



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... - Procedura aperta ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. 36/2023, suddivisa in sette lotti, per la sottoscrizione di accordi quadro con più operatori economici, di durata triennale, ai sensi dell'art. 59 del d.lgs. medesimo, per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura aventi ad oggetto la progettazione di fattibilità tecnico-economica, la progettazione esecutiva, da redigere e restituire in modalità BIM, oltre al coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione, in relazione a interventi di manutenzione straordinaria, ristrutturazione edilizia, restauro/risanamento conservativo e nuova edificazione, così come disciplinati dall'art. 3, co. 1, lett. b), c), d) ed e) del d.P.R. 380/2001, da redigere ai sensi del citato d.lgs. 36/2023 - Richiesta di parere.

UPREC-CONS-0034-2025-FC

FUNZ CONS 16/2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 3 marzo 2025, acquisita al prot. Aut. n. 32762 e successiva comunicazione pervenuta in data 5 marzo 2025, acquisita al prot. Aut. n. 34151, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 16 aprile 2025, 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 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,OMISSIS..... rappresenta di aver indetto, sulla base della decisione di contrarre prot. n. 365 del 24 giugno 2024 e del relativo bando pubblicato in data il 29 giugno 2024, la procedura di gara in oggetto, con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base della sola qualità, ai sensi dell'art. 108, comma 5, del Codice, in applicazione delle disposizioni sull'equo compenso di cui alla L. n. 49/2023.

In tale contesto, l'elemento relativo al costo ha assunto la forma di un prezzo fisso, sulla base del quale gli O.E. sono stati chiamati a competere solo sull'offerta tecnica. Tale scelta, evidenzia la richiedente, è stata determinata principalmente dall'incertezza del quadro normativo di riferimento, relativo all'applicabilità o meno della legge n. 49/2023 sull'equo compenso alle procedure di affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria disciplinate dal Codice.

In relazione alla gara in questione, ripartita in 7 lotti per un valore totale dell'appalto pari a 60 milioni di euro, con quadro economico di euro 77.331.660, entro il termine di presentazione delle offerte, fissato al 5 agosto 2024, sono pervenute complessivamente n. 103 offerte ed attualmente la procedura stessa è nella fase iniziale di valutazione delle offerte medesime.

In data 31 dicembre 2024 è entrato in vigore il d.lgs. n. 209/2024, per effetto del quale è stata introdotta nel Codice (tra l'altro) la previsione dell'art. 41, comma 15-bis, con la quale, al fine di garantire il rispetto del principio dell'equo compenso, il legislatore ha stabilito che, nell'ambito dell'OPEV, la componente dell'importo a base d'asta – pari al 65% dello stesso – non è ribassabile, ammettendo la ribassabilità della quota residua della base d'asta - nella misura del 35% e limitando il peso attribuibile alla componente economica dell'offerta alla soglia massima del 30%, al fine di privilegiare gli elementi qualitativi delle offerte, alle quali è garantito un peso non inferiore al 70%.

A seguito della riforma sopra indicata, è sorta la necessità di valutare l'impatto della stessa sulla procedura di gara descritta, indetta precedentemente al citato d.lgs. 209/2024, anche in termini di potenziale maggior esborso che la conclusione della stessa può determinare per l'istante.

Da un lato, infatti, la mancata conclusione della procedura, in quanto conseguita ad un'attenta attività di programmazione dei fabbisogni dell'Agenzia, come evidenziato nell'istanza, *"rischia di compromettere il raggiungimento nei tempi prestabiliti degli obiettivi di riduzione di spesa in termine di fitti passivi e di contenimento della spesa pubblica concordati, in primo luogo, con il Mef e le altre amministrazioni dello Stato, compresi gli Enti territoriali, in generale l'attuazione dei cronoprogrammi relativi alla realizzazione dei menzionati interventi di razionalizzazione"*. Dall'altro, la riedizione della procedura, sulla base delle nuove disposizioni introdotte dal d.lgs. 209/2024, potrebbe consentire di beneficiare del ribasso delle tariffe professionali, nella misura massima del 35%, ancorché sia impossibile prevedere gli effettivi ribassi in gara.

Per quanto sopra, sono stati sollevati diversi quesiti, volti principalmente ad individuare la disciplina applicabile all'appalto indicato in oggetto, nei termini che seguono.

In primo luogo, è stato chiesto di chiarire come il principio del *tempus regit actum*, in assenza di una specifica indicazione da parte del legislatore, si raccordi con la peculiarità dell'istituto dell'accordo quadro che, in quanto contratto "normativo", necessita di una successiva manifestazione di volontà tra le parti. In sostanza, ove la procedura sia valutata senza soluzione di continuità, dall'attivazione della fase propedeutica alla definizione dell'accordo quadro alla stipula dei singoli negozi, occorrerebbe rimanere ancorati al quadro normativo previgente, seppure economicamente più svantaggioso; diversamente, applicando le nuove disposizioni nella fase contrattuale, occorrerebbe individuare le modalità attraverso le quali tali disposizioni possano trovare applicazione in concreto, rispetto alle condizioni poste nel bando di gara a monte.

Pertanto, ove ritenute distinte le fasi caratterizzanti la procedura di accordo-quadro (parte "normativa" e parte negoziale) ipotizzando, in fase negoziale, l'applicabilità dei sopravvenuti commi da 15-bis a 15-quater dell'art. 41 del Codice, è stato chiesto di chiarire se *(i)* sia ipotizzabile l'operatività del meccanismo dell'eterointegrazione della disciplina di gara, analogo a quello di cui all'art. 1339 del cod. civ., con conseguente sostituzione delle clausole contrastanti con il disposto normativo cogente *(ii)* ove ritenuta operante tale eterointegrazione, quale sia la modalità concreta per renderla efficace.

Ove, al contrario, si ritenga che le previsioni dell'art. 41, commi 15-bis e 15-ter, introdotte dal d.lgs. n. 209/2024, si applichino alle sole procedure indette successivamente alla data di entrata in vigore del decreto correttivo, è stato chiesto di chiarire se a fronte di una sopravvenienza normativa che implichi un impatto in termini di aggravio per la spesa pubblica, la SA abbia l'obbligo di valutare la revocabilità della procedura già avviata, tenendo conto di tutti gli elementi elencati nell'istanza di parere, tra i quali lo stato di avanzamento della procedura stessa e la sua importanza nell'ambito della programmazione della spesa per l'Agenzia, nonché dell'interesse a non vanificare l'attività posta in essere, avviata nel pieno rispetto della disciplina vigente alla data di indizione della procedura medesima e sulla base di una specifica programmazione.

Si chiede, infine, se l'Agenzia, al fine di conseguire dei potenziali risparmi di spesa, possa utilizzare, una volta conclusa la procedura in parola e prima della sottoscrizione dei singoli accordi quadro, gli strumenti di cui agli artt. 9 e 120, comma 2 [*recte comma 1*], lett. c) del d.lgs. n. 36/2023 e in particolare se sia ammissibile (i) operare una decurtazione del valore complessivo dei singoli accordi quadro nei limiti del c.d. quinto d'obbligo, costituente un vero e proprio diritto potestativo dell'amministrazione; (ii) avviare, nel contempo, una rinegoziazione con gli aggiudicatari per conseguire una riduzione del valore in questione, in misura superiore al 20% ed entro il limite del 50% del valore del contratto, al fine di ricondurre ad utilità il contratto.

