

CIRCOLARE INARCASSA

Come più volte segnalato da Fondazione Inarcassa, la concreta attuazione del sistema compensativo previsto dall'art. 26 del D.L. n. 50/2022 (il c.d. "Decreto Aiuti") impatta sugli incarichi in essere dei direttori dei lavori nell'ambito delle commesse pubbliche imponendogli l'erogazione di prestazioni di natura tecnico-contabile ulteriori non previste nei relativi incarichi professionali.

Tale aumento di attività e responsabilità per i professionisti, deve essere accompagnato, necessariamente, da un commisurato adeguamento del compenso professionale.

Di conseguenza, come analizzato nel parere legale richiesto allo Studio Legale Brugnoletti&Associati, disponibile al seguente *link*, al quale si rinvia per ogni approfondimento, i professionisti possono richiedere tale adeguamento ricorrendo: a) al comma 12 dell'art. 106 del Codice dei contratti pubblici, qualora l'entità della modifica sia contenuta entro il 20% del valore del contratto; b) al comma 1, lett. c) del medesimo art. 106, laddove il valore della modifica sia superiore al 20%, ma, comunque, contenuta entro il 50% del valore del contratto.

A fronte della richiesta, i RUP devono accordare l'aggiornamento degli onorari al fine di salvaguardare, *in primis*, la qualità delle prestazioni professionali affidate garantendo, contemporaneamente, l'equità del compenso dei professionisti e l'equilibrio economico dell'incarico.

BRUGNOLETTI & ASSOCIATI

AVV. MASSIMILIANO BRUGNOLETTI
AVV. PAOLA REA

00197 – ROMA
VIA ANTONIO BERTOLONI, 26B
TEL. 06.8072990

AVV. MARTINA ALÒ
AVV. SANTI DARIO TOMASELLI
AVV. PAOLO CAVALLO
AVV. FRANCESCA SCIUTO
AVV. GIOVANNI TAVERNISE
AVV. GIANLUIGI UZZO COSTA

20122 – MILANO
PIAZZETTA UMBERTO GIORDANO, 4
TEL. 02.76015741

AVV. VIRGINIA BONFANTE
AVV. GIORGIA MENTO
AVV. EMANUELA SANTINI
AVV. TIZIANA SCARMOZZINO
AVV. ANDREA STEFANELLO

37126 – VERONA
VIALE DELLA REPUBBLICA, 6
TEL. 045.6319843

DOTT.SSA MARTINA AMBROSINO
DOTT.SSA FEDERICA BRUGNOLETTI

www.brugnolettieassociati.com
PEC: studiobrugnolettieassociati@pec.it

DOTT.SSA ROSSELLA GIUSA - ADVISOR GARE PUBBLICHE

Spett.le
**Fondazione Architetti ed
Ingegneri Liberi
Professionisti iscritti a
INARCASSA**
Sede

c.a. Avv. Gianfranco Carcione

Parere legale

Mi è stato richiesto di esprimere un parere legale (“**Parere**”) circa la possibilità in diritto di incrementare i compensi spettanti ai professionisti incaricati della funzione di “Direttore dei lavori” nell’ambito di appalti di opere pubbliche, a fronte delle attività straordinarie tecnico-professionali richieste dall’art. 26 del D.L. n. 50/2022 (“**Decreto Aiuti**”, convertito con modificazioni dalla L. n. 91 del 15

luglio 2022) che, come noto, ha introdotto un articolato meccanismo temporaneo di aggiornamento dei corrispettivi spettanti agli appaltatori (**par. 1 del Parere**) e la cui concreta attuazione impone un incremento considerevole delle attività degli uffici di Direzione dei lavori (**par. 2 del Parere**) i cui incarichi sono regolati, tanto nella fase di affidamento, tanto in quella di esecuzione, dal Codice dei contratti pubblici e dalla specifica normativa di settore.

