



REPUBBLICA ITALIANA
CORTE DEI CONTI
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA CAMPANIA

composta dai Magistrati:

Dott. Massimo Gagliardi	Presidente
Dott. Alfredo Grasselli	Presidente aggiunto
Dott. Emanuele Scatola	Primo Referendario
Dott.ssa Ilaria Cirillo	Primo Referendario
Dott. Domenico Cerqua	Primo Referendario
Dott. Tommaso Martino	Primo Referendario
Dott. Alessandro De Santis	Referendario (relatore)
Dott. Ilvio Pannullo	Referendario
Dott. Marco Nappi Quintiliano	Referendario
Dott.ssa Concetta Ilaria Ammendola	Referendario

Nella camera di consiglio del 23.4.2025

VISTO l'art. 100, co. 2, Cost.;

VISTO il Testo Unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni ed integrazioni;

VISTO l'art. 3, co. 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO l'art. 27 della legge 24 novembre 2000, n. 340;

VISTO il regolamento 16 giugno 2000 per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO il Decreto del Direttore del Parco Archeologico di Ercolano 130 del 26.2.2025, acquisito al prot. Cdc n. 1286 del 27.2.2025;

VISTO il rilievo n. prot. Cdc 1437 del 10.3.2025, formulato dal Magistrato istruttore di questa Sezione Regionale di Controllo;

VISTA la risposta dell'Amministrazione, affidata alla nota n. prot. Cdc 1989 del 31.3.2025;

VISTA la relazione del Magistrato istruttore (condivisa dal Consigliere delegato al controllo di legittimità sugli atti), che ha richiesto il deferimento del provvedimento in esame alla Sezione Regionale di Controllo per la pronuncia collegiale sul visto e la conseguente registrazione di esso;

VISTA l'ordinanza del Presidente della Sezione Regionale di Controllo del 9.4.2025, con la quale è stato convocato il Collegio all'adunanza pubblica del 23.4.2025;

VISTA la memoria difensiva acquisita al prot. Cdc n. 2373 del 17.4.2025, tramessa dal Direttore Generale del Parco Archeologico di Ercolano;

UDITO, in rappresentanza dell'Amministrazione, il Direttore Generale del Parco Archeologico di Ercolano, Dott. Francesco Sirano ed il Direttore della Segreteria tecnica, dott.ssa Caterina M.R. Ursillo.

UDITO, nella odierna camera di consiglio, il relatore, Ref. Alessandro De Santis;

FATTO E DIRITTO

1. Ricostruzione del fatto

Con il Decreto n. 130 del 26.2.2025, il Direttore Generale del Parco Archeologico di Ercolano ha approvato il contratto n. 12 del 14.2.2025, stipulato con l'operatore economico RTI Mecoser sistemi s.p.a. – Sacs s.r.l., per l'acquisizione di forniture, con opere, da effettuare presso lo stesso parco, inerenti alla realizzazione dell'intervento denominato "*Smart Buildings. Isola tecnologica mobile: l'incipit del processo di musealizzazione del reperto dopo il suo rinvenimento*" a valere su PNRR M1C3 Inv. 1.3 "*Migliorare l'efficienza energetica di cinema, teatri e musei*", finanziato dall'Unione europea – NextGenerationEU; il corrispettivo pattuito per l'esecuzione di tutte le prestazioni oggetto d'appalto, determinato a corpo, è di euro 1.373.455,88, di cui euro 10.523,72 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, comprensivi dei costi della manodopera, oltre iva e oneri di legge, ed è stato determinato

applicando il ribasso percentuale offerto dall'appaltatore in sede di gara del 1,45000%; nonché il contratto rep. n. 15 del 19.2.2025 e il contratto rep. n. 17 del 24.2.2025.

Più precisamente, con determina a contrarre n. 24 del 12.7.2024, si disponeva di procedere all'indizione di una gara aperta, ai sensi dell'art. 71, D.Lgs. n. 36/2023, per l'affidamento delle commesse sopra descritte. Ciò sulla base del progetto esecutivo elaborato dallo Studio associati Archimedia, acquisito dall'Ente con nota di trasmissione n. prot. 1290-A il 22.3.2023 ed approvato, previa validazione del RUP, con determina n. 38 del 3.11.2023; nonché tenuto conto del verbale conclusivo della conferenza dei servizi datato 29.12.2023.

Pertanto, il Parco archeologico avviava la procedura per il tramite della centrale di committenza Invitalia s.p.a., che accettava l'atto di attivazione con nota prot. 2696-A del 24.5.2024.

All'interno della determina a contrarre si dà atto che l'appalto, non suddiviso in lotti, prevede l'esecuzione di un contratto "misto" ai sensi dell'art. 14, co. 18, del Codice dei contratti pubblici, avente quale tipologia prevalente la fornitura del prodotto-prefabbricato "finito", rispetto al quale i lavori assumono esclusiva valenza strumentale e accessoria, come si evince, peraltro, dalla consistenza economica, rappresentando gli stessi, meno del 10% del valore dell'appalto globalmente inteso. Il valore dell'appalto viene quantificato nella misura di euro 1.393.509,17 oltre I.V.A. c.p.l., di cui euro 1.277.617,42 per la fornitura, euro 105.368,03 per i relativi lavori di messa in opera ed euro 10.523,72 per i costi della sicurezza. Il criterio di aggiudicazione previsto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La copertura finanziaria complessiva, stimata per € 1.393.509,17 oltre IVA, per un totale di euro 1.700.081,19, grava sul *"capitolo 2.1.2.039 articolo 2.02.01.99.999/B del bilancio 2024 - 2025 nell'ambito del finanziamento concesso a valere su risorse PNRR_Missione 1 - Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura, Componente 3 - Cultura 4.0 (M1C3), Misura 1 "Patrimonio Culturale per la prossima generazione", Investimento 1.3: "Migliorare l'efficienza energetica di cinema, teatri e musei" finanziato dall'Unione Europea e - CUP: F34H21000060001"*.

La procedura di gara è stata indetta mediante pubblicazione del bando e degli atti di gara sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. 2024-OJS137-00426930 del 16.7.2024 e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici istituita presso l'ANAC in data 16.7.2024, nonché, a seguito di proroga, sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. 2024-OJS175-00537956 del 9.9.2024.

Ad esito della relativa gara, con determina n. 0506495 del 17.12.2024, veniva disposta, da Invitalia s.p.a., l'aggiudicazione in favore del RTI sopra indicato, in virtù dell'ottenimento di *"un punteggio per l'offerta tecnica pari a 38,585 punti e un punteggio per l'offerta economica pari a 10,000 punti, e quindi un punteggio complessivo pari a 48,585 punti, avendo offerto un ribasso pari al 1,45000%, per un importo pari a € 1.362.932,16 ... oltre IVA ed oneri di legge se dovuti e per un corrispettivo contrattuale pari a € 1.373.455,98, oltre iva e oneri di legge, di cui € 10.523,72 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso"*, disponendo che *"si continui a dar corso alle verifiche sul possesso, da parte del suddetto operatore economico, dei requisiti prescritti ex lege e dalla lex specialis ai fini della partecipazione alla procedura di gara nonché dal Protocollo di Legalità"*.

Sicché si provvedeva alla successiva stipula del contratto n. rep. 12 del 14.2.2025 che, per mero errore materiale, riportava alla pag. 1 il CIG B2762FE13, poi corretto in B2762FE13C attraverso la sottoscrizione dell'appendice n. 15 del 19.2.2025.

Pertanto, In data 21.2.2025, veniva pubblicato dalla centrale di committenza il provvedimento n. 0057817, con il quale si procedeva alla rettifica (per mero errore materiale) dell'importo riportato nell'aggiudicazione; tale rettifica veniva recepita con contratto rep. N. 17 del 24.2.2025, *"chiarendo che il corrispettivo pattuito all'art. 8 del suddetto contratto debba essere fissato in € 1.373.455,88 ..., di cui €. 10.523,72 ... per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, oltre iva e oneri di legge, in luogo dell'importo originariamente indicato di euro € 1.373.455,98 ..., di cui €. 10.523,72 ... per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, oltre iva e oneri di legge"*.

Pertanto, con l'atto oggetto di odierno esame (Decreto n. 130 del 26.2.2025, acquisito al prot. Cdc n. 1286 del 27.2.2025), si procedeva all'approvazione dei contratti n. rep. 12 del 14.2.2025, 15 del 19.2.2025 e n. 17 del 24.2.2025, precisando che *"il contratto sarà efficace tra le Parti a far data dalla sua stipula e cesserà di produrre i propri effetti alla completa e regolare esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento, salvi i casi di risoluzione o recesso disciplinati dal Capitolato e dal presente contratto"*.

2. I rilievi del Magistrato istruttore

Il Magistrato istruttore, attraverso il menzionato foglio di rilievo, procedeva alla formulazione dei seguenti rilievi:

a) richiesta di allegazione della seguente documentazione:

- inserimento dell'intervento nella programmazione triennale dell'Amministrazione;

- spese contrattuali;

b) in riferimento ai requisiti di ordine generale e di ordine speciale si chiedeva all'Ente di fornire:

- chiarimenti circa l'autonoma verifica della regolarità fiscale in riferimento alla Mecoser sistemi s.p.a. in assenza di rilascio del relativo certificato da parte dell'Agenzia delle Entrate, evidenziando che, nel provvedimento di aggiudicazione, la stazione appaltante rappresenta che *"in casi analoghi, Invitalia, decorsi oltre 30 giorni dalla data di richiesta e senza che i certificati o documenti mancanti siano stati rilasciati, ha proceduto all'aggiudicazione, segnalando, al contempo, all'Ente Aderente la facoltà di sottoscrivere il contratto d'appalto previa integrazione dello stesso mediante la previsione di un'ipotesi di clausola risolutiva espressa ai sensi dell'articolo 1456 del Codice Civile del connesso vincolo contrattuale, qualora successivamente alla suddetta sottoscrizione fossero rilasciati dalle autorità competenti i certificati o documenti richiesti con contenuto che avrebbe impedito l'aggiudicazione ..."* (in ossequio al principio espresso da Tar Campania, Napoli, n. 6332/2024; tuttavia, tale clausola non risulta inserita nel contratto oggetto di odierno esame);

- chiarimenti sul se la Mecoser s.p.a. abbia maturato il requisito di cui all'art. 8.3.2. del disciplinare di gara in proprio o quale componente di un operatore economico complesso (e, in tale ultimo caso, in che percentuale abbia concorso all'erogazione della prestazione qualificante);

- chiarimenti sul se la SACS s.r.l. abbia prodotto certificato SOA relativo alla categoria OG1 o, in alternativa, abbia documentato il possesso dei requisiti di cui all'articolo 28 dell'Allegato II.12 del Codice dei Contratti;

c) tenuto conto di quanto previsto dall'art. 14, co. 4, D.Lgs. n. 36/2023, si chiedeva di specificare se l'importo complessivo stimato dell'accordo sia comprensivo anche del valore della variazione ex art. 120, co. 9, D.Lgs. n. 36/2023, contemplata dall'art. 3.4. del disciplinare di gara;

d) chiarimenti riguardo alla mancata previsione nell'accordo della clausola di revisione prezzi che, secondo quanto prescritto dall'art. 60 del D.Lgs. n. 36/2023, va obbligatoriamente inserita nei documenti di gara. Al contrario, l'art. 3.3. del disciplinare di gara esclude espressamente la revisione dei prezzi.

e) chiarimenti circa l'eventuale contenzioso generato dalla gara.

L'Amministrazione rispondeva al rilievo con nota n. prot. 1790 del 28.3.2025, per poi depositare memorie acquisite al prot. n. 2373 del 17.4.2025, i cui contenuti verranno di seguito esaminati.

3. Il rilievo di cui al punto a)

Il Magistrato istruttore formulava una articolata richiesta di integrazione documentale.

In sede di risposta al rilievo, l'Ente rappresentava che *“l'intervento è inserito nella Programmazione biennale Acquisti Beni e Servizi 2023-2024”* (cfr. all. 1a), approvata con decreto n. 260 del 22.6.2023 (all. 1b), seppur per un importo totale di euro 1.600.000,00 (cfr. voce n. 8 dell'all. 1a). Nella scheda B del file contenente l'atto di programmazione viene esposto il dettaglio degli *“acquisti del Programma. Per l'intervento in oggetto “il piano costi prevede per il primo anno (2023) la somma di € 600.000,00 per il secondo anno (2024) la somma di € 1.000.000,00 e per le annualità successive (solo anno 2025, nel caso di specie) l'ulteriore cifra di € 400.000,00 per una spesa complessiva di € 2.000.000,00”*.

Alla luce della documentazione prodotta, il rilievo può considerarsi superato non emergendo dubbi, anche sulla scorta delle considerazioni che seguono (cfr., in particolare, par. 5), circa la copertura finanziaria dell'operazione negoziale e circa la corretta allocazione delle spese contrattuali.

4. I rilievi di cui al punto b)

Il Magistrato istruttore chiedeva, anzitutto, chiarimenti circa le verifiche eseguite in ordine alla regolarità fiscale della mandataria Mecoser sistemi s.p.a. in assenza di rilascio del relativo certificato da parte dell'Agenzia delle Entrate.

Infatti, all'interno del provvedimento di aggiudicazione si dà atto del mancato riscontro, da parte delle Autorità competenti, ai solleciti avanzati da Invitalia ai fini dell'acquisizione della documentazione attestante la regolarità fiscale della mandataria; quindi, tenuto conto della necessità di *“ovviare al rischio che, nelle more del rilascio di detti certificati o documenti, gli ulteriori certificati o documenti già acquisiti in ordine cronologico nell'ambito delle verifiche svolte sul suddetto operatore economico possano perdere la loro validità”*, nonché di assicurare il rispetto del principio del risultato e di evitare un ritardo nella realizzazione dell'intervento, si riteneva di poter ovviare a tale criticità attraverso il seguente *modus operandi*: *“in casi analoghi, Invitalia, decorsi oltre 30 giorni dalla data di richiesta e senza che i certificati o documenti*

mancanti siano stati rilasciati, ha proceduto all'aggiudicazione, segnalando, al contempo, all'Ente Aderente la facoltà di sottoscrivere il contratto d'appalto previa integrazione dello stesso mediante la previsione di un'ipotesi di clausola risolutiva espressa ai sensi dell'articolo 1456 del Codice Civile del connesso vincolo contrattuale, qualora successivamente alla suddetta sottoscrizione fossero rilasciati dalle autorità competenti i certificati o documenti richiesti con contenuto che avrebbe impedito l'aggiudicazione". Tuttavia, non risulta che tale clausola sia stata poi trasfusa nel contratto e che fosse a monte presente nel disciplinare di gara; né, tantomeno, all'interno del capitolato, ove le cause di risoluzione del contratto sono elencate sub art. 21; in particolare, l'art. 21, co. 5, contiene una clausola risolutiva espressa che non contempla l'ipotesi *de quo*.

In effetti, il medesimo Parco archeologico era stato coinvolto da un precedente contenzioso avente ad oggetto una differente procedura ad evidenza pubblica, in riferimento al quale si è pronunciato il Tar Campania con sentenza n. 6332/2024. Nel caso di specie, ad avviso dei giudici amministrativi, la scelta di addivenire all'aggiudicazione in difetto della previa acquisizione del DURF della mandante non aveva integrato una violazione dell'art. 17, co. 5, D.Lgs. n. 36/2023 e veniva ritenuta legittima.

Secondo i giudici campani, l'Ente, a fronte di una situazione di *impasse* emersa in fase di verifica dei requisiti generali, dovuta all'inerzia dell'Agenzia delle entrate nel riscontrare i plurimi solleciti inviati, aveva supportato tale decisione con una articolata motivazione, cautelandosi con l'opportuno inserimento nel contratto di una clausola risolutiva espressa, ai sensi dell'articolo 1456 c.c., *"per l'ipotesi in cui, successivamente alla sua sottoscrizione fossero rilasciati dalle Autorità competenti i certificati richiesti e allo stato non pervenuti ad Invitalia, con contenuto ostativo alla prosecuzione del rapporto contrattuale instaurato"*.

Ciò premesso, in risposta al rilievo, il Direttore del Parco archeologico ha precisato di aver stipulato il contratto sulla base dei controlli eseguiti dalla centrale di committenza Invitalia. Tale contratto, *"fa espresso riferimento al provvedimento di aggiudicazione, che già indicava il fatto che fosse trascorso il tempo utile per l'aggiudicazione nel silenzio degli enti compulsati"*.

Tuttavia, il Parco ha successivamente provveduto ad approfondire i controlli, inoltrando all'Agenzia delle Entrate una richiesta di certificato di regolarità fiscale (cfr. all. 3 a), con relativo riscontro da parte dell'Agenzia delle Entrate della regolarità dell'operatore economico in merito agli obblighi relativi al pagamento delle tasse e delle imposte alla data del 5.2.2025 (all. 3 b), data quindi successiva a quella prevista come termine per la

presentazione dell'offerta, sebbene anteriore alla stipula del contratto (avvenuta in data 14.2.2025).

Purtuttavia, attraverso le memorie difensive depositate in data 17.4.2025, l'amministrazione ha portato alla luce una realtà fattuale parzialmente differente rispetto a quella rappresentata in sede di risposta al rilievo: ha infatti evidenziato che, dopo l'aggiudicazione ma anteriormente alla stipula del contratto, Invitalia ha eseguito delle verifiche integrative circa la regolarità fiscale della Mecoser, appurando l'assenza di irregolarità alla data dell'11.11.2024, come da documentazione allegata.

Dunque, secondo quanto chiarito dal Rappresentante dell'Ente in sede di Adunanza pubblica, l'acquisizione della documentazione attestante la regolarità fiscale della Mecoser s.p.a., pur attestando tale regolarità alla data dell'11.11.2024 (comunque successiva rispetto alla scadenza del termine di prestazione delle offerte, ferma restando l'acquisizione, in quella sede, dell'autocertificazione attestante il possesso del requisito), è stato concretamente acquisito nell'arco temporale che intercorre tra l'emanazione dell'atto di aggiudicazione e la stipula del contratto.

Occorre quindi comprendere se tale *modus operandi* integri un'illegittimità suscettibile di produrre la riconsiderazione del visto.

In proposito, vale rilevare che, secondo il principio generale di **continuità del possesso dei requisiti** generali e speciali, essi devono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma anche per tutta la durata della procedura fino alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso (Cons. St., Ad. Plen., n. 8/2015). A tal fine, con specifico riguardo al requisito concernente l'assenza di debiti tributari, la certificazione rilasciata dall'amministrazione fiscale competente deve coprire l'intero lasso temporale rilevante (Cons. St., Ad. Plen., n. 7/2024). Tale regola si desume dall'art. 94, co. 6, D.Lgs. n. 36/2023, secondo cui deve essere escluso dalla gara l'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte, tasse e contributi previdenziali.

Si rileva che la questione giuridica oggetto di esame è stata oggetto di due pareri espressi dall'Anac (nn. 57 e 57 bis/2023), ove si chiedeva se *“l'adozione del provvedimento di aggiudicazione presuppone, affinché sia efficace, l'acquisizione di tutti i certificati indipendentemente dal tempo necessario per l'ottenimento degli stessi. In alternativa, chiede se decorsi 30 giorni*

dall'attivazione dei controlli, la stazione appaltante possa comunque procedere con l'aggiudicazione anche in assenza di tutti i riscontri, applicando l'istituto del silenzio-assenso ... se in tale ultimo caso, sia consentito inserire nel contratto una clausola che preveda, in presenza di successivo accertamento del difetto del possesso dei requisiti prescritti, la risoluzione dello stesso ed il pagamento del corrispettivo pattuito solo con riferimento alle prestazioni già eseguite ...".

L'Anac ha osservato condivisibilmente che, ai sensi del co. 5 dell'art. 17, D.Lgs. n. 36/2023, l'aggiudicazione viene disposta dall'organo competente dopo aver effettuato positivamente il controllo dei requisiti in capo all'aggiudicatario, richiedendo uno specifico riscontro positivo di tali requisiti.

Con riguardo alle modalità di svolgimento delle verifiche previste, il Codice prevede, all'art. 24, che, presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, *"opera il fascicolo virtuale dell'operatore economico che consente la verifica dell'assenza delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 ..."*.

Il Fascicolo virtuale dell'operatore economico consente quindi alle stazioni appaltanti/enti aggiudicatori, attraverso l'integrazione con gli enti certificatori, con le modalità indicate dalla delibera Anac n. 464/2022, l'acquisizione dei documenti a comprova del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici e per la verifica del mantenimento dei requisiti in fase di esecuzione. Come stabilito dall'art. 12 della delibera n. 262/2023, *"a decorrere dal 1° gennaio 2024, il FVOE è utilizzato per l'acquisizione e per la verifica dei dati e dei documenti previsti negli allegati al presente atto che saranno disponibili a tale data. Con successivi aggiornamenti degli allegati saranno indicati i dati e le informazioni via via resi disponibili nel FVOE ..."*.

Nel contempo, nelle more della piena operatività del sistema di interconnessione tra le diverse banche dati, *"la verifica dei requisiti si svolge con le modalità attualmente vigenti. In particolare, ai sensi dell'articolo 43, comma 1, del d.P.R. 445/2000, le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47, nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti"*.

Tali verifiche possono richiedere del tempo ma, attraverso il menzionato art. 17, co. 5, il legislatore ha voluto esplicitare l'obbligo per la stazione appaltante di svolgere gli opportuni accertamenti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione, prima dell'aggiudicazione

e della successiva stipula del contratto. Pertanto, *“si ritiene non applicabile alla fattispecie in esame l’istituto del silenzio-assenso ... al fine di procedere all’aggiudicazione e alla stipula del contratto d’appalto, decorsi inutilmente 30 giorni dall’attivazione dei controlli da parte della stazione appaltante, in assenza di specifica previsione in tal senso (diverso è il caso previsto, ai fini della stipula contrattuale, dall’art. 88, comma 4 bis, del d.lgs. 159/2011 in forza del quale, decorso il termine di 30 giorni dalla richiesta delle certificazioni antimafia e dalla consultazione delle banche dati nazionali, le Amministrazioni aggiudicatrici possono procedere in ogni caso alla stipulazione del contratto, anche in assenza della comunicazione antimafia)”*.

Pertanto, la giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di chiarire che l’istituto del silenzio-assenso orizzontale, di cui all’art. 17 bis, L. n. 241/1990, opera ai fini del rilascio di provvedimenti amministrativi, e non di mere certificazioni, qual è quella richiesta dall’art. 86 co. 2 lett. b) D.Lgs. n. 50/2016 (TAR Toscana, n. 516/2017, in ipotesi di mancata risposta alla stazione appaltante da parte dell’Agenzia delle entrate, in ordine alla certificazione attestante la regolarità fiscale del concorrente). Nel medesimo senso si pone anche la recente sentenza n. 7/2024 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale chiarisce che i certificati rilasciati dalle autorità competenti, in ordine alla regolarità fiscale o contributiva del concorrente, hanno natura di dichiarazioni di scienza e si collocano fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso.

Dunque, la condivisibile soluzione sposata dall’Anac – che si pone in contrasto con l’orientamento seguito dal Tar Campania attraverso la menzionata sentenza n. 6332/2024 – si fonda sul presupposto dell’implementazione del sistema di riscontro dei requisiti basato sull’impiego del fascicolo virtuale, funzionale all’abbattimento delle tempistiche necessarie all’instaurazione di ulteriori interlocuzioni tra le amministrazioni competenti ai fini della verifica del possesso dei requisiti stessi.

Tale soluzione trova conferma anche attraverso un’innovazione normativa che consente di leggere la disciplina precedente in una luce retrospettiva: il D.Lgs. n. 209/2024 (cd. correttivo al Codice appalti) ha inserito un co. 3 bis nell’art. 99 (rubricato *“Verifica del possesso dei requisiti”*), D.Lgs. n. 36/2023, contemplando la possibilità di procedere all’aggiudicazione anche a fronte di un riscontro solo parziale dei requisiti, ma ciò soltanto *“in caso di malfunzionamento, anche parziale, del fascicolo virtuale dell’operatore economico o delle piattaforme, banche dati o sistemi di interoperabilità ad esso connessi ai sensi dell’articolo 24”*; ma

ciò previa acquisizione di un'autocertificazione proveniente dall'offerente che accerti il possesso del requisito.

Tale norma, opera *“in un'ottica semplificatoria e acceleratoria”* (cfr. Dossier del 22.11.2024, a cura del Servizio studi del Senato della Repubblica e del Servizio studi della Camera dei deputati), ponendosi quindi in sintonia con il principio del risultato (art. 1, D.Lgs. n. 36/2023), imponendo la *“conservazione”* dell'offerta e il prosieguo della gara verso l'aggiudicazione nelle ipotesi in cui la verifica sostanziale del requisito autocertificato sia stata resa impossibile da circostanze oggettive che esulano dal controllo dell'operatore economico e della stessa stazione appaltante. Ciò consente a quest'ultima di evitare l'esclusione di offerte quantitativamente e qualitativamente convenienti (del resto, la verifica di cui al citato art. 99 ha ad oggetto la documentazione prodotta a corredo dell'offerta giudicata più vantaggiosa) per ragioni puramente formali, nell'ottica del celere conseguimento della prestazione oggetto del contratto. Si pone sulla medesima scia anche il principio della reciproca fiducia (art. 2, D.Lgs. n. 36/2023), specificamente riposta nella autocertificazione resa dall'operatore economico che, a determinate condizioni, è reputata idonea a consentire l'aggiudicazione, fermo restando il successivo necessario completamento delle doverose verifiche sostanziali.

Ciò posto, nel caso di specie, è opportuno ritenere che l'inerzia serbata dall'Agenzia delle Entrate nel rilascio della documentazione attestante la regolarità fiscale non possa ridondare a danno dell'operatore economico; e, allo stesso tempo, alla luce della direttiva antiformalistica espressa dal menzionato art. 99, co. 3 *bis*, letto alla luce dei canoni interpretativi del risultato e della reciproca fiducia (artt. 1, 2 e 4, D.Lgs. cit.), non può ridondare a suo danno la mancata operatività del fascicolo virtuale, che ha imposto all'amministrazione l'attivazione delle ordinarie procedure di interlocuzione con l'Agenzia delle Entrate, non esitate tempestivamente in virtù dell'inerzia di quest'ultima.

In altre parole, la mancata possibilità di eseguire la verifica mediante la consultazione del fascicolo virtuale equivale sostanzialmente alla fattispecie in cui emerga un malfunzionamento di quest'ultimo, legittimando la facoltà della stazione appaltante di procedere all'aggiudicazione sulla base dell'autocertificazione proveniente dall'operatore economico (nel caso di specie concretamente acquisita, come dichiarato dal rappresentante dell'Ente in sede di Adunanza pubblica); e ciò fermo restando che, secondo quanto previsto dal menzionato co. 3 *bis* dell'art. 99, qualora a seguito del controllo *“sia accertato l'affidamento*

a un operatore privo dei requisiti, la stazione appaltante, ferma l'applicabilità delle disposizioni vigenti in tema di esclusione, revoca o annullamento dell'aggiudicazione, di inefficacia o risoluzione del contratto e di responsabilità per false dichiarazioni rese dall'offerente, recede dal contratto ..."; circostanza che non ricorre nel caso di specie, ove il requisito si è rivelato effettivamente sussistente.

Alla luce di tutte le considerazioni sopra esposte, il Collegio ritiene il rilievo superato.

4.1. Il Magistrato istruttore chiedeva altresì chiarimenti circa le modalità di maturazione, da parte della Mecofer s.p.a., del requisito di cui all'art. 8.3.2. del disciplinare di gara (se maturato in proprio o come componente di un RTI).

Al riguardo, l'Ente ha confermato che la Mecofer ha maturato in proprio (e non quale componente di un RTI) il requisito di cui al predetto art. 8.3.2. (*"aver eseguito, nel triennio antecedente all'indizione della procedura di gara 2021, 2022, 2023, contratti di forniture analoghe a quello oggetto del presente affidamento di importo minimo pari ad € 1.393.509,17"*), producendo documentazione a supporto.

Il Collegio ritiene il rilievo superato.

4.2. L'Ente ha inoltre confermato e documentato che la SACS s.r.l. possiede *"la categoria OG1 in classifica VIII, come da SOA n. 55765AL/17/00. La certificazione ex articolo, 3, co. 1, lett. mm), del D.P.R. n. 207/2010 è valida fino al 10/07/2027, con scadenza triennale il 19/07/2024. La verifica triennale è stata effettuata in data 19/07/2024, come evidenziato dai certificati a comprova definiti nella Relazione Esiti del RUP della gara ing. Baldassarre"* (cfr. all. 4 e 6 alla nota di risposta al rilievo).

Il Collegio ritiene il rilievo superato.

5. Il rilievo di cui al punto c)

Il Magistrato istruttore ha altresì chiesto di specificare se l'importo complessivo stimato dell'accordo sia comprensivo anche del valore della variazione ex art. 120, co. 9, D.Lgs. n. 36/2023, contemplata dall'art. 3.4. del disciplinare di gara (a tenore del quale *"la Stazione Appaltante, ai sensi dell'articolo 120, co. 9, del Codice dei Contratti, si riserva sin da ora, di modificare il contratto in aumento o in diminuzione delle prestazioni fino alla concorrenza di un quinto dell'importo del contratto..."*).

In sede di risposta al rilievo, l'Ente ha chiarito quanto segue in riferimento all'intendimento della stazione appaltante: *"si è ritenuto di non essere tenuti ad inserire l'importo relativo nel*

quadro economico, ai fini di cui all'art. 14 comma 4 del Codice, trattandosi di importo di utilizzo del tutto incerto nell'an e nel quantum (in termini, cfr. Parere MIT n. 3116 del 6.12.2024...)".

Infatti, con determina n. 143 del 16.7.2024, Invitalia, nel riservarsi la facoltà di modificare il contratto in aumento o in diminuzione fino alla concorrenza di un quinto dell'importo del contratto, riteneva espressamente *"di non aderire alla indicazione fornita da ANAC all'interno della Tabella n. 3 riga n. 4, dell'articolo 3 del Bando Tipo n. 1, che richiede l'inclusione del quinto d'obbligo all'interno dell'importo del contratto ai sensi dell'articolo 14, co. 4, del Codice dei Contratti, atteso:*

- *che detta modifica presuppone sempre che l'esigenza di aumento o di diminuzione delle prestazioni contrattuali emerga "in corso di esecuzione", come espressamente previsto dalla norma;*
- *che la somma da accantonare del quinto dell'importo del contratto, non è predeterminabile ex ante, anche tenuto conto di quanto previsto dall'articolo 5, co. 6, dell'All. II.14 al Codice dei Contratti;*
- *che ciò potrebbe determinare effetti distorsivi a carattere anticoncorrenziale;*
- *quanto previsto dall'articolo 5, co. 1, lett. e), n. 6), dell'All. I.7 al Codice dei Contratti"*.

Attraverso le memorie difensive del 17.4.2025 si è ulteriormente osservato che le modifiche previste dal "quinto d'obbligo" sono strettamente legate alla fase esecutiva del contratto, con la conseguenza che un obbligo di predeterminazione del valore massimo delle stesse appare *"forzato e non in linea con la natura stessa dell'istituto"*.

Tuttavia, a seguito del rilievo, la stazione appaltante ha disposto *"un adeguamento anche contabile degli atti di gara, cui il Parco ha fatto fronte con fondi propri, attraverso l'integrazione dell'importo contrattuale per un massimo del quinto per la migliore riuscita dell'intervento"*.

Più precisamente, con determina n. 12 del 27.3.2025, il Parco ha provveduto a prenotare, con fondi del Parco stesso, l'importo complessivo di IVA di euro 340.016,24, pari a un quinto dell'importo posto a base di gara comprensivo di IVA, e ad approvare il quadro economico aggiornato di gara (cfr. all. 7 b alla nota di risposta al rilievo).

Tale adeguamento, pur senza modificare le condizioni contrattuali, secondo quanto rappresentato dall'Ente *"mira esclusivamente a disporre una correzione contabile alla luce del rilievo esposto, mentre permangono ferme ed immutate le previsioni fissate negli atti di gara ai fini dell'eventuale utilizzo del cd. Quinto d'obbligo"*. Ciò rimarcando che *"l'appalto è oggetto di interesse, è fondamentale per il perseguimento degli obiettivi strategici del Parco giacché funzionale ad assicurare una migliore attività di conservazione e valorizzazione dei reperti attraverso strumenti innovativi che assicurano tempestività di intervento nell'immediatezza del rilevamento. All'uopo, il*

Parco ha ottenuto l'accesso ai fondi PNRR e l'eventuale mancato ossequio delle tempistiche prescritte ne comporterebbe la perdita, con conseguente irreversibile pregiudizio di realizzazione dell'obiettivo". Pertanto, attraverso le memorie difensive del 17.4.2025, si richiede che "la Corte ritenga superato il rilievo, in un'ottica sostanzialistica che tenga conto dell'importanza dell'appalto di che trattasi per gli obiettivi strategici del Parco".

5.1. A tal proposito, deve anzitutto richiamarsi la giurisprudenza di questa Sezione, confluita nella delibera n. 104/2025, all'interno della quale vengono sviluppate le considerazioni che seguono.

Ai sensi dell'art. art. 14, co. 4, D.Lgs. n. 36/2023, "Il calcolo dell'importo stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), valutato dalla stazione appaltante. 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".

Si rammenta che 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 vada compreso nel valore stimato dell'appalto anche il c.d. "quinto d'obbligo", oltre agli eventuali rinnovi ed alle eventuali opzioni di proroga. Le ragioni di questa scelta sono esplicate nella Relazione illustrativa del Bando tipo in parola, ove si osserva che *"rispetto alle precedenti versioni del bando tipo ... 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"*.

Difatti, il Bando tipo n. 1/2023, sub art. 3.3., riporta una tabella che opera la quantificazione del valore globale stimato in ipotesi di inserimento di opzioni di proroga o variazione fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto. Tabella che non è invece riportata nel disciplinare di gara oggetto di esame (sub. 3.2.).

Dunque, è necessario che la quantificazione del valore delle opzioni di proroga e delle variazioni nei limiti del cd. "quinto d'obbligo" confluisca nell'originario quadro economico. Infatti, secondo quanto chiarito anche dalla Relazione illustrativa a cura dell'Ufficio studi

della giustizia amministrativa (cfr. pag. 172), sembrano doversi ritenere ammissibili solo *“le varianti che trovano copertura nelle somme a disposizione del quadro economico e non comportano aumenti di spesa”*. E non è dubbia la riconducibilità della modifica contrattuale prevista dall’art. 120, co. 9 nell’alveo delle “varianti” attuabili nella fase esecutiva del contratto, la cui quantificazione preventiva non è legata a circostanze imprevedibili; piuttosto, la quantificazione deve essere effettuata in misura corrispondente al limite massimo della potenziale variante, ossia ad un *“quinto dell’importo del contratto”*.

Alla luce di tale indicazione contenuta nella predetta Relazione illustrativa va letto anche l’art. 5, dell’allegato I.7 al Codice, rubricato *“Quadro economico dell’opera o del lavoro”*, onde elaborare un’interpretazione coordinata con il menzionato art. 14, co. 4, D.Lgs. n. 36/2023, che eviti l’integrazione di un insanabile conflitto tra fonti normative di pari rango.

Il predetto art. 5, co. 1, lett. 3), n. 6, prevede che il quadro economico debba contenere anche l’indicazione degli *“accantonamenti in relazione alle modifiche di cui agli articoli 60 e 120, comma 1, lettera a), del codice”*, che a sua volta fa riferimento alle modifiche che siano previste *“in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara iniziali, che possono consistere anche in clausole di opzione”*. Ebbene, nell’alveo operativo di tale fattispecie risulta riconducibile anche la fattispecie di cui al co. 9, che contempla, per l’appunto l’ipotesi, certamente autorizzata dal legislatore, in cui i documenti di gara iniziali prevedano la possibilità di un *“aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell’importo del contratto”*, integrando una opzione di variazione oggettiva del contratto stesso.

Tali circostanze certamente ricorrevano nel caso di specie, ove, attraverso l’art. 3.4. del disciplinare di gara, l’Amministrazione si è chiaramente riservata la facoltà *“di modificare il contratto in aumento o in diminuzione delle prestazioni fino alla concorrenza di un quinto dell’importo”*, inserendo quindi una clausola chiara, precisa ed inequivocabile.

Al contrario, la fattispecie di cui all’art. 120 co. 9 non risulta riconducibile nell’alveo del precedente co. 1 lett. b), che riguarda lavori, servizi o forniture supplementari *“non previsti nell’appalto iniziale”*; né nell’alveo della successiva lett. c), che riguarda le varianti in corso d’opera rese necessarie per *“circostanze imprevedibili da parte della stazione appaltante”*, quali, tra le altre, *“esigenze derivanti da nuove disposizioni legislative o regolamentari”*, oppure *“eventi naturali straordinari e imprevedibili”*.

Alla luce di tali considerazioni, è possibile ribadire il principio già espresso da questa Sezione con la menzionata delibera n. 104/2025, ritenendo che la quantificazione del valore

della cd. “variazione del quinto” debba essere necessariamente inserita nel quadro economico della gara, anzitutto onde assicurare la piena copertura finanziaria di tale opzione.

Venendo al caso di specie, proprio in riferimento alla copertura finanziaria dell’operazione negoziale, attraverso i riscontri resi in sede rilievo, si è avuto modo di verificare che è stata apportata una modifica postuma del quadro economico, prenotando gli importi necessari ad offrire piena copertura al cd. “quinto d’obbligo”.

Ciò non dissolve aprioristicamente la rilevanza, alla luce del quadro normativo vigente, della predeterminazione puntuale, attraverso la costruzione del quadro economico, degli oneri finanziari che dall’attuazione dello stesso possono discendere (seppur in termini di fabbisogno presunto). Infatti, la giurisprudenza euro-unitaria (CGUE, 19 dicembre 2018, C-216/17) ha ribadito che l’impegno assunto per mezzo dell’accordo quadro (ma ciò vale anche per il contratto di appalto) deve essere individuato entro una determinata quantità, superata la quale l’accordo esaurisce i suoi effetti. Infatti, la mancata indicazione della quantità e del valore complessivi dell’accordo potrebbe determinare una suddivisione artificiosa dell’appalto, al fine di eludere le soglie previste dalla direttiva e, dunque, il rispetto delle norme europee, nonché la sottoposizione al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti (al riguardo, si faccia riferimento alle soglie previste dall’art. 3, lett. g, L. n. 20/1994).

Tuttavia, nel caso di specie, da un lato la copertura finanziaria dell’operazione negoziale è stata assicurata attraverso l’adozione di accorgimenti postumi; dall’altro, la mancata inclusione nel quadro economico del valore della variazione del quinto non ha inciso sull’individuazione della disciplina applicabile e sulla sottoposizione del contratto al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti, né sono emersi elementi idonei ad attestare l’emersione di un artificioso frazionamento dello stesso. Tali circostanze, “saldandosi” con l’originario inserimento della gara negli atti di programmazione triennale, assicurano che l’esecuzione dell’opera non venga interrotta per ragioni legate alla mancata disponibilità delle necessarie risorse economiche (ciò ferma restando la sussistenza di una connessione vincolante tra la programmazione triennale dei lavori e degli acquisti di beni e servizi e le previsioni di bilancio) e consentono, ad avviso del Collegio, di ritenere superato il rilievo a tal riguardo formulato.

6. Il rilievo di cui al punto d)

Il Magistrato istruttore contestava il mancato inserimento nell'accordo della clausola di revisione prezzi di cui all'art. 60, D.Lgs. n. 36/2023. Al contrario, l'art. 3.3. del disciplinare di gara esclude espressamente la revisione dei prezzi.

L'Ente, in sede di rilievo, rispondeva rappresentando che, attraverso il menzionato art. 3.3. del disciplinare di gara si è ritenuto di ossequiare all'obbligo di cui all'art. 60 D.Lgs n. 36/2023, escludendo l'applicazione della revisione rispetto al contratto *de quo*.

Detta deroga è stata espressamente giustificata in ragione della durata delle prestazioni, considerato che trattasi, nel caso di specie, di contratto di fornitura per il quale è previsto un termine di esecuzione di 240 giorni. Non si porrebbe, quindi, un problema di conservazione del sinallagma contrattuale in quanto il rapporto si esaurisce in un lasso di tempo che consente all'operatore economico di ponderare le condizioni di mercato afferenti al periodo considerato. *“Detta conclusione è suffragata altresì dalle indicazioni desumibili in subiecta materia dalla disciplina fissata dal codice civile, che individua strumenti di riequilibrio del sinallagma esclusivamente rispetto a contratti di durata (cfr. art. 1467 c.c.) e che può costituire criterio ermeneutico certo nell'applicazione della normativa”*.

Occorre quindi preliminarmente soffermare l'attenzione sull'osservazione formulata in sede di risposta rilievo dall'Ente, laddove richiama, a sostegno della soluzione adottata nel disciplinare di gara, il parere MIT n. 1455/2022 e l'art. 1, co. 3, all. II.2-bis, D.Lgs. n. 36/2023, per come modificato dal D.L. n. 209/2024, secondo cui *“Nel caso di appalti di servizi o forniture, la revisione prezzi si applica ai contratti di durata, il cui oggetto non consiste in una prestazione ad esecuzione istantanea”*.

Più precisamente, attraverso le memorie del 17.4.2025, l'Amministrazione ha rappresentato che il contratto in esame ha ad oggetto *“una fornitura con posa in opera di container prefabbricati”*, che *“andranno dall'O.E. consegnati e posti in opera per una sola volta nel termine contrattualmente fissato ... In ragione di tanto, si ritiene trattarsi di contratto a esecuzione immediata”*. Dunque, ad avviso dell'Ente, *“la scelta di escludere la revisione prezzi è coerente con la natura tecnologica dell'appalto, che richiede la fornitura istantanea di un sistema integrato “chiavi in mano” con costi predeterminati e non soggetti a fluttuazioni di mercato”*.

Occorre quindi comprendere preliminarmente se ci si trovi o meno, nel caso di specie, dinanzi ad un contratto ad esecuzione istantanea, dovendosi considerare tali i contratti i

contratti ad esecuzione immediata (ove stipulazione ed esecuzione coincidono) ed i contratti ad esecuzione differita.

La Relazione illustrativa del D.Lgs. n. 209/2024 (correttivo al Codice dei contratti pubblici) chiarisce (pag. 98) che la disciplina della revisione prezzi *“si applica ai lavori di nuova costruzione”* (quali sono i lavori dedotti nel presente contratto), nonché, nel caso di appalti di servizi o forniture, ai contratti il cui oggetto non consista in una prestazione ad esecuzione istantanea; ma ciò purché non si tratti (come nel caso di specie) di contratti misti.

Infatti, dalla lettura dell'art. 2, co. 3, all. II.2 *bis* al D.Lgs. n. 36/2023, si evince che *“in caso di contratti misti, si applicano, alla componente di lavori, le disposizioni di cui alla Sezione II del presente Allegato e, alla componente di forniture e servizi, le disposizioni di cui alla Sezione III del presente Allegato”*; sicché, da un lato, tale comma impone una scomposizione delle singole componenti dell'appalto ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile per la revisione prezzi; dall'altro, il precedente co. 2 esclude l'operatività dell'obbligo di revisione prezzi in esclusivo riferimento ai contratti *“di servizi o forniture”* (non anche misti) che abbiano ad oggetto una prestazione ad esecuzione istantanea.

Tale considerazione appare di per sé idonea ad escludere la neutralizzazione, nel caso di specie, dell'obbligo di inserire nei documenti di gara la clausola di revisione prezzi.

A ciò deve ulteriormente aggiungersi che il contratto di appalto oggetto di odierno esame ha ad oggetto, quale prestazione principale, la fornitura di container mobili speciali e unità mobili per interventi di emergenza e, quale prestazione secondaria, l'esecuzione di lavori connessi alle forniture. Invero, secondo quanto chiarito dall'art. 5 del disciplinare di gara e dall'art. 1 del capitolato, l'attività di fornitura dovrà essere seguita da un'attività di *“montaggio”* funzionale alla realizzazione di un Laboratorio da campo mobile e di un'Isola tecnologica finalizzati allo svolgimento delle prime fasi del processo di musealizzazione dei reperti archeologici dopo il loro rinvenimento, da eseguire secondo apposito cronoprogramma ed entro un termine di 240 giorni ed è altresì contemplata la possibilità, per l'amministrazione, di *“prorogare il contratto”*. L'art. 9, co. 2 del capitolato prevede che *“l'aggiudicatario è tenuto ad iniziare la fornitura subito dopo il termine di cui al comma 1 e dovrà svilupparli con regolarità, in modo che il progresso ed avanzamento di essi sia proporzionale al tempo disponibile per dare completa la fornitura e i lavori connessi. L'Appaltatore non potrà di propria iniziativa, per nessun motivo, sospendere o interrompere l'esecuzione ...”*, locuzione che sottende una esecuzione che si protrae nel tempo in virtù della predetta combinazione tra forniture

e lavori; infatti, il co. successivo prevede l'applicazione di una penale in caso di "*mancata ultimazione delle forniture e delle lavorazioni in cantiere ad esse connesse, entro i termini sopra indicati ...*".

Pertanto, nel caso oggetto di esame, l'esecuzione della fornitura non è ancorata ad uno specifico momento temporale, bensì sottoposta ad esecuzione continuata da parte dell'appaltatore in quanto fisiologicamente destinata a progredire con l'avanzamento dei lavori. Dunque, il contratto non ha ad oggetto una prestazione ad esecuzione istantanea; del resto, lo stesso legislatore, attraverso la disciplina sopra menzionata, sembra escludere l'astratta configurabilità di un contratto misto di forniture e lavori avente ad oggetto una prestazione ad esecuzione istantanea.

Ciò consente di ritenere integrata l'astratta configurabilità di un obbligo di inserimento, nei documenti di gara, della clausola di revisione prezzi, costituente concretizzazione del più ampio fenomeno della rinegoziazione a fini manutentivi del contratto pubblico.

6.1. Ciò posto, merita al riguardo rilevare che il fenomeno della rinegoziazione del contratto pubblico ha subito alterne vicende evolutive.

6.1.1. Nel corso dell'esecuzione dei contratti che realizzano operazioni di durata possono verificarsi vicende di carattere perturbativo (sopravvenienze di fatto o di diritto) tali da rendere particolarmente onerosa l'esecuzione di una delle prestazioni o, comunque, alterare l'originario equilibrio tra le stesse. In tali ipotesi, la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta (cfr. art. 1467 c.c.) può rappresentare una soluzione inadeguata perché favorisce il dissolversi del rapporto, frustrando i rispettivi interessi delle parti. Può risultare quindi più utile alle parti operare una rinegoziazione, ossia una attività attraverso la quale modificano il regolamento contrattuale – previo svolgimento di ulteriori trattative – tenendo conto delle mutate circostanze fattuali, onde ripristinare l'originario sinallagma negoziale e consentire il perseguimento degli interessi sottesi al rapporto.

Sullo sfondo di tale dibattito si colloca il rapporto di tensione tra il principio *pacta sunt servanda*, fondato sull'art. 1372 c.c. ed in virtù del quale il programma negoziale è insensibile alle sopravvenienze perturbanti (così garantendosi la certezza dei rapporti giuridici), ed il principio *rebus sic stantibus*, in forza del quale l'alterazione del sinallagma negoziale conduce sempre alla caducazione del rapporto o alla modificazione del suo contenuto.

La clausola *rebus sic stantibus* si può far risalire ad un valore presente nella coscienza morale dell'antica Roma come principio sottinteso al dettato contrattuale volto ad ancorare le

obbligazioni assunte alla permanenza dello stato di fatto esistente al momento del loro sorgere.

Tuttavia, nessun accenno espresso a tale clausola era contenuto nel codice civile del 1865, appartenente ad un periodo storico in cui imperavano gli ideali del positivismo liberale e nel quale si tendeva all'esaltazione dell'autonomia negoziale: prevaleva il principio *pacta sunt servanda* e le sopravvenienze rimanevano a carico delle parti.

Solo con lo scoppio dei primi conflitti bellici si sentì la necessità di introdurre strumenti che attribuissero espressa tutela anche al verificarsi di consistenti oscillazioni del valore economico delle prestazioni. Cosicché, il codice civile del 1942, all'art. 1467 c.c., disciplina la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e, al co. 3, contempla una ipotesi di rinegoziazione unilaterale.

Nel contesto attuale, in cui numerosi rapporti contrattuali hanno subito gli effetti squilibranti derivanti dalla pandemia da Covid-19 (e conseguenti provvedimenti restrittivi della P.A.) e dai conflitti bellici in corso, si è riaccesa la riflessione circa la sufficienza degli strumenti contemplati dal codice ai fini della gestione delle sopravvenienze. Si è infatti osservato che l'art. 1467, co. 1, c.c. offre una tutela insufficiente poiché solo demolitoria e che l'attivazione della rinegoziazione di cui al successivo co. 3 è legata ad una iniziativa unilaterale della parte avvantaggiata dalla sopravvenienza, iniziativa tutt'altro che scontata. Ciò posto in linea generale, occorre comprendere in che misura l'apertura alla configurabilità di un obbligo di rinegoziazione basato sulla buona fede possa trovare spazio in ambito pubblicistico, con particolare riferimento ai contratti di diritto privato speciale, assoggettati alla disciplina delle procedure ad evidenza pubblica.

La rinegoziazione ha tradizionalmente trovato spazi angusti nel settore dei contratti di diritto privato speciale, ove, in virtù del più pregnante coinvolgimento dell'interesse pubblico, sono sempre prevalse esigenze anti-corruttive, di trasparenza, di parità di trattamento, di preservazione della concorrenza.

Più precisamente, il primo riferimento normativo alla rinegoziazione del contratto pubblico è rinvenibile nell'art. 344, L. n. 2248/1865, all. E, secondo cui, nella lettura in combinato disposto con il successivo art. 20, R.D. n. 350/1895, era sempre possibile la modifica concordata del contratto, ferma restando la necessaria approvazione del Ministero. L'impostazione adottata all'epoca dal legislatore era di natura privatistica.

Per avere una svolta pubblicistica dovrà attendersi la L. n. 109/1994 (cd. L. Merloni) che, all'art. 25, ha tipizzato le cause che legittimano la modificazione contenutistica del contratto. La comune volontà delle parti subisce una più pregnante limitazione sorretta dall'obiettivo di evitare la sostanziale elusione della procedura ad evidenza pubblica, preservando l'esito della stessa da fenomeni collusivi coinvolgenti stazione appaltante ed appaltatore.

Con il successivo Codice dei contratti pubblici del 2006 è stato confermato, all'art. 114, il principio in virtù del quale è vietata qualunque modifica del contratto in corso di esecuzione (non potendosi quindi invocare la disciplina civilistica di cui all'art. 1664 c.c.), fatte salve le ipotesi espressamente previste dal Codice stesso, così perseguendo l'esigenza pro - concorrenziale di matrice europea, poi rifluita nell'art. 106 del D.Lgs. n. 50/2016.

Tale esigenza veniva chiaramente focalizzata dal Cons. St. con parere n. 1084/2000, ove si affermava che la rinegoziazione va esclusa anche successivamente all'aggiudicazione in quanto, modificando la base d'asta, finirebbe (seppur indirettamente) con l'introdurre oggettivi elementi di distorsione della concorrenza, violando in tal modo i principi comunitari in materia. Tanto è stato chiarito anche dalla CGUE con la sentenza *Presstext*, i cui principi sono poi stati recepiti nell'art. 72 della direttiva 24/2014/UE: le modifiche apportate ad un appalto in corso di esecuzione devono essere considerate equivalenti all'aggiudicazione di un nuovo contratto senza gara - e quindi in contrasto con il diritto europeo - quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale.

6.1.2. Il nuovo Codice appalti (D.Lgs. n. 36/2023) fa però segnare un cambio di rotta.

Una delle importanti novità portate dal Codice consiste nell'enunciazione, all'interno della prima parte, di undici principi generali, funzionali ad orientare la successiva interpretazione delle singole norme codicistiche e l'operato delle amministrazioni chiamate ad applicarle.

Tra questi spicca, per la sua portata innovativa, il principio enunciato dall'art. 9, attraverso il quale viene codificata una disciplina generale da applicare per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, idonee a determinare una sostanziale alterazione dell'equilibrio contrattuale.

Il co. 1 della disposizione definisce le sopravvenienze rilevanti ai fini dell'applicazione della norma e sancisce il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede della parte svantaggiata al quale, dunque, corrisponde un obbligo della controparte:

a) deve trattarsi di eventi straordinari e imprevedibili;

b) i rischi generati da tali eventi non devono essere stati volontariamente assunti dalla parte pregiudicata dagli stessi;

c) tali eventi devono determinare una alterazione rilevante dell'originario equilibrio del contratto e non devono essere riconducibili alla normale alea, alla ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato.

Il co. 2 specifica che la disposizione persegue il solo scopo di ripristinare l'originario equilibrio del contratto, senza alterare la sostanza economica dello stesso, altrimenti si verificherebbe una elusione delle regole della procedura ad evidenza pubblica.

L'art. 9 va letto in combinazione con l'art. 5, che applica il principio di buona fede all'intera materia dei contratti pubblici.

La disciplina del 2023 si presenta innovativa rispetto a quella del 2016 in primo luogo in quanto cristallizza la conservazione del contratto pubblico quale principio di carattere generale, destinato a declinarsi sotto il profilo applicativo attraverso le disposizioni imperative contenute negli artt. 60 e 120, che alla luce dell'art. 9 devono essere interpretati.

L'art. 60, posto a presidio dei surriferiti interessi di natura superindividuale, prevede l'obbligatorio inserimento nei documenti di gara delle clausole di revisione prezzi, che si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio superiore al cinque per cento dell'importo complessivo e che operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa.

L'art. 120, ricalcando in parte la disciplina di cui all'art. 106 del D.Lgs. n. 50/2016, perimetra una serie di ipotesi specifiche in cui è possibile la modifica del contratto in sede di esecuzione, ma, al co. 8, ribadisce che *"il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9"*, così aprendo la via al generale obbligo di rinegoziazione.

L'obiettivo perseguito dal legislatore attraverso tale disciplina è quello di raggiungere un ragionevole punto di equilibrio tra la tutela degli interessi degli operatori economici, la preservazione della competizione concorrenziale tra gli stessi, la salvaguardia dell'interesse della P.A. all'ottenimento del "risultato" cui fa riferimento l'art. 1, co. 1, D.Lgs. n. 36/2023. Sotto tale profilo, il Codice sembra segnare un ritorno al passato, flessibilizzando il contratto in risposta ad una esigenza di natura privatistica e contestualmente, in tal modo, stimolando la presentazione di un maggior numero di offerte, circostanza che agevola la stazione

appaltante nella scelta dell'offerta più conforme alla realizzazione del principio del risultato finale.

È proprio alla luce di tale *ratio* che si spiega la portata generale ed imperativa dell'obbligo prescritto dal menzionato art. 60, sul presupposto che tutti i contratti pubblici che ricadono nel suo ambito applicativo trovano esecuzione attraverso prestazioni la cui erogazione è destinata a dispiegarsi nel tempo. Né la stazione appaltante ha addotto riferimenti normativi o circostanze fattuali idonei a dissolvere completamente i dubbi circa l'operatività (o non operatività) nel caso di specie dell'obbligo descritto, che, secondo quanto innanzi osservato, si pone anche in sintonia con il principio del risultato. Infatti, lo scopo di tale previsione è anche quello di garantire che le prestazioni di beni o servizi da parte degli appaltatori delle amministrazioni pubbliche non subiscano con il tempo una diminuzione qualitativa a causa degli aumenti dei prezzi dei fattori della produzione (Tar Sicilia, Catania, 27 febbraio 2025, n. 737).

Del resto, ed in senso più ampio, la stessa giurisprudenza tende a privilegiare l'aspetto manutentivo rispetto a quello demolitorio anche in riferimento ai contratti pubblici che non ricadono nell'ambito applicativo del Codice appalti, ad attestazione di una esigenza di conservazione del rapporto negoziale che trascende i confini della categoria e proietta l'operato dell'amministrazione verso il conseguimento del risultato finale.

Si pensi alla deliberazione n. 7/2021 delle Sezioni Riunite della Corte dei conti, che apre alla rinegoziabilità dei contratti di locazione stipulati dagli enti locali a fronte di sopravvenienze perturbanti costituenti conseguenza della pandemia da Covid-19, seppur nel necessario rispetto del principio del buon andamento e del principio dell'equilibrio di bilancio.

Si pensi, ancora, alla recente sentenza n. 9014/2024 del Consiglio di Stato, che, partendo dal principio di buona fede oggettiva, traslato nell'area dei contratti ad oggetto pubblico in virtù del richiamo ai principi civilistici operato dall'art. 11, co. 2, L. n. 241/1990, configura un obbligo di provvedere del comune sull'istanza di rinegoziazione di una convenzione di lottizzazione in presenza di circostanze sopravvenute rilevanti.

6.1.3. Ciò posto, occorre soffermarsi su di una ulteriore considerazione sviluppata dall'Ente attraverso le memorie difensive depositate in data 17.4.2025, ove osserva che *“la normale periodicità annuale del calcolo degli incrementi degli indici Istat ... è del tutto incompatibile con il termine fissato e non avrebbe comunque consentito verifiche funzionali alla conservazione del sinallagma contrattuale - sia a favore dell'Amministrazione che degli operatori”*.

Ad avviso della Sezione, la censura dell'amministrazione non coglie nel segno.

Infatti, a prescindere dalla periodicità annuale di aggiornamento del singolo indice Istat cui andrebbe ancorata la revisione dei prezzi, opinare in tal senso significherebbe sottrarre in radice all'obbligo di cui all'art. 60, D.Lgs. n. 36/2023 tutti i contratti di durata aventi ad oggetto prestazioni da eseguire in un arco temporale inferiore all'anno.

Ebbene, una siffatta soluzione interpretativa anzitutto non trova riscontro nel dato normativo di riferimento, poiché l'art. 60, D.Lgs. n. 36/2023, nel prevedere l'obbligo di inserimento delle clausole di revisione prezzi nei documenti di gara, non introduce una siffatta limitazione temporale, piuttosto individuando una soglia valoriale di attivazione del meccanismo revisionale.

A ciò va aggiunto che l'art. 60 chiarisce che il punto di computo iniziale per il calcolo della revisione dei prezzi è il momento dell'aggiudicazione; sicché, l'arco temporale rilevante ai fini della valorizzazione dell'oscillazione dell'indice Istat di riferimento è quello che intercorre tra il mese dell'aggiudicazione ed il momento in cui interviene il superamento della soglia prevista dalla clausola di revisione, da collocarsi entro il perimetro della fase esecutiva del contratto.

Ed è ben possibile che tale frangente temporale si protragga per oltre un anno anche laddove sia individuato un tempo di esecuzione della prestazione più breve dell'anno (ad esempio, come nel caso di specie, ove la prestazione deve essere eseguita in un arco temporale di 240 giorni decorrenti dal verbale di avvio dell'esecuzione).

Basti pensare che, laddove l'esecuzione dell'appalto non sia avviata d'urgenza – ipotesi eccezionale subordinata alla ricorrenza di specifici presupposti di legge (cfr. art. 17, co. 8 e 9, D.Lgs. n. 36/2023) – il verbale di avvio dell'esecuzione avrà data posteriore alla stipula del contratto. Ebbene, secondo quanto previsto dall'art. 18, co. 2, D.Lgs. n. 36/2023, tra la data dell'aggiudicazione e la data di stipula del contratto può intercorrere un arco temporale fino a 60 giorni, eventualmente differibili su base concordata *“in base all'interesse della stazione appaltante o dell'ente concedente”* e ferma restando la possibilità per il bando di prevedere un diverso termine. Il tutto senza omettere di rilevare che, in base al successivo co. 4, *“se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante o all'ente concedente fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo grado o del dispositivo o della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare”*;

sicché l'eventuale sospensione cautelare disposta dal Giudice amministrativo può produrre una ulteriore dilatazione dei tempi.

A ciò deve aggiungersi che, secondo quanto previsto dall'art. 18, co. 8, *“il contratto è sottoposto alla condizione risolutiva dell'esito negativo della sua approvazione”* ed il relativo decreto di approvazione deve essere emanato entro 30 giorni dalla stipula. Peraltro, in riferimento ai contratti di cui all'art. 3, co. 1, lett. g), L. n. 20/1994, il decreto approvativo è sottoposto al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti, idoneo a determinare una ulteriore dilatazione dei tempi poiché deve essere esercitato entro un termine di 60 giorni dalla trasmissione degli atti, che rimane sospeso fino a 30 giorni in ipotesi di formulazione di un rilievo da parte del Magistrato istruttore; ed è del tutto fisiologico che l'inizio dell'esecuzione della prestazione pattuita sia posticipato rispetto alla registrazione del decreto approvativo da parte della Corte dei conti, posto che, in ipotesi di mancata registrazione, il decreto sarà inefficace, con conseguente scioglimento del contratto di appalto ai sensi del predetto art. 18, co. 8.

Da ultimo, non può omettersi di rilevare che l'esecuzione della prestazione potrebbe rimanere sospesa per un arco temporale non preventivabile ove risultino integrati i presupposti di cui all'art. 121, D.Lgs. n. 36/2023, ossia ove ricorrano *“circostanze speciali, che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non fossero prevedibili al momento della stipulazione del contratto”* o *“da gravi ragioni di ordine tecnico, idonee ad incidere sulla realizzazione a regola d'arte ...”*, disposizione applicabile, secondo quanto previsto dal co. 1, anche *“ai contratti relativi a servizi e forniture”*.

Pertanto, alla stregua delle suesposte considerazioni, la circostanza che per l'esecuzione delle prestazioni sia pattuito un termine anche significativamente inferiore all'anno non comporta automaticamente che tra la data dell'aggiudicazione e la data del completamento dell'esecuzione debba necessariamente trascorrere meno di un anno, risultando quindi destituita di fondamento la censura formulata dall'amministrazione.

6.1.4. In considerazione di siffatte osservazioni, si ritiene che la stazione appaltante abbia violato l'art. 60, D.Lgs. n. 36/2023, escludendo espressamente l'inserimento di apposite clausole di revisione prezzi nel disciplinare di gara; tuttavia, nel valutare le conseguenze derivanti da una siffatta violazione, occorre tenere in adeguata considerazione la descritta logica manutentiva e conservativa che, anche alla luce dei principi enunciati in apertura del D.Lgs. n. 36/2023, permea di sé l'intero settore dei contratti pubblici.

Proprio in tale ottica può prospettarsi l'applicazione, al caso di specie, dell'orientamento, elaborato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui può ritenersi operante una eterointegrazione ai sensi dell'art. 1339 c.c. per i contratti di appalto con la clausola di revisione prezzi obbligatoria per legge (cfr. art. 60, D.Lgs. n. 36/2023), senza necessità di impugnazione degli atti precedenti, con conseguente sostituzione di diritto delle clausole contrattuali difformi, nulle ai sensi dell'art. 1419 c.c. (Tar Catania n. 2544/2023; Cons. St., n. 7756/2022; Cons. St., n. 3594/2015).

Ad avviso di tale giurisprudenza amministrativa, dunque, la natura cogente e inderogabile di tale prescrizione (art. 60 cit.) fa sì che, nei casi in cui la clausola citata non sia stata inserita nel regolamento contrattuale, operi il suddetto meccanismo di etero-integrazione. E ciò in quanto la circostanza che la normativa anticipi l'obbligo di inserimento della clausola revisionale già negli atti di gara (ossia a monte) non è motivo per non fare operare il meccanismo della eterointegrazione a valle (ossia nel contratto), anzi risultando l'obbligo di inserimento di tale clausola, per così dire, rafforzato (Tar Sicilia, Catania, 27 febbraio 2025, n. 737).

Pertanto, poiché nel caso di specie l'art. 3.3. del disciplinare di gara, che esclude espressamente la revisione prezzi, va considerato parte integrante del contratto, può ritenersi nulla per violazione di norma imperativa detta clausola ed il contratto integrato in via cogente attraverso l'art. 60, co. 1, 2 e 3, lett. b) D.Lgs. n. 36/2023, con conseguente possibilità, per l'appaltatore, di chiedere la revisione prezzi ove ricorrano i presupposti normativamente indicati.

Si ritiene, peraltro, che il mancato inserimento della clausola di revisione prezzi nei documenti di gara non abbia falsato – a monte – la concorrenza tra gli operatori economici potenzialmente interessati alla presentazione dell'offerta, potendo essi comunque confidare, alla luce del consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa, nell'operatività del descritto meccanismo di integrazione cogente, fondato sulla formulazione della norma nella sua versione anteriore alla modifica apportata con D.Lgs. n. 209/2024 (si rammenta che la pubblicazione del bando e del disciplinare di gara è anteriore all'entrata in vigore del cd. "correttivo"). Ciò determina, ad avviso del Collegio, il superamento del rilievo, potendosi procedere alla registrazione del decreto approvativo oggetto di odierno esame sul presupposto dell'integrazione cogente del contratto approvato con le modalità sopra descritte.

Purtuttavia, tale indirizzo potrà essere eventualmente rivalutato, in ottica futura, in riferimento a gare assoggettate *ab origine* alla disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 209/2024 che, attraverso il riferimento alla possibilità di “disaggregare” gli indici Istat di riferimento (cfr. art. 60, co. 3, lett. b, da leggere in combinato disposto con gli artt. 10, all. II.2 *bis*), sembra sottendere la necessaria effettuazione di valutazioni discrezionali da parte della stazione appaltante; sicché è alla luce di tale rinnovato quadro normativo ed operativo che dovrà verificarsi l’eventuale attuabilità della descritta integrazione cogente.

7. Il rilievo di cui alla lett. e)

Sul punto, l’Ente rimanda alla dichiarazione resa dal RUP in data 6.2.2025, secondo cui “*non sono pervenute notifiche di ricorsi per la procedura di gara in oggetto avversi al provvedimento di aggiudicazione e al bando di gara*”.

Ad avviso del Collegio, il rilievo può considerarsi superato.

8. Considerazioni conclusive

In considerazione del superamento dei rilievi formulati dal Magistrato istruttore e tenuto conto delle considerazioni sviluppate in parte motiva, nonché sul presupposto dell’integrazione cogente del contratto n. 12 del 14.2.2025, stipulato con l’operatore economico RTI Mecoser sistemi s.p.a. – Sacs s.r.l., con le modalità descritte sub par. 6.1.4., deve procedersi alla registrazione del Decreto del Direttore del Parco Archeologico di Ercolano n. 130 del 26.2.2025.

P.Q.M.

La Sezione regionale di controllo per la Campania

Ammette al visto e alla conseguente registrazione il Decreto del Direttore del Parco Archeologico di Ercolano n. 130 del 26.2.2025.

Dispone, altresì, la pubblicazione della presente pronunzia sul sito istituzionale del Parco Archeologico di Ercolano, nella sezione “*Amministrazione trasparente – controlli e rilievi sull’Amministrazione*” ai sensi dell’art. 31 del D.Lgs. n. 33/2013. L’Amministrazione è tenuta ad informare questa Sezione dell’avvenuta pubblicazione.

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 23.4.2025.

IL MAGISTRATO est.

IL PRESIDENTE

Dott. Alessandro De Santis

Dott. Massimo Gagliardi

Depositato in Segreteria in data
29 aprile 2025
Per il Direttore del Servizio di supporto
Dott. Mauro Grimaldi