



.....OMISSIS.....

Oggetto

Variazione contrattuale – art. 106 d.lgs. 50/2016- richiesta di parere.

FUNZ CONS 22/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 4 aprile 2023, acquisita al prot. Aut. n. 26706, 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 9 maggio 2023, 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 degli elementi forniti.

Il quesito proposto attiene ad un appalto di servizi di accoglienza e assistenza di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale, attualmente in corso di esecuzione, e alla possibilità per l’amministrazione istante, di procedere ad una variazione contrattuale ai sensi art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50/2016 – successiva ad altra già disposta – inerente l’allestimento di una tensostruttura all’interno dell’immobile adibito al predetto servizio, al fine di ricavare ulteriori posti per l’accoglienza, nei termini indicati nell’istanza di parere. Si chiede, altresì, se in alternativa alla variazione contrattuale descritta, l’amministrazione possa ricorrere all’affidamento diretto del contratto, ai sensi dell’art. 11, co.2, del d.lgs. 142/2015.

Sulla questione posta sembra utile richiamare, in via preliminare, 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 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 stabilisce a sua volta che «Nei casi di cui al comma 1, lettere b) e c), per i settori ordinari il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. *In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica*. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice».

Il d.lgs. 50/2016 consente, quindi, in caso di *circostanze impreviste ed imprevedibili* per la stazione appaltante, di procedere ad una variante contrattuale che non alteri la natura generale del contratto. Il comma 7 sopra richiamato, inoltre, consente espressamente di ricorrere (ove necessario e in presenza delle condizioni stabilite dall'art. 106) a "più modifiche successive" in relazione ad uno stesso contratto, nei limiti di valore indicati nella disposizione e fermo restando che le modifiche non devono essere intese ad aggirare l'applicazione del Codice.

Sembra opportuno richiamare altresì l'art. 106, comma 1, lett. e) del Codice ai sensi del quale il ricorso alle varianti non può determinare modifiche "sostanziali" al contratto d'appalto, secondo le previsioni del comma 4.

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 comunque essere sostanziali, ossia non devono alterare considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito, secondo le previsioni contenute nel comma 4 della disposizione.

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).

Conclusivamente, nell'ambito del contratto d'appalto, la stazione appaltante può procedere a "più modifiche" successive in relazione ad uno stesso contratto, ma tale possibilità è subordinata alla sussistenza dei presupposti e delle condizioni indicate dall'articolo 106 del Codice, con particolare riguardo al comma 7.

Tra tali presupposti, ai fini dell'applicazione del comma 1, lett. c), della norma *de qua*, riferito a *circostanze impreviste ed imprevedibili* per la stazione appaltante, sembra possibile includere in linea generale anche l'emergenza rappresentata dall'amministrazione istante, fermi in ogni caso i limiti previsti dalla norma.

L'applicazione dell'art. 106 del Codice, impone quindi 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 (nel senso sopra indicato), quale ipotesi non ammessa dalla disciplina di settore.

Quanto alla possibilità di ricorrere all'affidamento diretto ai sensi dell'art. 11 (misure straordinarie di accoglienza), del d.lgs. 142/2015 ("*Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*"), è appena il caso di osservare che la norma è riferita alle situazioni di estrema urgenza, che richiedono alla stazione appaltante di agire senza indugio.

Ai sensi del citato art. 11, infatti «1. Nel caso in cui è temporaneamente esaurita la disponibilità di posti all'interno dei centri di cui all'articolo 9, a causa di arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti, l'accoglienza può essere disposta dal prefetto, sentito il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno, in strutture temporanee, appositamente allestite, previa valutazione delle condizioni di salute del richiedente, anche al fine di accertare la sussistenza di esigenze particolari di accoglienza. 2. Le strutture di cui al comma 1 soddisfano le esigenze essenziali di accoglienza nel rispetto dei principi di cui all'articolo 10, comma 1, e sono individuate dalle prefetture-uffici territoriali del Governo, previo parere dell'ente locale nel cui territorio è situata la struttura, *secondo le procedure di affidamento dei contratti pubblici*. E' consentito, nei casi di estrema urgenza, il ricorso alle procedure di affidamento diretto ai sensi del decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle relative norme di attuazione.(...)».

La norma contiene un rinvio alle procedure di affidamento previste nel Codice dei contratti pubblici (la norma infatti è riferita alle "*procedure di affidamento dei contratti pubblici*"), stabilendo nel contempo che nei casi di estrema urgenza è consentito il ricorso alle procedure di affidamento diretto ai sensi del d.l. 451/1995 conv. in l.n. 563/1995 e delle norme attuative (d.m. 233/1996).

Questa Autorità, in relazione all'emergenza sanitaria da Covid, ha ritenuto applicabile la norma sopra richiamata per far fronte, nell'immediato, alla conclusione di contratti pubblici necessari all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

In particolare, nel documento di "*ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel Codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*" (del 22.4.2020), dopo aver illustrato le previsioni acceleratorie e di semplificazione presenti nel d.lgs. 50/2016, l'Autorità ha altresì indicato le principali disposizioni in materia di affidamento dei contratti pubblici contenute nei provvedimenti emergenziali e in altre fonti normative ritenute utili a tali fini.

Per quanto di interesse in questa sede, è stato sottolineato (tra l'altro) che «In tema di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, l'art. 11 del d.lgs. 142/2015, dopo aver chiarito che le strutture di accoglienza vengono individuate secondo le procedure di affidamento dei contratti pubblici, specifica che "è consentito, nei casi di estrema urgenza, il ricorso alle procedure

di affidamento diretto ai sensi del decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle relative norme di attuazione"».

Secondo l'Autorità, pertanto, è consentito, nei limiti indicati nella norma, quindi nei casi estrema urgenza che richiedono interventi nell'immediato e senza indugio da parte della stazione appaltante, il ricorso all'affidamento diretto dei contratti pubblici necessari per garantire l'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

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

Atto firmato digitalmente