Al fine di esprimere avviso sulle questioni poste, sembra opportuno osservare in primo luogo che precedentemente alla riforma recata dal d.lgs. 209/2024 (c.d. decreto correttivo del d.lgs. 36/2023), l'Autorità è intervenuta con diverse pronunce in ordine ai rapporti intercorrenti tra la normativa sull'equo compenso per prestazioni professionali dettata dalla l.n. 49/2023 e la disciplina recata dal d.lgs. 36/2023 per gli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, sollevando dubbi di compatibilità tra le due discipline (in particolare pareri Funz Cons n. 60/2024 e n. 40/2024, Atto del Pres. del 19.04.2024, delibera n. 101/2024, atto del Pres. 25.10.2023). Le criticità derivanti dall'applicazione delle disposizioni dettate dalla l. n. 49/2023, nell'ambito del settore dei contratti pubblici, sono state oggetto anche di una segnalazione da parte dell'Autorità, alla Cabina di Regia, al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri e, per conoscenza, al Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti in data 7 luglio 2023. In tale contesto, l'Anac è intervenuta altresì in sede di precontenzioso ai sensi dell'art. 220, comma 1, del d.lgs. 36/2023, affermando che per la questione in esame, possono individuarsi tre possibili soluzioni, come riproposte nel testo del Bando tipo n. 2/2023, ovvero «procedure di gara a prezzo fisso, con competizione limitata alla sola parte tecnica; procedure di gara da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in cui l'importo a base d'asta è limitato alle sole spese generali; inapplicabilità della disciplina dell'equo compenso alle procedure di evidenza pubblica, con conseguente ribassabilità dell'intero importo posto a base di gara» (delibera n. 101/2024-UPREC/PRE/0016/2024/S/PREC).

Dunque, come opportunamente evidenziato dall'Agenzia richiedente, il periodo antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. 209/2024, anche a causa di orientamenti giurisprudenziali non univoci sull'applicabilità della l. n. 49/2023 ai contratti pubblici, è stato caratterizzato da incertezze interpretative e applicative della legge sull'equo compenso, nei termini indicati.

Tali criticità devono ritenersi attualmente superate per effetto del citato d.lgs. 209/2024 che, escludendo l'applicabilità della l.n. 49/2023 ai contratti pubblici, vista la specialità della disciplina di settore, ha affermato il rispetto del principio dell'equo compenso di cui all'articolo 8, comma 2, del d.lgs. 36/2023. Come affermato nella Relazione Illustrativa del decreto correttivo, infatti, «Tenuto conto delle divergenze di posizione e orientamenti giurisprudenziali, si è inteso intervenire sulla materia al fine di bilanciare le regole sull'applicabilità del principio dell'equo compenso, inteso, appunto, come compenso "equo" e non "minimo", inevitabilmente correlato, tuttavia, all'operatività di specifici vincoli connessi al settore dei contratti pubblici, che impongono valutazioni comparative ai fini dell'affidamento di tutti i servizi, compresi quelli connessi alla progettazione, e che richiedono una adeguata ponderazione degli effetti finanziari delle scelte regolatorie (...)».

In risposta a tale necessario bilanciamento, quindi, è stato introdotto nell'art. 41 del Codice, il comma 15-bis ai sensi del quale «[...] Le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei predetti contratti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo nel rispetto dei seguenti criteri: a) per il 65 per cento dell'importo determinato ai sensi del primo periodo, l'elemento relativo al prezzo assume la forma di un prezzo fisso, secondo quanto previsto dall'articolo 108, comma 5; b) il restante 35 per cento

dell'importo da porre a base di gara può essere assoggettato a ribasso in sede di presentazione delle offerte. La stazione appaltante definisce il punteggio relativo all'offerta economica secondo i metodi di calcolo di cui all'articolo 2-bis dell'allegato I.13 e stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico, entro il limite del 30 per cento».

