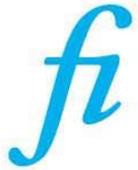


“Il rispetto delle norme in materia di appalti in relazione al processo di attuazione delle operazioni di cui sono beneficiari i Comuni nell’ambito dei Programmi regionali di Sviluppo Rurale (PSR):

Rassegna delle principali criticità e rilievi, in relazione alle modifiche del contratto d’appalto (lavori/servizi supplementari non dovuti a circostanze impreviste e imprevedibili - varianti in corso d’opera)

Venerdì 10/11/2017

Carlo Pisciotta



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Nel nuovo codice degli appalti, il tema delle varianti in corso d'opera è trattato interamente nell'art. 106: **“Modifiche di contratti durante il periodo di efficacia”**.

L'art. 106 del D. Lgs. 50/2016, di recepimento dell'art.72 Dir. 2014/24/UE e art. 89 Dir. 2014/25/UE – sostanzialmente identici – tratta dell'ambito generale di modifica al contratto durante il periodo di esecuzione dei lavori, riguardando quindi anche argomenti come **modifiche soggettive al contratto, variazioni oggettive di progetto, variazioni oggettive sul corrispettivo e variazioni alla durata contrattuale**. Ne risulta, data l'evidente eterogeneità degli argomenti, una norma lunga, suddivisa in molti commi (14) e di non sempre facile lettura.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016

Il **comma 1** elenca **cinque casi tassativi riferiti ad aspetti** principalmente **qualitativi**, che comportano una modifica del contratto senza una nuova procedura. Sono ivi ricompresi:

- a) le **modifiche previste nei documenti di gara** in clausole chiare precise ed inequivocabili che possono comprendere la **revisione dei prezzi**;
- b) i **lavori, i servizi o forniture supplementari** da parte del contraente iniziale che si sono resi necessari e non inclusi nell'appalto iniziale;
- c) le **varianti in corso d'opera a causa di circostanze impreviste ed imprevedibili**;
- d) la **sostituzione del vecchio contraente con uno nuovo**.
- e) le **modifiche non sostanziali** (ai sensi del comma 4), secondo le soglie stabilite nei documenti di gara.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016, comma 1

a) *le modifiche previste nei documenti di gara in clausole chiare precise ed inequivocabili che possono comprendere la **revisione dei prezzi**;*

Il **primo caso** è quello delle **varianti previste in clausole dei documenti di gara iniziali**. Tali **clausole** devono essere **chiare, precise ed inequivocabili** al fine di definire la **portata, la natura, nonché le condizioni alle quali è possibile ricorrervi**, anche facendo riferimento alle varianti dei prezzi e dei costi standard ove definiti. La previsione di tali clausole non è esente da limiti. **Oltre ai limiti di prezzo, le modifiche non devono alterare la natura generale del contratto.**

In linea generale l'art. 1664 del Codice civile (Onerosità o difficoltà dell'esecuzione) prevede che, se per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al 10% del complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il 10%.

Inoltre, relativamente ai contratti di forniture e servizi restano ferme le disposizioni di cui all'art. 1, comma 511, legge 208/2015 (Legge di stabilità 2016) che prevede che in caso di variazione dei prezzi, in un aumento o in diminuzione, superiore al 10 %, l'appaltatore o il soggetto aggregatore ha facoltà di richiedere una riconduzione ad equità o una revisione del prezzo medesimo.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016, comma 1

b) i lavori, i servizi o forniture supplementari da parte del contraente iniziale che si sono resi necessari e non inclusi nell'appalto iniziale;

Il **secondo caso** è quello delle modifiche non previste nei documenti di gara iniziali, consistenti in **lavori, servizi o forniture supplementari da parte del contraente originario, quando la variazione del contraente risulti impossibile sia per motivi economici o tecnici** (quali il rispetto di interoperabilità e intercambiabilità tra apparecchiature servizi o impianti forniti nell'appalto iniziale), sia perché esporrebbe la stazione appaltante a notevoli disguidi e ad una notevole duplicazione dei costi.

N.B.: il comma 7 dell'art.106, per i contratti nei settori ordinari, pone un limite economico alle modifiche per i cd. lavori/servizi/forniture supplementari. Il limite previsto è di un aumento di prezzo che non sia superiore al 50% del valore del contratto iniziale. Con la precisazione che tale limite, nel caso di più modifiche successive, si applica ad ogni singola modifica.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016, comma 1

b) i lavori, i servizi o forniture supplementari da parte del contraente iniziale che si sono resi necessari e non inclusi nel l'appalto iniziale;

Si tratta di **disposizione** il cui contenuto **si presta a diverse osservazioni**. In primo luogo si tratta di **lavori, servizi e forniture che il nuovo codice si limita a definire come supplementari, senza scendere nello specifico**. Inoltre **non è chiaro cosa si intenda né per impraticabilità economica, né per impraticabilità tecnica**.

Sulla prima non si specifica se esista un limite oggettivo all'impraticabilità o se essa coincida con la duplicazione dei costi.

Sulla seconda la norma sembrerebbe indicare una impossibilità connessa all'intercambiabilità ed interoperabilità tra apparecchiature che, riferendosi ai soli appalti di servizi e forniture (tra l'altro neanche in maniera tassativa), lascia la definizione dell'impossibilità alla sola discrezionalità e interpretazione della stazione appaltante.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016, comma 1

b) i lavori, i servizi o forniture supplementari da parte del contraente iniziale che si sono resi necessari e non inclusi nel l'appalto iniziale;

L'articolo 57 del previgente d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nell'occuparsi della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, prevedeva la possibilità di ricorrere a forniture complementari, solo se esse fossero state destinate al rinnovo parziale di forniture ed impianti di uso corrente; o all'ampliamento di forniture ed impianti esistenti. Il quinto comma, invece, **si riferiva ai lavori e ai servizi, introducendo requisiti stringenti per l'affidamento di lavori e appalti definiti complementari (e non supplementari, come vengono definiti nel nuovo codice). Le modifiche venivano essenzialmente equiparate a nuovi contratti, con conseguenze pratiche di rilievo tanto su un piano giuridico, quanto su un piano contabile.**

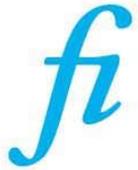


Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016, comma 1

b) i lavori, i servizi o forniture supplementari da parte del contraente iniziale che si sono resi necessari e non inclusi nel l'appalto iniziale;

La definizione di “lavori supplementari” è diversa da quella di “lavori complementari” contenuta nel precedente codice. Su tale definizione, l’AVCP (ora ANAC) precisò che si trattava di opere “che da un punto di vista tecnico-costruttivo rappresentino un’integrazione dell’opera principale, saldandosi inscindibilmente con essa, giustificavano l’affidamento e la relativa responsabilità costruttiva ad un unico esecutore”. È ipotizzabile che l’Autorità sarà chiamata ad operare altrettante precisazioni per la definizione di lavori supplementari.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016, comma 1

b) i lavori, i servizi o forniture supplementari da parte del contraente iniziale che si sono resi necessari e non inclusi nel l'appalto iniziale;

Anche l'utilizzo della **nozione “notevoli disagi”**, nella sua **genericità**, appare eccessivamente esposta ad interpretazioni flessibili difficilmente sindacabili; senza contare che non è chiaro se tale nozione si riferisca a disagi relativi all'esecuzione delle prestazioni, a disagi della stazione appaltante o a disagi della collettività di utenti.

L'utilizzo dell'espressione **“notevole duplicazione dei costi”** sembrerebbe scelta altrettanto infelice del legislatore, visto che **non precisa se ci si riferisca ad un incremento oggettivo**, consistente in un aumento notevole o in una letterale duplicazione, **oppure un incremento soggettivamente valutabile** dalla stazione appaltante.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016, comma 1

c) le varianti in corso d'opera a causa di circostanze impreviste ed imprevedibili;

Il **terzo caso** è quello delle **VARIANTI IN CORSO D'OPERA**, cioè quelle **modifiche genericamente necessarie a causa di circostanze non previste e non prevedibili** da parte della stazione appaltante, **che comunque non alterino la natura generale del contratto.**

Si tratta, quindi, di varianti ancorate ad un **parametro qualitativo (natura del contratto)** e ad un **parametro normativo (circostanze imprevedibili).**

Il parametro dell'imprevedibilità è preordinato ad evitare il rischio che le varianti in corso d'opera possano essere utilizzate per sanare errori della progettazione già noti all'appaltatore in fase di gara.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016, comma 1

c) le varianti in corso d'opera a causa di circostanze impreviste ed imprevedibili;

Nel codice previgente, l'articolo 132, recante la disciplina delle varianti in corso d'opera, enumerava i motivi per cui le varianti in corso d'opera fossero ammissibili così come nell'articolo 106, ma includendo nel novero di tali motivi anche: a) **intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione e che possono determinare – senza aumento di costo – significativi miglioramenti qualitativi dell'opera, senza alterare l'impostazione progettuale; b) **verificarsi eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni o dei luoghi o rinvenimenti imprevisti o imprevedibili;** c) **onerosità o difficoltà nell'esecuzione** (articolo 1664, comma 2, del cod. civ); d) **bonifica e/o messa in sicurezza di siti contaminati** (di cui alla Parte IV, Titolo V, del d.lgs. 3 aprile 2006 numero 152)**



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016, comma 1

c) le varianti in corso d'opera a causa di circostanze impreviste ed imprevedibili;

Dunque appare evidente come **la norma contenuta nell'articolo 106 operi una generalizzazione** che, prestandosi ad interpretazioni flessibili, potrebbe **non risultare idonea ad individuare con precisione in quali casi si possa ricorrere a varianti in corso d'opera senza una nuova procedura di gara.**

Una enumerazione dei casi (almeno quelli più rilevanti o ricorrenti) in cui ammetterle, accompagnate dai criteri generali forniti dalla norma, sarebbe stata preferibile.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016, comma 1

d) la sostituzione del vecchio contraente con uno nuovo.

Il **quarto caso** riguarda le **varianti (sostituzioni) del contraente originario a causa:**

a) **di una clausola** di revisione prevista nei **documenti di gara** (rispettando i requisiti delle clausole dei documenti di gara che prevedono modifiche al contratto);

b) **di successione mortis causa, di contratto o di ogni intervento di ristrutturazione societaria**, purché il nuovo contraente rispetti i requisiti originariamente previsti per l'aggiudicazione della gara e che tale sostituzione non sia finalizzata ad eludere il codice;

c) **di assunzione degli obblighi del contraente nei confronti dei subappaltatori, da parte della stazione appaltante.**



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016, comma 1

*e) le **modifiche non sostanziali** (ai sensi del comma 4), secondo le soglie stabilite nei documenti di gara.*

Il **quinto caso** è quello delle **varianti non sostanziali, secondo le soglie stabilite nei documenti di gara**. Il parametro per considerare una **modifica** come “**sostanziale**” è fornito dal successivo comma 4 che individua tali **tipologie di modifiche** in quelle **che alterano considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti**. La norma sembra recepire la definizione di modifiche non sostanziali contenuta sia nell’articolo 132 del precedente codice, sia nel sesto comma dell’articolo 311 del d.P.R. 207/2001.

Il concetto di modifica sostanziale non può essere inteso in senso oggettivo ed immutabile, ma va parametrato ad una verifica caso per caso della volontà iniziale delle parti.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016

Il **comma 2** come modificato dal D.lgs. 56/2017, prevede **due ulteriori ipotesi** di modifica contrattuale senza necessità di una nuova procedura di gara, **legati al valore economico della modifica, ovvero nel caso in cui l'importo (della modifica) sia inferiore alle soglie e contestualmente l'importo (della modifica) sia inferiore al 10 % del valore iniziale del contratto per le forniture e i servizi o al 15% per i lavori:**

- 1) **per modifiche diverse da quanto previsto al comma 1**

- 2) **per modifiche diverse da quanto previsto al comma 1 e che siano dovute ad errori od omissioni progettuali (commi 9 e 10)**



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Varianti a causa di errori nella progettazione esecutiva:

a condizione che tali errori abbiano l'effetto di pregiudicare, totalmente o parzialmente, la realizzazione o l'utilizzazione dell'opera.

La responsabilità dei titolari di incarichi di progettazione è confermata dal comma 9 che, tra l'altro, in caso di appalto integrato attribuisce all'appaltatore la responsabilità per gli oneri ed i ritardi conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera per carenze della progettazione esecutiva.

Tali carenze sono quelle che il successivo comma 10 definisce come **“errori ed omissioni di progettazione”**, consistenti nell'inadeguata valutazione dello stato di fatto, nella mancata od erronea identificazione delle norme tecniche vincolanti, nel mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti, nella violazione di regole di diligenza in fase di predisposizione degli elaborati.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016 - comma 4

Il **comma 4** contiene la **definizione di modifica sostanziale**, quale alterazione considerevole degli elementi essenziali del contratto, **che preclude qualsiasi modifica del contratto**.

In particolare, la norma elenca le **condizioni che rendono la modifica sostanziale**:

a) **la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;**



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016 - comma 4

- 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) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al co. 1, lett. d).



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016 - comma 4

L'amministrazione deve quindi accertare, previa accurata istruttoria, se la modifica possa considerarsi di natura sostanziale.

L'istruttoria deve essere documentabile e dimostrabile nonché deve riportare l'iter logico/giuridico e motivazionale circa la natura non sostanziale della modifica del contratto.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016

Il **comma 11** disciplina la modifica della durata del contratto mediante l'istituto della **proroga**, purché prevista nei documenti di gara e limitamento al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure per la scelta del nuovo contraente.

In materia di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto, le norme poste a tutela dell'interesse pubblico sono inderogabili e non lasciano molto spazio all'autonomia contrattuale delle parti. Il motivo per cui il rinnovo e la proroga dei contratti pubblici sono affidati ad un regime generale di divieto salvo eccezioni deriva dalla finalità di scongiurare affidamenti reiterati allo stesso soggetto, eludendo il principio di concorrenza che, più di ogni altro, garantisce la scelta del miglior contraente (Cfr. Cons. St., Sez. III, sent. 5 luglio 2013, n. 3580).



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016, comma 11

La *ratio* dell'inserimento di tale disposizione nell'articolo 106 sta nel fatto che la **proroga rappresenta modificazione [della clausola della durata] del contratto che non richiede una nuova procedura di gara.**

La **proroga** può essere legittimamente negoziata se saranno soddisfatte **tre condizioni.**

La **prima condizione** è anzitutto che si tratti di un contratto in corso di esecuzione.

La **seconda** è che tale **proroga sia prevista, con apposita clausola, nel bando o nei documenti di gara.** L'importanza di tale condizione appare evidente nel momento in cui si osserva come essa svolga la funzione di tutelare l'interesse generale alla concorrenza.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016, comma 11

La **terza condizione** è che essa sia **limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione del nuovo contraente**. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante.

La limitazione temporale si accompagna ad una adeguata e puntuale motivazione che dia conto degli elementi che conducono a disattendere il principio generale di gara.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016, comma 11

La previsione di tali condizioni sono il riflesso del principio secondo cui le disposizioni che consentono o autorizzano la proroga di rapporti contrattuali in corso di esecuzione, debbano considerarsi eccezionali, in quanto derogatorie del divieto generale di proroga dei contratti pubblici; e non dovranno essere suscettibili di interpretazione estensiva.

La proroga, pur essendo prevista nei documenti di gara, resta una mera facoltà della stazione appaltante, tale per cui se essa ritiene non conveniente rinegoziare la prosecuzione del rapporto oltre la scadenza, può procedere ad espletare una nuova procedura di evidenza pubblica per la scelta di un nuovo contraente.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Discorso diverso vale, invece, per il rinnovo.

Il **divieto di rinnovo esprime un principio generale del diritto comunitario**, alla stregua del divieto di proroga senza previsione nei documenti di gara. A confermarlo, la lettera dell'articolo 106 fa riferimento esclusivamente alla proroga.

Il codice dei contratti pubblici previgente, nell'ambito dell'art. 57 relativo alla procedura negoziata senza bando sanciva il divieto di rinnovo "tacito" dei contratti, nulla stabilendo quanto al rinnovo "espresso".

L'art.63 del nuovo codice dei contratti (D.Lgs. 50/2016) **non riproduce tale divieto di rinnovo tacito dei contratti**. Ma si deve ritenere **tale divieto implicito nel sistema**, perché sarebbe una trattativa privata fuori dai casi consentiti, o comunque una modifica contrattuale diversa dalle ipotesi tassative di cui all'art. 106.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

L'art.106 del nuovo codice, infatti, come detto, **non ha previsto alcuna forma di rinnovo**. Lo schema di codice, invero, aveva provato a introdurre il rinnovo espresso, ma su di esso vi è stato un parere negativo del Consiglio di Stato e la previsione non risulta presente nel testo definitivo.

Pur non disconoscendosi, in termini generali, l'ammissibilità del rinnovo dei contratti di appalto e/o di concessione, purché ne rimangano immutati i contenuti (cfr. pag. 136 del Parere Consiglio di Stato n. 00855/2016 del 01/04/2016 sullo "Schema di decreto legislativo recante 'Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione<<*In base al diritto europeo il rinnovo del contratto è consentito solo se rimane immutato il suo contenuto e ciò perché sin ab origine, cioè sin dalla indizione della gara originaria, gli operatori economici devono essere in grado di valutare la convenienza della partecipazione e delle previsioni contrattuali*>>"), **appare preferibile l'opzione interpretativa che non ammette il rinnovo "espresso"**, anche nel caso in cui una simile opzione sia prevista nell'originario bando di gara e nel relativo contratto, **fuori dai casi tassativi in cui sono consentiti affidamenti successivi all'originario affidatario (ripetizione di lavori o servizi analoghi)**. In ogni caso, infatti, si finirebbe per dar vita ad un nuovo contratto di fatto a mezzo procedura negoziata ma al di fuori delle ipotesi tassative previste a tale proposito dal legislatore.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

In questo quadro **l'appiglio normativo offerto dall'art. 35, comma 4**, del codice dei contratti (il quale prescrive che il valore stimato degli appalti debba tenere conto delle previste forme di opzione o rinnovo) **non appare decisivo** soprattutto se letto in un più ampio contesto, sicuramente teso a valorizzare al massimo il profilo della concorrenza.

Da un punto di vista sistematico, la norma citata è inserita nell'articolo 35 rubricato "(Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti)".

Appare allora semmai significativo che nessun altro riferimento al rinnovo sia presente nella parte del codice esplicitamente dedicata alla procedure di scelta del contraente.

In tale contesto, **il riferimento dell'articolo 35, comma 4, sembra dover riguardare l'unica ipotesi di riaffidamento** di un contratto avente identico contenuto ad un precedente tra una stazione appaltante ed un operatore economico, **prevista, nel nuovo codice, nell'articolo 63, comma 5.**



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016

Il **comma 12** riprende l'istituto del così detto **quinto d'obbligo** (*La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto*)

Il **comma 13** si occupa della **cessione del credito**.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016

Infine, **il comma 14** disciplina **l'obbligo di comunicazione delle varianti in corso d'opera:**

in caso di contratti sotto soglia, il RUP le comunica **all'Osservatorio dei Contratti Pubblici**, tramite le sezioni regionali, **entro 30 giorni** dall'approvazione da parte dell'Amministrazione appaltante,

per i contratti pari o superiori alla soglia comunitaria, le varianti di importo eccedente il **10% dell'importo originario del contratto**, sono **trasmesse** dal RUP **all'ANAC**, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad una apposita relazione del RUP, **entro 30 giorni** dall'approvazione da parte della stazione appaltante.

Il **D.Lgs. 56/2017** ha esteso l'applicazione del medesimo **comma 14** anche alle varianti di importo inferiore o pari al **10% dell'importo originario del contratto** relative a **contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria**.



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Art. 106 D.Lgs. 50/2016

Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, essa esercita i poteri di cui all'art. 213 del D.Lgs 50/2016.

In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle varianti in corso d'opera previsti, l'ANAC applicherà le sanzioni amministrative pecuniarie di cui al comma 13 del medesimo articolo, ovvero:

- nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa (entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00)
- nei confronti dei soggetti che a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri (entro il limite minimo di euro 500,00 e il limite massimo di euro 50.000,00)



Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

I Controlli, in caso di modifiche o di varianti, dovranno essere pertanto focalizzati

sull'accertamento della natura della modifica effettuata, al fine di **verificare che non si tratti di una modifica sostanziale** che alteri la natura e gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti,

nonché sulla **sussistenza di tutti i requisiti previsti dalla norma nelle diverse fattispecie contemplate dall'art. 106 D.Lgs. 50/2016.**



Rassegna delle principali criticità e rilievi osservati dagli organismi di controllo dei fondi UE e corrispondenti correzioni finanziarie applicabili, così come desumibili dagli “Orientamenti per la determinazione delle rettifiche finanziarie da applicare in caso di mancato rispetto delle norme in materia di appalti pubblici” (Decisione della Commissione Europea C(2013) 9527), **in relazione:**

all’attuazione del contratto



Principali criticità e rilievi in relazione alle procedure di appalti pubblici: Attuazione del contratto

n.	Irregolarità	Riferimento normativi	Descrizione irregolarità
22	Modifica sostanziale degli elementi del contratto definiti nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. (*)	<ul style="list-style-type: none">• Art. 2 della Direttiva 2004/18/CE• Art. 10 della Direttiva 2004/17/CE Giurisprudenza: <ul style="list-style-type: none">• Causa C-496/99 P, CAS• Succhi di Frutta SpA, [2004] Racc. I-3801 commi 116 e 118• Causa C-340/02, Commissione contro Francia [2004] Racc. I-9845• Causa C-91/08, Wall AG, [2010] Racc. I-2815	Gli elementi essenziali dell'aggiudicazione del contratto includono ma non sono limitati al prezzo, alla natura dei lavori, alla durata, ai termini di pagamento, ai materiali usati. È sempre necessario fare un'analisi caso per caso basata su ciò che è un elemento essenziale. (**)

(*) Un limitato grado di flessibilità può essere applicato alle modifiche di un contratto dopo la sua aggiudicazione anche qualora tale possibilità le modalità pertinenti per attuazione non sono fornite in modo chiaro e preciso nel bando di gara o nel capitolato d'appalto (cfr. punto 118 della Corte di giustizia europea , causa C-496/99 , Succhi di frutta). Quando questa possibilità non è prevista nel capitolato d'appalto, modifiche del contratto sono ammesse se non sono sostanziali. Una modifica è considerata sostanziale se:

- (a) l'amministrazione aggiudicatrice introduce condizioni che, se fossero state parte della procedura di gara iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi ;
- (b) la modifica consente l'aggiudicazione di una gara d'appalto ad un offerente diverso da quello inizialmente accettato ;
- (c) l'amministrazione aggiudicatrice estende l'oggetto del contratto fino a comprendere lavori / servizi / forniture inizialmente non previsti ;
- (d) la modifica cambia l' equilibrio economico a favore del contraente in maniera non prevista nel contratto iniziale.

(**) Per il momento l'unica modifica del prezzo iniziale non è considerata sostanziale dalla Corte riguardo la riduzione del prezzo da 1,47 e il 2,94% (cfr. punti 61 e 62 della causa C-454/06, Presstext).

Tasso di rettifica

25% più il valore dell'ammontare aggiuntivo del contratto risultante dalla sostanziale modifica degli elementi contrattuali.



Principali criticità e rilievi in relazione alle procedure di appalti pubblici: **Attuazione del contratto**

n.	Irregolarità	Riferimento normativi	Descrizione irregolarità
23	Riduzione dell'oggetto del contratto.	<ul style="list-style-type: none">• Art. 2 direttiva 2004/18/CE• Art. 10 della Direttiva 2004/17/CE	Il contratto è stato stipulato nel rispetto delle direttive ma ha subito successivamente una riduzione dell'oggetto del contratto.

Tasso di rettifica

Il valore della riduzione dell'oggetto

più

25% del valore dell'oggetto finale (solo quando la riduzione dell'oggetto del contratto è sostanziale).



Principali criticità e rilievi in relazione alle procedure di appalti pubblici: Attuazione del contratto

n.	Irregolarità	Rif. Norm.	Descrizione irregolarità
24	Aggiudicazione di contratti aggiuntivi di lavori/servizi/forniture (se tale aggiudicazione costituisce una sostanziale modifica ai termini originali del contratto) senza ricorrere a gara in assenza di una delle seguenti condizioni (*) - casi di estrema urgenza determinati da eventi imprevedibili; - circostanza imprevista per opere, servizi, forniture complementari. (**)	Punto 1 (c), e punto 4 (a) art. 31 della Direttiva 2004/18/CE	Il contratto principale è stato stipulato nel rispetto delle disposizioni in materia, ma è stato seguito da una o più contratti aggiuntivi di opere/servizi/forniture (con o senza formalizzazione per iscritto) assegnati senza rispettare le disposizioni delle Direttive, ad esempio le disposizioni relative alla procedure negoziate senza pubblicazione per motivi di estrema urgenza, risultanti da eventi imprevedibili, o per l'aggiudicazione di forniture, lavori e servizi complementari.

(*) [Per il momento l'unica modifica del prezzo iniziale non è considerata sostanziale dalla Corte riguardo la riduzione del prezzo da 1,47 e il 2,94% (cfr. punti 61 e 62 della causa C-454/06, Presstetext)]

(**) Il concetto di "circostanze impreviste" deve essere interpretato tenendo conto di quanto avrebbe dovuto prevedere un'amministrazione aggiudicatrice diligente (ad esempio nuove esigenze derivanti dall'adozione di una nuova legislazione dell'UE o nazionale o condizioni tecniche, che non potevano essere previste, nonostante le indagini tecniche sottostanti progettazione, e realizzate secondo lo stato dell'arte). Lavori / servizi / forniture aggiuntivi causati dalla scarsa preparazione dell'offerta / progetto non possono essere considerati "circostanze impreviste" Vedi casi T-540/10 e T-235/11

Tasso di rettifica

100% del valore dei contratti integrativi.

Quando il totale dei contratti aggiuntivi di lavori/servizi/ forniture (anche se non formalizzato per iscritto) assegnati senza rispettare le disposizioni delle Direttive non supera le soglie delle Direttive e il 50% del valore del contratto iniziale, la rettifica può essere ridotta al 25%.



Principali criticità e rilievi in relazione alle procedure di appalti pubblici: **Attuazione del contratto**

n.	Irregolarità	Riferimento normativi	Descrizione irregolarità
25	Lavori o servizi aggiuntivi superiori al limite stabilito dalle disposizioni in materia.	<ul style="list-style-type: none">• Ultimo comma del § 4 (a) art. 31 della Direttiva 2004/18/CE	<p>Il contratto principale è stato stipulato nel rispetto delle disposizioni delle Direttive, ma è stato seguito da uno o più contratti integrativi che superano il valore del contratto iniziale di oltre il 50%</p> <p>Non vi è alcun limite nel caso della Direttiva 2004/17/CE. Per il calcolo della soglia del 50%, le amministrazioni aggiudicatrici tengono conto dei lavori / servizi aggiuntivi. Il valore di questi lavori / servizi aggiuntivi non può essere compensato dal valore lavori / servizi annullati. La quantità di lavori / servizi annullati non ha alcun impatto sul calcolo soglia del 50%.</p>

Tasso di rettifica

100% dell'importo eccedente il 50% del valore del contratto originario



Varianti in corso d'opera: sintesi della principali criticità rilevate dall'ANAC *(Comunicato del 24 novembre 2014)*

Con il **Comunicato del 24 novembre 2014**, l'Autorità Anticorruzione (**ANAC**) ha reso noti i risultati di una prima verifica condotta sulle varianti in corso d'opera che le Stazioni Appaltanti sono obbligate a trasmettere ai sensi dell'art. 37 del D.L. n. 90/2014 conv. in L. n. 114/2014.

La verifica, seppur realizzata su un campione ristretto di varianti e di modesta entità, ha evidenziato un **ricorso generalizzato all'istituto della variante non fondato sui presupposti di fatto e di diritto** di cui all'art. 132 del D.Lgs. n. 163/2006 e non adeguatamente motivato.

Qui di seguito, una sintesi delle singole criticità rilevate dall'ANAC nel corso della sua verifica.



Varianti in corso d'opera: sintesi della principali criticità rilevate dall'ANAC *(Comunicato del 24 novembre 2014)*

Carente istruttoria e motivazioni non coerenti

È stata riscontrata la tendenza ad approvare varianti in difetto di una attenta e ponderata istruttoria a cura del RUP, quest'ultimo chiamato, con specifica relazione, ad attestare la sussistenza di tutte le circostanze oggettive necessarie a sostegno della variante.

Spesso **le motivazioni addotte consistono in una mera riproposizione del contenuto della disposizione normativa** e non danno conto dell'effettiva imprevedibilità delle circostanze oggettive alla base dell'approvazione della variante.

In molti casi, inoltre, dette motivazioni si appalesano tra loro prive di coerenza, posto che **l'invocata imprevedibilità delle circostanze sottintende in realtà la sussistenza di errori progettuali**. Ciò equivale a scarsa trasparenza dell'azione amministrativa.



Varianti in corso d'opera: sintesi della principali criticità rilevate dall'ANAC *(Comunicato del 24 novembre 2014)*

Errore di progettazione

Sono state riscontrate varianti che, al di là delle motivazione addotte, risultano fondate su **errori progettuali che, con la normale diligenza, avrebbero potuto essere evitati** attraverso un adeguato esame dello stato dei luoghi.

A questo proposito si evidenzia una massiccia tendenza da parte delle stazioni appaltanti ad evitare la qualificazione della variante come frutto di errore progettuale per non incorrere in inevitabili contenziosi.



Varianti in corso d'opera: sintesi della principali criticità rilevate dall'ANAC *(Comunicato del 24 novembre 2014)*

Varianti in sanatoria

In molti casi la variante viene disposta quando i lavori ad essa correlati sono stati già stati realizzati o addirittura al termine dei lavori previsti contrattualmente onde consentire, una volta sanati i lavori relativi alla variante, la chiusura della contabilità del progetto.

Si tratta, cioè, di varianti disposte in **difetto della relativa autorizzazione e del preventivo impegno di spesa**, in presenza delle quali si configura una **responsabilità di natura erariale e disciplinare in capo al RUP** per mancato controllo sull'esecuzione del contratto.



Varianti in corso d'opera: sintesi della principali criticità rilevate dall'ANAC *(Comunicato del 24 novembre 2014)*

Variazioni falsamente migliorative

Si tratta di varianti che, apparentemente motivate sulla base dell'interesse della stazione appaltante in quanto volte a migliorare il progetto, in realtà non constano di tutte le condizioni previste dalla norma.

Talvolta tali varianti, prevedendo modifiche ad esempio ai materiali o alle tecnologie utilizzati, pur senza determinare un incremento dei costi, **finiscono per snaturare il progetto a discapito del livello qualitativo dello stesso.**

Tra le condotte riscontrate si segnala la tendenza a sostituire lavorazioni previste dal progetto con lavorazioni diverse e più remunerative per l'appaltatore.



Varianti in corso d'opera: sintesi della principali criticità rilevate dall'ANAC *(Comunicato del 24 novembre 2014)*

Mancata corrispondenza tra l'entità dei lavori oggetto di variante e i tempi aggiuntivi concessi

Talvolta detta condotta appare tesa esclusivamente a favorire l'impresa nella conduzione dei lavori, evitandole in tal modo l'applicazione di penali, in altri casi, soprattutto in fase di ultimazione dei lavori, detta condotta appare tesa a regolarizzare interventi già eseguiti.

Per quanto concerne la tempistica seguita per l'approvazione della variante, è emersa sia la **pratica di introdurre varianti subito dopo la consegna dei lavori**, ancora una volta a causa di una carente progettazione, sia la **pratica di introdurre varianti in sede di chiusura dei lavori al fine di sanare lavorazioni aggiuntive già eseguite** dall'appaltatore.



Varianti in corso d'opera: sintesi della principali criticità rilevate dall'ANAC *(Comunicato del 24 novembre 2014)*

Mancanza di nesso funzionale tra le opere in variante e quelle di progetto

È stata riscontrata la tendenza ad approvare varianti in corso d'opera in assenza di alcun collegamento con i lavori previsti dal progetto: in particolare si tratta di **lavori che**, essendo privi di alcun nesso funzionale con l'opera progettata, non servono al suo perfezionamento e **possono essere affidati al di fuori del contratto in corso di esecuzione.**



Varianti in corso d'opera: sintesi della principali criticità rilevate dall'ANAC *(Comunicato del 24 novembre 2014)*

Utilizzo del ribasso d'asta

Vi è una diffusa tendenza a riutilizzare i ribassi d'asta attraverso l'approvazione di varianti. Questa pratica non sempre risulta contraria agli interessi della stazione appaltante, soprattutto quando è volta a utilizzare le economie per realizzare ulteriori lavori, ma lo diventa quando risulta scontata, fin dall'inizio, la **disponibilità della stazione appaltante a riconoscere all'appaltatore il recupero del ribasso d'asta offerto**, soprattutto se di cospicua entità. Ciò porta ad alterare il libero confronto concorrenziale atteso che **la conoscenza di siffatta pratica induce l'appaltatore ad azzardare ribassi eccessivi**.



Varianti in corso d'opera: sintesi della principali criticità rilevate dall'ANAC *(Comunicato del 24 novembre 2014)*

Variazioni sostanziali

Significativo è apparso anche il ricorso a varianti che, in considerazioni delle nuove categorie di lavorazioni introdotte o dei nuovi prezzi approvati o dell'entità dei nuovi lavori, conducono **all'approvazione di un progetto sostanzialmente diverso da quello originario.**

Anche in questo caso di variazioni sostanziali si determina un'alterazione del confronto concorrenziale in quanto quest'ultimo risulta perfezionato sulla base di un progetto diverso.



Varianti in corso d'opera: sintesi della principali criticità rilevate dall'ANAC *(Comunicato del 24 novembre 2014)*

Commistione tra varianti e opere di completamento

Sono stati rilevati casi in cui parte dei lavori sono stati approvati con perizia di variante e la restante è stata affidata con procedura separata avente ad oggetto lavori complementari ex art 57 D.Lgs. n. 163/2006.

Si ravvisa, in ambedue i casi, un uso distorto dei principi e degli istituti relativi.



Varianti in corso d'opera: sintesi della principali criticità rilevate dall'ANAC *(Comunicato del 24 novembre 2014)*

Commistione tra varianti e opere di completamento

Sono stati rilevati casi in cui parte dei lavori sono stati approvati con perizia di variante e la restante è stata affidata con procedura separata avente ad oggetto lavori complementari ex art 57 D.Lgs. n. 163/2006.

Si ravvisa, in ambedue i casi, un uso distorto dei principi e degli istituti relativi.



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

L'art. 132 del codice dei contratti pubblici stabiliva che *“le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi”*:

a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari (art. 132, comma 1, lettera a).

Si tratta della varianti motivate dalle cosiddette “sopravvenienze di diritto”, ossia da nuove disposizioni legislative o regolamentari, entrate in vigore successivamente alla data di stipulazione del contratto.



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

1^ Ipotesi: Qualora le nuove norme entrino in vigore prima dell'aggiudicazione, non si procederà mediante una variante in corso d'opera in quanto non si è nella fase di esecuzione del contratto, ma l'amministrazione agirà in via di autotutela con la revoca della procedura di gara, se già avviata, con l'adeguamento del progetto al nuovo quadro normativo e mediante l'emissione di un nuovo bando di gara ad evidenza pubblica.

2^ Ipotesi: Analogamente, nel caso in cui le nuove disposizioni entrino in vigore dopo l'aggiudicazione, ma prima della stipulazione del contratto, l'amministrazione revocherà l'aggiudicazione, aggiornerà il progetto e riemetterà un nuovo bando di gara ad evidenza pubblica con ad oggetto l'opera aggiornata.

Precisato ciò, nel contenuto tali varianti devono essere strettamente necessarie per adeguare l'opera, rendendola utilizzabile allo scopo prefissato.



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

Non rientrano in questa categoria le varianti derivanti da sopravvenute esigenze dell'Amministrazione appaltante.

La dottrina (A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, L'appalto di opere pubbliche, Giuffrè, Milano, 2003, p. 816) precisa che le varianti in questione sono ammissibili quando necessarie alla utilizzabilità legittima dell'opera derivante dalla sopravvenuta disposizione normativa;

(vedi in passato: DPR 503/1996, per l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici, spazi e servizi pubblici"; e D.M. 26.8.1992, in materia di prevenzione incendi negli edifici scolastici).



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

Casi

La messa in sicurezza di un'area interessata da una discarica, resa obbligatoria in seguito all'emanazione del D.M. n. 471/1999, è stata ritenuta dall'Autorità per la vigilanza motivo di variante in corso d'opera rientrante nella previsione dell'art. 25, comma 1, lettera a), della legge 109/1994, per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari (Del. n. 14 del 28.1.2004).



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

Casi (segue)

Le modifiche ai piani regolatori intervenute successivamente all'approvazione del progetto possono essere considerate motivo di variante ai sensi dell'art. 25, comma 1, lettera a), della legge 109/1994, a condizione che la variante non assuma veste sostanziale snaturando il progetto originariamente approvato; in quest'ultimo caso non si tratterà di una variante, bensì di un nuovo lavoro e conseguentemente non sarà applicabile l'art. 132 (Det. n. 1 del 11.1.2001: *lo spostamento di uno svincolo in differente località, in seguito all'adozione di un piano di traffico diverso dall'originario è stato considerato una modifica sostanziale del progetto, comportante la realizzazione di un'opera diversa, e non una variante*)



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

Casi (segue)

Un esempio interessante è formulato da R. Mangani, in *“Disposizioni sopravvenute, niente limiti quantitativi. Lo spartiacque è il contratto”*, in *“Le varianti in corso d’opera”*, Edilizia e Territorio, n. 12-13, 2010, p. 10, laddove indica come ipotesi di variante per il motivo in questione, *“il caso in cui, nel momento in cui l’opera è in fase esecutiva, si riscontri l’irreperibilità di alcuni materiali dovuta alla circostanza che essi siano andati fuori produzione in quanto non più conformi alle normative tecniche sopravvenute”*.



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

b.1) per cause impreviste ed imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento (art. 132, comma 1, lettera b).

Si tratta di varianti determinate da fatti non suscettibili di previsione da parte delle stazioni appaltanti.

Siccome queste ultime sono soggetti tecnicamente esperti in materia di lavori pubblici, le mancate prevedibilità e previsione vanno individuate con riferimento a standards di tipo tecnico-professionale.

I fatti imprevisti e imprevedibili devono essere tali da impedire l'esecuzione del progetto originario, rendendo di conseguenza necessaria la variante in corso d'opera.



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

Le cause imprevedibili possono essere naturali e non naturali e vi rientra anche il provvedimento di un'amministrazione diversa dalla stazione appaltante (*factum principis*).

La stazione appaltante deve risultare totalmente estranea alle cause che hanno determinato la necessità della variante (*Se i lavori non possano eseguirsi a causa di atti o provvedimenti della P.A. o di altra autorità, il RUP dovrà riferire alla stazione appaltante (art. 161, comma 8, D.P.R. 207/2010). Gli atti ed i provvedimenti devono provenire da un'Amministrazione diversa dalla stazione appaltante, altrimenti non avrebbe senso la comunicazione ad essa da parte del Responsabile del procedimento*).

Le modifiche possono incidere quantitativamente e qualitativamente sulle opere, senza comunque alterare l'impostazione sostanziale del progetto.



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

Casi

La Cassazione ha precisato che *“le ragioni di pubblico interesse o necessità ... vanno identificate in esigenze pubbliche oggettive e sopravvenute non previste (né prevedibili) dall'amministrazione con l'uso dell'ordinaria diligenza, cosicché esse non possono essere invocate al fine di porre rimedio a negligenza o imprevidenza dell'amministrazione medesima”* (Cass. Civ., Sez. I, n. 13643/2004; Cass. Civ., Sez. I, n. 5135/2002). Ad esempio, l'Autorità per la vigilanza nella Deliberazione n. 106 del 13.12.2006 ha ritenuto non integrante una causa imprevista e imprevedibile l'ipotesi in cui la variante derivi dalla *“mancata osservanza delle prescrizioni assegnate alla progettazione e dall'insufficienza delle indagini preliminari”*.



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

L'Autorità per la vigilanza, nel caso specifico di lavori di pavimentazione stradale, non ha considerato l'infiltrazione in immobili privati, posti al disotto della pavimentazione, un evento imprevedibile in quanto certamente manifestatasi anteriormente al progetto (Del. n. 134 del 2.5.2001) così come non è un evento imprevedibile la realizzazione di un'ulteriore tratta stradale rispetto all'appalto originario (Del. n. 221 del 31.5.2001). Inoltre, con riferimento alla motivazione, l'Autorità per la vigilanza ha sottolineato che non è conforme ai criteri ed alle prescrizioni normativi la perizia di variante che non sia motivata sulla base di circostanze di imprevedibilità non rilevabili in sede progettuale, in quanto la progettazione *“non può prescindere da una verifica preventiva e puntuale dello stato dei luoghi anche a mezzo di rilievi topografici”* (Del. n. 295 del 26.7.2001).



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

b.2) per intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale (art. 132, comma 1, lettera b, seconda parte del periodo).

La variante è ammissibile qualora sia divenuto possibile l'impiego di nuovi materiali, componenti e tecnologie che non esistevano sul mercato (non disponibilità o reperibilità) al momento della progettazione. Tali nuovi elementi o tecniche devono migliorare significativamente la qualità dell'opera o di sue parti. Possono modificare quantitativamente e qualitativamente le opere e non devono comunque alterare l'impostazione progettuale.



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

Casi

Non si rintracciano pronunce specificamente dedicate da parte dell'Autorità per la vigilanza, tuttavia in plurime occasioni ha ribadito che le migliorie tecnologiche o funzionali non costituiscono motivo fondante una variante legittima (Del. n. 69 del 21.3.2001; Del. n. 18 del 5.4.2000).

In correlazione emerge che la variante – del tipo in esame – possa legittimarsi esclusivamente per la possibilità sorta, successivamente alla sottoscrizione del contratto, di utilizzo di elementi tecnici prima inesistenti e tali da apportare significativi miglioramenti qualitativi senza alterazione progettuale ed aumento di costo.



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

c) per la presenza di eventi inerenti la natura e specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisi o non prevedibili nella fase progettuale (art. 132, comma 1, lettera c).

La **prima parte del motivo** si caratterizza per l'incidenza degli eventi accaduti in fase esecutiva su beni particolari (specificità).

Tali eventi devono essere imprevisi e non prevedibili al momento della conclusione della progettazione.

La **seconda parte della lettera c)** contempla l'ipotesi del rinvenimento imprevisito e imprevedibile; tipico è il caso di rinvenimenti archeologici.



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

In entrambi i casi, la **stazione appaltante deve risultare totalmente estranea alle cause che determinano la necessità della variante** in corso d'opera e gli interventi in variazione non devono alterare l'impostazione progettuale (ad esclusione delle opere di cui al titolo XI della parte II del D.P.R. 207/2010, "*LAVORI RIGUARDANTI I BENI DEL PATRIMONIO CULTURALE*").

La modifica delle opere può essere quantitativa e qualitativa.



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

Casi

L'attività interpretativa dell'Autorità per la vigilanza si è espressa in senso coerentemente restrittivo in un ampio numero di deliberazioni. A titolo di esempio, nella Del. n. 200 del 9.7.2003 l'Autorità per la vigilanza ha ritenuto le varianti adottate per la "*connessione tra lavori di un lotto e quelli del lotto successivo*" non sussumibili nei motivi di ammissibilità in quanto non si tratta di evento imprevisto né imprevedibile.

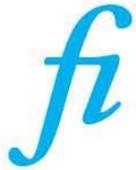
Analogamente, la presenza di manufatti e reperti archeologici nell'area dei lavori, già nota al progettista, che tuttavia non ha compiuto i necessari approfondimenti nella fase di progettazione, non legittima una variante (Del. n. 40 del 26.2.2003).



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

Casi (segue)

E' interessante la Determinazione n. 1 del 11.1.2001, che riguardo all'ipotesi di variante in questione parla di *“caso frequente in cui durante l'esecuzione dei lavori, vengano scoperti reperti o manufatti di interesse storico o artistico che richiedono, per la loro salvaguardia, l'utilizzo di tecniche o di interventi particolari”* (Det. n. 1 del 11.01.2001).



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

Casi (segue)

Nella stessa determinazione (Det. n. 1 del 11.01.2001) si individua un'ipotesi di variante ammissibile laddove si rinvenivano “*reperti archeologici di notevolissimo valore*” (relitti di navi di età romana e medioevale), sempre a condizione che la variante non sia sostanziale e non snaturi il progetto esecutivo iniziale, “*che deve pur sempre costituire il necessario punto di riferimento*”, e si esclude l'applicabilità della variante al progetto di costruzione di una scuola materna per il motivo dell'incremento del numero delle nascite e dell'immigrazione (nello stesso senso Del. AG674 del 14.12.2000).



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

d) nei casi previsti dall'Art. 1664 secondo comma del codice civile (art. 132, comma 1, lettera d).

L'art. 1664 comma 2 c.c. *“Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso.”*

Si tratta delle varianti dovute alla cosiddetta “sorpresa geologica”.

I motivi di variante non devono rientrare tra quanto era prevedibile nell'ambito di una corretta redazione del progetto esecutivo. Quindi non vi rientra, ad esempio, il ritrovamento nel sottosuolo di infrastrutture di servizi che potevano e/o dovevano essere rilevate con ricerche ed indagini appropriate sia presso i titolari delle stesse infrastrutture sia con indagini non distruttive in fase di progettazione esecutiva.



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

Possono modificare quantitativamente e qualitativamente le opere.

Le cause geologiche, idriche e simili devono intendersi come cause naturali di tipo oggettivo e non come cause non naturali quali ad esempio il fatto del terzo o in genere fatti umani sociali o economici (sciopero). Tra le cause naturali sono *“comprese anche quelle non direttamente ed immediatamente incidenti sull'esecuzione dell'opera come ad esempio: il franamento delle vie d'accesso al cantiere, le crisi idriche di grosse proporzioni che ostacolano l'approvvigionamento e le epidemie”* (Giurisprudenza commentata riportata nel massimario dell'Autorità per la vigilanza).



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

La lettera d) dell'articolo 132, comma 1, del codice richiama solo *“i casi previsti dall'articolo 1664, secondo comma del codice civile”* e non le conseguenze.

L'inserimento, dunque, della c.d. sorpresa geologica tra i casi in cui si può procedere a variazione del progetto fa ritenere applicabile non già l'equo compenso previsto dal codice civile quanto il ristoro secondo le procedure stabilite per le varianti in corso d'opera.



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

Casi

L'Autorità per la vigilanza ha ritenuto possibile che *“l'imprevedibile scoperta di cavità nel sottosuolo, nell'ambito di un intervento di copertura della tribuna del campo sportivo e durante l'esecuzione dei lavori di fondazione”* costituisca un fatto integrante il motivo di variante in esame, qualora sussistano i requisiti della sorpresa geologica (Det. n. 1 del 11.1.2001). Invece, non ha ritenuto conforme alle previsioni normative la variante determinata da situazioni geologiche già valutate dal geologo in fase progettuale (Del. n. 323 del 26.9.2001).



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

e) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione (art. 132, comma 1, lettera e).

Per costituire motivo di variante l'errore o l'omissione progettuale deve essere tale da compromettere in tutto o in parte la realizzazione o l'utilizzazione dell'opera; l'errore che non pregiudica la realizzazione o l'impiego dell'opera non è motivo di variante ai sensi dell'art. 132, comma 1, lettera e, del D.lgs. 163/2006.

Qualora ricorra il motivo in esame, la stazione appaltante ha l'obbligo di intervenire con la variazione altrimenti l'opera non potrebbe essere realizzata o utilizzata in tutto o in parte.



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

Per determinare la variante in corso d'opera, l'errore deve emergere nella fase esecutiva del contratto; qualora l'errore appaia prima della stipulazione del contratto, la stazione appaltante deve procedere alla correzione il progetto. Altrimenti, se l'amministrazione procedesse con l'aggiudicazione e/o la stipulazione del contratto, già sapendo che occorrerà disporre una variante in corso d'opera, lederebbe i principi di buon andamento ed imparzialità.



LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA AI LAVORI PUBBLICI nel codice previgente (d.lgs.163/2006 e s.m.i.) CASISTICA

Casi

L'Autorità per la vigilanza ha rilevato i seguenti casi integranti varianti per errore od omissione progettuale:

- la sottovalutazione di problematiche già esistenti in fase di progettazione e l'insufficiente rilevazione dello stato di fatto (Del. n. 298, del 19.11.2003);
- la rilevazione della relazione geotecnica di un quadro generale geologico complesso diverso da quello della relazione di progetto (Del. n. 61 del 2.4.2003);
- l'assenza di una valutazione complessiva dell'area caratterizzata da movimenti franosi, nonché della consistenza delle opere esistenti nell'area (Del. n. 311 del 6.11.2002);
- l'adeguamento del progetto preliminare approvato per un importo rettificato pari a circa tre volte l'importo originario (Del. n. 363 del 24.10.2001).

Grazie per l'attenzione

Carlo Pisciotta

...

**I materiali saranno disponibili su:
www.fondazioneifel.it/formazione**



@Formazioneifel



Facebook



Youtube