



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... – Affidamento “lavori di riqualificazione urbana con realizzazione di alloggi a canone sostenibile in loc.OMISSIS.....” – variazione contrattuale – art. 106, comma 1, lett. c), d.lgs. 50/2016 – atto di transazione - art. 208 d.lgs. 50/2016.

UPREC-CONS-0022-2025-FC

FUNZ CONS 12-2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 24 dicembre 2024, acquisita al prot. Aut. n. 154338, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 26 marzo 2025, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente 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 relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata si sottopone all’attenzione dell’Autorità un’istanza di parere riferita all’affidamento, da parte delOMISSIS....., dell’appalto in oggetto (indetto con determina del 27 luglio 2016) mediante contratto stipulato in data 8 marzo 2018.

Durante l’esecuzione dei lavori l’appaltatore ha rappresentato alla stazione appaltante, l’impossibilità di realizzare le opere migliorative offerte in gara (in particolare un edificio da adibire ad asilo nido) per eccessiva onerosità sopravvenuta (derivante dall’emergenza sanitaria da Covid-19, dal prolungamento dei tempi di realizzazione dei lavori, dall’imprevedibile aumento dei costi dei materiali da costruzione, come si desume dall’Atto di Transazione allegato all’istanza di parere). In relazione all’appalto citato, inoltre, è insorto tra le parti un contenzioso a seguito di ricorso presentato dall’appaltatore innanzi al competente Tribunale Civile, a seguito del quale lo stesso appaltatore ha avanzato, altresì, una proposta di transazione presentata alla stazione appaltante in data 25 ottobre 2024 ed approvata dalla Giunta comunale con deliberazione n. 101 del 23 novembre 2024.

L’Atto di transazione sopra indicato prevede (tra l’altro) la realizzazione, in luogo del predetto edificio da adibire ad asilo nido, di una serie di diverse opere (es. manutenzione straordinaria asfalto, realizzazione marciapiedi, manutenzione straordinaria cimiteri, realizzazione loculi, altro, come meglio elencati nell’atto di transazione), compresa la progettazione esecutiva delle stesse (per un valore complessivo di euro 190.489,23), previa adozione di una variante in corso d’opera da parte dell’Amministrazione Comunale, ai sensi dell’art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50/2016.

Nel medesimo Atto di transazione, inoltre, è espressamente previsto a carico della stessa Amministrazione comunale, l’obbligo di presentare istanza di parere all’Anac in ordine alla possibilità di adottare la suindicata variante contrattuale, prevedendo conseguenze distinte in relazione all’esito

favorevole o meno del predetto parere, nei termini indicati nel documento stesso, inclusa (nel primo caso) la rinuncia al contenzioso pendente tra le parti.

Per tutto quanto sopra, l'Amministrazione comunale chiede all'Autorità di esprimere avviso in ordine alla conformità alla disciplina di settore, della variante contrattuale sopra indicata, da adottare ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. c) del Codice.

Al fine di esprimere avviso sulla questione posta, sembra opportuno ribadire in via preliminare quanto indicato in premessa in ordine all'estraneità, dalla sfera di competenza di questa Autorità, del rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, trattandosi di attività rimessa all'esclusiva competenza e responsabilità delle stesse.

Allo stesso modo, sembra opportuno evidenziare che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità esprimere avviso in ordine ai contenuti degli atti di transazione eventualmente sottoscritti tra stazione appaltante e appaltatore al fine di dirimere le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, essendo espressamente prevista al riguardo, dalle disposizioni di riferimento contenute nel Codice, la specifica competenza ad esprimere parere in via legale *"dell'Avvocatura dello Stato, qualora si tratti di amministrazioni centrali, ovvero di un legale interno alla struttura, o del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso, ove non esistente il legale interno, qualora si tratti di amministrazioni sub centrali"* (art. 208 del d.lgs. 50/2016, sostituito dall'art. 239 del d.lgs. 36/2023).

Pertanto, il presente parere è volto esclusivamente a fornire un indirizzo generale sulla questione posta, in ottica di ausilio e di indirizzo per le attività che l'Amministrazione richiedente è chiamata a porre in essere nell'esercizio delle prerogative e delle funzioni normativamente assegnate alla stessa.

A tal fine, con riguardo al caso di specie, disciplinato *ratione temporis* dal d.lgs. 50/2016 anche con riguardo alla fase esecutiva del contratto d'appalto, si richiama preliminarmente il principio generale per cui le previsioni della *lex specialis* hanno natura vincolante per gli operatori economici e per la stazione appaltante, imponendo la corrispondenza fra l'appalto messo in gara e quello eseguito, in ossequio ai principi richiamati nell'art. 30 del d.lgs. 50/2016 (*ex multis* parere Funz Cons 22/2023, Funz Cons 3/2022, Delibera Anac n. 159/2021 - prec 23/2021/5 e precedenti ivi richiamati).

Il Codice contempla tuttavia una deroga ai principi sopra enucleati, in casi specifici e tassativi, fissati dall'art. 106 riferito alla "Modifica di contratti durante il periodo di efficacia". Tale disposizione statuisce infatti che «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» (comma 1), aggiungendo che i contratti di appalto possono essere modificati, senza una nuova procedura di affidamento, (solo) nei casi indicati nei commi 1 e 2 della disposizione medesima, da ritenersi di stretta interpretazione secondo l'orientamento dell'Autorità.

Con Comunicato del Presidente del 21 marzo 2021 è stato sottolineato infatti (tra l'altro) che «l'articolo 106 del Codice introduce una deroga al principio generale dell'evidenza pubblica, con conseguente divieto di applicazione della norma medesima al di fuori delle ipotesi specificamente e tassativamente indicate».

Ai sensi del citato art. 106, comma 1, del d.lgs. 50/2016, in particolare, «I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti: (...) 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».

Il comma 7 richiamato dalla norma prevede, a sua volta, che il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento del prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale.

Sembra opportuno richiamare altresì l'art. 106, comma 1, lett. e) ai sensi del quale il ricorso alle varianti non può determinare modifiche "sostanziali" al contratto d'appalto, secondo le previsioni del comma 4. Tale ultima disposizione stabilisce quindi che una modifica è considerata sostanziale se sono soddisfatte una o più delle seguenti condizioni «a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'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)».

Pertanto in linea generale, le modifiche apportate ad un contratto in corso di esecuzione, ammesse nei casi e alle condizioni indicate nei commi 1 e 2 della norma, non devono essere sostanziali, ossia non devono alterare considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito, secondo le previsioni contenute nel comma 4 della disposizione sopra richiamato.

Ciò in quanto «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 (v., in tal senso, sentenza 5 ottobre 2000, causa C337/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I8377, punti 44 e 46). La modifica di un appalto pubblico 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» (CGCE, sentenza 19 giugno 2008, resa nella causa C-454/06; più recentemente Corte di Giustizia Europea, 18.09.2019 (C-526/17). Pertanto, in linea di principio, «una modifica sostanziale di un contratto di concessione di lavori pubblici deve dar luogo a una nuova procedura di aggiudicazione relativa al contratto così modificato (...)» (CGE, 18.09.2019, C-526/17).

Per quanto sopra, dunque, i presupposti per poter disporre la variante ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, sono essenzialmente (i) la sopravvenienza di circostanze imprevedute ed imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice, (ii) la mancata alterazione della natura generale del contratto, (iii) l'eventuale aumento del prezzo nei limiti del 50 per cento del valore del contratto iniziale.

Con riguardo a tali condizioni, il giudice amministrativo ha osservato che «La predetta disposizione richiede che la modifica non sia tale da alterare "la natura generale del contratto": con tale nozione, infatti, il legislatore vuole impedire che attraverso il ricorso allo *ius variandi* si possa addivenire ad una modificazione radicale del contratto, riuscendo, surrettiziamente, ad eludere la disciplina del codice degli appalti. La direttiva 24/2014/UE, al paragrafo 109 del "considerando", chiarisce tale nozione con alcuni esempi: si verifica "la variazione della natura generale dell'appalto, sostituendo i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto con qualcosa di diverso", oppure quando vi sia "un cambiamento sostanziale del tipo di appalto poiché, in una situazione di questo genere, è possibile presumere un'influenza ipotetica sul risultato"» (Consiglio di Stato, n. 6797/2023).

L'Autorità ha aggiunto a quanto sopra che è «necessario distinguere le varianti ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 e le prestazioni extracontrattuali, quelle cioè che non sono necessarie alla completa o migliore esecuzione della prestazione e che danno luogo a servizi [*o lavori*] diversi che, seppure legati all'appalto iniziale da una qualche connessione, risultano autonomi rispetto ad esso, assumendo un'individualità distinta da quella delle prestazioni del contratto originario. Tali

prestazioni extracontrattuali non possono formare oggetto di perizia di variante ed essere affidate sotto questa forma all'appaltatore originario, perché in tal modo si configura un affidamento diretto di un nuovo servizio [o lavoro]» (delibera Anac n. 180/2024-Fasc. n. 3648/2023).

Pertanto, l'applicazione dell'art. 106 del Codice impone alla stazione appaltante di accertare - fornendone adeguata e puntuale motivazione - se sussistono le condizioni indicate dalla disposizione per procedere ad una modifica del contratto d'appalto e se detta modifica si configuri come «sostanziale», ovvero se alteri considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originario, quale ipotesi non ammessa dalla disciplina di settore nei termini sopra indicati.

Nel caso di specie, la variazione contrattuale illustrata nell'istanza di parere, dovrebbe consistere nella sottrazione, dalle prestazioni dedotte in contratto, della realizzazione di un edificio da adibire ad asilo nido e nella sostituzione di tale opera con altre e diverse prestazioni (come indicate nell'Atto di transazione e citate in premessa), non previste nel contratto d'appalto e negli atti di gara a monte e che sembrano non riguardare il completamento/miglioramento dell'opera oggetto di affidamento ma autonomi e distinti lavori, anche di diversa natura (manutenzioni straordinarie degli asfalti e di cimiteri, realizzazione di marciapiedi e loculi, altro).

Con riguardo a quanto sopra, tenuto conto dell'avviso espresso in materia dall'Autorità e dalle giurisprudenze, in precedenza richiamato, si invita l'Amministrazione richiedente ad effettuare le opportune valutazioni di competenza, in ordine alla configurabilità di una simile variazione contrattuale in termini di "sostanzialità" ai sensi dell'art. 106 del Codice, in grado di alterare le condizioni di aggiudicazione dell'appalto (secondo gli insegnamenti del giudice comunitario sopra richiamati) e, sotto altro e correlato profilo, in ordine alla qualificabilità delle nuove prestazioni affidate all'appaltatore, quali prestazioni extracontrattuali, dotate di una un'individualità distinta da quella delle prestazioni del contratto originario che, in quanto tali, non possono formare oggetto di perizia di variante ed essere affidate sotto questa forma all'appaltatore originario.

Si evidenzia, inoltre, al riguardo che la configurabilità delle predette prestazioni nei termini sopra indicati e l'affidamento delle stesse mediante variazione contrattuale, sembra porsi in contrasto con il principio di tassatività delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, per cui tale affidamento può avvenire esclusivamente mediante le procedure di aggiudicazione stabilite e regolate da Codice, senza possibilità, per le stazioni appaltanti, di procedere con modalità diverse e non previste nella disciplina di settore.

Si aggiunga a quanto sopra, con riguardo alla sottoscrizione dell'accordo transattivo tra le parti, citato in premessa, che ai sensi 208 del d.lgs. 50/2016 (e già dell'art. 239 del d.lgs. 163/2006), «Le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, possono essere risolte mediante transazione nel rispetto del codice civile, solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale». Il comma 2 aggiunge che «Ove il valore dell'importo oggetto di concessione o rinuncia sia superiore a 100.000 euro, ovvero 200.000 euro in caso di lavori pubblici, è acquisito il parere in via legale dell'Avvocatura dello Stato, qualora si tratti di amministrazioni centrali, ovvero di un legale interno alla struttura, o del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso, ove non esistente il legale interno, qualora si tratti di amministrazioni sub centrali».

Dunque, per espressa previsione normativa, sull'atto di transazione, come già in precedenza evidenziato, deve essere acquisito il parere in via legale nei termini indicati nel comma 2.

Inoltre, come più volte osservato dall'Autorità (*ex multis* parere sulla normativa AG40 del 26.9.2013, deliberazione n. 103 del 5.12.2012, deliberazione n. 56 del 3.12.2008, deliberazione n. 10 del 19.3.2008, deliberazione n. 308 del 13.11.2001), l'amministrazione, in linea generale, può addivenire ad una transazione con l'appaltatore per dirimere controversie insorte in sede di esecuzione del contratto, fermo restando che la particolare natura giuridica del rapporto instaurato tra le parti, sorto a seguito della

procedura di scelta del contraente soggetta al regime pubblicistico, impone precisi limiti alla possibilità di modificare il contenuto delle rispettive prestazioni.

Così, mentre deve ritenersi praticabile in ambito pubblicistico una transazione c.d. "semplice", ossia semplicemente modificativa della situazione giuridica dedotta in lite, deve escludersi invece l'ammissibilità di una transazione "novativa", intesa come accordo mediante il quale si instaura con l'appaltatore *un nuovo e diverso rapporto contrattuale*, per soddisfare un interesse diverso da quello dedotto nel contratto originario concluso a seguito di una procedura ad evidenza pubblica (*ex multis* delibera n. 56/2008 cit.). Il carattere imperativo ed indisponibile dei sistemi di affidamento degli appalti pubblici preclude quindi la conclusione di accordi transattivi che, alterando sostanzialmente e radicalmente l'assetto negoziale definito con l'aggiudicazione, *si ponga come fonte nuova del rapporto e si atteggi come un diverso titolo dell'affidamento dell'appalto*, in violazione delle disposizioni inderogabili che regolano la scelta del contraente e la definizione del contenuto del contratto.

Sulla base di tali considerazioni, è stato quindi osservato che «la conclusione di un accordo transattivo tra amministrazione aggiudicatrice ed appaltatore al fine di tacitare le pretese avanzate da quest'ultimo in sede giurisdizionale in cambio di un nuovo affidamento di lavori, determina un grave *vulnus* agli equilibri concorrenziali. Le procedure di affidamento sono, infatti, rigorosamente soggette alla normativa comunitaria e nazionale a tutela della libera concorrenza e non possono essere oggetto di scambi transattivi in termini di "affidamento lavori/rinuncia alle liti» (Deliberazione n. 10 del 19.3.2008).

I principi sopra richiamati sono stati confermati dal giudice comunitario, il quale ha chiarito 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. 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» (CGE, sez. VIII, 7 settembre 2016, causa C-549/14).

Non appare quindi conforme alla disciplina di settore un'ipotesi di transazione di controversie relativa a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, con la quale si proceda ad assegnare l'esecuzione di nuove opere all'appaltatore originario, o a riassegnare le stesse opere all'appaltatore con il quale sia intervenuta una risoluzione contrattuale, trattandosi di modalità di affidamento di appalti pubblici in violazione delle disposizioni del Codice, contemplante sistemi di aggiudicazione dei contratti pubblici tassativi e improntati al rispetto dei principi indicati all'art. 30 del d.lgs. 50/2016, con particolare riferimento ai principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità (Funz Cons 23/2023).

Per quanto sopra, si invita l'Amministrazione richiedente ad effettuare le opportune valutazioni di competenza in ordine all'affidamento di nuove opere all'appaltatore mediante sottoscrizione di un Atto di transazione ai sensi del richiamato art. 208 del Codice, quale ipotesi che non appare conforme al principio di tassatività delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nel senso sopra indicato.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si rimette pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente.