto pubblico, ovvero all'infuori dell'ambito della normale volontà negoziale delle parti e dei relativi obblighi di trasparenza preventiva (cfr. art. 1965 ss. c. c.).**

Segue. Alternative Dispute Resolutions (ADR) quale forma di rinegoziazione del contratto

CGUE, Sez. VIII, 7 settembre 2016, C-549/14, *Finn Frogne A/S v. Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*

L'art. 2 della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, a tale appalto non può essere apportata una modifica sostanziale senza l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, anche qualora tale modifica costituisca, obiettivamente, una modalità di composizione transattiva, comportante rinunce reciproche per entrambe le parti, allo scopo di porre fine a una controversia, dall'esito incerto, sorta a causa delle difficoltà incontrate nell'esecuzione di tale appalto.

Segue. Alternative Dispute Resolutions (ADR) **quale forma di rinegoziazione del contratto**

CGUE, Sez. VIII, 7 settembre 2016, C-549/14, *Finn Frogne A/S v. Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*

- La situazione sarebbe diversa soltanto nel caso in cui i documenti relativi a detto appalto prevedessero la **facoltà di adeguare talune sue condizioni**, anche importanti, **dopo la sua aggiudicazione** e fissassero le **modalità di applicazione di tale facoltà**.
- **Soltanto prevedendo esplicitamente tale facoltà e fissandone le modalità di applicazione in detti documenti**, l'amministrazione aggiudicatrice garantisce che **tutti gli operatori economici interessati a partecipare a tale appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio** e si trovino pertanto su **un piede di parità nel momento della formulazione dell'offerta** (cfr., CGCE, 29 aprile 2004, *Commissione v. AS Succhi di Frutta*, C-496/99).

***Segue. ADR* in fase di esecuzione delle concessioni pubbliche**

CGUE, 14 novembre 2013, C-221/12, *Belgacom NV*

- In base agli **articoli 49 TFUE e 56 TFUE**, un operatore economico di uno Stato membro può invocare dinanzi ai giudici nazionali la **violazione dell'obbligo di trasparenza** risultante dai predetti articoli che sarebbe stata commessa in occasione della **conclusione di una convenzione** mediante la quale uno o più enti pubblici dello Stato membro di cui trattasi hanno attribuito ad un operatore economico dello stesso Stato membro una **concessione di servizi che presenta un interesse transfrontaliero certo** oppure hanno accordato ad un operatore economico il **diritto esclusivo di esercitare un'attività economica che presenta siffatto interesse**.

Scope of the contract test

- Un primo indirizzo registrato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE ha assunto quale indice del **carattere anticoncorrenziale di una modifica apportata ad un contratto pubblico la idoneità del mutamento ad alterare l'originario equilibrio economico delle prestazioni** dedotte nel sinallagma mediante il c. d. ***scope of the contract test*** (cfr. CGCE, 5 ottobre 2000, C-337/984, *Commission c. France*).

Scope of the competition test

- Un distinto e recente orientamento della giurisprudenza europea, d'altra parte, ritiene che una modifica contrattuale risulti **essenziale**, e quindi **non ammissibile**, quante volte la sua adozione risulti **incompatibile con i termini del contratto originario**, alla stregua di un **giudizio di prognosi postuma** (c. d. ***scope of the competition test***) (cfr. CGCE, 29 aprile 2004, C-496-99 *Commissione v. CAS Succhi di frutta SpA*; Id., 19 giugno 2008, C-454-06, *Presstext*).

Commissione UE, Comunicazione interpretativa n. C(2007)/6661 sui PPPI

- **Qualsiasi modifica delle condizioni essenziali dell'appalto non prevista nel capitolato d'onere impone di ricorrere ad una nuova procedura di gara.**
- **A titolo di esempio, costituiscono condizioni essenziali l'oggetto dei lavori o dei servizi che l'aggiudicatario deve fornire o i canoni imposti agli utilizzatori del servizio fornito dall'aggiudicatario.**

Rinegoziazione e principio di trasparenza

CGUE, *Grande Chambre*, 13 aprile 2010, C-91/08, *Wall AG c. Stadt Frankfurt am Main*

- Nel caso ad un contratto di concessione di servizi siano apportate **modifiche che presentino caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle che hanno giustificato l'aggiudicazione iniziale del contratto**, tali da dimostrare la **volontà di rinegoziazione delle parti**, debbono essere concessi, conformemente all'ordinamento interno dello Stato membro interessato, **tutti i provvedimenti idonei a reintrodurre la trasparenza nel procedimento**, ivi compresa la **possibilità di un nuovo procedimento di aggiudicazione**.

Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE

- I richiamati indirizzi registrati nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE hanno ricevuto **espresso riconoscimento** nella normativa europea di secondo grado con l'**art. 43 Direttiva 2014/23/UE**, l'**art. 72 Direttiva 2014/24/UE** e l'**art. 89 Direttiva 2014/25/UE**, rispettivamente rubricati nella "***Modifica di contratti durante il periodo di validità***".

Il Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016)

- **Il potere di rinegoziazione dei contratti con le Pubbliche Amministrazioni è disciplinato per i contratti di appalto e di concessione, rispettivamente, dagli artt. 106 e 175 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che ha recepito nell'ordinamento interno la richiamata normativa europea.**

Autorizzazione del RUP

Art. 106, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016

- **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 SA da cui il RUP dipende.**

Tipizzazione delle cause ammissibili di modifica

Art. 106, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016

La tipizzazione delle cause ammissibili di modifica di un contratto di appalto in corso di validità e senza il previo esperimento di una nuova procedura di affidamento sottende la complessiva logica di sistema in ragione della quale l'esercizio della facoltà di rinegoziazione del contratto pubblico dipende dalla conservazione del contenuto qualificante dell'originario rapporto sinallagmatico.

Segue. Tipizzazione delle cause ammissibili di modifica

Art. 106, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016

- a) Modifiche previste, a prescindere dal valore monetario, nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise ed inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi;**
- b) prestazioni supplementari, rispetto all'oggetto principale del contratto, rese necessarie nel corso dell'esecuzione contrattuale;**
- c) varianti in corso d'opera;**
- d) modifiche soggettive;**
- e) facoltà della SA di stabilire soglie di importi per consentire le modifiche non sostanziali.**

Segue. Limite di ammissibilità più ampio delle varianti in corso d'opera per le concessioni pubbliche

Art. 175, comma 1, lett. c), D. Lgs. n. 50/2016

Nei contratti di **concessione pubblica**, le **varianti in corso d'opera** sono ammesse ove ricorrano, contestualmente, le seguenti condizioni:

- 1) la necessità di modifica derivi da **circostanze che una stazione appaltante non ha potuto prevedere utilizzando l'ordinaria diligenza**;
- 2) la modifica non alteri **la natura generale della concessione**.

Segue. L'emergenza epidemiologica Covid-19 quale circostanza imprevista ed imprevedibile

L'emergenza epidemiologica da Covid-19 e la necessaria osservanza dei provvedimenti ministeriali adottati per il suo contenimento integrano la fattispecie contemplata dall'art. 106, comma 1, lett. c), D. Lgs. n. 50/2016 per l'adozione di varianti in corso d'opera (cfr. art. 175, comma 1, lett. c), per le concessioni) :

*"1) la necessità di modifica è determinata da **circostanze impreviste ed imprevedibili** per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore [...] 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**".*

Segue. Revisione del piano economico finanziario nelle concessioni pubbliche

Art. 165, comma 6, D. Lgs. n. 50/2016

- **Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio.**
- **La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relativo al contratto (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653).**

Segue. Attuazione delle misure di contenimento ed esonero da responsabilità dell'appaltatore

Art. 3, comma 6-*bis* D. L. n. 6/2020, conv. In L. n. 13/2020

Il rispetto delle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli **artt. 1218 e 1223 c. c.**, della **responsabilità del debitore**, anche relativamente all'applicazione di **eventuali decadenze o penali** connesse a **ritardati o omessi adempimenti** (comma inserito dall'**art. 91, D. L. n. 18/2020**, conv. dalla **L. n. 27/2020**).

Segue. Esonero dall'applicazione di clausole penali

Art. 113-bis, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016

- **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 % di detto ammontare netto contrattuale (cfr. *Protocollo Condiviso di Regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri edili*, 19 marzo 2020).**

Segue. Contratti di diritto pubblico e disciplina dell'inadempimento

Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653

- Fermi i casi di **contratti integralmente di diritto privato**, nei casi invece di **contratti ad oggetto pubblico** la Pubblica Amministrazione serba in proprio capo **la tradizionale posizione di supremazia**.
- Tali contratti non sono disciplinati dalle **regole proprie del diritto privato**, ma meramente dai **principi del Codice civile che presiedono alla materia delle obbligazioni e dei contratti**, sempre in quanto compatibili ed in disparte previsioni diverse.
- Il Giudice, peraltro, può fare applicazione anche della **disciplina dell'inadempimento del contratto** quante volte una parte contesti alla controparte un **inadempimento degli obblighi di fare**.

***Segue.* Contratti pubblici e rinvio alla disciplina privatistica**

Art. 30, comma 8, D. Lgs. n. 50/2016

Per quanto **non espressamente previsto nel Codice dei contratti pubblici e negli atti attuativi**, alle procedure di affidamento ed alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano **le disposizioni di cui alla L. n. 241/1990**, alla stipula del contratto ed alla fase di esecuzione si applicano **le disposizioni del Codice civile**.

Segue. Responsabilità del debitore e risarcimento del danno

Art. 1218 c.c.

Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione.

Art. 1223 c. c.

Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.

Segue. Contratto con prestazioni corrispettive.

Art. 1467 c. c.

- **Nei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 c. c.**
- **La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.**
- **La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.**

Segue. Natura aleatoria del contratto di appalto

Art. 1655 c. c.

L'appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro (cfr. Cass. Civ. Sez. I, 18 febbraio 2008, n. 3932).

***Segue.* Onerosità o difficoltà dell'esecuzione dell'appalto**

Art. 1664, comma 1 c. c.

Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La differenza può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo.

Segue. Persistenza della natura non aleatoria del contratto di appalto

Cass. Civ., 6 giugno 1977, n. 2336

La clausola con la quale si escluda, in deroga all'art. 1664 c. c., il diritto dell'appaltatore ad ulteriore compenso per le difficoltà impreviste incontrate nell'esecuzione dell'opera (c. d. appalto à *forfait*) non comporta alcuna alterazione della struttura ovvero della funzione dell'appalto, nel senso di renderlo un contratto aleatorio, ma solo un ulteriore allargamento del rischio, senza che questo, pur così ulteriormente allargato, esorbiti dall'*alea* normale di questo tipo contrattuale.

Segue. Configurazione delle circostanze straordinarie ed imprevedibili

Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653

Il carattere della straordinarietà è di natura oggettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi, quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, suscettibili di misurazioni (e quindi, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico), mentre il carattere della imprevedibilità ha fondamento soggettivo, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza (cfr. CGARS, Sez. Giurisd., 26 aprile 2019, n. 343; ANAC, Delibera 14 marzo 2018, n. 267)

Segue. Emergenza sanitaria quale ragionevole impedimento nell'esecuzione di un appalto pubblico

Cons. Stato, Sez. III, 1 marzo 1972, n. 287

Ai fini della disapplicazione della penale per ritardo nella consegna di una fornitura, può tenersi conto di un'epidemia influenzale che, se anche abbia interessato solo una percentuale limitata delle maestranze, si sia protratta per un considerevole periodo di tempo, sì da costituire un ragionevole impedimento alla normale produzione.

Segue. Impossibilità sopravvenuta della prestazione

Cass. Civ., Sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26959

L'impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 c. c.) si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore ed il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta inutilizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione.

Segue. Limite alla modifica dei contratti di appalto nei settori ordinari

Art. 106, comma 7, D.Lgs. n. 50/2016

- **Nei casi di cui al comma 1, lett. b) e c), per i settori ordinari il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50% 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 la disciplina di cui al Codice dei contratti pubblici.**

Modifiche sostanziali di un contratto o di un accordo quadro

Art. 106, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016

Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lett. e), quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti.

Segue. Doppio livello di valutazione della modifica contrattuale

- **L'individuazione del carattere sostanziale** di una modifica contrattuale postula **un doppio livello di valutazione** demandata alle parti ed all'eventuale sindacato giurisdizionale:
- un apprezzamento **qualitativo** della modifica contrattuale in punto di **incidenza sugli elementi essenziali del contratto**;
- un apprezzamento **quantitativo** della modifica contrattuale in termini di **rilevanza rispetto all'assetto complessivo del rapporto negoziale contrattuale**.

Casistica degli indicatori di rilevanza sostanziale delle modifiche contrattuali

- **L'art. 106, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016** reca una **breve casistica non esaustiva di alcuni indicatori di rilevanza sostanziale della modifica del contratto pubblico** alla stregua della logica delle c. d. ***figure sintomatiche*** (cfr. art. 21-*octies* L. n. 241/1990):

Segue. Casistica degli indicatori di rilevanza sostanziale delle modifiche contrattuali

- a) la modifica introduce **condizioni** che, se fossero state contenute nella procedura di appalto iniziale, avrebbero consentito **l'ammissione di candidati 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).**

Soglie di ammissibilità delle modifiche

Art. 106, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016

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

a) le soglie fissate all'art. 35;

b) il 10% del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15% del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali.

Segue. Intangibilità della natura complessiva del contratto e determinazione del valore complessivo

Art. 106, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016

- **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.**

Segue. Modifiche contrattuali in ragione di errori o omissioni del progetto esecutivo

Art. 106, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016

- Qualora la necessità di modificare il contratto derivi **da errori o da omissioni nel progetto esecutivo**, che pregiudicano in tutto o in parte la **realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione**, essa è consentita **solo nei limiti quantitativi richiamati alle lett. a) e b)**, ferma restando la **responsabilità dei progettisti esterni**.

Segue. Errori o omissioni del progetto esecutivo

Art. 106, comma 10, D. Lgs. n. 50/2016

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.

Segue. Responsabilità dei titolari di incarichi di progettazione

Art. 106, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016

- **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.**

Esperimento di una nuova procedura di appalto

Art. 106, comma 6, D. Lgs. n. 50/2016

Una nuova procedura di appalto in conformità al Codice dei contratti pubblici è richiesta per **modifiche delle disposizioni di un contratto pubblico o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia, diverse da quelle previste ai commi 1 e 2.**

Il c. d. quinto d'obbligo

Art. 106, comma 12, D. Lgs. n. 50/2016

- **La SA, 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.**

Proroga dei contratti di appalto in corso di esecuzione

Art. 106, comma 11, D. Lgs. n. 50/2016

- 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 più favorevoli per la SA.**

Segue. Divieto di proroga della durata delle concessioni

Art. 175, comma 1, lett. a), D. Lgs. n. 50/2016

Le clausole dei documenti di gara non possono apportare al contratto modifiche che alterino la natura generale della concessione e, in ogni caso, non possono prorogarne la durata.

