



DELIBERA N. 438 del 20 settembre 2022

Oggetto

Art. 106, comma 1, lett. d) n. 1 del d.lgs. 50/2016 – ambito di applicazione – richiesta di parere.

AG 8/2022

Riferimenti normativi

Art. 106, comma 1, lett.d), n.1 e art. 106 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Codice dei contratti pubblici - Contratti pubblici – Appalto – Contratto – Variazione contrattuale - Modifica soggettiva dell'appaltatore – clausola del bando – interpello.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'Adunanza del 20 settembre 2022

Premessa

Con nota pervenuta in data 4 luglio 2022, acquisita al prot. n. 54956OMISSIS..... ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine all'applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. d), n. 1 del d.lgs. 50/2016, contemplante la possibilità di apportare modifiche al contratto d'appalto, con particolare riguardo all'individuazione di un nuovo contraente in sostituzione dell'aggiudicatario iniziale, nei casi previsti in apposita clausola del bando di gara.

A parere dell'istante, tale sostituzione potrebbe avvenire a fronte della risoluzione del contratto di appalto per eccessiva onerosità oppure per impossibilità sopravvenuta della prestazione ai sensi del codice civile, nelle ipotesi di comprovate cause non imputabili al fornitore.

Si potrebbe quindi ipotizzare di inserire negli atti di gara una clausola chiara, precisa ed inequivocabile ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. d), n. 1 del Codice, che consenta alla stazione appaltante, una volta risolto il contratto d'appalto con l'aggiudicatario, per le motivazioni sopra indicate, di stipulare un nuovo contratto con il secondo in graduatoria sulla base dell'offerta che quest'ultimo ha presentato in gara, ove conveniente e comunque al ricorrere di determinate condizioni inequivocabili.

Il richiedente evidenzia al riguardo che il d.lgs. 50/2016 prevede, all'art. 110, delle ipotesi tassative di sostituzione del contraente originario al ricorrere di determinate situazioni, tra le quali la risoluzione del contratto di cui all'art. 108 del Codice, prevedendo altresì l'affidamento del contratto al secondo in graduatoria alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Al contrario, nulla si dispone in relazione alla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta o per impossibilità della prestazione, pertanto, sembrerebbe applicabile, previa specifica previsione negli atti gara, la disciplina prevista dal citato art. 106, comma 1, lett. d), n.1) del Codice.

Tale possibilità, evidenzia il richiedente, assumerebbe notevole importanza, al fine di una più efficiente ed efficace gestione dei contratti, la cui interruzione causerebbe pregiudizio ai servizi pubblici essenziali.

Si chiede, quindi, all'Autorità di esprimere avviso sulla possibilità di inserire negli atti di gara una clausola chiara, precisa e inequivocabile ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. d), n. 1 del Codice, che disciplini le situazioni sopra indicate, consentendo all'amministrazione di garantire la continuità della prestazione contrattuale, nel senso sopra indicato.

Considerazioni

Al fine di rendere il richiesto parere, sembra opportuno richiamare in via preliminare l'art. 106, comma 1, del d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale i contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento, nei casi indicati nelle lettere da a) ad e).

In particolare, la lettera d) consente la variazione contrattuale «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».

La norma aggiunge alla lettera e) che le modifiche dei contratti di appalto, sono ammesse purché non "sostanziali" ai sensi del comma 4, riconducendo in tale ultima fattispecie il caso in cui «d) ... *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)*».

L'art. 106 citato, secondo i chiarimenti contenuti nella Relazione illustrativa del Codice, recepisce gli articoli 72 della direttiva 2014/24/UE, art. 89 della direttiva 2015/25/UE ed attua quanto previsto dall'art.1, comma 1, lett. ee) della l.n. 11/2016, in ordine all'adozione di previsioni normative in materia di variazioni contrattuali, distinguendo altresì in modo dettagliato tra variazioni sostanziali e non sostanziali.

La norma, disciplinando i casi in cui è consentito alla stazione appaltante procedere a variazioni del contratto d'appalto, 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» (Comunicato del Presidente del 21 marzo 2021).

L'art. 106 del Codice, pertanto, deve essere interpretato restrittivamente, con riguardo ai casi e alle condizioni in cui ammette variazioni al contratto d'appalto.

Con riguardo al quesito in esame, come indicato, la norma consente, nella fase di esecuzione del contratto, (anche) la possibilità di procedere ad una *modifica soggettiva dell'esecutore*, nei casi indicati al comma 1, lett. d), n. 1, 2, 3, sopra riportati.

In particolare, tra le varie ipotesi ammesse, l'art. 106 include la sostituzione del contraente originario con altro appaltatore, previa specifica introduzione nella *lex specialis*, di clausole chiare, precise e inequivocabili, in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a) (contemplante la possibilità di inserire nel bando di gara, clausole di revisione dei prezzi, "chiare, precise e inequivocabili").

Al fine di individuare l'ambito di applicazione della norma, sembra opportuno tenere conto, in primo luogo, del divieto di cessione del contratto d'appalto, sancito dall'art. 105, comma 1, del Codice [a tenore del quale «A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera»], pertanto, l'applicazione della

disposizione stessa, non può avere come effetto quello di consentire all'appaltatore una cessione del contratto d'appalto a terzi, in quanto espressamente vietato dal Codice.

Allo stesso modo, la disposizione dell'art. 106, co.1, lett. d), n.1), deve essere interpretata in coerenza con i principi di trasparenza, par condicio e concorrenza che presiedono alla fase della scelta del contraente, come enunciati all'art. 30 del Codice, dai quali discende il divieto di affidare il contratto d'appalto a soggetti terzi, che non abbiano preso parte alla procedura gara, al fine di evitare che operatori economici non previamente selezionati dalla stazione appaltante, possano assumere la veste di contraenti della PA ed eseguire contratti pubblici.

Nel rispetto di tali principi, infatti, altre disposizioni del d.lgs. 50/2016 ammettono modifiche soggettive dell'esecutore, ma non consentono tuttavia l'intervento nel contratto d'appalto di soggetti terzi, estranei alla partecipazione della fase di gara.

E' il caso, ad esempio, delle ristrutturazioni societarie contemplato nell'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del Codice (e corrispondente previsione dell'art. 175 per le concessioni), con il quale «nel segno della maggiore flessibilità della regolamentazione della continuità aziendale» il legislatore ha inteso «agevolare la continuazione dell'esecuzione dei contratti pubblici già stipulati (Cons. Stato n. 4918/2016, con riferimento all'art. 106 d.lgs.50/2016) e (...) al contempo salvaguardare la libertà di iniziativa economica privata, ammettendo modifiche societarie del concessionario [e dell'appaltatore], purché le stesse non implicino altre modifiche sostanziali al contratto e non siano finalizzate ad eludere l'applicazione del Codice» (parere sulla normativa AG 4/2022).

In sostanza la norma ammette che l'aggiudicatario, in corso di svolgimento del rapporto contrattuale, possa procedere a ristrutturazioni societarie, per garantire la prosecuzione delle prestazioni contrattuali a regola d'arte, con il limite delle condizioni poste dalla norma, ossia il mantenimento in capo all'esecutore dei requisiti di partecipazione alla gara, il divieto di modifiche sostanziali e divieto di procedere in tal senso per eludere l'applicazione del Codice.

Allo stesso modo, il d.lgs. 50/2016 ammette le modifiche al raggruppamento temporaneo di imprese in fase di esecuzione, nei casi tipizzati dall'art. 48 del Codice, ma solo in senso riduttivo e non additivo, purché le imprese rimanenti siano in possesso dei requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto e tale modifica «avvenga per esigenze organizzative proprie dell'ATI o del consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'ATI che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva (Consiglio di Stato, sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 8; Determinazione Anac n. 4/2012; Determinazione n. 3/2013; Cons. Stato, sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 84)» (*ex multis* delibera Anac n. 213/2022, prec PREC 56/2022/L).

Anche nel caso in cui l'appaltatore sia soggetto alle procedure indicate nell'art. 110 del Codice, tale disposizione ammette la prosecuzione del contratto, mediante scorrimento della graduatoria, ai soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, al fine di stipulare un nuovo contratto d'appalto, alle condizioni offerte dall'aggiudicatario.

Nelle ipotesi sopra indicate, quindi, le modifiche soggettive dell'appaltatore sono circoscritte a casi specifici, indicati dal legislatore e sempre nell'ambito di soggetti che abbiano preso parte alla procedura di gara.

Come sottolineato dal giudice amministrativo (ancorché con specifico riferimento al RTI), infatti, «.... la modifica sostitutiva c.d. per addizione costituisce *ex se* una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto prevede attualmente l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, più in generale, per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario» (Adunanza Plenaria n. 22/2022).

Anche le previsioni dell'art. 106, comma 1, lett. d), n. 1), vanno quindi interpretate alla luce del principio sopra enucleato, ossia della necessità che, in sede di esecuzione, non intervenga nel rapporto contrattuale un soggetto che non abbia preso parte alla procedura selettiva, in ossequio ai richiamati principi di par condicio, trasparenza e concorrenza.

Invero, l'art. 106 del Codice è genericamente riferito alla possibilità sostituire l'appaltatore con un *nuovo contraente* se ciò è previsto in «una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a)».

La norma sembrerebbe riferita alla possibilità di indicare e disciplinare nella *lex specialis*, i casi nei quali è ammessa la modifica soggettiva dell'esecutore, lasciando alla stazione appaltante l'individuazione degli stessi, la quale deve avvenire comunque nei limiti consentiti dal Codice e dai principi sopra richiamati.

In tal senso, la norma potrebbe trovare applicazione, oltre che per specificare i limiti entro i quali possono ritenersi ammesse le variazioni soggettive dell'esecutore, in conformità alle previsioni del d.lgs. 50/2016 (ad esempio in relazione alle variazioni della composizione del RTI ex art. 48 del d.lgs. 50/2016), mediante esplicita previsione negli atti di gara, anche per introdurre ipotesi di scorrimento della graduatoria di gara, ulteriori rispetto a quelle già disciplinate dall'art. 110 del Codice.

Come ipotizzato dall'amministrazione istante, infatti, le previsioni dell'art. 106, comma 1, lett. d), n. 1 del Codice, sembrano consentire l'introduzione, nel bando, di una clausola contemplante la possibilità di procedere ad interpello del secondo in graduatoria nei casi di risoluzione del contratto di appalto per eccessiva onerosità oppure per impossibilità sopravvenuta della prestazione ai sensi del codice civile, nelle ipotesi di comprovate cause non imputabili al fornitore.

Invero, come sottolineato dall'Autorità e dalla giurisprudenza, l'art. 110 del d.lgs. 50/2016 è norma di stretta interpretazione, applicabile nei soli casi ivi previsti, da intendersi come tassativi.

La norma, infatti, prevede l'obbligo per la stazione appaltante di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto d'appalto, «in caso di liquidazione giudiziale, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto». La norma aggiunge al comma 2 che in tali casi «L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta».

L'art. 110 del Codice impone quindi, espressamente, al verificarsi delle ipotesi tassative ivi indicate, di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, secondo l'ordine risultante dalla relativa graduatoria e, comunque, senza consentire o ammettere una rimodulazione di quest'ultima. In tali casi tassativi– «per ragioni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa il legislatore fa obbligo per la stazione appaltante di avvalersi degli esiti della competizione espletata e di attenersi alla graduatoria formulata, senza che sia possibile, al riguardo, alcun esercizio di discrezionalità, né sulle modalità da seguire per il nuovo affidamento (quale ad esempio l'indizione di una nuova gara, come prevedeva l'art. 140 del pregresso Codice dei contratti pubblici), né sul procedimento di scorrimento della graduatoria, vincolato al rispetto dell'ordine di classificazione dei concorrenti così come cristallizzatosi (...)» (TAR Lazio n. 7786/2021, in termini Consiglio di Stato n. 4619/2021).

La giurisprudenza chiarisce, quindi, che nei casi indicati nell'art. 110 del Codice, la stazione appaltante è obbligata a procedere all'interpello ivi previsto, secondo l'ordine della graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.

L'art. 110, comma 1, del Codice (per quanto di interesse ai fini del presente parere) fa espresso riferimento alla risoluzione del contratto d'appalto disposta dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 108. La stessa norma, pertanto, come affermato dall'Autorità non è applicabile al caso della risoluzione consensuale, a prescindere dall'esigenza di concludere la prestazione contrattuale (delibera n. 737 del 9 settembre 2020). Nella stessa pronuncia è stata ulteriormente illustrata «(...) la chiara *ratio* della norma: ove si ammettesse uno scorrimento della graduatoria in presenza di ogni risoluzione consensuale, si potrebbe facilmente eludere l'esito della gara, delineandosi un'ipotesi di cessione del contratto di appalto pubblico; circostanza questa contraria al principio generale di immodificabilità soggettiva dell'appaltatore pubblico. Infatti, se così non fosse, si potrebbe teoricamente verificare la possibilità di scorrere – di risoluzione in risoluzione – la graduatoria fino a giungere all'operatore economico "gradito" con il quale dare esecuzione al contratto di appalto. È preclusa la possibilità di procedere allo scorrimento della graduatoria formatasi all'esito dell'originaria procedura di gara, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture, qualora il pregresso rapporto contrattuale sia venuto meno per mutuo consenso delle parti».

Sulla base dei chiarimenti offerti dall'Autorità, pertanto, la possibilità di procedere all'interpello del secondo classificato nella graduatoria di gara, alle condizioni offerte dall'aggiudicatario, è limitata ai soli casi indicati dall'art. 110 del Codice, tra i quali non rientra espressamente l'ipotesi di risoluzione consensuale del contratto d'appalto.

Tuttavia, nel caso in cui la stazione appaltante fissi nella *lex specialis* di gara, delle specifiche ipotesi di applicazione della norma, in clausole chiare, precise e inequivocabili, ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. a) e d), n. 1 del Codice, stante l'ampiezza del disposto normativo di tale disposizione, come sopra evidenziato, sembra ipotizzabile il ricorso all'istituto dell'interpello oltre i casi espressamente previsti dall'art. 110 citato.

