

L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

*(Dott. Alessandro QUARTA - Università Degli Studi di Bari «Aldo Moro»
Dirigente Direzione “Appalti, Edilizia e Patrimonio” e Dirigente Direzione
“Offerta Formativa e Servizi agli Studenti”)*

PREMESSA

Anche la parte dedicata alla complessa fase di esecuzione viene snellita mediante la consueta tecnica del rinvio agli Allegati al Codice e, sotto il profilo sostanziale, aggiornate tenendo conto, da un lato, delle più recenti istanze di sostegno all'economia ed alle micro, piccole e medie imprese e, dall'altro, della rinnovata priorità delle amministrazioni di conseguire i risultati prefissati nel modo più celere ed efficiente.

Ragioni che sottendono alla rivisitazione di diversi istituti, tra i quali spiccano il subappalto a cascata, finalmente sdoganato, e le modifiche contrattuali in corso di esecuzione.

1. I REQUISITI E LE GARANZIE PER L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

Malgrado i requisiti aggiuntivi che la stazione appaltante può richiedere per l'esecuzione della commessa afferiscano più che altro alla fase della gara, il D. Lgs. N. 36/2023 opta per il loro inserimento nell'art.113, che ne conferma la facoltà già prevista dal vecchio Codice, quale incipit della parte dedicata all'esecuzione del contratto.

Una collocazione sistematica singolare e, per certi versi, superflua avendo già introdotto analoga previsione nella sezione dedicata alla partecipazione e selezione degli operatori.

Oltre ai requisiti di base ed eventualmente a quelli aggiuntivi, sempre nel tentativo di blindare l'esecuzione del contratto, la Riforma conferma e rafforza le relative garanzie, tenendo conto degli input parlamentari fissati dalla legge delega.

Art.1, comma 2, lett. cc) “revisione del sistema delle garanzie fideiussorie per la partecipazione e l'esecuzione dei contratti pubblici, prevedendo una disciplina omogenea per i settori ordinari e per i settori speciali e prevedendo, in relazione alle garanzie dell'esecuzione dei contratti, la possibilità di sostituire le stesse mediante l'effettuazione di una ritenuta di garanzia proporzionata all'importo del contratto in occasione del pagamento di ciascuno stato di avanzamento dei lavori”.

2. IL SUBAPPALTO

Il D. Lgs. 36/2023, con l'art.119, ha rivisitato di poco ma in modo saliente l'istituto del subappalto, per la parte inerente al c.d. subappalto a cascata, onde sanare le criticità rilevate dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione Europea al previgente art. 105 – D. Lgs. 50/2016. Per il resto, ad eccezione di scarse precisazioni linguistiche, esso mostra continuità con l'omologa regolamentazione proposta dal D. Lgs. 50/2016.

L'art.119, comma 2, fornisce la nozione di subappalto: “..contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore. Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare”.

L'incipit della disposizione puntualizza il generale obbligo per gli appaltatori di eseguire in proprio la commessa, sanzionando con la nullità qualsivoglia contratto in deroga, soprattutto ove riguardi la prevalente

esecuzione di prestazioni ad alto tasso di manodopera, salvo le tre ipotesi contemplate dal successivo art.120, comma 1, lett.d).

Come anticipato, la modifica principale apportata dalla riforma del 2023 nella *sedes materiae* afferisce al c.d. “subappalto a cascata, vietato tout court dal Codice del 2016 in maniera illegittima a giudizio degli organi comunitari europei.

Pertanto, l’art.119 al comma 17 ha ammesso la possibilità del c.d. subappalto a cascata ad eccezione dei casi in cui gli atti di gara la stazione appaltante abbia indicato le prestazioni o le lavorazioni che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle loro specifiche caratteristiche e dell’esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Valutazione ultima dalla quale può prescindere ove i subappaltatori figurino nelle c.d. “white list”.

3. LE MODIFICHE CONTRATTUALI IN CORSO DI ESECUZIONE

L’art.120 è dedicato alle modifiche contrattuali in corso di esecuzione che riprende l’art.106 del D. Lgs. 50/2016, sebbene introducendo talune innovazioni formali e, a tratti sostanziali, come:

- L’elisione della revisione prezzi (che trova separata disciplina nell’art.60);
- Nonché l’espressa ammissione di varianti che non snaturino il contratto, ma che lo riconducono al sinallagma originario e ne preservino l’efficacia in vista del raggiungimento del risultato anche qualora il costo dei materiali subisca un innalzamento (previsione mutuata dal D.L. 30 aprile 2022, n. 36, convertito in L. 29 giugno 2022, n. 79, recante misure urgenti per l’attuazione del PNRR);
- Oltre che il testuale inserimento della c.d. proroga tecnica.

Del resto, il riassetto della fattispecie de qua risulta oggetto di espressa delega parlamentare nella L. n. 78/2022.

3.1. LE CLAUSOLE DI RINEGOZIAZIONE

Il contratto è sempre modificabile ai sensi e nei limiti dell’art.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 ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l’adeguamento del contratto all’equilibrio originario, salva la responsabilità per violazione dell’obbligo di rinegoziazione.

3.2. IL C.D. QUINTO D’OBBLIGO

L’art.120, al comma 9, conferma altresì il c.d. quinto d’obbligo, prevedendo che 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.

3.3. LA PROROGA

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. In casi eccezionali nei quali risultino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto, è consentito, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura, prorogare il contratto con l’appaltatore uscente qualora l’interruzione delle prestazioni possa determinare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l’igiene pubblica, oppure nei casi

in cui l'interruzione della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare. In tale ipotesi il contraente originario è tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto.

4. LA DIREZIONE DEI LAVORI, IL CONTROLLO E IL COLLAUDO

L'art.114 ha il pregio di aver individuato con maggiore chiarezza i soggetti preposti alla fase esecutiva del contratto avente ad oggetto sia lavori, che servizi e forniture, evitando dubbi sul loro accavallamento e sul riparto di competenze e sciogliendo il nodo del responsabile della sicurezza ex D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, anche attraverso il rinvio agli All. I.9 e II.14 per la disciplina integrativa di dettaglio.

5. IL COLLAUDO E LA VERIFICA DI CONFORMITÀ

La disciplina del collaudo finale dei lavori e della verifica di conformità per i servizi e le forniture proposta dall'art.116 del D. Lgs. n. 36/2023 non diverge molto da quella del Codice del 2016, ad eccezione della previsione dei tempi di emissione dei predetti certificati, di 6 mesi, prorogabili ad 1 anno per i contratti di maggiore complessità o riducibili per quelli più elementari.

Parimenti nuova la ricezione, tramite l'All. II.15, del decreto del Ministero delle Infrastrutture 1° luglio 2022, recante i criteri per la determinazione dei costi necessari per gli accertamenti tecnici che, ovviamente, non poteva essere contenuto nel D. Lgs. 50/2016 perché successivo.

Resta ferma l'assegnazione delle funzioni di collaudo ad un soggetto unico ovvero ad un collegio di tre membri, nominati dalla stazione appaltante tra i propri dipendenti che ne abbiano i requisiti professionali, morali e di autonomia, ovvero, in mancanza, tra soggetti appartenenti ad altre amministrazioni o, ancora, in assenza di profili adeguati, a soggetti esterni scelti nel rispetto delle regole fissate dal medesimo D. Lgs. n. 36/2023.

La disposizione individua una serie di ipotesi di inconferibilità dell'incarico de quo, ma per certi versi foriere di ambiguità applicative, non precisando i limiti temporali e spaziali delle fattispecie (come nel caso dei magistrati in quiescenza per gli incarichi offerti dalla regione o dalle regioni in cui è stata svolta l'attività di servizio, non precisando lo sbarramento temporale a ritroso rilevante *in parte qua*, che in maniera ragionevole dovrebbe introdursi).

6. IL PAGAMENTO, I PREMI, LE PENALITÀ

La disciplina dei pagamenti recata dall'art.125 attua il criterio della legge delega che mira alla semplificazione dell'iter e alla riduzione degli oneri alle imprese, per rilanciare l'economia. Ciò spiega l'introduzione ex novo della facoltà per le stazioni appaltanti di prevedere negli atti di gara l'innalzamento fino al 30% dell'aliquota base del 20% del valore dell'appalto da corrispondere a titolo di anticipo dell'appaltatore, entro 15 giorni dall'effettivo inizio della prestazione (importo e cadenza da rapportare a ciascuna annualità nel caso di contratti pluriennali). Fermo restando che l'erogazione è subordinata all'attivazione della polizza di garanzia.

Il sistema delle penalità riproduce quello attualmente delineato dall'art.113 bis del D. Lgs. 50/2016, prevedendo all'art.126 delle decurtazioni giornaliere per i commisurati ritardi dell'esecuzione nella misura dallo 0,3 per mille all'1 per mille e comunque non oltre il 10% dell'ammontare netto contrattuale.

Viceversa, il sistema delle premialità è nuovo in accoglimento del mandato parlamentare, limitandosi a prendere spunto dall'art.50 del secondo decreto semplificazioni n. 77/2021.

In particolare, l'art.126, senza entrare nel merito delle scelte e senza fissare tetti specifici, rimette alla discrezionalità dell'amministrazione la possibilità di prevedere negli atti di gara *l'an, il quantum ed il quomodo* degli incentivi di che trattasi.