

2° CORSO

SUBENTRO E GESTIONE DEI SERVIZI

2° Modulo

**Le variazioni al programma d'esercizio e la revisione del contratto di servizio
I casi di imposizione di obbligo di servizio verso terzi in caso di impossibilità ad
adempiere, fallimento o liquidazione**

Avv. Giovanni Lauricella

2023

Roma – 04/07/2023



**In iure
humanitas**

in collaborazione con

Con il patrocinio di



PROVINCIA
DI COSENZA

Si ringraziano per il loro importante contributo



IL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

Trova la sua **genesì** in una
corretta programmazione del servizio



UNA CORRETTA PROGRAMMAZIONE

Tiene conto delle indicazioni comunitarie («libro bianco 2011 - Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti - per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile» – in linea con l’iniziativa «Un’Europa efficiente sotto il profilo delle risorse» - definita nella «Strategia Europa 2020» della C.E.)

Tiene conto delle strategie di riforma del settore definite nel D. Lgs. 19 novembre 1997, n. 422 (decreto Burlando)

Tiene conto dei principi ridefiniti in materia dal D.L. 24 aprile 2017, n. 50 (convertito in L. 21.6.2017, n. 96 – art. 27) (c.d. «decreto sviluppo»)

Tiene conto delle indicazioni di ART

Tiene conto della normativa sui contratti pubblici (d.lgs. 36/2023)

Tiene conto delle normative di settore

UNA CORRETTA PROGRAMMAZIONE

(segue)

Temi di riflessione

- > Miglioramento dell'efficienza energetica dei veicoli in tutti i modi di trasporto, mediante lo sviluppo l'impiego di carburanti e sistemi di propulsione sostenibili
- > Maggiore diffusione, particolarmente nelle aree urbane, di modalità di trasporto alternative
- > Adozione di misure per facilitare gli spostamenti a piedi e in bicicletta come parte integrante della progettazione infrastrutturale e della mobilità urbana sostenibile
- > Utilizzo più efficiente dei trasporti e dell'infrastruttura grazie all'uso di migliori sistemi di informazione e di gestione del traffico

UNA CORRETTA PROGRAMMAZIONE

(segue)

Segue: Temi di riflessione

- > Maggiore diffusione dei modi di trasporto collettivi, con particolare riferimento all'ambito urbano ove si rende necessaria una strategia mista, finalizzata a ridurre la congestione e le emissioni, basata su: **pianificazione territoriale integrata e partecipata**, sistemi di tariffazione integrati e trasparenti, infrastrutture e **servizi TPL efficienti**
- > Ottimizzazione dell'efficacia delle catene logistiche multimodali, anche utilizzando modi più efficienti sotto il profilo delle risorse
- > Migliore integrazione delle reti modali, con aeroporti, stazioni ferroviarie, degli autobus della metropolitana, sempre più collegati fra loro e trasformati in piattaforme di connessione multimodali per i passeggeri

UNA CORRETTA PROGRAMMAZIONE

(segue)

Segue: Temi di riflessione

- > Integrazione facilitata dalla diffusione delle informazioni on-line e dei sistemi di prenotazione e pagamento elettronici che integrino tutti i mezzi di trasporto
- > Disponibilità di informazioni sui tempi di percorrenza e sui percorsi alternativi (che riveste una notevole importanza per assicurare una **mobilità porta a porta** senza intoppi)
- > Attribuire importanza crescente agli aspetti relativi a qualità, **accessibilità** ed affidabilità dei servizi di trasporto
- > Efficientamento del sistema con l'introduzione di indici di **misurazione dell'equilibrio gestionale**

UNA CORRETTA PROGRAMMAZIONE

(segue)

Segue: Temi di riflessione

(definizioni ART – del. N. 154/2019)

- > Condizioni minime di qualità
- > key performance indicator (KPI)
- > Obblighi di servizio pubblico
- > Periodo regolatorio (v. misura n. 16)
- > Piano di accesso al dato (consultazione stakeholder)
- > PEF
- > RdA (relazione di affidamento)
- > Revamping

UNA CORRETTA PROGRAMMAZIONE

(segue)

Segue: Temi di riflessione

- > Modalità di affidamento dei servizi e di scelta del contraente (d.l. 50/2017 promozione di procedura ad evidenza pubblica)
- > Compensazioni (d.l. 50/2017 e Reg. CE 1370/2007)
- > Obiettivi di efficienza e di centralità dell'utenza nell'erogazione del servizio
- > Livelli di servizio (d.l. 50/2017)
- > Definizione degli ambiti ottimali e dei bacini del servizio pubblico (d.l. 50/2017)

UNA CORRETTA PROGRAMMAZIONE

(segue)

Segue: Temi di riflessione

***(determinazione degli obiettivi di efficacia e di efficienza)
(Misura 16 – del. N. 154/2019 ART)***

- > a) efficacia-redditività
- > b) efficienza
- > c) efficacia-qualità



IL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

COSA

-> descrive i **parametri minimi** il cui rispetto è richiesto per l'esecuzione del servizio

DOVE

-> può essere contenuto:

- > nel corpo del contratto di servizio
- > in un documento separato dal contratto di servizio
- > nel corpo del CdS e in un documento ad esso allegato

IL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

CHI

- > è redatto dal **soggetto aggiudicatore** (in relazione alle esigenze **dell'Ente** per conto del quale si svolge la gara) in esercizio della sua funzione di programmazione
- > viene integrato dal **concorrente** in sede di presentazione dell'offerta
- > in ipotesi di affidamento **in house** o **affidamento diretto** deriva dagli **accordi precontrattuali** fra le parti contraenti

IL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

CHI

(segue)

Il soggetto che aggiudica la gara non coincide necessariamente con l'Ente titolare del servizio

La definizione dei soggetti che aggiudicano la gara è contenuta nel codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023 – allegato 1.1)

La definizione dei soggetti che aggiudicano la gara è anche contenuta nella delibera ART n. 154/2019

IL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

CHI

(segue)

DELIBERA ART. n. 154 del 28.11.2019

Ente Affidante (EA): ente pubblico, o soggetto da esso delegato, a cui è attribuita la competenza a stipulare un CdS con un'impresa affidataria di servizi di TPL, con **compiti di esecuzione, monitoraggio, verifica e controllo** dello stesso. L'EA può pertanto **non coincidere con l'Ente titolare del servizio**. In tale occorrenza, il rapporto tra i due soggetti dovrà essere regolato da **apposita convenzione** che ne **disciplini compiti, ruoli e ripartizione delle responsabilità**. Nella convenzione **andranno disciplinati**, a titolo **esemplificativo**, gli aspetti connessi alla quantità del servizio messo a gara e relativi aspetti economici, la **pianificazione del servizio, le tariffe, gli standard richiesti** (e.g. velocità commerciale per linea, tipologia dei veicoli da utilizzare, relativa alimentazione, età media/massima, dotazioni tecnologiche minime), il **tipo e la quantità dei controlli**, gli **investimenti**, la reportistica di base, nonché **ogni altro aspetto** ritenuto rilevante ai fini del CdS

IL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

CHI

(segue)

DELIBERA ART. n. 154 del 28.11.2019

Ente titolare del servizio: ente pubblico (regione ed enti locali) cui sono conferiti, ai sensi del d.lgs. 422/97, “funzioni e compiti (...) in materia di servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale con qualsiasi modalità effettuati ed in qualsiasi forma affidati”

IL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

CHI (segue)

Il programma d'esercizio (e le sue variazioni) deriva da scelte che deve effettuare a monte l'Ente titolare del servizio

Le responsabilità derivanti dalle scelte **di programmazione** del servizio **ricadranno a valle sull'Ente Affidante**, il quale è **parte del CdS** e risponde quindi nei confronti della Impresa Affidataria (IA) (*importanza della convenzione*)

IL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

COME

-> deve rispettare tutte le regole generali vigenti

- Lavoro
- Codice della strada
- Norme di sicurezza

-> deve rispettare tutte le norme contrattuali previste dal capitolato

-> deve rispettare tutte le eventuali migliorie offerte dall'affidatario

-> deve rispettare gli obiettivi e gli standard qualitativi richiesti dalla S.A.

-> deve descrivere le linee di esercizio (letterale e grafica)



IL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

DELIBERA ART. n. 154 del 28.11.2019

Misura 13

(risk assessment)*

Ai fini della predisposizione del PEF l'EA:

- > **identifica e valuta gli specifici rischi** connessi all'esercizio del servizio oggetto di affidamento, definendo in esito a tale processo la forma di affidamento
- > in caso di concessione, definisce e **alloca i rischi** tra ciascuna delle parti contrattuali (EA e IA) e individua ulteriori eventuali tipologie di rischio a integrazione della predetta matrice
- > può prevedere nel CdS la riscossione diretta dei proventi da traffico da parte dell'IA (contratti di tipo **net cost**) o, in alternativa, l'introito in proprio di tali ricavi (contratti di tipo **gross cost**), con particolare riferimento ai servizi per i quali sia prevista l'integrazione tariffaria tra diversi gestori
- > in relazione alla natura e all'intensità delle diverse tipologie di rischio individuate **specifica eventuali misure di mitigazione**
- > al termine di ciascun periodo regolatorio, **valuta di concerto con l'IA la congruità dei rischi allocati** in capo alle parti contrattuali, nonché l'**eventuale** opportunità di provvedere a una **revisione delle misure di mitigazione**
- > **l'analisi dei rischi** redatta dall'EA costituisce parte integrante della documentazione che disciplina la procedura di affidamento ed **è parte integrante del CdS**

*** Da effettuarsi sulla base del contenuto della convenzione con l'Ente Locale titolare del servizio**

IL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

DELIBERA ART. n. 154 del 28.11.2019

Rilevanza del periodo regolatorio

È il periodo interno al tempo di vigenza del CdS, di durata compresa tra 3 e 5 anni, definito anche in funzione della programmazione degli investimenti previsti dal CdS, ove vengono fissati gli obiettivi di efficacia ed efficienza e al termine del quale si effettua:

-> la **verifica dell'equilibrio economico-finanziario**

-> la **verifica** circa il **raggiungimento** dei predetti **obiettivi**

IL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

PER OGNI LINEA DEVE ESSERE SPECIFICATO (a titolo esemplificativo)

- > tipologia del percorso
- > numero delle corse (minimo)
- > tipologia vettura
- > turni macchina
- > prima ed ultima partenza
- > orario estivo/invernale
- > ogni altro elemento ritenuto utile dalla S.A.

Nota: le specifiche dell'EA costituiscono parametri di riferimento per il sistema qualità



STANDARD MINIMI DI QUALITÀ

Parametri di qualità (esemplificativi)

- > **Regolarità** del servizio (misurata nel rapporto tra corse non effettuate e corse programmate – tolleranza % rispetto agli orari previsti)
- > **Puntualità** del servizio (anticipi – ritardi – parametri di tolleranza %)
- > **Sicurezza** del servizio (rapporto tra numero sinistri / km di percorrenza)
- > **Corretto funzionamento dei dispositivi** (*obliteratrice se presente*)

STANDARD MINIMI DI QUALITÀ

(SEGUE)

Segue: Parametri di qualità (esemplificativi)

- > Corretta informazione all'utenza (es. presenza di appositi avvisi in vettura)
- > Conformità del personale autisti e di controllo (divisa-distintivo-etc.)
- > Numero reclami (rapporto fra numero reclami/km percorrenza)
- > feedback su richiesta chiarimenti S.A. (tempo di risposta)



STANDARD MINIMI DI QUALITÀ

(SEGUE)

Segue: Parametri di qualità (esemplificativi)

- > qualità del servizio (pulizia mezzi - comportamento verso l'utenza - etc.)
- > efficienza del servizio (rapporto fra costi di produzione / ore di servizio)
- > Indici di evasione
- > formazione del personale (numero ore minimo richiesto)

Nota: alcuni parametri sono tipici del contratto gross cost



LE VARIAZIONI AL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

LE VARIAZIONI AL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

- Misura 28 ART (variazioni derivanti dalla verifica prevista dal periodo regolatorio)
- Istituti disciplinati dal codice civile (*contratto di appalto*)
- Istituti disciplinati codice appalti (d.lgs. N. 36/2023)
- circostanze particolari previste dal CdS



LE VARIAZIONI AL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

Misura 28

- il **CdS** specifica le **condizioni di revisione** contrattuale in base agli **esiti delle verifiche** dei **risultati di gestione periodiche** e comunque al termine di ogni periodo regolatorio
- Le verifiche riguardano i seguenti aspetti:
 - **scostamento %** tra risultato netto previsto dal PEF e risultato netto consuntivato superiore a una specifica soglia
 - modifica permanente del programma di esercizio superiore a una specifica soglia % rispetto alle percorrenze previste
 - **adeguatezza delle prestazioni qualitative** del servizio erogato alle esigenze dell'utenza, ai sensi dell'articolo 2, comma 461, della legge 244/2007 (carta dei servizi: monitoraggio delle previsioni qualità)

LE VARIAZIONI AL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

Misura 28 (segue)

- la modifica del programma d'esercizio deve coinvolgere l'utenza
- le condizioni e le modalità di coinvolgimento sono previste nel CdS
- deve essere assicurata almeno una tempestiva informazione all'utenza attraverso ogni idoneo canale di comunicazione dell'IA
- le rimodulazioni di natura quantitativa e le modifiche qualitative (prestazioni) che non incidono significativamente sul PEF non comportano la revisione contrattuale
- **MEMO:** gli eventi non previsti o non prevedibili al momento della sottoscrizione del CdS possono comportare esclusivamente l'adozione di modifiche contrattuali non sostanziali



LE VARIAZIONI AL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

Misura 28 (collegamenti)

Le previsioni della misura 28 devono essere raccordate con le previsioni delle altre misure ART ed in particolare con

Misura 25 (monitoraggio e rendicontazione del servizio)

Il CdS deve prevedere un adeguato sistema di monitoraggio delle prestazioni di natura economica, tecnico-gestionale e qualitativa

Misura 26 (verifica dell'equilibrio economico-finanziario)

Il CdS deve prevedere le modalità di verifica degli obiettivi di efficacia-efficienza (vedi **misura 16**) e del loro equilibrio economico-finanziario, suddividendo la durata del contratto in «periodi regolatori»

LE VARIAZIONI AL PROGRAMMA D'ESERCIZIO

Considerazioni conclusive:

- Il programma d'esercizio deve derivare da un'analisi accurata dei fattori per un servizio, efficace, efficiente e di qualità
- Una corretta programmazione riduce il rischio di dover ricorrere a variazioni
- La variazione del programma d'esercizio interferisce con l'equilibrio del sinallagma contrattuale (reciprocità delle prestazioni)
- Il CdS deve disciplinare le variazioni al programma sulla base del prevedibile (non può prevedere l'imprevedibile)
- Il CdS deve contenere una «clausola in bianco» sulle variazioni che possono derivare da circostanze imprevedibili

LA REVISIONE DEL CONTRATTO DI SERVIZIO

La revisione del contratto di servizio

Inquadramento generale della materia

Le modificazioni al contratto di servizio consentite dalla normativa sono contenute in diverse disposizioni del codice degli appalti

Tale **collocazione** appare **non** puntualmente **organica** in quanto spazia da norme relative allo svolgimento delle gare a norme successive alla stipulazione del contratto, alla sua esecuzione, al suo annullamento, etc.

La **parte più corposa** di tali disposizioni **era contenuta** negli **articoli 106 e seguenti del precedente codice appalti d.lgs. 50/2016**, ma anche nell'articolo 48 dove erano allocate norme che indicavano cosa fare durante la procedura di gara quando muta la soggettività del possibile affidatario

Nello stesso articolo si trovavano riportate disposizioni relative sia alla modifica del contratto dal lato **soggettivo** sia alla modifica del contratto nel contenuto **oggettivo** della prestazione (per quantità e per qualità)

Sempre nel **precedente codice** appalti rilevavano gli **articoli 107 – 108 – 109** che riguardavano la sospensione, la risoluzione ed il recesso, e **l'art. 110** che riguardava il subentro in caso di fallimento

La revisione del contratto di servizio

Inquadramento generale della materia

NUOVO CODICE CONTRATTI PUBBLICI

D.Lgs. 36/2023

Art. 9 – principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

Art. 120 – modifica dei contratti in corso di esecuzione

Art. 121 – sospensione dell'esecuzione

Art. 122 – risoluzione

Art. 123 – recesso

Art. 124 – esecuzione o completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di procedura di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato



La revisione del contratto di servizio

Inquadramento generale della materia

PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE

Art. 9

- ⇒ si applica ai «contratti di durata»
- ⇒ diritto alla **rinegoziazione** in caso di sopravvenute circostanze **straordinarie e imprevedibili**, estranee alla **normale alea**, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto
- ⇒ principio **derogabile** per espressa volontà delle parti (*assunzione espressa del rischio*)
- ⇒ la **rinegoziazione** si limita al **ripristino dell'originario equilibrio** del contratto **senza alterarne la sostanza economica**
- ⇒ **clausola** da inserire in contratto (bando, avviso, etc.)
- ⇒ clausola a «**doppia direzione**» (se le circostanze sopravvenute rendono la prestazione in parte o temporaneamente inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, questi ha diritto a una **riduzione proporzionale del corrispettivo**)
- ⇒ **conseguenziali** a questo principio sono l'**art. 60** (revisione prezzi) e l'**art. 120** (modifiche in corso d'esecuzione)

La revisione del contratto di servizio

Inquadramento generale della materia

Anche la costruzione del nuovo codice contratti ha le caratteristiche di un regolamento piuttosto che di una norma generale

Ne è conferma diretta l'articolazione degli allegati esecutivi

Caratteristiche della norma generale sono la genericità e l'astrattezza

Caratteristica del regolamento è la declinazione delle singole fattispecie pratiche



La revisione del contratto di servizio

Inquadramento generale della materia

Probabilmente anche in ragione di tali considerazioni il Legislatore è addivenuto alla determinazione di rivedere tutto l'impianto del codice, attraverso l'elaborazione di un corpo più organico di norme al fine da rendere maggiormente intellegibile la normativa ed anche al fine di renderla maggiormente aderente al dettato delle disposizioni comunitarie, correggendo alcune distorsioni del d.lgs. 50/2016, anche nell'intento di offrire una normativa «autoreferenziale»

Il codice dei contratti pubblici ha difatti comportato finora, in tutte le sue diverse precedenti edizioni, non pochi problemi interpretativi anche di carattere complesso

NORMATIVA PREGRESSA (PIÙ RECENTE)

- d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, «Codice dei contratti pubblici»
- d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE».
- d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, «Regolamento di esecuzione»
- legge 11 febbraio 1994, n. 109, «Legge quadro in materia di lavori pubblici»
- d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, «Regolamento di attuazione»

La revisione del contratto di servizio

Inquadramento generale della materia

Il nuovo codice – d.lgs. n. 36/2023 ha semplificato la materia?

- ⇒ il «vecchio codice» non era «autoreferenziale» e necessitava di un regolamento e di decreti di attuazione
- ⇒ il «vecchio codice» era composto di 220 articoli e 25 «allegati» (per di più brevi elenchi di specifiche tecniche e giuridiche)
- ⇒ il nuovo codice dovrebbe essere «autoreferenziale» (*ma non troppo!*)
- ⇒ il nuovo codice è composto di 229, la maggior parte dei quali rinvia ad uno dei 38 allegati, ognuno dei quali contiene numerosi articoli (es. All. 1.7 44 articoli)

La revisione del contratto di servizio

Inquadramento generale della materia

MULTAE LEGES PESSIMA REPUBLICA

(Tacito)

**SCIRE LEGES NON EST VERBA EARUM TENERE
SED VIM AC POTESTATEM**

(Digesto – attribuito Celso)

GIUSTINIANO

Corpus iuris Iustinianaeum (529-534 d.c.)

Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere (XVIII)



La revisione del contratto di servizio

Inquadramento generale della materia

Anche il d.lgs. 131 marzo 2023, n. 36, è rubricato quale codice dei **contratti** pubblici

Va quindi inquadrato anche nell'alveo dei principi fondamentali vigenti in materia contrattuale

Art. 1321 e seguenti Codice Civile

La revisione del contratto di servizio

Inquadramento generale della materia

- il contratto ha forza di legge tra le parti
- il contratto nasce per volontà delle parti in base al principio di libertà contrattuale
- la libertà contrattuale comprende sia la libertà di stipulare un contratto sia la libertà di non stipulare un contratto (o una sua variazione)



La revisione del contratto di servizio

Inquadramento generale della materia

diretta conseguenza di quanto sopra è che il contratto una volta stipulato non può essere modificato unilateralmente, ma solo se vi è convergenza della volontà di tutte le parti che inizialmente lo hanno sottoscritto

La revisione del contratto di servizio

Inquadramento generale della materia

La possibilità di modificare unilateralmente un rapporto giuridico con effetto vincolante anche per l'altra parte o per le altre parti si ha solo in presenza:

- di precise disposizioni di legge derogatorie dei principi generali (*lex specialis derogat generali*)
- in presenza di istituti di autotutela
 - DIRITTO PUBBLICO => l'autotutela è un principio generale (ora codificato dalla legge 241/1990)
 - DIRITTO PRIVATO => diritti potestativi o azioni costitutive (*)

(*) esempio di azioni costitutive civili:

- Azione di annullamento del contratto (1442 c.c.)
- Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto (art. 2932 c.c.)
- Giudizio di separazione/divorzio

La revisione del contratto di servizio

Inquadramento generale della materia

Le norme di **autotutela** derivano:

- ⇒ in **diritto privato** direttamente dal Codice Civile (*art. 2908*);
- ⇒ in **diritto pubblico** dai principi generali, oggi codificati nella legge 241/1990 e s.m.i. Capo IV bis (articoli 21-bis e seguenti)
- ⇒ in diritto pubblico l'autotutela è espressione:
 - ⇒ del PRINCIPIO DI SUPREMAZIA GENERALE della P.A. (riguarda tutti gli amministrati: *erga omnes*)
 - ⇒ del PRINCIPIO DI SUPREMAZIA SPECIALE della P.A. (limitatamente a determinate categorie di soggetti legati all'amministrazione da particolari rapporti: es. pubblico impiego – potere disciplinare)

La revisione del contratto di servizio

Inquadramento generale della materia

L'**autotutela** amministrativa è esercitabile fino al momento della conclusione della gara/procedura di affidamento (fase pubblicistica)

Dal momento della stipulazione del contratto di servizio in avanti il rapporto rientra nell'ambito della disciplina del diritto privato (fase privatistica)

Le modifiche al contratto di servizio

Le modifiche al contratto di servizio

inquadramento generale

IUS VARIANDI

Definizione: Facoltà del committente (E.A.) di apportare varianti al contratto in fase di esecuzione (Cassazione, Sez. I, 15.01.2020, n. 727)

Scopo: migliorare il risultato del servizio (opera/fornitura) affidato

Lo «ius variandi» può derivare da esigenze di carattere

- **Fisiologico:** «quinto d'obbligo» (in aumento o in diminuzione)
- **Non fisiologico:** cause di forza maggiore e altri motivi

Le modifiche al contratto di servizio

inquadramento generale

Nel nuovo codice 36/2023 non cambiano i principi generali

Ora riassunti nell'art. 120 «*modifica dei contratti in corso d'esecuzione*», che si applica ai settori speciali in base al rinvio operato dall'art. 141, comma terzo, lettera «i»

Una differenza importante è però data dall'introduzione della obbligatorietà della revisione prezzi (art. 60), che prima era facoltativa e doveva essere prevista nel contratto con clausole chiare ed inequivocabili

Le modifiche al contratto di servizio

inquadramento generale



Le modifiche al contratto di servizio

inquadramento generale

Quinto d'obbligo

Il vecchio codice (Art. 106 comma 12 d.lgs. 50/2016)

«La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto»

Il nuovo codice (Art. 120 comma 9 d.lgs. 36/2023)

«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»

identità soggettiva ed oggettiva della prestazione

Le modifiche al contratto di servizio

Le modifiche contrattuali diverse dal «quinto d'obbligo»

Classificazione delle modifiche

Modifiche che incidono sull'aspetto genetico o funzionale del contratto

- Risolutive
- Non risolutive

Modifiche che incidono sull'entità della prestazione

- Sostanziali
- Non sostanziali

Modifiche che incidono sulle parti contraenti o sul rapporto

- Soggettive
- Oggettive

Modifiche che incidono su aspetto genetico o funzionale

Modifiche che
ESTINGUONO
il contratto

- ✓ Risoluzione
- ✓ Recesso

Modifiche che
NON ESTINGUONO il
contratto
(varianti)

- ✓ Modifiche temporanee (sospensione – proroga)
- ✓ Modifiche soggettive
- ✓ Modifiche oggettive o funzionali (*ius variandi*)

Modifiche estintive

RISOLUZIONE

Art. 122 d.lgs. 36/2023 (art. 108 d.lgs. 50/2016)

(richiamato dall'art. 141 anche per i settori speciali)

Le S.A. POSSONO RISOLVERE UN CONTRATTO nei seguenti casi:

- il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 120
- sono state superate le soglie dell'art. 120 co. 2 (50% valore iniziale) in caso di
 - servizi supplementari, ove non sia possibile cambiare l'appaltatore (co.1 lettera b)
 - varianti in corso d'esecuzione per circostanze imprevedibili (co. 1 lettera c)
- nei casi di cui al comma 3 (modifiche opzionali che si mantengono sotto soglia e entro il 10% del valore iniziale del contratto)
- difetto dei requisiti soggettivi di cui all'art. 94 (con specifiche artt. 167-168-169 per settori speciali);
- l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati dell'UE;
- grave inadempimento (contraddittorio – comma 3)
- negligenza (contraddittorio previa diffida – comma 4)

Le S.A. RISOLVONO UN CONTRATTO nei seguenti casi:

- l'appaltatore sia decaduto dall'attestazione di qualificazione (*ottenuta con documenti falsi o dichiarazioni mendaci*);
- l'appaltatore sia stato colpito da una misura (definitiva) di prevenzione antimafia;
- l'appaltatore sia stato condannato (definitivamente) per uno dei reati di cui all'articolo 94-95

Nota: la proposta di risoluzione è di competenza del RUP (art. 8 lettera «r» allegato 1.2)



Modifiche estintive

RECESSO

Art. 123 d.lgs. 36/2023 e art. 11 allegato II.14 (art. 109 d.lgs. 50/2016)

(non richiamato espressamente per i settori speciali)

- la S.A. può recedere dal contratto in qualunque momento previo il pagamento delle prestazioni eseguite e del decimo di quelle ancora da eseguirsi (calcolato sulla differenza tra l'importo dei 4/5 del prezzo a base di gara depurato del ribasso d'asta e l'ammontare netto dei servizi eseguiti) ed il valore dei materiali utili (solo quelli accettati dal direttore dell'esecuzione prima della comunicazione di recesso)
- **il diritto di recesso** è preceduto da formale comunicazione con un preavviso non inferiore a venti giorni;
- la S.A. può trattenere gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili (corrispondendo all'appaltatore un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di realizzazione e il loro valore al momento dello scioglimento del contratto);
- l'I.A. deve rimuovere dai magazzini i materiali non accettati e deve mettere i magazzini a disposizione dell'E.A. nel termine stabilito; in caso contrario lo sgombero è effettuato d'ufficio e a sue spese;
- resta fermo il recesso previsto dalla normativa antimafia (art. 88, comma 4-ter e art. 92, comma 4, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159)

DIRITTO POTESTATIVO



IUS POENITENDI

Modifiche temporanee

SOSPENSIONE

Art. 121 d.lgs. 36/2023 (art. 107 d.lgs. 50/2016)

(applicabile per quanto compatibile anche a servizi e forniture – comma 11)

(non richiamato espressamente per i settori speciali)

DUE TIPI DI SOSPENSIONE

1. **circostanze speciali** (di natura tecnica) imprevedibili che impediscono in via temporanea l'esecuzione della prestazione
2. **ragioni di necessità** o di pubblico interesse (tra cui l'interruzione di finanziamenti)

COMPETENZA

1. **direttore dei lavori o dell'esecuzione in caso di appalto di servizi:** per le circostanze speciali (tecniche) – invio verbale di sospensione al RUP entro 5 gg
2. **RUP:** per pubblico interesse

DIFFERENZA

1. **atto negoziale** (giurisdizione ordinaria)
2. **provvedimento amministrativo** (giurisdizione amministrativa)



Modifiche temporanee

SOSPENSIONE – segue

DURATA

- Tempo strettamente necessario ma non più di 1/4 durata contratto e comunque non più di 6 mesi

EFFETTI

- rifusione maggiori oneri all'I.A. se costretta oltre la durata detta
- risarcimento danni se disposta oltre i casi previsti (previa riserva)

ESTENSIONE

la sospensione può essere:

- totale
- parziale (*in tal caso l'I.A. prosegue le prestazioni eseguibili ma deve darne atto in apposito verbale*)

**N.B. se la sospensione supera ¼ del tempo contrattuale la S.A. deve darne avviso all'ANAC
(sotto pena di una sanzione da 500 a 1.000 euro)**

Modifiche temporanee

PROROGA

Art. 120 comma 10 e 11 d.lgs. 36/2023) (art. 106 co. 11 d.lgs. 50/2016)

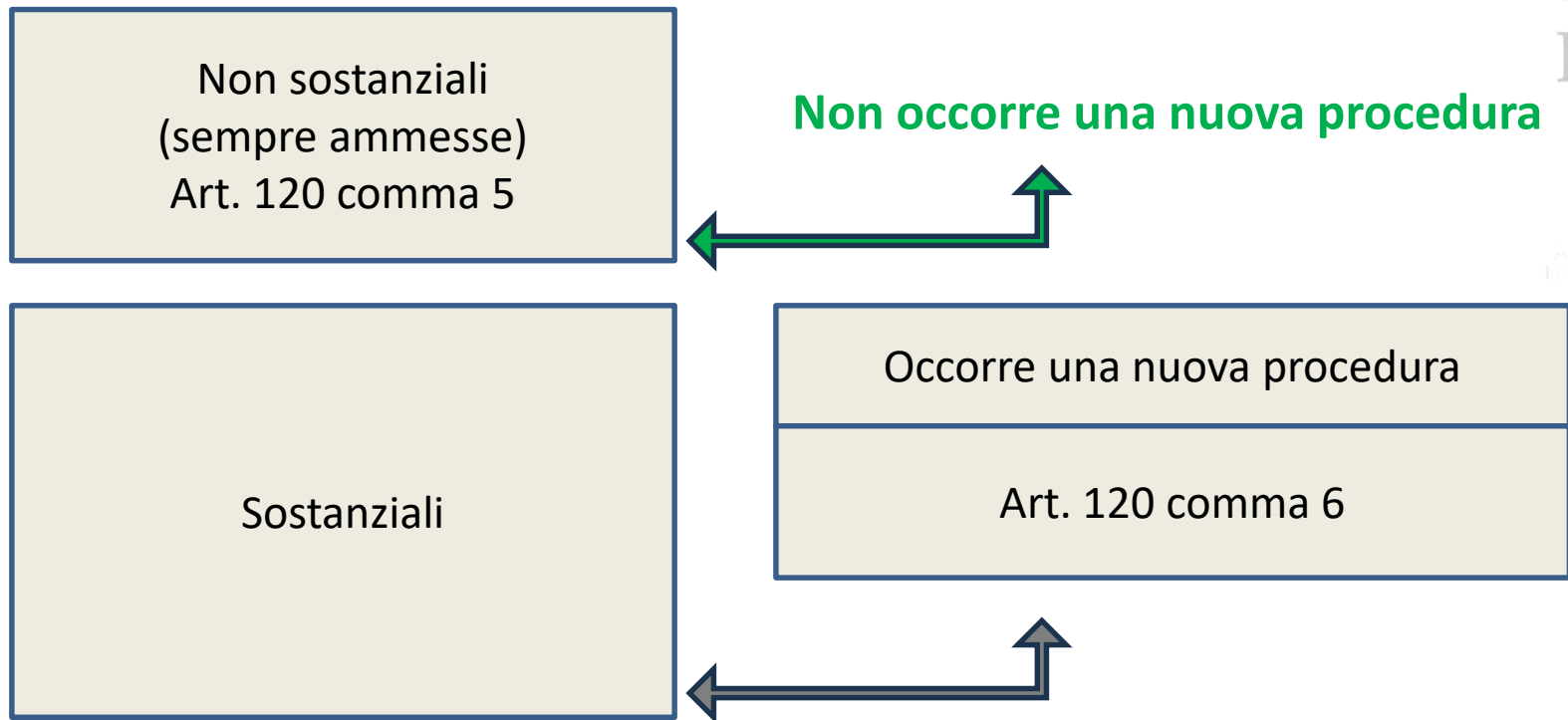
(richiamato dall'art. 141 per settori speciali)

«Nel caso in cui nel bando e nei documenti di gara iniziali sia prevista un'opzione di proroga il contraente originario è tenuto a eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto o, se previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante»

- **Proroga propria**: deve essere prevista nel bando e deve essere contenuta in apposita clausola del contratto (comma 10)
- **Proroga tecnica**: è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente (in tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni) (comma 11)

N.B. la proroga deve mantenere inalterato il contenuto del rapporto contrattuale

Modifiche che incidono sull'entità della prestazione



Modifiche che incidono sull'entità della prestazione

Si hanno **modifiche sostanziali** se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte
(art. 120 comma 6)

- 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 a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
- c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
- d) se un nuovo contraente sostituisce quello inizialmente aggiudicatario dell'appalto (nei casi diversi da quelli del comma 1, lettera d: *cioè tranne che non sia espressamente prevista in contratto o dipenda da legittime operazioni societarie*)

IN QUESTI CASI OCCORRE UNA NUOVA PROCEDURA

Modifiche che incidono sull'entità della prestazione

Si hanno **modifiche NON sostanziali**

- clausole previste nel bando e nel contratto
- servizi supplementari quando è impossibile o non conveniente cambiare il contraente
- varianti in corso di esecuzione (dovute a circostanze imprevedibili al momento della gara)
- subentro nuovo contraente quando:
 - è già previsto in contratto con clausole chiare, precise, inequivocabili
 - per successione *mortis causa*
 - insolvenza
 - operazioni societarie
 - casi previsti al comma 3 dell'art. 120 (10% valore iniziale, sempre che rimanga sotto soglia)

IN QUESTI CASI NON OCCORRE UNA NUOVA PROCEDURA



Modifiche che incidono sulle parti o sul rapporto

Le possibili **modifiche qualitative o quantitative** al contratto di servizio sono quelle contenute nell'art. 120 del codice dei contratti pubblici

PRINCIPIO DELLA
«**TIPIZZAZIONE DELLE MODIFICHE CONTRATTUALI**»

Modifiche che incidono sulle parti o sul rapporto



SOGGETTIVE



OGGETTIVE

Modifiche che incidono sulle parti o sul rapporto

MODIFICAZIONI SOGGETTIVE

Modificazioni soggettive

d.lgs. 36/2023 - art. 120 - comma 1 - lettera d)

(senza nuova procedura di gara)

I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati **senza una nuova procedura di affidamento** se un **nuovo contraente sostituisce** quello originario a causa di una delle seguenti **circostanze**

1. Il CdS contiene una clausola di revisione che:

- ✓ è prevista nei documenti di gara in modo chiaro, preciso ed inequivocabile;
- ✓ non altera la natura del contratto;

2. All'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie (fusioni, scissioni, incorporazione, etc.) un altro operatore economico, a condizione che:

- ✓ il nuovo operatore soddisfi gli iniziali criteri di selezione
- ✓ la sostituzione non implichi modifiche sostanziali al contratto
- ✓ la sostituzione non sia finalizzata ad eludere il codice

3. L'E.A. assuma in proprio gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori

Modificazioni soggettive

d.lgs. 36/2023 - Art. 124

(senza nuova procedura di gara)

L'E.A. può fare subentrare al contraente originario uno dei concorrenti che seguono nella graduatoria di gara:

- in caso di procedura concorsuale (salvo subentro del curatore e salvo il caso di concordato con continuità aziendale)
- in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto (Giudice Amministrativo)
- in caso di recesso dal contratto della S.A.
- in caso di risoluzione del contratto
- in caso di recesso per perdita dei requisiti «antimafia» (d.lgs. 159/2011);

L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta, ma la S.A. può prevedere negli atti di gara che il subentro avvenga alle condizioni proposte dall'interpellato

N.B. Per appalti di servizi/forniture pari o superiore a un milione di euro, è necessario il parere obbligatorio di cui all'art. 216 comma 3 (collegio consultivo tecnico)

L'E.A. deve stipulare un nuovo contratto con il subentrante

Modificazioni soggettive

d.lgs. 36/2023 – altre fattispecie

(senza nuova procedura di gara)

Art 68 comma 15

La modifica dei consorzi e dei raggruppamenti è ammissibile nei termini indicati dall'articolo 97 e dal comma 17 del presente articolo

Art 68 comma 17

E' ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. Il recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto

Art 68 comma 18

Le previsioni di cui al comma 17 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b), c), d) e f) (*ndr: consorzi*)

Art 97

se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata

Modificazioni soggettive (codice d.lgs. 50/2016)

Normativa di riferimento
d.lgs. 18.04.2016, n. 50

art. 106 - comma 1 - lettera d)

(richiamato dall'art. 114 comma 8 anche per i settori speciali)

Art. 48 - commi 17 – 18 – 19

(richiamato dall'art. 114 comma 1° anche per i settori speciali)

Art. 110

(non richiamato per i settori speciali)



Modificazioni soggettive (codice d.lgs. 50/2016)

Art. 48 – commi 17 – 18 e 19

(senza nuova procedura di gara)

Comma 17. Fallimento/morte mandataria: in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto

Comma 18. Fallimento/morte mandante: in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire

Comma 19. Recesso in R.T.I.: è ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara

(n.b. il comma 19 è relativo alla partecipazione alla gara, ma non avrebbe senso escludere la possibilità di tale modifica anche in sede di esecuzione del contratto)

Modifiche che incidono sulle parti o sul rapporto

MODIFICAZIONI OGGETTIVE

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 50/2016)

Revisione prezzi – **nota storica** (art. 106 primo comma - lettera a - e 3° comma)

- ✓ I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali (*novità del codice appalti pubblici 50/2016*) potevano essere modificati **senza una nuova procedura di affidamento** se le modifiche erano state previste nei documenti di gara iniziali in **clausole chiare, precise ed inequivocabili** che non dovevano alterare la natura generale del contratto
- ✓ L'art. 106 non prevedeva la revisione dei prezzi obbligatoria, ma **facoltativa**
- ✓ La clausola si applicava per tutti i tipi di contratti, ossia per i lavori, per i servizi e per le forniture.
- ✓ Era rimessa alla **discrezionalità della stazione appaltante** non solo la decisione di ricorrere o meno alla revisione dei prezzi ma anche la relativa disciplina (meccanismi di revisione) che doveva quantificare e definire le modifiche facendo riferimento alla variazione dei prezzi e dei costi standard, ove definiti
- ✓ Ai fini del calcolo del prezzo di cui ai commi 1, lettere b) e c), 2 e 7, il prezzo aggiornato era il valore di riferimento quando il contratto prevedeva una clausola di indicizzazione (3° comma)
- ✓ Riguardava sia l'aggiornamento che l'indicizzazione
- ✓ **L'art. 29, comma 1, lett. a) del d.l. 4/2022 conv. in L. 25/2022 aveva reso obbligatorio l'inserimento della clausola revisione prezzi per tutti i bandi o gli avvisi pubblicati successivamente al 27 gennaio 2022 e fino al 31 dicembre 2023**

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 50/2016)

Revisione prezzi – **nota storica**

D.L. 27-1-2022 n. 4

Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico

(Gazz. Uff. 27 gennaio 2022, n. 21)

Art. 29. Disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici

1. Fino al 31 dicembre 2023, al fine di incentivare gli investimenti pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria globale derivante dalla diffusione del **virus SARS-CoV-2**, in relazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, i cui bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, qualora l'invio degli inviti a presentare le offerte sia effettuato successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, si applicano le seguenti disposizioni:

- a) è obbligatorio l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fermo restando quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo della medesima lettera a);
- b) per i contratti relativi ai lavori, in deroga all'articolo 106, comma 1, lettera a), quarto periodo, del decreto legislativo n. 50 del 2016, le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione, in aumento o in diminuzione, sono valutate dalla stazione appaltante soltanto se tali variazioni risultano superiori al cinque per cento rispetto al prezzo, rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, anche tenendo conto di quanto previsto dal decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili di cui al comma 2, secondo periodo. In tal caso si procede a compensazione, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il cinque per cento e comunque in misura pari all'80 per cento di detta eccedenza, nel limite delle risorse di cui al comma 7.

Revisione prezzi – art. 60

Principi generali

- è obbligatorio l'inserimento della clausola di revisione prezzi nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento
- la clausola deve essere (*ovviamente*) riportata nel contratto di servizio
- la clausola **non** deve comportare **modifiche** che alterino la natura generale del contratto
- la clausola opera quando si verificano particolari condizioni di **natura oggettiva** che determinano una variazione del costo del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo
- la revisione opera nella misura dell'80% della variazione riscontrata (*ndr: deroga rispetto alla normale alea del 10% art. 1664 C.C.*)
- la revisione opera sull'**eccedenza** (art. 1664 C.C.)

Nuovo codice d.lgs 36/2023

Revisione prezzi – art. 60

Indici di riferimento

- ai fini della determinazione della variazione dei costi e dei prezzi si utilizzano i seguenti **indici sintetici** elaborati dall'ISTAT:
 - a) indici sintetici di costo di costruzione (lavori)
 - b) **indici dei prezzi al consumo**, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie (**contratti di servizi e forniture**)
- gli indici sono **pubblicati** (unitamente al relativo metodo di calcolo) sul **portale** istituzionale **dell'ISTAT** in conformità alle disposizioni normative europee e nazionali
- il **Ministero** dell'infrastrutture e dei trasporti può, sentito l'ISTAT, **individuare ulteriori categorie** di indici o ulteriori specificazioni tipologiche o merceologiche delle categorie di indici

Nuovo codice d.lgs. 36/2023

Revisione prezzi – art. 60

Risorse finanziarie a cui attingere

- Per far fronte ai maggiori oneri derivanti dalla revisione prezzi di cui al presente articolo le stazioni appaltanti utilizzano:
 - a) le risorse appositamente accantonate nel quadro economico per imprevisti (nel limite del 50%) di ogni intervento (fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti)
 - b) le eventuali ulteriori somme a disposizione stanziata annualmente relativamente allo stesso intervento
 - c) le somme derivanti da ribassi d'asta (se non ne è prevista una diversa destinazione normativa)
 - d) le somme disponibili relative ad altri appalti già ultimati e conclusi con un avanzo di gestione



Modifiche oggettive (in giurisprudenza)

Revisione prezzi

L'aggiornamento in giurisprudenza

- riguarda i contratti ad esecuzione periodica o continuativa (contratti di durata)
- deve essere prevista da clausola inserita in bando e contratto ma non è di automatica applicazione;
- la decisione in merito all'eventuale revisione contrattuale può essere adottata solo all'esito di un'istruttoria, che deve concludersi con un provvedimento espresso – ma comunque discrezionale – da parte dell'amministrazione (Cons. Stato, Sez. III, n. 4827/2018)
- i criteri di operatività del meccanismo di adeguamento del corrispettivo contrattuale sono direttamente derivanti dall'accertamento di due diversi parametri, lo scostamento percentuale in aumento superiore al 10% (*ndr: ora 5%*) e l'esistenza di circostanze eccezionali (Cons. Stato, Sez. III, n. 2961/2011)

Indicizzazione (art. 120 co 4)

- ❑ L'indicizzazione (istituto diverso dalla revisione) è riferita alla necessità di:
 - salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa
 - evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo
 - mantenere l'equilibrio delle prestazioni corrispettive
- ❑ L'indicizzazione è tipica dei contratti di durata
- ❑ L'indicizzazione è di norma rapportata agli indici ISTAT di variazione dei prezzi (o ad una percentuale della stessa)

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Aggiornamento

Norma generale

Art. 120 comma 3

- I contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto al comma 1, **senza necessità di una nuova procedura, sempre che** nonostante le modifiche, la **struttura** del contratto e l'**operazione economica** sottesa possano ritenersi **inalterate**, il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori:
 - a) le soglie fissate all'articolo 14
 - b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture **sia nei settori ordinari che speciali**
- In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo del contratto al netto delle successive modifiche
- Qualora la necessità di modificare il contratto derivi da **errori o da omissioni nel progetto esecutivo**, che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, essa è consentita solo nei limiti quantitativi di cui al presente comma, ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni

Nota: (cfr. art. 1664 2° co. C.C.)

N.B. la modifica comporta comunicazione all'ANAC entro 30 gg

(come disposto da allegato II.14, art. 5, comma 11)

Modifiche oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Aggiornamento – segue

Competenza
Art. 120 comma 13

- le modifiche e le varianti devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante (salvo quanto previsto dal comma 8 per la rinegoziazione)
- le modifiche non sostanziali (di cui al comma 7) devono essere autorizzate dalla S.A. su proposta del RUP (con le modalità di cui all'allegato II.14 art. 5)

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Aggiornamento – segue

Modifiche non sostanziali

Art. 120 comma 7

Non sono considerate sostanziali le modifiche che:

- assicurino risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni
- realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di esecuzione



Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Aggiornamento – segue

Ipotesi specifiche

Art. 120 primo comma

I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti

- se già previste in clausole contrattuali – (*comma 1 lettera a*)
- in caso di servizi supplementari – (*comma 1 lettera b*)
- in caso di varianti in corso d'esecuzione – (*comma 1 lettera c*)

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Aggiornamento – segue

Ipotesi specifiche

Art. 120 primo comma

Clausole contrattuali

- devono essere precise, chiare inequivocabili
- devono essere contenute nei documenti di gara iniziali
- possono consistere anche in clausole di opzione



Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Aggiornamento – segue

Ipotesi specifiche

Art. 120 primo comma

Clausole contrattuali – opzione

Il diritto di opzione

In senso strettamente tecnico l'opzione è un accordo in base al quale una parte si impegna a mantenere ferma una proposta per un certo tempo nell'interesse dell'altra parte, che è libera di accettarla o meno (art. 1331 C.C.)

In senso lato l'opzione è la scelta tra diverse possibilità di adempimento già previste e predefinite in contratto (c.d. obbligazione alternativa di cui all'art. 1285 C.C.)

In entrambi i casi la previsione deve emergere già dai documenti di gara ed essere trasfusa nel CdS



Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Aggiornamento – segue

Ipotesi specifiche

Art. 120 primo comma lettera b

Servizi supplementari

Rientrano tra i servizi supplementari le modifiche che:

- non dipendono da cause prevedibili al momento della gara
- non dipendono da difetto di progettazione
- non alterano la natura generale del contratto
- comportano l'impossibilità di rispettare i requisiti di intercambiabilità o interfacciabilità tra apparecchiature/servizi/impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale
- non sono compatibili con un cambiamento del contraente per motivi economici o tecnici
- non comportano un aumento di oltre il 50% del valore iniziale del contratto

N.B. la modifica comporta comunicazione all'ANAC entro 30 gg

(come disposto da allegato II.14, art. 5, comma 11)

e pubblicazione sulla G.U.C.E. (o in solo ambito nazionale se sottosoglia)

(con il contenuto previsto dall'allegato II.16)

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Aggiornamento – segue –

Ipotesi specifiche

Art. 120 primo comma lettera c

Varianti in corso d'esecuzione

- si intendono per tali le modifiche che sono l'effetto di circostanze imprevedibili da parte della S.A.
- rientrano in tali circostanze nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti sopravvenuti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;
- la modifica non deve alterare la struttura del contratto e dell'operazione economica sottesa

N.B. la modifica comporta pubblicazione sulla G.U.C.E. (o in solo ambito nazionale se sottosoglia)

(con il contenuto previsto dall'allegato II.16)



Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

ATTENZIONE!

la modifica del contratto che deriva da errore di progettazione comporta responsabilità sotto i diversi profili civile, amministrativo ed erariale (estensibili per quanto compatibili anche ai progettisti esterni)

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Errore di progettazione

Costituisce errore o omissione di progettazione

- l'inadeguata valutazione dello stato di fatto
- la mancata o errata identificazione delle norme tecniche di progettazione
- il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici
- la violazione delle regole di diligenza

Conseguenze dell'errore di progettazione

Responsabilità – **art. 42 dell'allegato 1.7**

- Civile (sia per il progettista interno che esterno)
- Erariale (sia per il progettista interno che esterno)
- Penale (sia per il progettista interno che esterno)
- Disciplinare (per il progettista interno verso l'Ente – per l'esterno verso l'Ordine di appartenenza)

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

La progettazione

Art. 41 primo comma: la progettazione in materia di lavori pubblici, si articola in due livelli di successivi approfondimenti tecnici: il progetto di fattibilità tecnico-economica e il progetto esecutivo

Art. 41 comma 12°: la progettazione di servizi e forniture è articolata in un unico livello ed è predisposta dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti mediante propri dipendenti in servizio. L'allegato I.7 definisce i contenuti minimi del progetto

Art. 42 comma secondo: per accertare la coerenza del progetto nelle sue diverse fasi con il documento di indirizzo della progettazione, il RUP, se non effettua personalmente la verifica, ne segue lo sviluppo parallelamente alla progettazione, garantendo il contraddittorio tra il soggetto che esegue la verifica e il progettista. L'attività di verifica è incompatibile, per uno stesso progetto, con le attività di progettazione, di coordinamento della relativa sicurezza, di direzione dei lavori e di collaudo

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Aggiornamento – segue

Ipotesi specifiche

Art. 120 ottavo comma

Rinegoziazione

Il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto. Nel caso in cui queste non siano previste, la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e non giustifica, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto. Il RUP provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi. Nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Aggiornamento – segue

Ipotesi specifiche

Art. 120 ottavo comma

Rinegoziazione – segue

Rinegoziazione contenuta in clausole contrattuali

- Si applicano le previsioni contrattuali, che devono essere conformi al principio generale per il quale le clausole devono essere:
 - chiare
 - precise
 - inequivocabili



Modifiche oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Aggiornamento – segue

Ipotesi specifiche

Art. 120 ottavo comma

Rinegoziazione – segue

Rinegoziazione non contenuta in clausole contrattuali

- la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo
- la richiesta non giustifica, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto
- il RUP deve formulare la proposta di un nuovo accordo entro e non oltre tre mesi
- se non si perviene ad un nuovo accordo entro un termine ragionevole (che decorre dalla formulazione della proposta del RUP) la parte svantaggiata può chiedere al Giudice (ordinario) l'adeguamento del contratto per ricostituire l'originario equilibrio
- la rinegoziazione costituisce un obbligo, la cui violazione comporta responsabilità (civile – erariale)



Rescissione

Art. 1448 C.C.

Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto

L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto

Art. 1450 C.C.

Il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità



Istituti civilistici correlati

Eccessiva onerosità

Art. 1467 C.C.

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica (...) se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto ...

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto



Istituti civilistici correlati

Impossibilità sopravvenuta

Art. 1463 C.C.

Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito

Art. 1464 C.C.

Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Insolvenza

D.lgs. N. 14/2019 (codice della crisi d'impresa)

art. 172 co. 7:

Sono salve le norme speciali in materia di contratti pubblici

Art. 124 codice contratti pubblici

Nei seguenti casi:

- liquidazione giudiziale
- liquidazione coatta
- concordato preventivo
- risoluzione del contratto ex art. 122
- risoluzione del contratto per motivi «antimafia» (d.lgs. 159/2011)
- dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto

le stazioni appaltanti interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto, se **tecnicamente ed economicamente possibile**



Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Insolvenza (*segue*)

Art. 124 d.lgs. 36/2023 e art. 95 d.lgs. 14/2019

- l'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta
- le S.A. possono prevedere nei documenti di gara che il nuovo affidamento avvenga alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato
- se l'aggiudicazione è avvenuta prima della pronuncia giudiziale, il curatore può stipulare il contratto (previo parere favorevole del Giudice delegato) (sia in caso di concordato in continuità, sia di concordato liquidatorio se la relazione attesta che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda, sia in caso di liquidazione giudiziale, se autorizzato l'esercizio provvisorio d'impresa)
- se la procedura si apre in corso di esecuzione del contratto:
 - il contratto rimane efficace se la continuazione dell'attività è prevista nel piano concordatario o se la ditta è stata autorizzata all'esercizio provvisorio dell'impresa
 - nel contratto può subentrare la ditta eventualmente cessionaria dell'azienda (o di un ramo d'azienda)

N.B. Sono nulli i patti contrari (art. 95 primo comma codice della crisi d'impresa d.lgs. n. 14/2019)

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Insolvenza (*segue*)

Art. 124 d.lgs. 36/2023

Termine per il subentro

- l'autorizzazione alla stipulazione del contratto deve intervenire entro il termine di cui all'art. 18 del codice 36/2023 (60gg)
- in mancanza il curatore è da intendersi sciolto da ogni vincolo e la S.A. procede come da comma 1° (interpello progressivo ditte in graduatoria) e comma 2 (condizioni di subentro)

Modificazioni oggettive (codice civile)

Insolvenza *per* Impossibilità sopravvenuta

Art. 1463 e 1464 Codice civile

Vedasi slide n. 90



Modificazioni oggettive (codice civile)

L'imposizione di obbligo di servizio

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Imposizione di obbligo di servizio

D.lgs. n. 422/1997

Art. 17. Obblighi di servizio pubblico

Le regioni, le province e i comuni, allo scopo di assicurare la mobilità degli utenti, **definiscono**, ai sensi dell'articolo 2 del regolamento 1191/69/CEE, modificato dal regolamento 1893/91/CEE, **obblighi di servizio pubblico**, prevedendo nei contratti di servizio di cui all'articolo 19, **le corrispondenti compensazioni economiche** alle aziende esercenti i servizi stessi, determinate secondo il criterio dei costi standard (*ndr: vedi anche d.lgs. 50/2017*) che dovrà essere osservato dagli enti affidanti nella quantificazione dei corrispettivi da porre a base d'asta previsti nel bando di gara o nella lettera di invito delle procedure concorsuali di cui al successivo articolo 18, comma 2, lettera a), tenendo conto, ai sensi della citata disposizione comunitaria, dei proventi derivanti dalle tariffe e di quelli derivanti anche dalla eventuale gestione di servizi complementari alla mobilità

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Imposizione di obbligo di servizio

Definizione

Reg. 1370/2007 U.E.

Art. 2 lettera e)

l'obbligo definito o individuato da un'autorità competente al fine di garantire la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri di interesse generale che un operatore, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non si assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni senza compenso

Si tratta quindi di servizi di interesse economico generale offerti al pubblico senza discriminazione e in maniera continuativa



Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Imposizione di obbligo di servizio

Compensazione

Reg. 1370/2007 U.E.

L'imposizione dell'obbligo di servizio va compensata

Il compenso è definito dal Regolamento Comunitario

Art. 2 lettera g)

La compensazione è un «qualsiasi vantaggio, in particolare di natura finanziaria, erogato direttamente o indirettamente da un'autorità competente per mezzo di fondi pubblici durante il periodo di vigenza di un obbligo di servizio pubblico, ovvero connesso a tale periodo»

La compensazione, quindi, può essere costituita anche da un vantaggio anche non di carattere economico, che si traduca indirettamente in un guadagno dell'I.A.

Il «vantaggio» deve essere riconosciuto dall'E.A. su conforme determinazione dell'ente titolare del servizio



Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Imposizione di obbligo di servizio

Compensazione – segue

Reg. 1370/2007 U.E.

Il «vantaggio» può essere costituito dal riconoscimento di un **diritto di esclusiva**

Il «**diritto di esclusiva**» è costituito da un **accordo negoziale** tra E.A. e I.A. in base al quale l'operatore economico rende prestazioni in assolvimento di obblighi di servizio pubblico, con esclusione di qualsiasi altro operatore

Nel caso in cui vengano fissate tariffe massime per i passeggeri o categorie di passeggeri, la compensazione è a carico dell'ente titolare del servizio (e dell'E.A.)



Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Imposizione di obbligo di servizio Specifiche degli obblighi di servizio pubblico Reg. 1370/2007 U.E.

Art. 2-bis

- l'autorità competente stabilisce le specifiche degli obblighi di servizio pubblico
- le specifiche possono includere la possibilità di **raggruppare i servizi** che coprono i costi con i servizi che non coprono i costi
- le specifiche:
 - devono rispettare il principio di **proporzionalità**
 - essere **coerenti** con gli **obiettivi** politici indicati nei documenti sulla politica del trasporto pubblico negli Stati membri
 - conseguire gli **obiettivi** della **politica** del trasporto pubblico **in modo efficiente in termini di costi**
 - **assicurare il sostegno finanziario**, a lungo termine, della prestazione del trasporto pubblico di passeggeri secondo i requisiti stabiliti nella politica del trasporto pubblico

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Imposizione di obbligo di servizio

Modalità

Reg. 1370/2007 U.E.

Art. 4

- gli obblighi di servizio pubblico devono essere previsti con chiarezza nel Contratto di Servizio
- devono essere remunerati in maniera tale da non comportare sovra o sotto compensazioni



Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Imposizione di obbligo di servizio

Modalità di affidamento non ordinarie

Reg. 1370/2007 U.E.

Art. 5 comma 4°

L'autorità competente ha facoltà di **aggiudicare direttamente** i contratti di servizio pubblico:

- a) il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1.000.000 EUR o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri, inferiore a 7.500.000 EUR; oppure
- b) che riguardano la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300.000 km/anno (500.000 in caso di CdS che include servizi di trasporto pubblico passeggeri ferroviario)
- c) il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 2.000.000 EUR oppure inferiore a 600.000 km/anno nel caso di aggiudicazione diretta a una piccola o media impresa che ha in esercizio **non più di 23 veicoli stradali**



Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Imposizione di obbligo di servizio

Modalità di emergenza

Reg. 1370/2007 U.E.

Art. 5 comma 5°

- L'autorità competente può adottare **provvedimenti di emergenza** in caso di interruzione del servizio o di **pericolo imminente** di una tale situazione.
- I provvedimenti di emergenza assumono la forma di un'aggiudicazione diretta o di un accordo formale per prorogare un contratto di servizio pubblico oppure di un'imposizione dell'obbligo di fornire determinati servizi pubblici
- L'operatore di servizio pubblico ha il diritto di impugnare la decisione che impone la fornitura di determinati servizi pubblici
- Tali provvedimenti non possono superare i due anni

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Imposizione di obbligo di servizio

Regole comuni

Reg. 1370/2007 U.E.

Art. 6

Tutte le compensazioni connesse a una norma generale o a un contratto di servizio pubblico devono essere conformi all'articolo 4, indipendentemente dalle modalità di aggiudicazione

In particolare (art. 4):

- la **compensazione** deve essere adeguata (non sopra/sotto)
- il CdS definisce le **modalità di ripartizione dei costi** (personale, energia, oneri per le infrastrutture, manutenzione costi fissi)
- il CdS definisce le **modalità di ripartizione dei ricavi** derivanti dalla vendita dei titoli di viaggio

Modificazioni oggettive (codice d.lgs. 36/2023)

Imposizione di obbligo di servizio

Pubblicazione

Reg. 1370/2007 U.E.

Art. 7

Ciascuna autorità competente rende pubblica una volta l'anno una **relazione** esaustiva **sugli obblighi di servizio pubblico** di sua competenza.

Tale relazione comprende:

- data d'inizio e la durata dei contratti di servizio pubblico, gli operatori di servizio pubblico prescelti e le compensazioni e i diritti di esclusiva a essi concessi a titolo di rimborso
- la relazione distingue i trasporti mediante autobus dai trasporti su rotaia
- la relazione consente il controllo e la valutazione delle prestazioni di servizi, della qualità e del finanziamento della rete di trasporto pubblico e, ove opportuno, informa in merito alla natura e alla portata degli eventuali diritti di esclusiva concessi



3° CORSO

L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI TPL

2° Modulo

Il Contratto di Servizio



Associazione per il governo regionale,
locale e urbano della mobilità sostenibile



GRAZIE PER L'ATTENZIONE

Avv. Giovanni Lauricella



*In iure
humanitas*

Roma – 04/07/2023

in collaborazione con

Con il patrocinio di



PROVINCIA
DI COSENZA

Si ringraziano per il loro importante contributo

