

Quesito del Servizio Supporto Giuridico

Codice identificativo: 2713

Data emissione: 21/06/2024

Argomenti: **Modifiche contrattuali**

Oggetto: **QUINTO D'OBBLIGO - ACQUISIZIONE CIG - PARTE PRIMA**

Quesito: Ai sensi dell'art. 120 comma 9 del D. Lgs. 36/2023 la clausola del quinto d'obbligo può essere fatta valere solo se espressamente richiamata negli atti di gara (vedi anche bando tipo 1); posto quanto sopra, se nel vecchio codice era assodato che il valore del quinto d'obbligo dovesse essere computato al fine della determinazione delle soglie (e quindi dell'acquisizione del CIG), il nuovo codice, imponendo, over ritenuto opportuno, di prevederlo espressamente (in maniera analoga alle opzioni) fa sorgere il dubbio che l'importo in aumento debba essere ricompreso nel calcolo per l'individuazione della soglia e per l'acquisizione del CIG. Si evidenzia infatti che, nonostante l'art. 14, comma 4 del D. Lgs. 36/2023 disponga che "...Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara...", senza fare alcun cenno alla novità introdotta dall'art. 120, c. 9, il Bando Tipo n. 1 predisposto dall'Anac (che invece pare non abbia alcun dubbio al riguardo), al paragrafo 3, pagina 14, riporta la tabella in corrispondenza del valore globale stimato dell'appalto, comprensiva dell'importo del quinto d'obbligo (a cui espressamente si rinvia, non potendola inserire)

Risposta aggiornata Come noto, l'ANAC, nel Bando tipo n. 1/2023 “per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo”, ha ritenuto che nel valore stimato dell'appalto va compreso anche il c.d. ‘quinto d'obbligo’. Le ragioni di questa scelta sono esplicate nella Relazione illustrativa del Bando-tipo in parola, secondo cui “rispetto alle precedenti versioni del bando tipo e alle indicazioni fornite sul punto dall'Autorità con il Comunicato del Presidente del 23/3/2021, è stata adottata una diversa interpretazione dell'articolo 120, comma 11, del codice, sulla base delle considerazioni offerte nella Relazione illustrativa. In tale documento, infatti, è stata evidenziata la necessità di prevedere il c.d. quinto d'obbligo sin nei documenti di gara iniziali, per rendere la previsione compatibile con le fattispecie di modifica consentite dalla direttiva, con ciò qualificando la fattispecie come ipotesi di modifica. Sulla base di tale indicazione, la fattispecie è stata considerata come esemplificazione delle ipotesi di cui al comma 1, lettera a) dell'articolo 120 ed inserita nel calcolo del valore complessivo dell'appalto”. Pertanto, il quinto d'obbligo va ricompreso nel valore stimato dell'appalto ex art. 14, co. 4, d.lgs. 36/2023.

Quesito del Servizio Supporto Giuridico

Codice identificativo: 2714

Data emissione: 21/06/2024

Argomenti: **Modifiche contrattuali**

Oggetto: **QUINTO D'OBBLIGO - ACQUISIZIONE CIG - PARTE SECONDA**

Quesito: In buona sostanza, lo jus variandi entro il c.d. "quinto d'obbligo", che per decenni aveva trovato la sua naturale fonte direttamente dalla legge, oggi - per i contratti pubblici - è condizionato ad una espressa previsione da inserire nei documenti di gara, non contempla una possibile "opzione di variante in aumento con valenza pubblicistica", bensì una prescrizione di natura meramente negoziale ed avente effetto esclusivamente tra le parti contraenti, con cui la stazione appaltante - nell'ipotetica eventualità in cui si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino al quinto dell'importo contrattuale - si riserva il diritto di imporre all'appaltatore l'esecuzione alle originarie condizioni. D'altra parte, proprio la circostanza che tale previsione operi anche nel caso in cui si renda necessaria una diminuzione delle prestazioni, conferma a nostro avviso, l'errore presente nel Bando tipo Anac. Ed, in ogni caso, non sarebbe comunque configurabile una "opzione di variante con valenza pubblicistica", in quanto restano fermi tutti i presupposti per legittimare le varianti in corso d'opera prescritti ed elencati dal medesimo art. 1320 del D. Lgs. 36/2023. Premesso e considerato quanto sopra, si chiede come ci si debba comportare per l'individuazione della soglia e per l'acquisizione del CIG, nel caso in cui sia stata inserita la previsione del quinto d'obbligo in aumento, ovvero se tale importo debba essere o meno computato nel valore globale dell'appalto.

Risposta aggiornata

Come noto, l'ANAC, nel Bando tipo n. 1/2023 “per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo”, ha ritenuto che nel valore stimato dell'appalto va compreso anche il c.d. ‘quinto d'obbligo’. Le ragioni di questa scelta sono esplicate nella Relazione illustrativa del Bando-tipo in parola, secondo cui “rispetto alle precedenti versioni del bando tipo e alle indicazioni fornite sul punto dall'Autorità con il Comunicato del Presidente del 23/3/2021, è stata adottata una diversa interpretazione dell'articolo 120, comma 11, del codice, sulla base delle considerazioni offerte nella Relazione illustrativa. In tale documento, infatti, è stata evidenziata la necessità di prevedere il c.d. quinto d'obbligo sin nei documenti di gara iniziali, per rendere la previsione compatibile con le fattispecie di modifica consentite dalla direttiva, con ciò qualificando la fattispecie come ipotesi di modifica. Sulla base di tale indicazione, la fattispecie è stata considerata come esemplificazione delle ipotesi di cui al comma 1, lettera a) dell'articolo 120 ed inserita nel calcolo del valore complessivo dell'appalto”. Pertanto, il quinto d'obbligo va ricompreso nel valore stimato dell'appalto ex art. 14, co. 4, d.lgs. 36/2023.