



.....OMISSIS.....

Oggetto:

Lavori per la realizzazione di una struttura residenziale universitariaOMISSIS..... - Affidamento dei lavori del Secondo Stralcio ai sensi dell'art. 120, comma 1, lett. b), d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0144-2025-FC

FUNZ CONS 34-2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 29 aprile 2025, acquisita al prot. Aut. n. 64538, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 9 settembre 2025, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata la richiedente (istituzione universitaria non statale) comunica di avere la necessità di realizzare interventi di completamento di una struttura già esistente, situata nei pressi del campus universitario, al fine di ospitare residenze per i propri studenti e per i quali avrebbe ottenuto specifici finanziamenti dal Ministero dell'Università e della Ricerca. Conseguentemente, in conformità alle previsioni dell'art. 13 della Direttiva 2014/24/UE, la stessa ha indetto una procedura aperta ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. n. 36/2023, per l'affidamento di lavori edili e impiantistici volti alla realizzazione di n. 242 posti letto ("Primo Stralcio"). La gara è stata aggiudicata con provvedimento del 25 marzo 2025 e il contratto in attesa di stipula ai sensi dell'art. 18, comma 3 del Codice (al momento della proposizione della presente istanza di parere).

Successivamente all'indizione della suindicata procedura di affidamento, la richiedente è risultata beneficiaria dei Fondi Sviluppo e Coesione (FSC) 2021-2027 per la realizzazione di ulteriori n. 170 posti letto ("Secondo Stralcio") sempre nel medesimo edificio. L'esigenza di procedere con il Secondo Stralcio è sorta, quindi, dopo l'avvio della procedura per il Primo Stralcio, poiché i relativi Fondi FSC sono stati assegnati quando la gara per il Primo Stralcio era già in corso. Si sottolinea al riguardo che Primo e Secondo Stralcio costituiranno un'unica struttura residenziale universitaria, con impianti, servizi e gestione unitari e, tenuto conto dei tempi imposti per la rendicontazione dei finanziamenti ricevuti, tali lavori dovranno essere svolti contestualmente.

Pertanto, sopravvenuta l'esigenza di affidare anche i lavori relativi al Secondo Stralcio, secondo le previsioni d.lgs. 36/2023 e tenuto conto della stretta connessione tra il Primo e il Secondo Stralcio, occorre individuare le modalità di affidamento dei lavori di tale ultimo Stralcio.

A tal riguardo l'Università sottolinea che sussisterebbero nei fatti per l'applicazione dell'art. 120, comma 1, lett. b) del Codice, posto che il Secondo Stralcio è sopravvenuta rispetto all'indizione della procedura per il Primo Stralcio; (iii) l'individuazione di un appaltatore per il Secondo Stralcio diverso dall'esecutore dei lavori del Primo Stralcio, sarebbe impraticabile per motivi tecnici e comporterebbe notevoli disagi o comunque un aumento significativo dei costi. Ciò in quanto, il contratto di appalto che sarà sottoscritto con l'Aggiudicatario del Primo Stralcio rappresenta il nucleo principale delle opere di realizzazione della residenza universitaria, riguardando le aree comuni (ingresso, aree relax, area ristoro e simili) e le centrali degli impianti, mentre i lavori del Secondo Stralcio riguardano la realizzazione di altre camere, tramite "prolungamento" su ciascun piano dei corridoi previsti nel Primo Stralcio e ampliamento degli impianti. La natura complementare dei lavori del Secondo Stralcio e soprattutto la natura prevalentemente impiantistica degli stessi, rende i medesimi strettamente connessi e funzionali con i lavori del Primo Stralcio. Da ciò deriva l'inadeguatezza – sotto un profilo tecnico ed economico – dell'affidamento dei lavori del Secondo Stralcio ad un diverso operatore economico. L'affidamento degli interventi in esame, a due diverse imprese comporterebbe, dal punto di vista tecnico-pratico, la necessità di eseguire contemporaneamente gli interventi sul medesimo immobile e sugli stessi impianti, con conseguenti criticità in termini di interferenze e pregiudizio per la sicurezza. Tali circostanze risultano decisive per evidenziare la stretta complementarità e il rapporto di subordinazione dei lavori del Secondo Stralcio rispetto agli interventi principali del Primo Stralcio. Occorre altresì considerare i costi aggiuntivi da sostenere per l'affidamento dei lavori del Secondo Stralcio ad un diverso operatore economico rispetto all'aggiudicatario del Primo Stralcio. Al contrario, l'affidamento unitario comporterebbe una significativa convenienza economica, grazie all'applicazione di economie di scala sui costi dei materiali (derivanti dalla gestione congiunta del Primo e del Secondo Stralcio) e alla mancata necessità di predisporre un secondo cantiere nell'immobile, posto che la cantierizzazione per i lavori del Primo Stralcio risulterebbe già operativa. (iiii) Infine, la modifica contrattuale in parola non risulterebbe vietata ai sensi del comma 2 dell'art. 120 del Codice, essendo il valore contrattuale del Secondo Stralcio, inferiore al 50% del valore del contratto del Primo Stralcio.

Alla luce di quanto sopra, quindi, è stato chiesto all'Autorità di esprimere avviso in ordine all'affidamento dell'appalto relativo al Secondo Stralcio all'aggiudicatario dei lavori del Primo Stralcio, tenuto conto della stretta e inscindibile interconnessione e complementarità tra gli stessi, mediante una modifica contrattuale ai sensi dell'art. 120, comma 1, lett. b) del Codice. In subordine, ove ritenuta non percorribile tale soluzione, si chiede se possa procedersi all'affidamento all'aggiudicatario del Primo Stralcio dei soli interventi impiantistici relativi al Secondo Stralcio (ovvero per la categoria SOA OG 11 – Impianti tecnologici), avviando una nuova procedura di gara per l'affidamento dei restanti lavori edili (ovvero per la categoria SOA OG1 – Impianti civili ed industriali).

Al fine di esprimere avviso sulla questione posta, si richiama preliminarmente l'art. 120 del d.lgs. 36/2023, ai sensi del quale «Fermo quanto previsto dall'articolo 60 per le clausole di revisione dei prezzi, i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti, sempre che, nelle ipotesi previste dalle lettere a) e c), nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate: (...) b) per la sopravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture supplementari, non previsti nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente nel contempo: 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici; 2) comporti per la stazione appaltante notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi».

Il comma 2 della stessa disposizione aggiunge che «Nei casi di cui al comma 1, lettere b) e c), il contratto può essere modificato solo se l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, la limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non eludono l'applicazione del codice».

Occorre richiamare, altresì, il comma 6 della norma *de qua*, considerata sostanziale quando altera considerevolmente la struttura e l'operazione economica sottesa. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 3, una modifica è considerata sostanziale se si verificano una o più delle seguenti condizioni: a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o di accettare un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione; b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale; c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto; d) un nuovo contraente sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti dal comma 1, lettera d)».

La disposizione richiamata, in sostanziale continuità con il previgente art. 106 del d.lgs. 50/2016 (come indicato nella Relazione Illustrativa del nuovo Codice), disciplina la fattispecie dei c.d. lavori/servizi supplementari, per i quali il Codice ammette la possibilità di procedere a modifiche del contratto d'appalto in corso di esecuzione, purché sussistano le condizioni espressamente e tassativamente indicate dall'art. 120, comma 1, lett. b) e l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50 per cento del valore iniziale del contratto (salvo il caso di più modifiche successive, nel qual caso tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica) come disposto dal comma 2 della stessa disposizione.

Quanto ai presupposti per ricorrere all'affidamento di prestazioni supplementari in favore dell'appaltatore, occorre evidenziare, in primo luogo, che l'art. 120 del Codice disciplina le variazioni del contratto d'appalto, pertanto, la norma esplica i propri effetti esclusivamente in fase di esecuzione dello stesso. Non può quindi trovare applicazione la disciplina ivi prevista, nel caso in cui la stazione appaltante non abbia ancora stipulato il contratto d'appalto con l'aggiudicatario della gara e la procedura di affidamento sia ancora in corso.

In secondo luogo, l'art. 120 citato specifica che ai fini del legittimo ricorso all'istituto in esame, occorre che i lavori/servizi/forniture supplementari, non previsti nell'appalto iniziale, siano divenuti "necessari" – la norma testualmente fa riferimento alla "*sopravvenuta necessità*" di tali prestazioni – nel caso in cui un cambiamento del contraente produca gli effetti indicati nella norma, ossia "risultati impraticabile per motivi economici o tecnici" e "comporti per la stazione appaltante notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi". La norma aggiunge, inoltre, che nelle ipotesi previste dalle lettere a) e c), del comma 1, "nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa" devono rimanere "*inalterate*" (comma 1) e che tali modifiche non devono eludere l'applicazione del codice (comma 2), aggirando quindi l'obbligo dell'affidamento mediante procedura di gara. Il comma 6 indica i casi in cui la modifica contrattuale deve ritenersi "sostanziale", quindi non ammessa dal Codice.

L'Autorità ha chiarito al riguardo che tali previsioni sono in linea sia con le direttive 23/2014/UE e 24/2014/UE, le quali prevedono all'art. 43 e all'art. 72 che la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto, sia con l'orientamento giurisprudenziale a tenore del quale (TAR Lazio Roma, sez. II-bis, 15 aprile 2013, n. 3801) occorre distinguere le varianti (consentite) in corso di esecuzione dalla rinegoziazione (non consentita). A questa stregua, le modifiche dell'opera/servizio sono vietate nella misura in cui abbiano attitudine a mutare in modo significativo il regolamento negoziale, conducendo alla realizzazione di opere/servizi differenti rispetto a quelle poste a base di gara (delibera n. 388/2017).

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di appalto devono ritenersi equivalenti ad una nuova aggiudicazione quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (Corte giustizia CE Grande Sezione, 13 aprile 2010, n. 91). Inoltre, la modifica di un contratto in corso di

validità deve ritenersi "sostanziale" qualora introduca condizioni procedurali di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata (CGCE, sentenza 19 giugno 2008, causa C-454/06; CGE, sentenza 18 settembre 2019, C-526/17).

Come ulteriormente osservato dall'Autorità, ancorché in relazione al previgente art. 106, comma 1, lett. b) del d.lgs. 50/2016, ma con avviso che può ritenersi ancora attuale alla luce della sostanziale continuità della disciplina dei c.d. lavori supplementari contenuta nel citato art. 120 del d.lgs. 36/2023, la motivazione in ordine al ricorso alla variazione contrattuale prevista dalla norma, «deve essere particolarmente circostanziata e non può limitarsi a fare un generico richiamo a "sopravvenute esigenze", La motivazione, infatti, non potrà limitarsi ad indicare supposti vantaggi di natura tecnica o economica derivanti dall'utilizzo dell'istituto dei lavori supplementari, ma dovrà specificare gli effettivi problemi o difficoltà cui si addiverrebbe seguendo le regole concorrenziali e di evidenza pubblica» (parere Funz Cons 56/2023).

Anche la giurisprudenza amministrativa ha osservato che «lo strumento [previsto dall'art. 106, comma 1, lett. b) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e oggi art. 120, comma 1, lett. b) del d.lgs. 36/2023] (...), assolutamente derogatorio rispetto al principio del confronto concorrenziale e alla regola della gara, è rigidamente perimetrato da una serie di presupposti (...). In particolare, l'oggetto della modifica dell'originario contratto deve avere riguardo a lavori, servizi o forniture: - "supplementari" rispetto all'iniziale oggetto negoziale; - "resisi necessari" (dunque, per necessità insorta successivamente all'originaria aggiudicazione); - non ricompresi nell'appalto iniziale. Inoltre, in aggiunta alle superiori condizioni, la disposizione richiede che la messa a gara comporti, con il possibile cambio di contraente, sia il mancato rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale, ovvero altre difficoltà di tipo economico o tecnico in tal senso; sia notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi per l'ente aggiudicatore. (...) Invero la nozione di servizi supplementari, dovendo essere interpretata sia in adesione al suo significato letterale che con il rigore imposto dalla deviazione dalle regole concorrenziali che essa (eccezionalmente) importa, ha riguardo non già a prestazioni meramente aggiuntive, bensì a prestazioni ulteriori, funzionalmente connesse a quella originaria, che la integrino in quanto necessarie (per ragioni sopravvenute) ad assicurare quest'ultima (...)» (Consiglio di Stato, III, n. 5962/2020).

Per quanto sopra, è consentito ricorrere alla variazione contrattuale ai sensi dell'art. 120, comma 1, lett. b) del d.lgs. 36/2023, esclusivamente nel caso in cui ricorrano i presupposti rigidamente elencati dalla norma e che non consentono alla stazione appaltante di svolgere una procedura di gara per l'affidamento a terzi del contratto d'appalto.

L'accertamento, adeguatamente motivato, dei presupposti legittimanti la modifica del contratto in corso di esecuzione ai sensi del citato art. 120 è rimesso all'esclusiva competenza e responsabilità della stazione appaltante, la quale è tenuta altresì a verificare se la suindicata modifica si configuri come "sostanziale", ossia se alteri considerevolmente gli elementi essenziali del contratto, quale fattispecie non ammessa dalla disciplina di settore (parere Funz Cons 56/2023).

Da tali premesse pertanto, stante il chiaro tenore letterale e dispositivo della norma invocata, discende in capo alla stazione appaltante l'obbligo di valutare attentamente la sussistenza dei presupposti per poter procedere legittimamente ad una modifica contrattuale ex art. 120 del d.lgs. 36/2023, non potendosi ritenere sufficiente, al fine di scongiurare il cambio del contraente, la sola presenza di "notevoli disguidi" per l'amministrazione aggiudicatrice (parere Funz Cons 39/2024) o ragioni di opportunità per la stessa (Funz Cons 56/2023).

Conclusivamente, in risposta al quesito posto, nel ribadire che l'art. 120 del Codice è applicabile esclusivamente in fase di esecuzione del contratto d'appalto e non nella fase che precede la stipula del

contrattuale, si rimettono all'Università richiedente gli accerta sussistenza dei presupposti legittimanti l'applicazione della norma si pone l'attenzione della stessa in ordine alla effettiva impraticabilità, per motivi tecnici o economici, dell'affidamento delle prestazioni del secondo Stralcio ad altro operatore economico, tenuto conto dell'indirizzo sopra richiamato, secondo il quale il ricorso alla variazione contrattuale in esame, non può derivare da mere ragioni di opportunità per la stazione appaltante, quanto piuttosto dall'effettiva necessità di affidare le opere supplementari all'appaltatore iniziale, in quanto opere "funzionalmente connesse a quella originaria, che la integrino in quanto necessarie (per ragioni sopravvenute) ad assicurare quest'ultima" (Cons. di Stato cit.).

Quanto al secondo quesito, riferito alla possibilità di affidare in maniera disgiunta impianti e lavori del secondo Stralcio – i primi da assegnare all'appaltatore del primo Stralcio e i secondi ad altro operatore economico – sembra sufficiente osservare che una tale soluzione potrebbe determinare un frazionamento dell'appalto, quale ipotesi non ammessa dalla disciplina di settore (art. 14 del d.lgs. 36/2023; si rinvia sull'argomento ex multis parere Funz Cons 40/2023).

Alla luce delle considerazioni che precedono, si rimette pertanto, a codesto ente ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente