

# L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO E LE MODIFICHE CONSENTITE

AVV. STEFANIA ROSI BONCI

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - **ART. 70**

## CONDIZIONI DI ESECUZIONE DELL'APPALTO

- Considerando 104 Direttiva 2014/24/UE
- Articolo 26 Direttiva 2004/18/CE
- Articolo 69 Codice dei contratti
- Disposizione a recepimento facoltativo

**Finalità delle condizioni di esecuzione di un appalto è stabilire requisiti specifici per quanto riguarda l'esecuzione dell'appalto.**

In quanto requisiti oggettivi prestabiliti, non vanno **confuse** con i **criteri di aggiudicazione dell'appalto** che costituiscono la base di una valutazione comparativa della qualità delle offerte (*Considerando 104 Direttiva n. 24*)

L'art. 70 “Condizioni di esecuzione dell'appalto” della **Direttiva n. 24** ripropone, con alcune **modifiche**, l'art. 26 della **Direttiva n. 18**.

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - **ART. 70**

## CONDIZIONI DI ESECUZIONE DELL'APPALTO

### Quali condizioni è possibile esigere:

☐ Direttiva n. 18: condizioni consentite alle S.A. “purchè siano compatibili con il diritto comunitario”;

**Direttiva n. 24:** condizioni consentite “purché collegate all’oggetto dell’appalto ai sensi dell’articolo 67, paragrafo 3,” (non solo **compatibili con il diritto comunitario**, ma **collegate all’oggetto dell’appalto**, che comprende tutti i fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o commercializzazione);

☐ Direttiva n. 18 richiamava esclusivamente “considerazioni... che possono basarsi su considerazioni sociali e ambientali”; la **Direttiva n. 24** parla di “**condizioni che possono comprendere considerazioni economiche, legate all’innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all’occupazione**”= maggiore sensibilità all’attuale momento socio-economico.

☐ **Art. 69 D.Lgs. n. 163/2006:** possibilità per le S.A. di esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri. In linea con la Direttiva 18, l'art. 69 richiama, quanto alla natura delle condizioni, esigenze sociali o ambientali.

Come già previsto dalla Direttiva n. 18, anche nella 24 è previsto che le condizioni di esecuzione di un appalto dovrebbero essere **indicate nel bando di gara**, nell’avviso di preinformazione utilizzato come mezzo per indire la gara o nei documenti di gara.

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - **ART. 71**

## **SUBAPPALTO**

- **Considerando 105 Direttiva 2014/24/UE**
- **Articolo 25 Direttiva 2004/18/CE**
- **Articolo 118 Codice dei contratti**
- **Disposizione a recepimento facoltativo**

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - ART. 71

## SUBAPPALTO

**Disciplina art. 71** nuova direttiva = **NOVITA'** (ad eccezione del paragrafo 2)

In sede di recepimento necessità di valutare attentamente se proseguire a disciplinare il subappalto secondo quello che è stato l'interesse pubblico alla base della disciplina statale (contrastare il diffondersi del fenomeno della criminalità organizzata), ovvero sganciarsi da questa tradizionale impostazione per accogliere la ratio che sta alla base della disciplina comunitaria del subappalto, vale a dire, creare una forma di organizzazione imprenditoriale nella fase di esecuzione dei contratti per consentire la partecipazione di micro, piccole e medie imprese al mercato degli appalti pubblici” (cfr. trentaduesimo considerando della Direttiva n. 18).

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - ART. 71

## SUBAPPALTO

### Art. 71, paragrafo 2:

“Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.”.

Disposizione a recepimento facoltativo: **possibilità** per uno stato membro di introdurre l'**obbligo**, in caso di subappalto, **di indicare già in sede di gara i nominativi dei subappaltatori proposti.**

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - ART. 71

## SUBAPPALTO

### *Opportunità e criticità:*

Tale possibilità, esistente anche sotto la vigenza della precedente Direttiva, non è stata recepita dal legislatore nazionale: **art. 118 Codice** obbligo, per i concorrenti che intendono avvalersi del subappalto, all'atto dell'affidamento, di **indicare soltanto i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare** o concedere in cottimo.

☐ **orientamento giurisprudenziale** volto a riconoscere il c.d. **“subappalto necessario o avvalimento sostanziale”** (cfr. Consiglio di Stato Sez. V 10/2/2015 n. 676; Cons. St., Sez. V, n. 4405 del 28.08.2014; Cons. St., Sez. IV, 13 maggio 2014, n. 1224; Cons. St., Sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900): l'art. 118 c.2 d.lgs 163/2006 va interpretato nel senso che la dichiarazione in questione deve contenere **anche l'indicazione del subappaltatore** unitamente alla dimostrazione del possesso, in capo a costui, dei requisiti di qualificazione, ogniqualvolta il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione.

☐ **AVCP contraria** (determinazione n. 4/2012)

In sede di recepimento occorre dare precisa definizione di subappalto, oltre a una risposta chiara alla problematica sopra indicata.

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - **ART. 71**

## **SUBAPPALTO**

### **NOVITA' Art. 71, paragrafi 1,3, 7, 5:**

□ *obblighi del subappaltatore in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro (art. 71, paragrafo 1)* osservare il rispetto, nell'esecuzione di appalti pubblici, degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X, attraverso azioni adeguate delle autorità nazionali competenti .

▪ **Il legislatore nazionale** si è già mostrato sensibile a tali argomenti (cfr. art. 118, comma 6 in tema di obbligo di osservare integralmente quanto stabilito dai CCNL; disciplina in materia di Documento unico di regolarità contributiva).

□ *pagamento diretto dei subappaltatori* due fattispecie:

- a) possibilità, per gli Stati membri, di prevedere che, **su richiesta del subappaltatore** e se la natura del contratto lo consente, l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca i **pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore (art. 71, paragrafo 3)**;
- b) possibilità, per gli Stati membri, di prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità, anche nel quadro del diritto interno in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori, ad esempio prevedendo **pagamenti diretti ai subappaltatori senza la necessità che questi ultimi facciano richiesta** di pagamento diretto (*art. 71, paragrafo 7*).



Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - **ART. 71**

## SUBAPPALTO

### *Opportunità e criticità:*

Attualmente il **Codice** e altre norme “extravaganti” rispetto al Codice, **già prevedono il pagamento diretto del subappaltatore:**

- ❑ **art. 118, comma 3, dlgs. n. 163/2006:** possibilità di pagamento diretto del subappaltatore laddove sia previsto nel bando;
- ❑ **art. 118, comma 3, dlgs. n. 163/2006:** per il contratto di appalto in corso, ove ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, o anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono, accertate dalla stazione appaltante, può provvedersi, sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, al pagamento diretto ... al subappaltatore o al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite;
- ❑ **art. 13, comma 1, lettera a) della l. n. 180/2011:** al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese, la pubblica amministrazione e le autorità competenti, purché ciò non comporti nuovi o maggiori oneri finanziari, provvedono a suddividere, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 29 del D.Lgs. n. 163/2006, gli appalti in lotti o lavorazioni ed evidenziare le possibilità di subappalto, garantendo la corresponsione diretta dei pagamenti;
- ❑ **art. 118, comma 3-bis, dlgs. n. 163/2006:** è sempre consentito alla stazione appaltante, anche per i contratti di appalto in corso, nella pendenza di procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, provvedere ai pagamenti dovuti per le prestazioni eseguite... dai subappaltatori e dai cottimisti, secondo le determinazioni presso il Tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura.

Il pagamento diretto dei subappaltatori in sede di recepimento potrebbe portare vantaggi alle imprese, tuttavia tale possibilità va valutata anche alla luce della recente normativa sulla fatturazione elettronica per i pagamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, anche in considerazione della natura privatistica del contratto tra appaltatore e subappaltatore.

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - **ART. 71**

## SUBAPPALTO

### ❑ *obbligo di indicare dati dei subappaltatori (art. 71, paragrafo 5).*

Il paragrafo contiene una serie di obblighi, gravanti sulle stazioni appaltanti o sul contraente principale, di acquisire informazioni sui subappaltatori, **dopo l'aggiudicazione dell'appalto e al più tardi all'inizio dell'esecuzione del contratto.**

### *Opportunità e criticità*

Anche il legislatore italiano ha ritenuto **necessario monitorare i subappalti** (apposita procedura di autorizzazione) **differenza:** mentre in tale sede viene posto l'obbligo di acquisizione dopo l'aggiudicazione dell'appalto e al più tardi all'inizio dell'esecuzione del contratto, **in sede nazionale l'obbligo è posto in fase di esecuzione.**

L'adempimento dell'obbligo posto in fase di esecuzione offre vantaggi in caso di subappalti numerosi.

Eccezione: nel caso si debba dare avvio al contratto con lavorazioni da subappaltare immediatamente dopo la stipula del contratto con l'affidatario principale. In tal caso potrebbe risultare utile far partire da subito le verifiche sul subappaltatore, sulla base delle autodichiarazioni rese, nelle more del rilascio dell'autorizzazione al subappalto, che potrà avvenire solo dopo la stipula del contratto.

Scelta lasciata agli Stati membri tra imporre l'obbligo di acquisire le informazioni sulle amministrazioni ovvero direttamente sul contraente principale: la natura di "contratto derivato" del contratto di subappalto e il regime di responsabilità vigente tra appaltatore e subappaltatore, fanno propendere per preferire la seconda ipotesi.

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - ART. 71

## SUBAPPALTO

### □ *possibilità di “subappalto a cascata” (art. 71, paragrafo 5, comma 5, lett. b))*

“Le amministrazioni aggiudicatrici possono estendere o possono essere obbligate dagli Stati membri a estendere gli obblighi previsti al primo comma, (vale a dire gli obblighi informativi) ad esempio:  
...b) ai **subappaltatori dei subappaltatori** del contraente principale o ai **subappaltatori successivi nella catena dei subappalti**.”.

### *Opportunità e criticità*

Nell'ordinamento statale il subappalto di opere ricevute in subappalto (il cosiddetto “**subappalto a cascata**”) è **vietato** (art. 118, comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006). Unica deroga attualmente consentita: DPR n. 207/2010) possibilità, per il subappaltatore in possesso dei requisiti relativi, di subappaltare la posa in opera di alcuni impianti, strutture e opere speciali.

Si ritiene che il **recepimento della possibilità di subappalto a cascata possa costituire una forte criticità**, sia in relazione alla necessità di contrastare il diffondersi del fenomeno della criminalità organizzata che nel subappalto trova terreno fertile, sia per l'esigenza di contenere i fenomeni di eccessivi ribassi nella esecuzione delle opere che comportano sistematicamente la violazione della normativa in materia di sicurezza.

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - ART. 72

## MODIFICA DI CONTRATTI DURANTE IL PERIODO DI VALIDITA'

- Considerando da 107 a 111 Direttiva 2014/24/UE
- Articoli 132 e 114 D.Lgs. n. 163/2006
- Articoli 161 e 311 D.P.R. n. 207/2010
- Disposizione a recepimento obbligatorio

**NOVITÀ ASSOLUTA** rispetto alla Direttiva 18

**Disciplina di derivazione giurisprudenziale** (considerando 107).

Condizioni della giurisprudenza CEG per l'introduzione di modifiche ad un contratto già concluso (sentenza 19 giugno 2008, n. C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH contro Republik Österreich Bund e altri).

*Questione affrontata: comprendere quando le modifiche ad un contratto esistente siano così rilevanti da costituire l'aggiudicazione di un nuovo appalto e comportare pertanto l'obbligo di una nuova procedura ad evidenza pubblica.*

La Corte ha ritenuto che alcune modifiche contrattuali, soprattutto in contratti di lunga durata, devono considerarsi inevitabili e consentite e contestualmente ha affermato che deriva dai principi generali in materia di appalti pubblici un generale divieto di apportare modifiche oggettive e soggettive al contratto già concluso ed in corso di esecuzione.

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - **ART. 72**

## **MODIFICA DI CONTRATTI DURANTE IL PERIODO DI VALIDITA'**

La Direttiva n. 24 riprende le soluzioni individuate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, avendo comunque, come obiettivo prioritario, la *trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti*

(non si parla di «varianti». La normativa comunitaria sembra riunire una serie di istituti che vanno anche oltre queste ultime: es., nella disciplina nazionale, lavori o servizi complementari, clausola di revisione periodica del prezzo )

### **3 tipologie di modifiche**

**durante l'esecuzione di un contratto:**

- 1. Modifiche sostanziali (non ammesse) (paragrafo 4);**
- 2. Modifiche sostanziali (ammesse, paragrafo 1., lettera c);**
- 3. Modifiche non sostanziali (ammesse, paragrafo 1., lettera b e paragrafo 2.).**

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - **ART. 72**

## MODIFICA DI CONTRATTI DURANTE IL PERIODO DI VALIDITA'

**1) Modifiche sostanziali (non ammesse) (paragrafo 4):** una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua validità è sostanziale quando *muta sostanzialmente la natura del contratto o dell'accordo quadro rispetto a quello inizialmente concluso.*

Una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

- 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 o nell'accordo quadro (es: quando il cambiamento comporta una riduzione delle prestazioni senza riduzione di prezzo o viceversa);
- c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto o dell'accordo quadro (concetto più ampio rispetto alla lett. b);
- d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al paragrafo 1, lettera d).

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - ART. 72

## MODIFICA DI CONTRATTI DURANTE IL PERIODO DI VALIDITA'

**2) Modifiche sostanziali (ammesse, paragrafo 1., lettera c):** sono le modifiche che pur essendo sostanziali, non richiedono una nuova procedura di appalto, **purchè** siano **soddisfatte tutte le seguenti condizioni:**

- a) la necessità di modifica è determinata da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice diligente non ha potuto prevedere;
- b) la modifica non altera la natura generale del contratto;
- c) l'eventuale aumento di prezzo non è superiore al 50 % del valore del contratto iniziale o dell'accordo quadro. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare la direttiva;
- d) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del paragrafo 4..

Ratio: le S.A. si trovano a volte ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato l'appalto, in particolare quando l'esecuzione dell'appalto copre un periodo lungo. In questo caso è necessaria una certa flessibilità per adattare il contratto a tali circostanze, senza ricorrere a una nuova procedura di appalto.

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - ART. 72

## MODIFICA DI CONTRATTI DURANTE IL PERIODO DI VALIDITA'

### 3) Modifiche non sostanziali (ammesse, paragrafo 1., lettere a) e b) e paragrafo 2.).

a) **se le modifiche**, a prescindere dal loro valore monetario, **sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili**, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche od opzioni, nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate. Esse non apportano modifiche o opzioni che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro.

*(Considerando n. 111: le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la possibilità di prevedere modifiche mediante clausole di revisione o di opzione, senza che tali clausole conferiscano loro discrezionalità illimitata);*

b) **per lavori, servizi o forniture supplementari** da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente:

i) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; e

ii) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi.

L'eventuale aumento di prezzo non deve eccedere 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 direttiva.



Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - ART. 72

## **MODIFICA DI CONTRATTI DURANTE IL PERIODO DI VALIDITA'**

c) Inoltre, e **senza ulteriore bisogno di verificare se le condizioni di cui al paragrafo 4, lettere da a) a d), sono rispettate**, i contratti possono parimenti essere modificati senza necessità di una nuova procedura d'appalto a norma della direttiva **se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i valori seguenti**:

- i) le soglie fissate all'articolo 4; e
- ii) il 10 % del valore iniziale del contratto per i contratti di servizio e fornitura e il 15 % del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori .

La modifica non può alterare la natura complessiva del contratto o accordo quadro. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - ART. 72

## MODIFICA DI CONTRATTI DURANTE IL PERIODO DI VALIDITA'

### Modifiche “soggettive”

La Direttiva n. 24/2014 contempla anche la possibilità di “modifiche soggettive” al contratto in essere (paragrafo 1, lett. d)).

I contratti possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto:

d) se un **nuovo contraente sostituisce quello a cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l'appalto** a causa di una delle seguenti circostanze:

i) una clausola o opzione di revisione inequivocabile in conformità della lettera a);

ii) all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, 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 della presente direttiva; o

iii) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice stessa si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori, ove tale possibilità sia prevista dalla legislazione nazionale a norma dell'articolo 71;

e) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del paragrafo 4.

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - ART. 72

## MODIFICA DI CONTRATTI DURANTE IL PERIODO DI VALIDITA'

### *Opportunità e criticità*

La **disciplina nazionale**: **limitazioni** alla possibilità di apportare modifiche al contratto in essere.

- a) possibilità di introdurre **modifiche solo nelle fattispecie specificamente previste dal legislatore**, connotate tutte dal verificarsi di cause sopravvenute, impreviste e imprevedibili (artt. 132 e 114 del D.Lgs. n. 163/2006);
  - b) **divieto** di apportare **modifiche tali da mutare sostanzialmente** la natura complessiva del contratto (artt. 161, comma 4 e 311, comma 6 del D.P.R. n. 207/2010);
  - c) possibilità di apportare **modifiche, nelle fattispecie di cui agli artt. 132, comma 1 e 114, entro il limite del quinto**, in più o in meno, dell'importo del contratto, alle stesse condizioni del contratto, previa stipula di atto di sottomissione;
  - d) possibilità di apportare **modifiche del contratto**, in aumento o in diminuzione, **finalizzate al miglioramento delle prestazioni contrattuali**, sempreché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in **aumento** relativo a tali modifiche del contratto **non può superare il 5 per cento dell'importo originario del contratto** (artt. 132, comma 3 e 114 del D.Lgs. n. 163/2006; art. 311, comma 3 del D.P.R. n. 207/2010);
- (per i lavori) non sono considerate modifiche del contratto (e pertanto sono sempre ammessi) gli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, che siano contenuti entro un importo non superiore al 20 per cento per i lavori di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati, non superiore al 10 per cento per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro e al 5 per cento per tutti gli altri lavori delle categorie di lavoro dell'appalto e che non comportino un aumento dell'importo del contratto stipulato per la realizzazione dell'opera (art. 132, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006).

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - ART. 72

## MODIFICA DI CONTRATTI DURANTE IL PERIODO DI VALIDITA'

### Analogie e differenze tra normativa nazionale e nuova normativa comunitaria

#### Analogie:

- a) *entrambe* le discipline si fondano sul principio del **divieto di mutamento sostanziale** della natura del contratto;
- b) *entrambe*, in presenza di cause sopravvenute e impreviste, prevedono **ipotesi tassative** in presenza delle quali sono **consentite modifiche del contratto** in corso di contratto, sebbene presentino carattere sostanziale;
- c) *entrambe* prevedono ipotesi di **modifiche del contratto non sostanziali** richieste dalla stazione appaltante (paragrafo 2, lettere i) e ii) della Direttiva n. 24/2014 e art. 132, comma 3, 2° cpv del D.Lgs. n. 163/2006).

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - ART. 72

## MODIFICA DI CONTRATTI DURANTE IL PERIODO DI VALIDITA'

### Differenze:

- a) la **disciplina comunitaria**, con riferimento alle modifiche di cui alla sopra indicata lettera b), rispetto alla disciplina nazionale è più restrittiva, in quanto prevede l'obbligo di pubblicazione delle modifiche sulla GUCE (paragrafo 1, lettere b) e c)); (tuttavia il Decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 come convertito dalla Legge n. 114/2014 ha posto l'obbligo di trasmissione di tutte le modifiche del contratto relative a lavori pubblici ad ANAC);
- b) la **disciplina comunitaria**, con riferimento alle modifiche di cui alla sopra indicata lettera c), rispetto alla disciplina nazionale è meno restrittiva, in quanto il legislatore nazionale condiziona la possibilità di apportare tali modifiche contrattuali al verificarsi di circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto, cosa non richiesta a livello comunitario. Pertanto, in sede di recepimento, occorrerà valutare bene i margini di eccessiva discrezionalità che sembrerebbe consentire la disposizione comunitaria;
- c) la **Direttiva comunitaria**, a differenza di quella nazionale, dà una definizione di “modifica sostanziale”; si ritiene che in sede di recepimento si debba necessariamente intervenire al riguardo fornendo una chiara e precisa definizione del concetto di “modifica sostanziale”, in quanto è su questo punto che si gioca gran parte della partita della modifica del contratto, che non può essere lasciata alla discrezionalità del funzionario di turno, con tutti gli aspetti connessi, siano essi positivi o negativi.

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - ART. 73

## **RISOLUZIONE DEI CONTRATTI**

- **Considerando 112 Direttiva 2014/24/UE**
- **Articoli da 135 a 139 Codice di contratti**
- **Disposizione a recepimento obbligatorio**

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - ART. 73

## **RISOLUZIONE DEI CONTRATTI**

### **NOVITA'**

Possibilità per le S.A., almeno nelle seguenti circostanze e alle condizioni stabilite dal diritto nazionale applicabile, di risolvere un contratto pubblico durante il periodo di validità dello stesso, qualora:

- a) il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 72;
- b) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafo 1 (Motivi di esclusione), e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura d'appalto;
- c) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato all'aggiudicatario in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati e dalla direttiva come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE.

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 - ART. 73

## RISOLUZIONE DEI CONTRATTI

### *Opportunità e criticità*

D.Lgs. n. 163/2006 contempla già, nella sostanza, i disposti comunitari.

**Ipotesi lettera b)** presenta maggiori **criticità** e pone dubbi interpretativi:

«si procede a risoluzione se l'aggiudicatario si è trovato al momento dell'aggiudicazione in una delle situazioni di cui all'art. 57».

Tale previsione non risulta applicabile in quanto, se al momento dell'aggiudicazione emerge una delle situazioni di cui all'art. 57, non si dovrebbe procedere alla stipula del contratto e quindi non si ha alcun contratto da poter risolvere.

Per poter risolvere il contratto i motivi di esclusione dovrebbero sopravvenire dopo l'aggiudicazione. La direttiva vuol forse indicare che anche in costanza di contratto occorre controllare la permanenza dell'assenza dei motivi di esclusione ed in caso del sopravvenire di tale situazione risolvere il contratto?



*Grazie per l'attenzione*

***AVV. STEFANIA ROSI BONCI***

**ITACA**

ISTITUTO PER L'INNOVAZIONE E TRASPARENZA  
DEGLI APPALTI E LA COMPATIBILITA' AMBIENTALE

Seminario pubblico  
DIRETTIVA APPALTI 24/2014/UE – L'ANALISI DELLE REGIONI  
Martedì, 9 giugno 2015 - ROMA



CONFERENZA DELLE REGIONI  
E DELLE PROVINCE AUTONOME