Fermo quanto sopra, con riguardo all'applicazione delle richiamate previsioni introdotte dal d.lgs. 209/2024 nell'art. 41 del Codice, ad appalti indetti prima della sua entrata in vigore (31 dicembre 2024), si osserva in primo luogo che il decreto correttivo stabilisce, all'art. 97, in via generale, che lo stesso entra in vigore il giorno della sua pubblicazione in G.U. Inoltre, nelle disposizioni transitorie introdotte dal d.lgs. 209/2024 nel Codice, con particolare riguardo agli artt. 225 e 225-bis, non sono previste specifiche previsioni in ordine all'applicazione delle novellate disposizioni dell'art. 41, a gare già bandite prima della data sopra indicata. Con la conseguenza che tali disposizioni dell'art. 41, nella versione modificata dal d.lgs. 209/2024, secondo il principio del *tempus regit actum*, tradizionalmente discendente dall'art. 11 delle preleggi al c.c., trovano applicazione esclusivamente alle gare d'appalto indette successivamente alla data del 31 dicembre 2024 (data di entrata in vigore del decreto correttivo).

Tali considerazioni devono estendersi anche agli accordi quadro previsti e disciplinati dell'art. 59 del d.lgs. 36/2023.

Come disposto dalla citata disposizione dell'art. 59, infatti, «Gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo le procedure previste dal presente articolo, applicabili tra le stazioni appaltanti, individuate nell'indizione della procedura per la conclusione dell'accordo quadro, e gli operatori economici selezionati in esito alla stessa. Non possono in sede di appalto apportarsi modifiche sostanziali alle condizioni fissate nell'accordo quadro» (comma 2). La norma aggiunge al comma 4 che «L'accordo quadro concluso con più operatori economici è eseguito secondo una delle seguenti modalità: a) secondo i termini e le condizioni dell'accordo quadro, senza riaprire il confronto competitivo, quando l'accordo quadro contenga tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture, nonché le condizioni oggettive, stabilite nei documenti di gara dell'accordo quadro, per determinare quale degli operatori economici parti dell'accordo effettuerà la prestazione; [...]; b) riaprendo il confronto competitivo tra gli operatori economici parti dell'accordo quadro, se l'accordo quadro non contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture; c) sussistendo le condizioni di cui alla lettera a), in parte senza la riapertura del confronto competitivo conformemente a quanto ivi previsto e, in parte, con la riapertura del confronto competitivo conformemente a quanto previsto dalla lettera b), se questa possibilità è stata stabilita dalla stazione appaltante nei documenti di gara per l'accordo quadro. La scelta tra le due procedure avviene in base a criteri oggettivi che sono indicati nei documenti di gara per l'accordo quadro e che stabiliscono anche quali condizioni possono essere soggette alla riapertura del confronto competitivo. Le possibilità previste alla presente lettera si applicano anche a ogni lotto di un accordo quadro per il quale tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture in questione sono definiti nell'accordo quadro, indipendentemente dal fatto che siano stati stabiliti tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture in questione per altri lotti».

Si richiama, infine, il comma 5 della disposizione, ai sensi del quale «Gli eventuali confronti competitivi di cui al comma 4 si basano sulle stesse condizioni applicate all'aggiudicazione dell'accordo quadro, se necessario precisandole, e su altre condizioni indicate nei documenti di gara per l'accordo quadro», secondo la procedura descritta dalla norma, che si conclude con l'aggiudicazione dell'appalto «all'offerente che ha presentato l'offerta migliore sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nei documenti di gara per l'accordo quadro».

Nel rinviare al Comunicato del Presidente del 5 giugno 2024, in ordine alle caratteristiche dell'istituto in esame, ciò che sembra opportuno sottolineare ai fini del parere è che secondo le disposizioni sopra richiamate, è con il bando di gara per l'accordo quadro a monte che vengono fissati i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture oggetto di affidamento, nonché le condizioni al ricorrere delle quali si può procedere alla riapertura del confronto competitivo ai sensi del comma 4. Pertanto, i contratti attuativi sono stipulati avendo a riferimento i contenuti e le condizioni fissate nei documenti di gara per l'accordo quadro.

Dunque, in assenza di specifiche disposizioni transitorie di senso contrario, è con riferimento alla pubblicazione dei documenti di gara a monte, che occorre riferirsi per l'individuazione della disciplina normativa applicabile all'accordo quadro, secondo il richiamato principio del *tempus regit actum* e non al momento della stipula dei singoli accordi attuativi.