In tale evenienza, infatti, l'«estensione» dell'applicazione della norma, sarebbe legittimata dalla specifica previsione nel bando, delle ipotesi di interpello ammesse, con i relativi limiti e condizioni (queste ultime in conformità alle disposizioni della norma, ossia rispetto della graduatoria formulata e affidamento alle condizioni proposte dall'aggiudicatario iniziale).

Potrebbe rientrare in tale ipotesi il caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità, ossia il caso della risoluzione del contratto d'appalto per eccessiva onerosità o per impossibilità sopravvenuta della prestazione, per cause non imputabili a responsabilità dell'appaltatore.

In simili circostanze, specificamente individuate nel bando di gara, il ricorso all'interpello potrebbe trovare fondamento, in ossequio ai principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, nella necessità di procedere alla rapida conclusione dei lavori o dei servizi oggetto di affidamento, che in ultima analisi costituisce la *ratio* sottesa alle previsioni dell'art. 110 del Codice.

Si tratterebbe, inoltre, di circostanze eccezionali, non imputabili alla responsabilità dell'appaltatore e che sembrerebbero escludere l'ipotesi di comportamenti opportunistici, nel senso indicato dall'Autorità nella pronuncia sopra richiamata, tenuto anche conto del fatto che la risoluzione del contratto di appalto per eccessiva onerosità sopravvenuta, ai sensi dell'art. 1467 c.c., segue ad azione proposta dinanzi al giudice competente e, quindi, a una pronuncia giurisdizionale che accerti la sussistenza dei presupposti previsti dalla norma (TAR Brescia, n. 239/2022, secondo la quale, tra l'altro, «qualora si verifichi un aumento imprevedibile del costo del servizio in grado di alterare il sinallagma contrattuale rendendo il contratto eccessivamente oneroso per l'appaltatore, questi può sempre esperire il rimedio civilistico di cui all'art. 1467 c.c., chiedendo la risoluzione del contratto di appalto per eccessiva onerosità sopravvenuta, alle condizioni previste dalla norma e, ovviamente, con azione proposta dinanzi al giudice competente»).

Sotto altro profilo, nel caso indicato, l'applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. d), n. 1), in combinato disposto con l'art. 110, sembra coerente con il principio sopra enucleato, che in sede di esecuzione, non

intervenga nel rapporto contrattuale un soggetto che non abbia preso parte alla procedura selettiva, in ossequio ai principi di par condicio, trasparenza e concorrenza.

In simili casi, tuttavia, contrariamente a quanto proposto dall'Amministrazione richiedente, l'applicazione dell'istituto dell'interpello contemplato dall'art. 110, richiede necessariamente che la stipula del nuovo contratto d'appalto con il secondo in graduatoria, avvenga – come previsto dalla norma - alle medesime condizioni proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.

Non è quindi consentito, nel caso in esame, procedere alla stipula di un nuovo contratto d'appalto con il secondo in graduatoria sulla base dell'offerta che quest'ultimo ha presentato in gara, come ipotizzato dall'istante.

L'applicazione delle disposizioni dell'art. 110 del Codice richiede necessariamente, secondo il disposto del comma 2, che l'affidamento del contratto d'appalto per il completamento delle opere o del servizio, avvenga «alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta».

Conseguentemente, in relazione al quesito in esame, può ritenersi ammessa dalle disposizioni dell'art. 106, comma 1, lett. a) e d) n.1, l'introduzione di una clausola nel bando di gara che consenta di procedere ad interpello del secondo in graduatoria ai sensi dell'art. 110, nei casi di risoluzione del contratto di appalto per eccessiva onerosità oppure per impossibilità sopravvenuta della prestazione ai sensi del codice civile, per cause non imputabili all'appaltatore, purché tale evenienza sia disciplinata in clausole chiare, precise e inequivocabili, contemplanti, altresì, l'affidamento del contratto d'appalto alle condizioni offerte dall'aggiudicatario iniziale.

Il Consiglio

Ritiene che:

- ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. d) n.1, del d.lgs. 50/2016, è consentito introdurre nel bando di gara, una clausola chiara, precisa e inequivocabile, che consenta alla stazione appaltante di procedere ad interpello del secondo in graduatoria ai sensi dell'art. 110 del Codice, nei casi di risoluzione del contratto di appalto per eccessiva onerosità o per impossibilità sopravvenuta della prestazione ai sensi del codice civile, per cause non imputabili all'appaltatore, prevedendo l'affidamento del contratto d'appalto alle condizioni offerte dall'aggiudicatario iniziale, come statuito dal comma 2 dell'art. 110 del Codice.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 settembre 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente