



.....OMISSIS.....

Oggetto

Affidamento supporto tecnico specialistico per attività connesse alla certificazione delle spese finanziate a valere sul POC 2014/2020 e sul PSC – richiesta di parere.

FUNZ CONS 55/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 30 giugno 2022, acquisita al prot. Aut. n. 53613, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 2 novembre 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022.

Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base di quanto rappresentato nella stessa.

Si osserva quindi, che ai sensi dell’art. 216, comma 1, d.lgs. 50/2016, fatte salve le eccezioni previste dal nuovo Codice, quest’ultimo trova applicazione «alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte».

Come chiarito con Comunicato del Presidente dell’11 maggio 2016, le disposizioni del d.lgs. 163/2016 si applicano a tutti gli avvisi pubblicati entro il 19.04.2016, con una delle forme di pubblicità obbligatorie, e secondo le modalità indicate dall’art. 66 del d.lgs. 163/06 in combinato disposto degli artt. 122 e ss. Inoltre, «continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti anche nei seguenti casi: 1. affidamenti aggiudicati prima della data di entrata in vigore del nuovo Codice, per i quali siano disposti, fermo restando il divieto generale di rinnovo tacito e di proroga del contratto: il rinnovo del contratto o modifiche contrattuali derivanti da rinnovi già previsti nei bandi di gara; consegne, *lavori e servizi complementari*; ripetizione di servizi analoghi; proroghe tecniche – purché limitate al tempo strettamente necessario per l’aggiudicazione della nuova gara; varianti per le quali non sia prevista l’indizione di una nuova gara. (...). 2. procedure negoziate indette, a partire dal 20.4.2016, in applicazione degli artt. 56, comma 1, lett. a) e 57, comma 2, lett. a) del d.lgs. 163/06, nei casi, rispettivamente, di precedenti gare bandite in vigenza del d.lgs. 163/06 andate deserte a causa della presentazione di offerte irregolari o inammissibili e della mancanza assoluta di offerte, purché la

procedura negoziata sia tempestivamente avviata. 3. (...); 4. Affidamenti diretti o procedure negoziate in attuazione di accordi quadro aggiudicati prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice; 4. Adesioni a convenzioni stipulate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice».

Deriva da quanto sopra che i contratti relativi a gare avviate prima del 19 aprile 2016 sono regolati in fase esecutiva delle norme del d.lgs. 163/2006 secondo le indicazioni fornite dal Comunicato citato, che riconduce nella disciplina previgente anche l'affidamento di servizi/lavori complementari, relativi a contratti aggiudicati prima della data di entrata in vigore del nuovo Codice.

Fattispecie, quest'ultima, disciplinata dall'art. 57, comma 5, lett. a), del d.lgs. 163/2006, quale ipotesi di affidamento mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara.

Ai sensi della predetta disposizione, il ricorso alla procedura negoziata è consentito «a) per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni: a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento; a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale».

Dalla norma richiamata deriva quindi che la possibilità di esperire la procedura sopra descritta, è legata alla ricorrenza degli stringenti presupposti fissati dal legislatore: imprevedibilità della circostanza sopravvenuta, non separabilità dei lavori o servizi complementari rispetto al contratto iniziale, valore non superiore al 50% del valore iniziale (parere AG 40/12 dell'11 aprile 2013). In particolare, «Condizione necessaria per il ricorso a tale procedura, come si evince dalla lettera della norma sopra riportata, è che i servizi complementari siano divenuti necessari in seguito ad una circostanza imprevista» (delibera n. 106/2018 e parere AG 53/15/AP).

Trattandosi, inoltre, di lavori/servizi complementari a quelli oggetto del contratto iniziale, per poter ricorrere a tale procedura, il contratto iniziale deve essere ancora in corso di esecuzione al momento dell'affidamento dei predetti lavori/servizi complementari.

Come chiarito dall'Autorità, «la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando prevista dall'art. 57 del d.lgs. n. 163/2006, ..., è una procedura da considerarsi di *carattere eccezionale* poiché determina una menomazione, necessitata, in quanto imposta da situazioni contingenti, ai fondamentali principi generali di pubblicità e di massima concorsualità, i cui presupposti, stabiliti dalla legge, *devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva* (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2015 n. 2272). L'ipotesi di cui all'art. 57, comma 5, lett. a), prevede la possibilità per le stazioni appaltanti – «dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre» - di ricorrere alla procedura ivi contemplata per lavori o servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera, a condizione che il valore di detti lavori o servizi non superi il 50 % dell'importo del contratto iniziale. Come chiarito dall'Autorità (deliberazione n. 26 del 23 febbraio 2011), ai fini del ricorso alla procedura *de qua*, possono ritenersi complementari quelle opere che da un punto di vista tecnico - esecutivo rappresentano una *integrazione* dell'opera principale, sì da giustificare l'affidamento e la relativa responsabilità costruttiva ad un unico esecutore» (parere AG 82/2015/AP).

Con parere AG 19-10 è stato ulteriormente osservato che costituiscono interventi aggiuntivi c.d. suppletivi, da ascrivere nella categoria dei lavori contrattuali, quelli che, pur comportando

modifiche al progetto, rientrano comunque nel piano dell'opera (es. variazioni di tracciato, di dimensione, forma, qualità dei lavori), a differenza di quelli extracontrattuali, i quali pur necessari per la completa esecuzione dell'opera in sé considerata, restano estranei al piano della stessa e consistono in lavori/servizi aventi una *propria individualità* distinta da quella dell'opera/servizio originari e che integrano un'opera/servizio a sé stante (es. strada di collegamento). Le caratteristiche descritte dall'art. 57 del Codice portano a concludere che i lavori/servizi complementari ivi contemplati, quanto a natura e funzione, si identificano con *i lavori/servizi suppletivi contrattuali* nel senso esplicito, con ciò legittimando solo per essi il ricorso alla procedura negoziata ivi contemplata. Opposte conclusioni, infatti, contrasterebbero apertamente con il contenuto della richiamata disposizione.

Anche la giurisprudenza amministrativa chiarisce che il ricorso alla procedura di cui alla lett. a) dell'art. 57, comma 5, è ammesso per l'affidamento di servizi "complementari", da intendersi come prestazioni che *completano il servizio originario*, non per servizi "estensivi" dell'originario incarico, del tutto diversi ed autonomi funzionalmente ed economicamente da quelli oggetto dell'originario affidamento. La *ratio* dell'art. 57, comma 5, infatti, «è tale che il carattere di complementarietà dei servizi rileva sotto il profilo funzionale e non sotto il profilo della convenienza per l'Amministrazione ad avere un unico interlocutore per lo svolgimento di più servizi tra loro autonomi funzionalmente» (Cons. di Stato n. 5827/2014).

Pertanto, qualora non ricorrano le condizioni legittimanti il ricorso alla procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 5, lett. a) del d.lgs. 163/2006, da interpretarsi restrittivamente, stante l'eccezionalità della procedura stessa nel senso sopra indicato, la stazione appaltante è tenuta ad espletare le *procedure ordinarie* per l'affidamento del contratto pubblico, secondo la disciplina attualmente in vigore, come dettata dal d.lgs. 50/2016.

Si osserva conclusivamente che la norma rimette alla responsabilità della stazione appaltante l'accertamento delle condizioni di applicabilità dell'art. 57, sopra richiamato, il cui esito deve essere riportato nella determina a contrarre. Il comma 1 della norma dispone infatti che «le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle ipotesi seguenti, *dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre*».

Per espressa previsione normativa, pertanto, l'accertamento dei presupposti e delle condizioni di applicabilità della norma è rimesso alla diretta responsabilità e competenza della stazione appaltante, senza che l'Autorità possa sostituirsi alla stessa in tale delicato ed esclusivo compito.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, all'amministrazione richiedente ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente l'8 novembre 2022