A conforto di tale considerazione, può richiamarsi l'avviso espresso dal MIT, ancorché in ordine ad un quesito relativo all'applicabilità del d.lgs. 36/2023 ai contratti attuativi stipulati dopo il 1° luglio 2023 e relativi ad un accordo quadro bandito ai sensi del d.lgs. 50/2016, in ordine al quale è stato affermato che «In relazione all'accordo quadro, si rileva come il contratto attuativo configuri "il singolo contratto di appalto che viene affidato in esecuzione dell'Accordo Quadro nella misura richiesta al verificarsi delle relative esigenze" (in tale senso, v. "Faq accordi quadro" di Anac, aggiornate al 26 ottobre 2023, a cui si rimanda per la distinzione tra accordi quadro completi ed incompleti). Tanto premesso - e in risposta al quesito - posto che con il contratto attuativo non si ha una procedura di gara, esso è stipulato avendo a riferimento la normativa sotto cui è avvenuto l'affidamento dell'accordo quadro, ovvero - nel caso di interesse - quella del d.lgs. 50/2016 (ex art. 226, co. 2, d.lgs. 36/2023)» (parere MIT n. 2507/2024).

Analogamente, con riguardo all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, con Comunicato dell'11 maggio 2016, l'Autorità ha ritenuto disciplinato dal previgente d.lgs. 163/2006, l'accordo quadro bandito in vigore di tale ultimo decreto legislativo e i relativi contratti attuativi.

Pertanto, con riguardo all'istituto dell'accordo quadro, come disciplinato dall'art. 59 del d.lgs. 36/2023, valgono le considerazioni sopra svolte in ordine alla sua sottoposizione alla disciplina vigente al momento della pubblicazione della relativa documentazione di gara e non al momento della stipula dei singoli contratti attuativi del predetto accordo quadro.

Per quanto sopra, con riguardo alla gara indicata in oggetto e in risposta al primo quesito sollevato nell'istanza di parere in esame, la predetta gara, indetta con bando pubblicato in data il 29 giugno 2024, resta disciplinata dall'assetto normativo vigente a tale data, anche con riguardo alla stipula dei contratti attuativi dell'accordo quadro.

Tale considerazione vale a ritenere superati i quesiti relativi alla possibile applicazione delle disposizioni introdotte dal d.lgs. 209/2024 alla procedura sopra indicata e alle concrete misure da adottare in tale ipotesi.

Quanto invece, ai quesiti riferiti all'impatto sulla gara in corso, della sopravvenienza normativa recata dal citato decreto correttivo, che implichi un aggravio per la spesa pubblica, al fine di comprendere se la SA abbia l'obbligo di valutare la revocabilità della procedura già avviata, si osserva quanto segue.

In assenza di profili di illegittimità della procedura in parola, si ritiene sussistente l'opportunità di procedere alla valutazione sopra indicata da parte della SA, alla luce di tutti gli elementi elencati nell'istanza di parere (tra i quali lo stato di avanzamento della procedura stessa, la sua importanza nell'ambito della programmazione della spesa per l'Agenzia, nonché dell'interesse a non vanificare l'attività posta in essere, avviata nel pieno rispetto della disciplina vigente alla data di indizione della procedura medesima e sulla base di una specifica programmazione) e tenuto conto, in ogni caso, del contesto normativo nel quale la gara d'appalto è

stata bandita. Contesto caratterizzato, come sottolineato anche nella Relazione Illustrativa del decreto correttivo e dalla stessa Autorità negli atti indicati in premessa, da dubbi interpretativi in ordine all'applicabilità delle disposizioni della l. 49/2023 ai contratti pubblici e da avvisi giurisprudenziali non univoci in ordine ai rapporti intercorrenti tra le disposizioni della citata l. 49/2023 e quelle del d.lgs. 36/2023, nei termini in precedenza illustrati.