* * *

Conclusioni

Anticipando le considerazioni di seguito articolate segnalo subito che:

- il meccanismo compensativo previsto dall'art. 26 del Decreto Aiuti incide giuridicamente ed economicamente sugli incarichi professionali in essere degli uffici di Direzione dei lavori: l'imposizione di prestazioni aggiuntive non remunerate, oltre a violare il principio di equità del compenso, altera l'equilibrio economico del contratto relativo all'incarico professionale (par. 3.A del Parere);
- conseguentemente, i committenti, onde salvaguardare la qualità delle prestazioni oggetto di incarico, devono riconoscere l'adeguamento del compenso agli incaricati delle funzioni di Direttore dei lavori;
- gli strumenti sono (**par. 3.B del Parere**): *i*) il comma 12 dell'art. 106 del Codice dei contratti pubblici, qualora l'entità della modifica sia contenuta entro il 20% del valore del contratto; *ii*) il comma 1, lett. c) del medesimo art. 106, laddove il valore della modifica sia superiore al 20%, ma, comunque, contenuta entro il 50% del valore del contratto.

* * *

1. L'art. 26 del Decreto Aiuti

1.A I nuovi prezzi regionali e l'incremento di quelli vigenti

Per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione, dei carburanti e dei prodotti energetici nell'ambito dei contratti pubblici di lavori, l'art. 26 del Decreto Aiuti prevede che, in relazione agli appalti pubblici di lavori aggiudicati sulla base di offerte presentate entro il termine del 31 dicembre 2021 (compresi quelli affidati a contraente generale), **gli stati di avanzamento lavori** riguardanti lavorazioni eseguite e contabilizzate dal Direttore dei lavori, ovvero annotate da quest'ultimo nel libretto delle misure dal 1° gennaio 2022 al 31 dicembre 2022, **sono adottati**, anche in deroga alle specifiche clausole contrattuali, **applicando le risultanze dei nuovi prezzi che le Regioni devono aggiornare entro il 31 luglio 2022** (aggiornamento infrannuale previsto per il solo 2022), fermi restando i ribassi presentati in sede di offerta¹.

I nuovi prezzi si applicheranno anche alle procedure di affidamento avviate successivamente alla data di entrata in vigore del decreto sino al 31 dicembre 2022 e, transitoriamente, potranno essere utilizzati fino al 31 marzo 2023 per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data.

Nelle **more dell'adozione dei suddetti prezzi regionali** le Stazioni appaltanti applicheranno immediatamente un **incremento fino al 20%** al costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni rispetto ai prezzi regionali vigenti al 31 dicembre 2021, o a quelli più risalenti utilizzati per la determinazione della base d'asta.

¹ In caso di inadempienza da parte delle Regioni i prezzi sono aggiornati, entro i successivi quindici giorni, dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, sentite le Regioni interessate.

Qualora poi, all'esito dell'aggiornamento dei prezzi da parte delle Regioni, dovesse emergere una variazione dei prezzi diversa (in aumento o in diminuzione) rispetto alla suddetta percentuale riconosciuta all'esecutore, le Stazioni appaltanti dovranno procedere al **conguaglio** dei relativi importi in occasione del pagamento degli stati di avanzamento dei lavori successivi all'adozione del prezzo aggiornato.

1.B Stato di avanzamento straordinario

Inoltre, per le lavorazioni effettuate tra il 1° gennaio 2022 ed il 18 maggio 2022², anche qualora fossero già stati emessi uno o più stati di avanzamento dei lavori ed i relativi certificati di pagamento³, le Stazioni appaltanti dovevano emettere, entro il 17 giugno 2022, un certificato di pagamento straordinario a compensazione dei maggiori costi sostenuti dagli appaltatori, utilizzando per la determinazione del compenso integrativo **i nuovi prezzi regionali 2022** (qualora già adottati) oppure, in caso di prezzi non aggiornati, aumentando fino al 20% le specifiche voci di prezzo riguardanti la commessa.

1.C Calcolo dei maggiori compensi dovuti all'esecutore

I maggiori importi da erogare in favore dell'esecutore, derivanti dall'applicazione dei nuovi prezzi o in forza dell'incremento del 20%, **sono riconosciuti dalle Stazioni appaltanti al netto dei ribassi formulati in sede di offerta e nella misura del 90%**. È previsto, inoltre, che il certificato di pagamento debba essere emesso contestualmente allo stato di avanzamento dei lavori, o comunque, entro cinque giorni dall'adozione del medesimo. Il pagamento è, in

² Data di entrata in vigore del Decreto Aiuti.

³ In questo caso, il SAL straordinario avrebbe avuto natura indennitaria, ossia volto a riconoscere all'esecutore la differenza tra i prezzi utilizzati per l'affidamento e quelli aggiornati secondo quanto previsto dall'art. 26 del Decreto Aiuti.

ogni caso, effettuato al netto delle compensazioni eventualmente già riconosciute o liquidate all'esecutore.

2. Impatto del Decreto Aiuti sulle attività di Direzione dei lavori

L'attuazione del descritto meccanismo di adeguamento dei compensi spettanti all'esecutore dei lavori comporta, necessariamente, una estensione, imprevista e imprevedibile, delle attività che gli uffici di Direzione lavori sono tenuti ad erogare rispetto al perimetro del proprio affidamento aumentando, sotto un profilo quantitativo, il complessivo regime di prestazioni (ed associate responsabilità) che graverà sugli uffici medesimi.

In sintesi:

- i) elaborazione di una contabilità “speciale” dei lavori limitatamente al 2022 applicando i nuovi prezzari regionali o, in mancanza, l'aumento dei prezzi di commessa entro il 20%, dovendo fornire supporto al committente (in persona del RUP) per l'individuazione delle relative aliquote percentuali per ciascuna voce di prezzo (tenendo conto dell'andamento dei prezzi di mercato). Salvo proroghe del meccanismo di adeguamento previsto dal Decreto Aiuti, per i contratti che si protrarranno oltre al 2022, dal 1° gennaio 2023 torneranno ad applicarsi i prezzari utilizzati per la determinazione del quadro economico di commessa. In entrambi i casi, tale attività comporta un **defatigante aggiornamento manuale delle singole voci prezzo** (non essendo, ovviamente, i *software* di contabilità aggiornati ai nuovi prezzari, né tantomeno utilizzabili per un aumento percentuale non omogeneo e non generalizzato delle stesse voci);
- ii) emissione dello stato di avanzamento straordinario (con relativi oneri di contabilizzazione aggiuntivi);

- iii) gestione della rendicontazione dei conguagli fino all'adozione dei nuovi prezzari regionali, rispetto al SAL (ordinario o straordinario) emesso, applicando l'aumento fino al 20% nelle more dell'adozione dei nuovi prezzari;
- iv) assistenza tecnico-contabile alle Amministrazioni committenti per la gestione delle eventuali istanze per l'accesso ai fondi compensativi statali, qualora le risorse risultanti dal quadro economico di commessa non fossero sufficienti a garantire l'adeguamento dei compensi dell'esecutore, e segnatamente: a) fondo *ex art. 7 del D.L. n. 76/2020*; b) nuovo "*fondo per l'avvio di opere indifferibili*", istituito dall'art. 26 comma 4, lett. a) del Decreto Aiuti per compensare gli aumenti dei prezzi dei materiali relativi agli interventi legati al PNRR, al PNC avviati successivamente al 18 maggio 2022 e fino al 31 dicembre 2022; c) fondo *ex art. 1-septies del D.L. n. 73/2021* per interventi non rientranti nell'ambito del PNRR/PNC.

Tale obiettivo allargamento del perimetro delle prestazioni affidate ai Direttori dei lavori deve essere analizzato, inquadrato e gestito tenendo conto che i relativi incarichi costituiscono contratti pubblici e, in quanto tali, sono soggetti alla disciplina dettata dal relativo Codice, integrata dalle disposizioni di dettaglio emanate nel corso degli anni dall'Autorità Nazionale Anticorruzione ("**ANAC**") e dai Ministeri competenti per materia.

Sotto un profilo qualitativo deve sottolinearsi che il citato art. 26 del Decreto Aiuti, come visto, introduce per i contratti in corso di esecuzione un meccanismo eccezionale e temporaneo di adeguamento dei corrispettivi in favore dell'esecutore dei lavori, senza tuttavia impattare sul quadro economico della commessa, che costituisce l'elemento centrale per la determinazione dei corrispettivi degli incarichi tecnici. Conseguentemente, almeno nell'attuale fase di transitorietà del sistema di sostegno agli esecutori, risulterebbe difficile

ottenere un adeguamento dell'intero valore dell'incarico professionale ragionando in termini di aumento del valore dell'opera (sulla cui base è stato parametrato, a monte, il valore dell'incarico del Direttore dei lavori)⁴.

Tuttavia, qualora tale regime di aiuto, in ragione di future (e molto probabili proroghe) dovesse acquisire un maggior livello di stabilità fino a comportare, per fatti concludenti, un conseguente e definitivo aumento del valore della commessa, sarà senz'altro sostenibile la richiesta volta ad ottenere il conseguente ricalcolo dei compensi spettanti ai professionisti, mediante l'adozione di una variante dell'affidamento.

3. Alterazione e necessario ripristino dell'equilibrio del contratto

3.A Alterazione dell'equilibrio contrattuale

Tutto ciò rilevato, con riferimento alla natura dell'incarico professionale e del relativo corrispettivo deve muoversi da alcune premesse essenziali di fondo, ribadite di recente da ANAC con la Delibera n. 31 del 26 gennaio 2022, richiamando la parte III, punto 2 delle Linee Guida n. 1, adottate dalla medesima Autorità con delibera n. 973 del 14 settembre 2016, recenti "*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*" ("**LG Progettazione**")⁵:

⁴ A queste conclusioni, seppur con un ragionamento differente, è giunto anche il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili con il parere n. 1371, del 21 giugno 2022.

⁵ Le LG Progettazione dettano indicazioni procedurali per l'affidamento dei servizi di ingegneria e progettazione tramite procedura aperta, di valore superiore a € 100.000,00 da affidare secondo il criterio

- i) “la necessità di determinare l'importo del corrispettivo da porre a base di gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura facendo riferimento ai criteri fissati dal decreto del Ministero della Giustizia 17 giugno 2016”;
- ii) “l'obbligo per la stazione appaltante di riportare nella documentazione di gara il procedimento adottato per il calcolo dei compensi posti a base di gara, inteso come elenco dettagliato delle prestazioni e dei relativi corrispettivi”;
- iii) “il divieto, nel rispetto del principio dell'equo compenso⁶, di richiedere al professionista prestazioni ulteriori rispetto a quelle che sono state considerate ai fini della determinazione dell'importo a base di gara”;
- iv) “in ragione del principio dell'equo compenso del professionista, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, l'interesse privato non può essere sacrificato rispetto a quello pubblico e generale fino al punto di compromettere l'equità della remunerazione ...”.

dell'offerta economicamente più vantaggiosa e utilizzabili analogicamente anche nell'ambito degli altri modelli di affidamento, ivi inclusi quelli previsti dal DL Semplificazioni.

⁶ Così come imposto dal combinato disposto del comma 1 dell'art. 19-*quaterdecies* del D.L. n. 148/2017, convertito con modificazioni dalla L. n. 172/2017, applicabile, in virtù del relativo comma 2, a tutti gli ordini e collegi “i cui parametri ... sono definiti dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27”, ossia, nel caso degli ingegneri e degli architetti affidatari di incarichi pubblici, dal Decreto del Ministero della Giustizia del 17 giugno 2016 recante “Approvazione delle tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione adottato ai sensi dell'art. 24, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016” (“DM Compensi”). L'art. 24, comma 8, del Codice dei contratti pubblici impone per il calcolo dei corrispettivi professionali, l'obbligo di utilizzare le tabelle di cui al DM Compensi “quale criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento”.

Tale ricostruzione è, evidentemente, volta a salvaguardare il decoro e la dignità delle professioni regolamentate a mente della Direttiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005, costituendo specifico corollario “*rafforzato*” dei principi civilisti afferenti la necessaria permanenza, per tutta la durata del contratto, del nesso di sinallagmaticità tra le prestazioni (compenso/attività professionale), nella proporzione concordata dalle parti alla stipula del contratto⁷.

Quantunque la modifica *ex post* dell’oggetto dell’affidamento tramite l’aumento delle prestazioni richieste ai Direttori dei lavori sia imposta *ex lege* (par. 1 e 2 del Parere), il conseguente mancato aumento del corrispettivo violerebbe frontalmente i succitati principi, risultando oggettivamente alterato, a causa di fattori esterni (l’art. 26 del Decreto Aiuti), il richiamato nesso di sinallagmaticità del contratto, rendendo lo stesso eccessivamente oneroso, ampliando, oggettivamente, il novero delle prestazioni contrattuali rispetto a quanto previsto dal Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 7 marzo 2018, n. 49 recante “*Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell’esecuzione*” (il “**Regolamento DL/DE**”)⁸.

⁷ A mente dell’art. 1467 Cod. Civ., infatti, “*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, 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, con gli effetti stabiliti dall’articolo 1458. 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*”.

⁸ Il Regolamento DL/DE detta la disciplina di dettaglio relativa alle specifiche prestazioni rese dal Direttore dei lavori nella fase di esecuzione del contratto.

Né, d'altro canto, è possibile che l'appalto pubblico (di servizi professionali) esorbiti i limiti prestazionali e/o quantitativi dell'affidamento iniziale, senza che tali attività ulteriori trovino copertura formale all'interno del contratto di appalto, essendo le parti di un contratto pubblico rigidamente vincolate a rispettare i limiti negoziali dell'affidamento.

Da una prospettiva più ampia, deve pure evidenziarsi come l'intercorsa alterazione economica degli incarichi degli uffici di Direzione dei lavori costituisce, a ben vedere, una conseguenza indiretta, ma sempre ad essa riconducibile, del riacutizzarsi della situazione pandemica e, soprattutto, dello scoppio del conflitto ucraino.

Conseguentemente, rispetto a tali incarichi ed alla necessità che gli stessi vengano modificati, valgono i principi da ultimo richiamati dall'ANAC proprio in merito alla necessità di “*manutenere*” i contratti pubblici sottoposti ai succitati fattori esogeni: “***L'adozione delle misure di lock-down in Cina e la situazione bellica in corso in Ucraina sono eventi ... ascrivibili alla categoria della causa di forza maggiore, potendo sostanzziarsi in circostanze imprevedibili ed estranee al controllo dei fornitori. Pertanto, nel caso in cui sia reso oggettivamente impossibile o difficoltoso procedere con la necessaria regolarità e tempestività alla fornitura di beni per ragioni strettamente connesse a detti eventi, le stazioni appaltanti valutano, caso per caso, la possibilità di ritenere configurabile la causa di forza maggiore e di applicare le disposizioni normative descritte nella premessa del presente atto. La valutazione è condotta tenendo in considerazione tutte le circostanze del caso concreto, tra cui il momento della sottoscrizione del contratto, l'oggetto della prestazione, i termini previsti per l'adempimento, la possibilità di applicare misure idonee a superare la situazione di impossibilità da parte del fornitore. In particolare, le amministrazioni possono valutare la possibilità di disporre la sospensione del contratto per il tempo strettamente necessario, nel rispetto delle indicazioni riportate nell'articolo 107 del codice***

dei contratti pubblici oppure di **rinegoziare i termini concordati per l'adempimento.**" (ANAC, Delibera n. 227 dell'11 maggio 2022).

Ancora prima, anche la Cassazione ha chiarito che la rinegoziazione del contratto è **l'unico** mezzo utile e obbligato quando il sinallagma risulti compromesso: "... **La rinegoziazione, a fronte di sopravvenienze che alterano il rapporto di scambio, diventa, pertanto, un passaggio obbligato, che serve a conservare il piano di costi e ricavi originariamente pattuito, con la conseguenza che chi si sottrae all'obbligo di ripristinarlo commette una grave violazione del regolamento contrattuale**" (cfr. Corte di Cassazione: Relazione n. 56, 8 luglio 2020 - Oggetto: **Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale**).

Diversamente opinando, si accorderebbe una condivisibile tutela economica agli esecutori di lavori pubblici creando, però, al contempo, un intollerabile pregiudizio in capo ai professionisti esterni a supporto delle Stazioni appaltanti le cui prestazioni sono direttamente preordinate a garantire tale tutela.

3.B Strumenti volti a ripristinare l'equilibrio contrattuale ex art. 106 del Codice dei contratti pubblici

È, dunque, evidente come il descritto scenario impone l'adozione di immediati interventi correttivi volti a ripristinare l'originario equilibrio dei contratti in essere, sulla scorta dei principi dettati dal Codice Civile, come declinati in ambito pubblico, dal Codice dei contratti pubblici e, in particolare, dal relativo art. 106 (rubricato "*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*"), fortemente orientato alla "salvezza" del contratto anche qualora in fase di esecuzione interven-gano eventi tali da pregiudicarne l'equilibrio.

Del resto, è principio ormai consolidato che i rimedi previsti all'art. 106 del Codice dei contratti pubblici tutelino non solo

l'interesse particolare del privato, ma, indirettamente, anche quello della Stazione appaltante, chiamata, mediante il riequilibrio del sinallagma, a “*salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle p.a. non siano esposte al rischio di una diminuzione qualitativa a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, durante l'arco del rapporto e della conseguente incapacità del fornitore di farvi compiutamente fronte*” (tra le ultime TAR Puglia, Sez. I, 24 giugno 2021, n. 1083; in termini CGARS, Sez. Giurisdiz., 22 gennaio 2021, n. 48; TAR Lombardia, Sez. I, 18 febbraio 2021, n.435; Consiglio di Stato, Sez. III, 5 novembre 2018, n. 6237).

Ciò posto, nel dettaglio, i correttivi applicabili al fine di rinegoziare i termini economici degli incarichi professionali sono i seguenti: *i) comma 12 (c.d. “Quinto d'obbligo”) e ii) comma 1, lett. c) del succitato art. 106 del Codice dei contratti pubblici.*

3.B.1. “Quinto d'obbligo”

Secondo quanto previsto dal comma 12 del richiamato art. 106, “*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*”.

Trattasi di uno strumento ordinario di modifica dei termini del contratto finalizzato ad adeguare le rispettive prestazioni delle parti in ragione di eventi impreveduti e sopraggiunti in fase di esecuzione.

Come chiarito, infatti, dalla giurisprudenza “*L'istituto del quinto d'obbligo può trovare applicazione solo nei casi espressamente previsti dall'art. 106, comma 12, del d.lgs. 50/2016, che sono di stretta interpretazione. In tale prospettiva, l'ipotesi contemplata dal comma 12 – nell'inciso ‘qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni’*”

– riguarda le sole circostanze imprevedibili e sopravvenute nel corso dell'esecuzione del contratto e non può 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, Sez. V, 27 novembre 2020, n. 5595).

Posto che la sopravvenienza normativa di cui al Decreto Aiuti costituisce, a tutti gli effetti, una circostanza imprevista e imprevedibile, qualora il valore delle prestazioni aggiuntive imposte ai Direttori dei lavori (calcolato sulla base dei parametri del DM Compensi) sia ricompreso entro il 20% del valore del contratto, il meccanismo del “quinto d'obbligo” è pacificamente invocabile dai professionisti esecutori ed opera, ovviamente, anche nei confronti della Stazione appaltante, tenuta a riconoscere il relativo aumento.

Come chiarito dall'ANAC⁹, nel caso in cui, invece, si ecceda il “quinto d'obbligo”, il professionista potrà esigere una rinegoziazione delle condizioni contrattuali ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. c).

3.B.2. Art. 106, comma 1, lett. c) del Codice dei contratti pubblici

In forza di tale disposizione “*I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti... c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7¹⁰: 1) la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o*

⁹ Si veda il Comunicato del Presidente del 23 marzo 2021.

¹⁰ Ai sensi del comma 7 dell'art. 106 del Codice dei contratti pubblici, il valore della modifica deve essere contenuta entro il 50% del valore del contratto.

regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti ... 2) la modifica non altera la natura generale del contratto”.

L'introduzione, quindi, di disposizioni normative che impattino direttamente sui termini e le condizioni del contratto **impone** una rinegoziazione dei contratti: lo scopo della norma (e ogni pattuizione o interpretazione contrattuale contraria è da considerarsi illegittima) è quello di superare le problematiche sopravvenute come quelle di cui al Decreto Aiuti, costituendo “per via dell'elemento qualificante costituito dalla sopravvenienza normativa ... e dalle connesse necessità amministrative ... il rimedio corrispondente alla situazione di fatto, discendente dalla modifica ordinamentale” (Consiglio di Stato, Sez. V, 23 settembre 2019, n. 6326).

Del resto, siffatta modalità di modifica del contratto di appalto, che non ne altera la natura restando immutato l'oggetto, costituisce lo strumento più efficace a disposizione delle parti per fronteggiare le sopravvenienze che alterano la struttura del contratto in fase esecutiva, al fine di riequilibrarne l'assetto e garantire così la proficua (per il professionista, per il committente, e soprattutto, per la collettività) prosecuzione del rapporto contrattuale (tra le tante, CGARS, Sezione Giurisdizionale, 19 febbraio 2021, n. 127).

* * *

Questo essendo il mio parere, resto a disposizione per ogni eventuale approfondimento.

Roma, 2 agosto 2022

Avv. Massimiliano Brugnoletti