Obblighi di pubblicità della rinegoziazione

Art. 106, comma 5, D. Lgs. n. 50/2016

- Le Amministrazioni aggiudicatrici o gli Enti aggiudicatori che hanno modificato un contratto nelle situazioni di cui al **comma 1, lett. b) e c)**, pubblicano **un avviso al riguardo nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (GUUE)**.
- Tale avviso contiene **le informazioni di cui all'allegato XVI, parte I, lett. E)** ed è **pubblicato conformemente all'art. 72** per i settori ordinari ed **all'art. 130** per i settori speciali.
- Per i **contratti di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35**, la pubblicità avviene in ambito nazionale.

Obblighi di comunicazione all'ANAC

Art. 106, comma 8, D. Lgs. n. 50/2016

- **La SA comunica all'ANAC le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lett. b) ed al comma 2, entro trenta giorni dal loro perfezionamento.**
- **In caso di mancata o tardiva comunicazione, l'Autorità irroga una sanzione amministrativa alla SA di importo compreso tra 50 e 200 euro.**
- **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.**

Publicità delle varianti in corso d'opera per i contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria

Art. 106, comma 14, D. Lgs. n. 50/2016

- **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% 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'art. 213, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della SA per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza.**

Segue. Pubblicità delle varianti in corso d'opera per i contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria

Art. 106, comma 14, D. Lgs. n. 50/2016

Per i contratti pubblici di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera di importo eccedente il 10% 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 RUP, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della SA.

Segue. Proroga del termine di comunicazione all'ANAC

ANAC, Delibera 19 marzo 2020, n. 268

- **I termini fissati dalla legge (art. 213, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016) e dai Comunicati del Presidente dell'Autorità del 4 aprile 2008, 14 dicembre 2010, 11 maggio 2016, 16 ottobre 2019, 18 dicembre 2019 per la trasmissione dei dati all'Osservatorio dei contratti pubblici sono incrementati di ulteriori 60 giorni. Pertanto, fino all'adozione di un'apposita Delibera dell'Autorità, una volta cessata l'emergenza sanitaria, valgono i nuovi seguenti termini: [...]**

Scheda di modifiche contrattuali: entro 90 giorni dall'evento.

(cfr. ANAC, Comunicato del Presidente, 1 aprile 2020, *Attività di vigilanza collaborativa nella attuale fase emergenziale*; Comunicato del Presidente, 9 aprile 2020).

Segue. Illegittimità delle varianti in corso d'opera e poteri dell'ANAC

Art. 106, comma 14, D. Lgs. n. 50/2016

- **Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, essa esercita i poteri di cui all'art. 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'art. 213, comma 13.**

Opponibilità alle SA della cessione dei crediti

Art. 106, comma 13, D. Lgs. n. 50/2016

- Si applicano le disposizioni di cui alla L. 21 febbraio 1991, n. 52, rubricata nella "*Disciplina della cessione dei crediti di impresa*".
- Ai fini dell'**opponibilità alle SA**, le **cessioni di crediti** devono essere stipulate mediante **atto pubblico** o **scrittura privata autenticata** e devono essere **notificate alle Amministrazioni debitorie**.

Segue. Mancata accettazione delle SA della cessione del credito

Art. 106, comma 13, D. Lgs. n. 50/2016

- **Fatto salvo il rispetto degli obblighi di tracciabilità, le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto, concessione, concorso di progettazione, sono efficaci ed opponibili alle SA che sono Amministrazioni pubbliche qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente ed al cessionario entro quarantacinque giorni dalla notifica della cessione.**

***Segue.* Preventiva accettazione della cessione dei crediti futuri**

Art. 106, comma 13, D. Lgs. n. 50/2016

- **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.**

***Segue.* Eccezioni opponibili dalla SA Amministrazione ceduta al cessionario**

Art. 106, comma 13, D. Lgs. n. 50/2016

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.

Sospensione dell'esecuzione dei contratti di diritto pubblico

Emergenza epidemiologica da Covid-19 e sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi

Art. 103, comma 1, D. L. n. 18/2020, conv., con modificazioni, dalla L. n. 27/2020

- **Ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020, prorogato al 15 maggio 2020 dall'art. 37, D. L. n. 23/2020.**
- **Le P. A. adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati.**
- **Sono prorogati o differiti, per il tempo corrispondente, i termini di formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio significativo previste dall'ordinamento (cfr. ANAC, Delibera 9 aprile 2020, n. 339, Atto di segnalazione del 9 aprile 2020, n. 4).**

Segue. Sospensione dell'esecuzione dei contratti pubblici

Art. 107, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016

In tutti i casi in cui ricorrano circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto, il direttore dei lavori può disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto.

Segue. Verbale di sospensione e del SAL

Art. 107, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016

Il direttore dei lavori compila, se possibile con l'intervento dell'esecutore o di un suo legale rappresentante, il verbale di sospensione, con l'indicazione delle ragioni che hanno determinato l'interruzione dei lavori, nonché dello stato di avanzamento dei lavori, delle opere la cui esecuzione rimane interrotta e delle cautele adottate affinché alla ripresa le stesse possano essere continuate ed ultimate senza eccessivi oneri, della consistenza della forza lavoro e dei mezzi d'opera esistenti in cantiere al momento della sospensione.

- Il verbale e' inoltrato al responsabile del procedimento entro cinque giorni dalla data della sua redazione (cfr. artt. 10, 14, 23 del Decreto MIT, 7 marzo 2018, n. 49; ANAC, Atto di segnalazione, 29 aprile 2020, n. 385).**

Segue. Sospensione per ragioni di necessità o di pubblico interesse

Art. 107, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016

- La **sospensione** può, altresì, essere disposta dal responsabile del procedimento per **ragioni di necessità o di pubblico interesse**, tra cui **l'interruzione di finanziamenti pubblici per esigenze sopravvenute di finanza pubblica**, disposta con **atto motivato delle amministrazione competenti**.
- Qualora la **sospensione**, o le **sospensioni**, durino per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'**esecuzione dei lavori stessi**, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'**esecutore può chiedere la ricoluzione del contratto senza indennità**; se la stazione appaltante si oppone, l'**esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti**. **Nessun indennizzo e' dovuto all'esecutore negli altri casi**.

***Segue.* Durata della sospensione**

Art. 107, comma 3, D. Lgs. n. 50/2016

- **La sospensione e' disposta per il tempo strettamente necessario. Cessate le cause della sospensione, il responsabile del procedimento dispone la ripresa dell'esecuzione e indica il nuovo termine contrattuale.**

Segue. Sopravvenuta impossibilità parziale di esecuzione dei lavori

Art. 107, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016

- **Ove successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore e' tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale.**
- **Le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali e' sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori; qualora l'esecutore non intervenga alla firma dei verbali o si rifiuti di sottoscriverli, deve farne espressa riserva sul registro di contabilita'.**

Segue. Sospensione oltre il quarto del tempo contrattuale complessivo

Art. 107, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016

- **Quando la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo il responsabile del procedimento da' avviso all'ANAC.**
- **In caso di mancata o tardiva comunicazione l'ANAC irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo.**

Segue. Proroga del termine dei lavori

Art. 107, comma 5, D. Lgs. n. 50/2016

- **L'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato puo' 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 imputabilita' 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.**

Segue. Ultimazione dei lavori

Art. 107, comma 5, D. Lgs. n. 50/2016

- **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, e' 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 ne' ad alcuna indennita' qualora i lavori, per qualsiasi causa non imputabile alla stazione appaltante, non siano ultimati nel termine contrattuale e qualunque sia il maggior tempo impiegato.**

Segue. Risarcimento dei danni per sospensioni totali o parziali

Art. 107, comma 6, D. Lgs. n. 50/2016

- Nel caso di **sospensioni totali o parziali** dei lavori disposte dalla stazione appaltante **per cause diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 4**, l'**esecutore** puo' chiedere il **risarcimento dei danni subiti**, quantificato **sulla base di quanto previsto dall'articolo 1382 c. c. e secondo criteri individuati nel decreto di cui all'articolo 111, comma 1.**

Risoluzione dei contratti di diritto pubblico

Cause di risoluzione facoltativa

Art. 108, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016

- Fatto salvo quanto previsto ai **commi 1, 2 e 4 dell'art. 107**, **le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia**, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:
 - a) il contratto ha subito **una modifica sostanziale** che avrebbe richiesto **una nuova procedura di appalto** ai sensi dell'**art. 106**;
 - b) con riferimento alle modificazioni di cui all'**art. 106, comma 1, lett. b) e c)** sono state superate **le soglie di cui al comma 7 del predetto articolo**; con riferimento alle modificazioni di cui all'**art. 106, comma 1, lett. e) del predetto articolo**, sono state superate **eventuali soglie stabilite dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori**; con riferimento alle modificazioni di cui all'**art. 106, comma 2**, sono state superate **le soglie di cui al medesimo comma 2, lett. a) e b)**;

Segue. Cause di risoluzione facoltativa

Art. 108, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016

c) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'art. 80, comma 1, sia per quanto riguarda i settori ordinari sia per quanto riguarda le concessioni ed avrebbe, pertanto, dovuto essere escluso dalla procedura di appalto o di aggiudicazione della concessione, ovvero, ancora per quanto riguarda i settori speciali, avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'art. 136, comma 1;

d) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai Trattati, come riconosciuto dalla Corte di Giustizia UE in un procedimento ai sensi dell'art. 258 TFUE.

Termini prescritti per l'annullamento d'ufficio

Art. 108, comma 1-*bis*, D. Lgs. n. 50/2016

- **Nelle ipotesi di cui al comma 1 non si applicano i termini previsti dall'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990.**

Cause di risoluzione obbligatoria

Art. 108, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016

- **Le stazioni appaltanti devono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di efficacia dello stesso qualora:**
 - a) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;**
 - b) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al Codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'art. 80.**

Nomina del direttore dei lavori e grave indampimento contrattuale

Art. 108, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016

- Il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, quando accerta un grave inadempimento delle condizioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore.**

Segue. Formulazione degli addebiti contestati all'appaltatore

Art. 108, comma 3, D. Lgs. n. 50/2016

- Il direttore dei lavori formula, altresì, la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al RUP.**
- Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del RUP dichiara risolto il contratto.**

Segue. Criterio di computo dell'onere a carico dell'appaltatore

Art. 108, comma 8, D. Lgs. n. 50/2016

- **Nei casi di cui ai commi 2 e 3, in sede di liquidazione finale dei lavori, servizi o forniture riferita all'appalto risolto, l'onere da porre a carico dell'appaltatore e' determinato anche in relazione alla maggiore spesa sostenuta per affidare ad altra impresa i lavori ove la stazione appaltante non si sia avvalsa della facolta' prevista dall'articolo 110, comma 1.**

Ritardo nell'esecuzione del contratto per negligenza dell'appaltatore

Art. 108, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016

- **Qualora, al di fuori di quanto previsto al comma 3, l'esecuzione delle prestazioni ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto, il direttore dei lavori o il responsabile unico dell'esecuzione del contratto, se nominato gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non puo' essere inferiore a dieci giorni, entro i quali l'appaltatore deve eseguire le prestazioni.**
- **Scaduto il termine assegnato, e redatto processo verbale in contraddittorio con l'appaltatore, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto, fermo restando il pagamento delle penali.**

Prestazioni regolarmente eseguite

Art. 108, comma 5, D. Lgs. n. 50/2016

- **Nel caso di risoluzione del contratto l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto.**

Redazione dello stato di consistenza dei lavori e dell'inventario

Art. 108, comma 6, D. Lgs. n. 50/2016

- **Il responsabile unico del procedimento nel comunicare all'appaltatore la determinazione di risoluzione del contratto, dispone, con preavviso di venti giorni, che il direttore dei lavori curi la redazione dello stato di consistenza dei lavori già eseguiti, l'inventario di materiali, macchine e mezzi d'opera e la relativa presa in consegna.**

Verbale di accertamento tecnico e contabile

Art. 108, comma 7, D. Lgs. n. 5072016

- **Qualora sia stato nominato, l'organo di collaudo procede a redigere, acquisito lo stato di consistenza, un verbale di accertamento tecnico e contabile con le modalita' di cui al presente codice.**
- **Con il verbale e' accertata la corrispondenza tra quanto eseguito fino alla risoluzione del contratto e ammesso in contabilita' e quanto previsto nel progetto approvato nonche' nelle eventuali perizie di variante; e' altresì accertata la presenza di eventuali opere, riportate nello stato di consistenza, ma non previste nel progetto approvato nonche' nelle eventuali perizie di variante.**

Obblighi dell'appaltatore

Art. 108, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016

- Nei casi di risoluzione del contratto di appalto dichiarata dalla stazione appaltante, l'appaltatore deve provvedere al ripiegamento dei cantieri già allestiti e allo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze nel termine a tale fine assegnato dalla stessa stazione appaltante; in caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante provvede d'ufficio, addebitando all'appaltatore i relativi oneri e spese.**

Segue. Cauzione della SA alternativa all'esecuzione di provvedimenti giurisdizionali cautelari

Art. 108, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016

- **La stazione appaltante, in alternativa all'esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori o d'urgenza comunque denominati che inibiscano o ritardino il ripiegamento dei cantieri o lo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze, puo' depositare cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore o prestare fideiussione bancaria o polizza assicurativa con le modalita' di cui all'art. 93, pari all'uno per cento del valore del contratto. Resta fermo il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento dei danni.**

Recesso delle SA dai contratti di diritto pubblico

Condizioni per l'esercizio del diritto di recesso della SA

Art. 109, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016

- **Fermo restando quanto previsto dagli artt. 88, comma 4-ter e 92, comma 4, del D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, la stazione appaltante puo' recedere dal contratto in qualunque momento previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti, nonche' del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite.**

Criterio di computo del decimo delle opere non eseguite

Art. 109, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016

- **Il decimo dell'importo delle opere non eseguite e' calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta e l'ammontare netto dei lavori, servizi o forniture eseguiti.**

Comunicazione dell'esercizio del diritto di recesso della SA all'appaltatore

Art. 109, comma 3, D. Lgs. n. 50/2016

- **L'esercizio del diritto di recesso e' preceduto da una formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo e verifica la regolarita' dei servizi e delle forniture.**

Individuazione dei materiali utili esistenti

Art. 109, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016

- **I materiali, il cui valore e' riconosciuto dalla stazione appaltante a norma del comma 1, sono soltanto quelli gia' accettati dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione del contratto, se nominato, o dal RUP in sua assenza, prima della comunicazione del preavviso di cui al comma 3.**

Opere provvisionali ed impianti non asportabili

Art. 109, comma 5, D. Lgs. n. 50/2016

- La stazione appaltante puo' trattenere le opere provvisionali e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili.**
- In tal caso essa corrisponde all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzato nel corso dei lavori eseguiti, un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di costruzione e il valore delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto.**

Obblighi dell'appaltatore

Art. 109, comma 6, D. Lgs. n. 50/2016

- **L'appaltatore deve rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore dei lavori e deve mettere i magazzini e i cantieri a disposizione della stazione appaltante nel termine stabilito; in caso contrario lo sgombero e' effettuato d'ufficio e a sue spese.**



Studio Legale *Lombardi & Partners*