Per quanto sopra, quindi, in assenza di profili di illegittimità della procedura di gara, il proseguimento della gara in corso (senza procedere quindi alla sua revoca), in quanto indetta sulla base delle disposizioni vigenti al momento della pubblicazione del bando di gara (nella fattispecie in data antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. 209/2024), tenuto anche conto dell'incerto contesto normativo di riferimento, può formare oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante, nell'esercizio del potere discrezionale di competenza.

Tuttavia, sembra opportuno aggiungere a quanto sopra alcune considerazioni in ordine agli ulteriori quesiti sollevati dall'Agenzia, in ordine alle variazioni/rinegoziazioni dei contratti attuativi prima della stipula degli stessi, che la stessa intenderebbe attuare.

Si osserva al riguardo, in primo luogo, che per espressa previsione dell'art. 59, comma 1, del d.lgs. 36/2023, «(...) la stazione appaltante non può ricorrere agli accordi quadro in modo da eludere l'applicazione del codice o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza. In particolare, e salvo quanto previsto dai commi 4, lettera b), e 5 ai fini dell'ottenimento di offerte migliorative, il ricorso all'accordo quadro non è ammissibile ove l'appalto consequenziale comporti modifiche sostanziali alla tipologia delle prestazioni previste nell'accordo». Il divieto di apportare, in sede di appalto, modifiche sostanziali alle condizioni fissate nell'accordo quadro è altresì disposto al comma 2 dello stesso art. 59, secondo il quale «[...] Non possono in sede di appalto apportarsi modifiche sostanziali alle condizioni fissate nell'accordo quadro».

Pertanto, contrariamente a quanto rappresentato nell'istanza di parere in ordine alla possibilità di rinegoziare i contenuti del contratto prima della stipula, secondo quanto stabilito dalla norma richiamata, non appare ammissibile in tale sede, procedere ad una modifica sostanziale delle condizioni fissate nell'accordo quadro. Inoltre, laddove sia prevista la possibilità di riaprire il confronto competitivo, nei termini e nei limiti stabiliti dallo stesso art. 59, tale confronto deve avvenire alle condizioni fissate nel bando, fermo restando che ai sensi del comma 5 della disposizione medesima «Gli eventuali confronti competitivi di cui al comma 4 si basano sulle stesse condizioni applicate all'aggiudicazione dell'accordo quadro, se necessario precisandole, e su altre condizioni indicate nei documenti di gara per l'accordo quadro (...)».

Sulla base di tale disposto normativo, quindi, non appare consentito, in sede di stipula del contratto attuativo, procedere alla rinegoziazione delle condizioni di aggiudicazione fissate nel bando dell'accordo quadro, se non nei limiti stabiliti dall'art. 59 del Codice.

Per quanto sopra, con riguardo al caso di specie e tenuto conto del criterio di aggiudicazione indicato nel bando di gara [OEPV individuata sulla base della sola qualità, ai sensi dell'art. 108, comma 5, del Codice, prevedendo l'elemento relativo al costo nella forma di un prezzo fisso, sulla base del quale gli O.E. sono stati chiamati a competere solo sull'offerta tecnica] la rinegoziazione con gli aggiudicatari, dei termini economici dell'appalto, per conseguire una riduzione del valore dei singoli accordi quadro, nel senso indicato nell'istanza, potrebbe costituire una modifica sostanziale alle condizioni di aggiudicazione dell'accordo quadro, non coerente con le disposizioni dell'art. 59 del Codice sopra richiamate.

Analoghe considerazioni possono svolgersi con riguardo all'ultimo quesito, relativo alla possibilità di conseguire possibili risparmi di spesa, una volta conclusa la procedura di gara e prima della sottoscrizione dei singoli accordi quadro, mediante ricorso agli strumenti di cui agli artt. 9 e 120, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 36/2023, operando una decurtazione del valore complessivo dei

singoli accordi quadro nei limiti del c.d. quinto d'obbligo, avviando, nel contempo, una rinegoziazione con gli aggiudicatari per conseguire una riduzione del valore in questione in misura superiore al 20% ed entro il limite del 50% del valore del contratto.

A tal riguardo, sembra opportuno evidenziare in primo luogo che l'art. 120 (*modifica dei contratti in corso di esecuzione*) del d.lgs. 36/2023, che trova applicazione in sede di esecuzione del contratto d'appalto, costituisce una norma di stretta interpretazione, contemplando delle ipotesi di deroga al principio dell'evidenza pubblica (Comunicato del Presidente del 21 marzo 2021) e che non consente, in ogni caso, di apportare *modifiche sostanziali* ai contratti pubblici in corso di esecuzione, ossia modifiche in grado di alterare in modo considerevole le caratteristiche essenziali del contratto stipulato a seguito di una procedura di gara (*ex multis*, parere Funz Cons 5/2025).

Ai sensi del comma 6 della disposizione richiamata «La modifica è considerata sostanziale quando altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 3, una modifica è considerata sostanziale se si verificano una o più delle seguenti condizioni: a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o di accettare 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) un nuovo contraente sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti dal comma 1, lettera d)».

Sulla base di tale disposizione, tenuto conto delle condizioni di aggiudicazione dell'accordo quadro, sopra indicate, la rinegoziazione dei termini economici dei singoli contratti attuativi, secondo la proposta dell'Agenzia richiedente, potrebbe costituire una modifica sostanziale ai sensi del citato comma 6 dell'art. 120 del Codice, in quanto volta ad introdurre condizioni "che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o di accettare un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione".

Sotto tale profilo, va anche osservato che nella gara in corso di svolgimento, tenuto conto del criterio di aggiudicazione indicato nella *lex specialis*, la partecipazione dei concorrenti è stata sicuramente influenzata dalle condizioni economiche ivi previste (prezzo fisso non ribassabile), cui è direttamente commisurata la qualità dei servizi tecnici offerti dagli stessi. Pertanto, l'eventuale rinegoziazione dei termini economici dei contratti attuativi, nel senso indicato nell'istanza (quindi in diminuzione), oltre a rappresentare una modifica sostanziale dell'appalto, potrebbe avere quale effetto negativo, lo svolgimento delle prestazioni contrattuali da parte dei predetti operatori economici, di minore qualità rispetto a quella offerta in gara.

Sotto altro e correlato aspetto, nella fattispecie non sembra invocabile l'art. 120, comma 1, lette. c) del Codice (riferito alle "*varianti in corso d'opera, da intendersi come modifiche rese necessarie in corso di esecuzione dell'appalto per effetto delle seguenti circostanze imprevedibili da parte della stazione appaltante*") ai fini della modifica delle condizioni economiche dell'accordo quadro, in sede di stipula dei contratti attuativi, posto che, come più volte osservato dall'Autorità, tale disposizione «disciplina i casi in cui, nel corso di svolgimento del rapporto contrattuale, si renda necessario, per circostanze impreviste e imprevedibili, modificare "l'oggetto del contratto" attraverso "varianti in corso d'opera"»... evidenziando altresì che deve trattarsi di circostanze impreviste e imprevedibili che determinino per l'amministrazione la "necessità di modifica"

contrattuale» (*ex multis* parere Funz Cons 37/2022, riferito alla corrispondente disposizione del previgente art. 106, comma 1, lett.c) del d.lgs. 50/2016).

A parere dell’Autorità nella fattispecie non appare applicabile altresì l’art. 120, comma 9, del Codice, con riguardo all’istituto del c.d. quinto d’obbligo, secondo i fini perseguiti dall’Amministrazione, posto che ai sensi della disposizione citata «Nei documenti di gara iniziali può essere stabilito che, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, la stazione appaltante possa imporre all'appaltatore l'esecuzione alle condizioni originariamente previste. In tal caso l'appaltatore non può fare valere il diritto alla risoluzione del contratto».

La disposizione richiamata non consente di rinegoziare i termini economici dell’appalto, come ipotizzato dalla stazione appaltante (con riguardo alla variazione in diminuzione del valore dei singoli contratti nei limiti del quinto d’obbligo), ma si riferisce all’aumento o alla diminuzione “delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell’importo del contratto”.

Come osservato dall’Autorità, inoltre, (ancorché con riguardo alle disposizioni del previgente art. 106, comma 12 del d.lgs. 50/2016), «le modifiche previste dal comma 12 del medesimo art. 106 (c.d. quinto d’obbligo), attengono a variazioni sopravvenute in fase di esecuzione del contratto. Infatti, “...la fattispecie prevista dal comma 12 si pone come eccezione anche rispetto alla generale regola della gara, consentendo all’Amministrazione di ampliare sotto il profilo quantitativo l’oggetto del contratto, fino a concorrenza del quinto dell’importo, mediante affidamento diretto di ulteriori prestazioni all’appaltatore. La natura derogatoria della normativa in discussione comporta che la stessa possa trovare applicazione solo nei casi espressamente previsti, che sono pertanto di stretta interpretazione. In tale prospettiva ermeneutica, deve reputarsi che l’ipotesi contemplata dal comma 12 – nell’inciso già citato: “qualora in corso di esecuzione si renda necessario una aumento o una diminuzione delle prestazioni” – riguardi le sole circostanze imprevedibili e sopravvenute nel corso dell’esecuzione del rapporto e giammai possa essere utilizzata per rimediare ad errori originari compiuti dalla stazione appaltante in sede di valutazione del fabbisogno ovvero per eludere gli obblighi discendenti dal rispetto delle procedure ad evidenza pubblica attraverso un artificioso frazionamento del contenuto delle prestazioni, ...» (TAR Campania n. 5595/2020). L’applicazione dell’art. 106 presuppone quindi che l’esigenza della variazione delle previsioni contrattuali sia emersa “in corso di esecuzione”, senza possibilità di estenderne il campo di applicazione nella fase che precede la stipula. Tanto più nel caso in cui sussista un vizio genetico e noto della legge di gara che renda certa l’inadeguatezza delle prestazioni contrattuali ivi previste o dell’importo a base di gara, suscettibile di pregiudicare la regolare erogazione del servizio, tanto da rendere prevedibili già prima della stipulazione del contratto la necessità di modifiche essenziali in fase esecutiva (anche se contenute entro il c.d. quinto d’obbligo) (in termini Consiglio di Stato n. 1394/2020). Conclusivamente sul punto, quindi, le disposizioni dell’art. 106 del Codice trovano applicazione nella fase di esecuzione del contratto d’appalto ai fini di apportare modifiche allo stesso, nelle circostanze ed entro i limiti indicati nella norma (e nelle eventuali previsioni relative alla *jus variandi* contenute nella *lex specialis* in coerenza con l’art. 106 nel senso indicato dall’Autorità), da ritenere tassativi in quanto derogatori all’evidenza pubblica, come sopra sottolineato» (parere Funz Cons 3/2022).

Si ritiene, quindi, che ai fini indicati nell’istanza di parere, la diminuzione del valore dei singoli contratti attuativi degli accordi quadro, nei limiti del quinto d’obbligo, non sembra rientrare nel campo di applicazione della norma.

Resta fermo, in via generale, come più volte osservato dall’Autorità, che l’accertamento in concreto delle condizioni legittimanti il ricorso all’istituto delle variazioni contrattuali ai sensi dell’art. 120 del Codice, nei limiti del divieto di modifiche sostanziali secondo il richiamato comma 6

della norma, è attività rimessa all'esclusiva competenza e responsabilità della stazione appaltante, senza che l'Autorità possa ad essa sostituirsi in tale delicato compito.

Per tutto quanto sopra, si rimette all'attenzione dell'Agenzia richiedente 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, inclusa ogni valutazione in ordine all'eventuale riedizione della procedura gara in oggetto, alla luce del mutato assetto normativo di settore, per effetto del d.lgs. 209/2023.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente