Le modifiche del contratto e le varianti in corso d'opera nel d.lgs.50/2016 tra vecchie e nuove criticità

(Leonardo Miconi)¹

1. Premesse

Le varianti in corso d'opera sono tra i temi più controversi dei contratti pubblici perché esse possono produrre l'aumento incontrollato del contratto originario.²

Generalmente rivelano i deficit più comuni dei contratti pubblici: dalla scarsa qualità del progetto, all'inadeguatezza delle figure preposte all'esecuzione del contratto, fino alle svariate forme e proporzioni della corruzione. In breve, si verifica l'eccessiva ripetizione degli *addendum* al contratto originario e il conseguente risarcimento per *andamento anomalo* dei lavori, quest'ultimo tra le voci più riconosciute in sede di contenzioso.³

Secondo alcuni esperti le varianti sarebbero uno strumento impiegato in modo sistematico per azzerare *ex post* il ribasso di aggiudicazione.⁴ Talora però le analisi non sono basate su dati scientifici, piuttosto traggono origine da casi eclatanti che vengono generalizzati.⁵ Infatti occorre considerare che gli aggiustamenti del progetto so-

¹ Dirigente dell'Anac. Le valutazioni del presente scritto sono espresse a titolo personale e non rappresentano in alcun modo il punto di vista dell'Autorità.

² Dalla banca dati per la gestione delle varianti (BDGV) istituita dall'Ufficio UVVAR dell'Anac, l'incremento dei costi per varianti sottoposte all'obbligo di trasmissione (campione di 101 varianti dall'1.1.2015 all'1.1.2016) è risultato: nel 48% dei casi entro il 20% del contratto originario; nel 47% dei casi, superiore al 20 % e fino al 100 % del contratto originario, nel 4 % delle varianti, oltre il 100 % con punta del 260 %.

³ V. parere del CdS n.2262 del 21.12.2016, pag. 22, in ordine all'emanando decreto sulla progettazione nel quale, tra l'altro, si accenna alla patologica proliferazione delle varianti e agli effetti deleteri finanche sull'immagine del sistema Paese (qui si vedano anche le argomentazioni non prive di fascino sui rapporti tra diritto e tecnica).

⁴ Un esempio concreto – ma che non può essere generalizzato - è stato oggetto della delibera Anac n.6/2014 dove l'appalto per la costruzione di una condotta con progetto esecutivo a base di gara, ha fatto registrare un ribasso del 37 % circa e n.4 varianti con un aumento complessivo dello stesso ordine di grandezza.

⁵ Da un campione di 62 varianti su 221 (sopra le soglie e sopra al 10 % del contratto originario) il *coefficiente di correlazione* tra i valori del ribasso di aggiudicazione e l'incremento del contratto rispetto a quello originario, è pari al 18 % circa; se si escludono due casi che hanno fatto registrare un incremento particolarmente ele-

no inevitabili. Basti richiamare la norma UNI 10722-1 punto 7, nella quale in ordine alla qualificazione e controllo del progetto edilizio si premette che: «*a differenza di altri contesti produttivi la redazione del progetto si muove in edilizia in un contesto di prevalente incertezza e incompletezza dei dati dove alla sintesi di ogni scelta, deve precedere l'analisi delle possibili alternative e seguire sempre la verifica dell'alternativa selezionata*». Del resto norme assai risalenti prevedevano la facoltà di integrazione del contratto (v. artt.343 e 344 della legge fondamentale dei lavori pubblici n.2248 del 20.3.1865 e artt.1659, 1660, 1661, 2041 del cc).

Vale richiamare che alcuni elementi dell'attuale disciplina sono stati anticipati dall'art.37 del dl. 90 del 2014 (convertito in legge 114/2014), con l'obbligo di trasmissione delle varianti all'Autorità Nazionale Anticorruzione (base di appalto sopra soglia comunitaria e aumento superiore al 10 % del contratto originario). La trasmissione è da riguardare alla stregua di una misura deterrente alla prassi di alterare il contratto originario, così come si prefiggeva l'art.132, comma 1, d.lgs.163/2006 (e art.205 per i beni tutelati): le varianti erano elencate in rigide fattispecie e sub-fattispecie (in totale 11) al cui verificarsi poteva legittimamente adottarsi una variante, mentre al difuori di esse operava un divieto tassativo.⁶

Tuttavia, l'effetto deterrente sperato non appare comprovato dai dati trasmessi all'Anac, laddove la frequenza delle varianti in corso d'opera ex art.37 d.l. 90/2014 e ss. mm. e ii., è risultata sostanzialmente stabile. Le varianti per cui ricorreva (e ricorre) l'obbligo di trasmissione ex art. 37 della l. 114/2014 si mantengono dal 2014 a oggi su un valore di circa 0,26/0,30 varianti al giorno.⁷ In sostanza,

vato, del 180 % e del 260 %, il *coefficiente di correlazione* è pari al 44 % circa. Ciò vuol dire che di norma si ha un ribasso elevato associato a un piccolo incremento del contratto e viceversa.

⁶ V. le analisi della Corte dei Conti in CIANFLONE e GIOVANNINI, *L'Appalto delle opere pubbliche*, undicesima edizione, 2003, Giuffrè Editore, § 384, pag.815 e ss.

⁷ V. il complesso dei dati nella Relazione al Parlamento anno 2015 desunti dalla BDGV di cui in nota 2.

invece che una diminuzione di varianti si è registrata una frequenza uniforme pari a poco meno di una ogni tre giorni naturali e consecutivi. Tale andamento provverebbe che le varianti “significative” sopra soglia siano adottate in quanto necessarie e quindi responsabilmente. Altre motivazioni sembrano doversi escludere e in particolare: la consapevolezza delle difficoltà di assicurare la vigilanza su tutte le varianti⁸; oppure, la considerazione che si tratti di contratti in esecuzione sottoscritti in vigenza della previgente normativa (forse) meno stringente sulla qualità della progettazione.

Nel prosieguo esamineremo la nuova disciplina e l'efficacia che ci si può attendere realisticamente, insieme ai nuovi problemi che già si pongono. Tra questi anche la possibile interferenza tra le varianti e la revisione del piano economico e finanziario delle concessioni e più in generale dei contratti di partenariato pubblico privato.

2. Il quadro normativo introdotto dal d.lgs.50/2016

L'art.106 del d.lgs.50/2016, in recepimento dell'art.72, direttiva 2014/24/UE, ha rivisitato la disciplina dell'art.132 del d.lgs.163 del 2006. La nuova disciplina si rinviene anche:

- nell'art.149 per i beni tutelati (già art.205 del d.lgs.163/2006);
- nell'art.175 per i contratti di partenariato pubblico privato;
- nell'art.194, comma 5, per il contraente generale.

Mentre per i settori speciali si applica il medesimo art.106 (v. art.114, co.8, d.lgs.50/2016) e dunque non vi è più un'autonoma disciplina come nel previgente codice (v.art.206, d.lgs.163/2006). La disciplina principale delle varianti dettata nell'art.106, si completa con gli articoli 108 (risoluzione) e 109 (recesso) nonché con l'art.176 (revoca e risoluzione) per i contratti di partenariato.

⁸ V. riferimenti all'onere istruttorio dell'Anac a pag.21, conseguenti alla novella introdotta dalla bozza del primo decreto correttivo al comma 14 dell'art.106 del d.lgs.50/2016.

Allo stato, non vi sono linee guida sulle varianti ex art.213, comma 2, d.lgs.50/2016, a parte alcuni riferimenti nelle emanande linee guida sulla direzione dei lavori che dovranno essere riviste alla luce del parere del CdS n.2282 del 19.10.2016.

Tuttavia, allo stato, il quadro procedurale appare interamente coperto dai comunicati dell'Anac⁹ dove sono esplicitate le incombenze del responsabile del procedimento (RdP) in tema di controlli, autorizzazione e trasmissione della documentazione sulle varianti¹⁰. Un richiamo è necessario in ordine ai poteri ispettivi del RdP, anche a sorpresa, previsti dall'art.31, comma 12, del codice: ciò consente di mantenere un controllo stringente sulle fasi più critiche dell'esecuzione e che solitamente comportano una variante; sul punto, sembra ragionevole ritenere che il potere ispettivo a sorpresa del RdP debba essere armonizzato con le fasi più critiche della direzione dei lavori; l'ispezione a sorpresa si dovrebbe impiegare anche come strumento di verifica dell'attività di direzione dei lavori qualora essa, per svariate ragioni, non sia stata designata dall'amministrazione aggiudicatrice o dal concedente.

⁹ Primo comunicato del 16.7.2014 (Pubblicato dopo l'entrata in vigore del dl 90/2014 dal 25.6.2014). Prevede l'invio indifferenziato delle varianti senza il filtro di alcuna soglia, entro 30 gg dal provvedimento di approvazione) - Secondo comunicato del 17.9.2014 (Pubblicato dopo la conversione in legge del dl 90/2014 (19.8.2014), prevede l'invio selezionato delle varianti secondo varie soglie e condizioni, sempre entro 30 gg dal provvedimento di approvazione) - Terzo comunicato del 7.11.2014 (Estensione ex art.176, co.5, lett.a, del codice, prevede l'obbligo della trasmissione per gli interventi del contraente generale delle varianti da "forza maggiore", "sorpresa geologica", "prescrizioni di legge sopravvenute", "richieste di Enti terzi" (es. CIPE, interferenze), "varianti comunque richieste dal Soggetto Aggiudicatore") - Comunicato del 24.11.2014 (Disfunzioni osservate sulle varianti trasmesse fino a novembre 2014) - Quarto comunicato del 17.3.2015 (Riordino e aggiornamento delle modalità di trasmissione, compiti del RdP, Modulo di trasmissione) - Quinto comunicato del 17.2.2016 (Trasmissione varianti ex artt.169 d.lgs.163/2006, variazioni *categorie omogenee*, contratti segretati, nuovo Modulo a firma del RdP) - Sesto comunicato del 23.11.2016 (Termini e sanzioni, comunicazione delle modifiche e prestazioni supplementari ex art.106 del codice, «*autorizzazione*» delle varianti a cura del RdP, nuovo Modulo a firma del RdP).

¹⁰ L'Anac, ai sensi dell'art.213, co.2, d.lgs.50/2016, può emanare linee guida sulle cd. *best practice* ritenute necessarie indipendentemente da una previsione esplicita del codice. Alcuni comunicati - v. nota 9 - sulle varianti sembrano potersi ascrivere al rango di linee guida a *vincolatività indiretta* laddove, in concreto, le stazioni appaltanti non possono discostarsene potendo essere raggiunte da *raccomandazioni vincolanti* ex art.211, comma 2, del codice. Sulla nozione di "vincolatività indiretta" vedasi DE NICOLIS in commento al codice in Appalti & Contratti, aprile 2016.

3. La disciplina dell'art.106 d.lgs. 50 del 2016

3.1. I caratteri salienti

L'art.106 del codice reca in un'unica e complessa formulazione, la disciplina che consente di incrementare o modificare legittimamente il contratto originario, disciplina desunta da tre fonti principali:¹¹

- dall'art.72 della direttiva 2014/24/UE recepito senza alcun adattamento e che costituisce gran parte del nuovo articolato;
- dalla legge delega 28.1.2016 n.11, in particolare per quanto attiene alcuni compiti del RdP;
- dall'ordinamento previgente, laddove è stato ripristinato l'istituto già abrogato della "*revisione dei prezzi*" nonché è stato generalizzato il cd. "*diritto di opzione*"; si conferma inoltre l'obbligo della trasmissione all'Anac delle varianti in corso d'opera di cui al citato art.37 del d.l. 90/2014.

Le principali previsioni si possono riassumere come segue. In primo luogo si pone come una novità sistematica l'introduzione delle cd. *modifiche* in corso d'esecuzione del contratto, da tenere però del tutto distinte dalle *varianti* in corso d'opera propriamente intese. In secondo luogo, l'articolato prevede le prestazioni *supplementari* in luogo dei *lavori complementari* del codice previgente, con una procedura uguale a quella delle *modifiche*.

Quindi, alla terza elencazione dell'articolo, sono riprodotte le *varianti in corso d'opera* propriamente intese e come all'art.132 del codice previgente, con una disciplina concisa alla stregua di una macrofattispecie che recita: *circostanze impreviste e imprevedibili*; tra queste, il co.1, lett. c), indica due sub-specie quali le *nuove disposizioni legislative o regolamentari* e i *provvedimenti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti*; tale unica categoria va comunque a

¹¹ V. parere del CdS n.855 del 21.3.2016, pag. 135, per un breve commento all'art.106 riferito al testo del codice precedente alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

sostituire le fattispecie dell'art.132, comma 1, di cui alla lett. b), c) e d), del d.lgs.163/2006.

Nell'articolato segue una seconda tipologia di *varianti in corso d'opera*, non più legata a *cause impreviste e imprevedibili* ma ad altre cause non meglio definite e rimesse alle valutazioni della stazione appaltante, alla sola condizione che nel bando di gara sia indicata la percentuale massima non superabile; anche tali varianti possono riguardarsi come le cd. *varianti non varianti* della norma previgente.

Nell'art.106 è dato grande rilievo alla definizione di *modifica sostanziale* quale limite qualitativo non superabile, senza riguardo degli importi e quale che sia la tipologia di modifica o di variante (in linea con la nota giurisprudenza interna).

Subito dopo, l'articolato riporta il complesso del *sistema di soglie* non superabili rispettivamente per le *modifiche*, per le *prestazioni supplementari* e per le *varianti non varianti*: tali limiti massimi sono prestabiliti dalla norma nel valore del 50 % del contratto originario nei casi delle *modifiche* e delle *prestazioni supplementari*, mentre sono lasciate all'autonoma determinazione delle stazioni appaltanti per le restanti tipologie di varianti minori; invece non vi è alcun limite d'importo, così come nel sistema previgente, per le *varianti* dovute a *cause impreviste e imprevedibili*.

L'articolato detta anche precise modalità di computo degli aumenti del contratto ai fini della verifica del rispetto delle soglie massime del bando di gara. Quindi le condizioni del tutto nuove al verificarsi delle quali si ha l'errore di progettazione.

L'art.106 reca inoltre una piuttosto ricca previsione di regole procedurali tese a varie finalità e anche queste nuove rispetto alla previgente normativa. Tra questi spicca il rinvio a un regolamento interno dell'amministrazione per disciplinare l'attività del RdP ai fini del rilascio di *autorizzazione* delle *modifiche* e delle *varianti*; quindi una serie di oneri informativi verso l'Anac, talora di semplice *comunica-*

zione talora di *trasmissione*, rispettivamente delle modifiche o prestazioni supplementari e delle varianti; infine un sistema di *sanzioni pecuniarie* associate sia agli obblighi di comunicazione che di trasmissione.

Va da sé che le varie possibilità di intervenire sul contratto in corso di esecuzione possono sovrapporsi senza limitazioni a condizione di: non superare le varie aliquote del bando di gara; non alterare la natura originaria del contratto con *modifiche sostanziali*.

In breve la norma non reca novità significative: i limiti economici delle varianti o delle modifiche erano già noti come pure il divieto di introdurre modifiche sostanziali o il diritto di opzione. Ciò che invece spicca rispetto alla previgente disciplina sono i risvolti procedurali e i profili sanzionatori, aspetti che entrambi richiedono una adeguata capacità organizzativa della stazione appaltante. Basti rilevare¹² che solo nel 9 % delle varianti trasmesse gli accertamenti del RdP sono risultati esaurienti (e convincenti), e che solo il 32 % delle varianti sono trasmesse entro i 30 giorni previsti; mentre il 50 % cade tra 30 e 60 giorni, quindi l'82 % entro 60 giorni. Ciò fa temere una forte esposizione delle stazioni appaltanti al pagamento di sanzioni pecuniarie, sicché il problema esula dalla limitata sfera di autonomia organizzativa del RdP. L'esposizione a più frequenti sanzioni delle amministrazioni, che probabilmente farà insorgere anche profili di responsabilità erariale, non può essere lasciata solo in capo al RdP.

3.2. L'autorizzazione delle varianti e delle modifiche al contratto (art.106, co.1, d.lgs. 50/2016)

La norma dell'art.106, co.1, del codice richiama una serie di adempimenti e segnatamente l'obbligo di *autorizzazione* delle varianti e delle modifiche da parte del RdP nonché talora il *perfezionamento* e *approvazione*. I termini di autorizzazione, perfezionamento e appro-

¹² V. banca dati BDGV e Relazioni al Parlamento anni 2015 e 2016.

vazione, riferiti a fasi del procedimento che si svolgevano anche nella previgente normativa, meritano alcuni chiarimenti laddove sono utilizzati senza coordinamento.

Inoltre, è da osservare che la previsione della legge delega secondo cui “*l’autorizzazione del responsabile del procedimento ha effetto sostitutivo dell’approvazione della variazione rispetto a tutte le autorizzazioni e gli atti di assenso comunque denominati*” non è stata riprodotta nell’art.106. Tale mancata previsione evita il palese conflitto che si sarebbe generato con la conferenza dei servizi di cui all’art.7 della legge 241/1990 e già questo consente di chiarire che *l’autorizzazione* riguarda solo i poteri interni della amministrazione; è evidente che essa non può riguardare le scelte di altri soggetti verso i quali opera la conferenza dei servizi in una fase preliminare alla gara e non in corso d’opera.

Chiarito tale aspetto, *l’autorizzazione* può assumere in ipotesi una diversa valenza procedurale: o il significato più tecnico, di consentire al direttore dei lavori di avviare il progetto della variante dopo che questi abbia rappresentato gli eventi e le circostanze manifestatisi; oppure si può riguardare come una fase propedeutica alle valutazioni dell’organo decisionale ma dopo la redazione della variante da parte del direttore dei lavori; o ancora si può considerare come sinonimo di *approvazione* della variante.

In favore della prima nozione è la considerazione che il RdP è così posto nelle condizioni di valutare i fatti potenzialmente devianti il normale andamento dell’esecuzione non appena questi insorgano. In tal modo si preserverebbe la genuinità degli accertamenti e le valutazioni del RdP si baserebbero su elementi fattuali che con il trascorrere del tempo si potrebbero perdere. Del resto, un tale significato di *autorizzazione* andrebbe nella stessa direzione del comunicato dell’Anac del 17.3.2015 volto, per quanto qui interessa, a scoraggiare il ruolo passivo del soggetto che invece è deputato agli accertamenti. Infatti nel comunicato si legge: “*E’ inoltre emerso che il re-*

sponsabile del procedimento al quale compete l'accertamento delle cause delle varianti, nella "apposita relazione" di cui al co.1, art.37, legge 114/2014, riprende acriticamente le motivazioni espresse dal direttore dei lavori facendo venire meno il rigore dell'accertamento." Soprattutto quando il RdP debba accertare la non imputabilità delle cause della variante alla stazione appaltante, la non prevedibilità al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori ecc. Ciò vale a maggior ragione con la nuova disciplina dell'art.106 che, come dinanzi riassunto, ha ridotto le varianti in corso d'opera dell'art.132 alla sola "macro" fattispecie di *circostanze impreviste e imprevedibili*. E' fondamentale quindi, che le circostanze impreviste e imprevedibili siano tempestivamente verificate dal RdP nel momento dell'autorizzazione al direttore dei lavori, per impedire che esse possano occultare le carenze dell'intervento o giustificare altre finalità.

Vale sottolineare che per effetto della stessa legge delega, al RdP è richiesta una presenza nella fase di esecuzione del contratto ben più incisiva che nel passato e in chiave di maggiore responsabilizzazione negli *addendum* al contratto: l'art.31, comma 12, del codice ha previsto accessi diretti a cura del RdP sul luogo dell'esecuzione anche con visite a sorpresa. Ciò suggerisce peraltro che il *piano di accessi* del RdP nelle fasi critiche della realizzazione, sia evidenziato già nel progetto e nella verifica/validazione, per essere poi inserito nei documenti di gara e fermo rimanendo l'intervento senza preavviso. In tal modo si garantirebbe la massima trasparenza nella gestione delle varianti e sarebbe più agevole mettere in relazione le eventuali carenze della progettazione con gli eventi dell'esecuzione.

Ma che non si possa trattare di un sinonimo di *approvazione*, è desumibile anche dalla disciplina urbanistica dei titoli abilitativi. Se si osserva che l'art.7, DPR 380 del 2001 dispone che solo l'approvazione del progetto da parte della *giunta municipale* tiene luogo della *concessione edilizia*, è evidente che una variante in corso

d'opera che modifichi significativamente il progetto architettonico debba essere sottoposta al medesimo organo decisionale. Dunque, sia la variante che il progetto originario a base di gara sono sul medesimo piano. Sicché l'approvazione della variante è nelle attribuzioni della giunta municipale o di altro organo equivalente in dipendenza del tipo di amministrazione¹³. A tale impostazione si può derogare solo nei casi minori per i quali l'approvazione potrà rientrare nei compiti del RdP disciplinati *ex ante* nel regolamento delle stazioni appaltanti.

Tornando alla *autorizzazione*, essa rappresenta la fase cruciale nella quale il RdP valuta le circostanze perché si proceda con la variante o con la rescissione del contratto alla luce del bando di gara. E' questo il momento nel quale può rilevarsi l'errore di esecuzione delle prestazioni o palesarsi per la prima volta un errore di progettazione a base di gara.

Come accennato in premessa, l'autorizzazione del RdP si pone in rapporto con il *perfezionamento* e l'*approvazione* (della variante).

Il sostantivo *perfezionamento* è utilizzato solo al co.8, art.106, rubricato "*sanzioni per le comunicazioni oltre trenta giorni delle prestazioni supplementari o errori di progetto*" per le prestazioni supplementari e in caso di errore di progetto.

Dunque, perché si possa procedere all'invio all'Anac, si deve trattare di un provvedimento di approvazione della modifica da parte dell'organo decisorio della stazione appaltante. Del resto, al comma 14, art.106, ai fini di stabilire i termini per la *comunicazione* delle varianti in corso d'opera alle Sezioni regionali dell'Osservatorio, si usa il termine *approvazione*.

Pertanto il *perfezionamento* non può che identificarsi con l'*approvazione* della variante e il tempo di 30 giorni che fa scattare la sanzione decorre dalla data di approvazione dell'organo a ciò de-

¹³ Per ampliare il tema v. delibera n.1 del 7-8.1.2016.

putato e che, per quanto dinanzi argomentato, non si identifica con il RdP¹⁴. Fatte salve le necessarie distinzioni nei settori speciali che continuano a godere di autonomia organizzativa.

3.3. Modifiche e prestazioni supplementari (art.106, co.1, lett.a e b, d.lgs. 50/2016)

La prima serie di disposizioni dell'art.106, co.1, lett. a) e lett.b), del codice riguarda rispettivamente le *modifiche* di natura economica e le *aggiunte di prestazioni supplementari* al contratto iniziale in corso di esecuzione. La stazione appaltante può inserire nel bando di gara le cd. *opzioni* per incrementare l'oggetto del contratto (in ipotesi anche per ridurre), sotto la condizione che negli atti di gara vi siano clausole *chiare, precise e inequivocabili*.

Alla facoltà di procedere con le *modifiche* sono poste altre limitazioni: è stabilito che non sia alterata la natura generale del contratto, vale a dire non sia introdotta una *modifica sostanziale* ; mentre sul lato economico, nella fase di progetto, non vi sono riferimenti a precise soglie invalicabili bensì si possono valutare le variazioni dei prezzi o costi standard (se esistenti); oppure, per i lavori, si possono impiegare i prezzari di riferimento con un algoritmo del tipo revisione dei prezzi e franchigia del 10 % (*a contrariis* si deve ritenere che vi siano meno limitazioni per i servizi e forniture). E' da notare però che l'aggiornamento economico della modifica basato sui prezzari è indicato come una facoltà, dunque non si esclude un altro metodo come a esempio nuovi prezzi di cui può esservi necessità, sicché in definitiva non vi sono rigide limitazioni economiche.

Come accennato, la facoltà di introdurre *modifiche* non è nuova: infatti il d.lgs. 358/1992 all'art.3, comma 1, lett. e) consentiva che “quando un contratto di fornitura prevede espressamente delle opzio-

¹⁴ Nel Modulo a firma del RdP per la trasmissione delle varianti, di cui all'ultimo comunicato dell'Anac pubblicato il 2.12.2016, si richiede l'indicazione della data e protocollo del provvedimento di approvazione della variante, risultando tali dati necessari ai fini del procedimento sanzionatorio in caso di ritardo.

ni, deve essere preso, come base per determinare il valore di stima del contratto, l'importo totale massimo autorizzato dell'acquisto, della locazione finanziaria, della locazione o dell'acquisto a riscatto, compreso il ricorso alle opzioni". Dello stesso tenore il d.lgs. 157/1995 che all'art.4, comma 7, indicava che "Nei casi in cui l'appalto preveda espressamente delle opzioni, la base per il calcolo del valore del contratto è data dal suo massimo valore complessivo autorizzato, comprendente gli elementi opzionali."

La questione delle opzioni appare tuttavia problematica proprio a causa della estensione della detta facoltà in commento ai contratti di lavori: mentre per le forniture o i servizi la modifica *post* contratto iniziale si può naturalmente circoscrivere in un mero profilo economico, non altrettanto può dirsi per i contratti di lavori. In tale ambito, di regola, una modifica interferisce con il progetto e le stesse condizioni di modifica sostanziale del comma 4, art.106, potrebbero essere facilmente superate. In ipotesi si potrebbe appaltare un contratto d'importo contenuto a fronte di una opzione rilevante. Vi è poi la questione dell'attualità del progetto a base di gara per i contratti di lunga durata: al di là del prezzo, che si può aggiornare con modalità prefissate dall'art.106, qualora si siano adottate varianti in corso d'opera, un adeguamento del progetto originario sarebbe finanche doveroso. In tal caso l'aggiornamento economico non sarebbe possibile con il solo algoritmo della revisione dei prezzi laddove potrebbero richiedersi nuovi prezzi. E' inoltre da evidenziare che, per i contratti di lavori potrebbe essere necessario richiedere in fase di gara una qualificazione esuberante rispetto al contratto e senza la certezza che la facoltà di opzione sia attuata, dunque il bando violerebbe i principi di proporzionalità e di adeguatezza. Si andrebbe così nella direzione esattamente contraria a quella auspicata dalla norma attraverso la cd. *divisione in lotti* per favorire le PMI. Si prospetta inoltre un uso improprio della modifica laddove si tratti di ovviare alle carenze delle fonti di finanziamento che potrebbero essere non

disponibili al momento della gara. In sostanza, lo strumento della *modifica* del contratto iniziale appare un istituto critico per i contratti di lavori soprattutto se utilizzato in modo indifferenziato sotto soglia, dove l'art.106 non ha operato alcun filtro dei precetti comunitari del citato art.72. In sintesi, qualora intervengano più *modifiche* complesse nei sensi detti, queste in realtà possono tralasciare in varianti mascherate.

Dato che la decisione di intraprendere la modifica implica l'esercizio di discrezionalità, l'incremento opzionale dei contratti dovrebbe trovare un richiamo anche nel piano anticorruzione dell'amministrazione: si tratta di evitare che il potere di modifica possa trasformarsi in uno strumento di condizionamento del contraente. A ciò si può in parte ovviare anche prevedendo una disciplina capillare nel bando di gara (non a caso si parla di clausole inequivocabili) e una minima indeterminazione al riguardo dovrebbe costituire *ex ante* motivo di annullamento del bando di gara.

A differenza delle *modifiche* per le quali non vi sono formali limitazioni quantitative, le *prestazioni supplementari* sono sottoposte alla limitazione tassativa del 50 % del contratto iniziale ex art.106, co.7, per ciascuna modifica. Sembra chiaro che la soglia valga per ciascuna prestazione supplementare nel senso che il succedersi eventuale di più attivazioni dell'istituto, non intacca la possibilità di aumentare il contratto originario del 50 %. Salvo la limitazione rinvenibile nel medesimo co.7 laddove si dice che "*Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice*".

Un'ultima osservazione sulle *prestazioni supplementari*¹⁵ per evidenziare il singolare riferimento motivazionale che ne consente il ricorso: l'amministrazione può/deve ricorrere all'affidamento al medesimo operatore anziché a un appalto autonomo quando si tratti di evitare *notevoli disguidi*. La formula dei *notevoli disguidi* è troppo gene-

¹⁵ V. R. Mangani, in "Edilizia e Territorio", Il sole24ore, aprile 2016, pag.106 e ss.

rica e necessiterebbe di essere circoscritta per evitare una distorsione dell'istituto: è infatti ben noto che l'organizzazione di un appalto distinto comporta sempre lungaggini che si potrebbero evitare con un'adeguata pianificazione da parte dell'ufficio pubblico che però risulta rara e talora impossibile¹⁶.

Da ultimo, non è rinvenibile nell'articolato dell'art.106 alcuna controindicazione circa la sommabilità degli istituti descritti che incrementano il contratto iniziale. Con il pericolo che un'abile pianificazione del quadro economico (e del bando) possa deresponsabilizzare ancora una volta le amministrazioni con riferimento soprattutto alla qualità della progettazione a base di gara.

Un'ultima notazione sulla natura delle *prestazioni supplementari* per evidenziare che esse sono più facilmente adottabili che nel vecchio art.57, co.5, d.lgs. 163/2006; ad queste si può ricorrere sia per la cd. impraticabilità di forniture diverse da quelle dell'appalto iniziale (quindi sempre nelle forniture e di fatto mai nei lavori o di rado nei servizi), sia per la motivazione di evitare i *disguidi* come dinanzi argomentato¹⁷.

3.4. Varianti in corso d'esecuzione (art.106, co.1, lett. c e co.4, d.lgs. 50/2016)

Dopo le modifiche per così dire volontarie, l'art.106, co.1, lett.c), riporta una fattispecie che consente le varianti in corso d'opera come nella lett.b), prima parte, comma 1, dell'art.132, d.lgs. 163/2006: le varianti in corso d'opera si possono assumere legittimamente se ricorrono *circostanze impreviste o imprevedibili*. La scelta di una sola macro categoria appare di per se corretta laddove in essa si può ri-

¹⁶ Il Modulo di trasmissione delle varianti in corso d'opera ex art.37 dl 90/2014 pubblicato dall'Anac il 4.3.2016, contempla la dichiarazione del RdP anche con riferimento alla sussistenza di lavori complementari, sicché è possibile monitorare il ricorso alle *prestazioni supplementari*.

¹⁷ Le due condizioni della lett. b), comma 1, art.106, del codice, sotto cui è possibile introdurre le *prestazioni supplementari*, sembrano in effetti sovrapponibili e perciò fonte di perplessità come argomentato da R. Mangani, in op.cit.

comprendere gran parte della casistica inutilmente ridondante dell'art.132 del d.lgs. 163/2006 di seguito riprodotta:

- cause impreviste e imprevedibili (comma 1, lett.b), art.132, d.lgs. 163/2006);
- intervenuta possibilità di usare materiali e tecnologie inesistenti al momento della progettazione (devono comportare un miglioramento “significativo”) (comma 1, lett.b), art.132, d.lgs. 163/2006);
- eventi inerenti la natura e la specificità dei beni, verificatesi in corso d’opera (co.1, lett. c), art.132, d.lgs. 163/2006);
- rinvenimenti imprevisti o imprevedibili in fase di progettazione (co.1, lett. c), art.132, d.lgs. 163/2006);
- casi di bonifica e/o messa in sicurezza di siti contaminati ai sensi della Parte IV, Tit.V, del d.lgs. 3.4.2006, n. 152 (da legge n.164 del 2014) (co.1, lett.e-bis, art.132, d.lgs. 163/2006).

In sintesi, il dato di semplificazione che si può cogliere è che le varianti in corso d’opera sono sempre possibili se intervengono cause impreviste e imprevedibili con il solo divieto di non adottare una *variante sostanziale* come definita al comma 4, art.106. Quindi solo in caso di incremento involontario e necessitato del contratto la *modifica* assume la denominazione di *variante* propriamente intesa. E’ stato altresì riprodotto al comma 7, art.106 (v. art.57, comma 5, lett.a.2, d.lgs. 163/2006), il limite di non potersi superare il 50 % del contratto iniziale e che tale limitazione vale per ciascuna variante anche qualora si dovessero manifestare più eventi.

La lett.c) in commento, riproducendo l’art.132, co.1 e l’art.176 d.lgs.163/2006, opera una breve esemplificazione delle circostanze impreviste e imprevedibili con due sub-fattispecie quali la “*soprav-*

*venienza di nuove disposizioni legislative” nonché i “provvedimenti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti.”*¹⁸

Entrambe le sub-fattispecie non sono previste dall’art.72 della dir. 2014/24/UE, sicché non si comprende quale funzione assolva la duplice esemplificazione. Infatti, come accennato, le due sub fattispecie non possono essere considerate esaustive perché la formula scelta è quella di raccogliere tutte le casistiche in un’unica categoria. Anzi, da un lato, la esemplificazione in commento è essa stessa ridondante poiché è pacifico che il subentro in corso d’opera di norme o regolamenti sia un evento esogeno alla progettazione e dunque imprevisto e imprevedibile.

In sostanza, sembra che la norma abbia inteso sottrarre alle stazioni appaltanti ogni possibilità di decidere autonomamente se una nuova norma debba comportare necessariamente una variante. La compressione di tale autonomia non appare però convincente laddove molte norme, tra cui quelle afferenti la sicurezza, compresa quella sismica, offrono sempre la possibilità alle amministrazioni di un adeguamento graduato o posticipato rispetto al momento di esecuzione del contratto.

In ciò andrebbe compreso il dato realistico secondo cui l’adeguamento di un’opera a una nuova norma non sia da riguardare necessariamente come elemento assoluto in termini di ricaduta effettiva/positiva sull’opera (ad es. la pubblica incolumità). E’ prassi che le circolari ministeriali di norma dilatano nel tempo le prescrizioni e fanno sempre salva la progettazione se è stata già oggetto del

¹⁸ La gestione concreta del subentro di nuove norme tecniche appare diversa da come si prefigura nel codice. Valga citare due esempi di notevole rilievo: la circolare del Ministero delle Infrastrutture del 5.8.2009 che, all’indomani della nuova concezione delle zone sismiche operata con DM 14.1.2008, consentì agli interventi che fossero stati non solo appaltati ma anche progettati prima del 30.6.2009, di non adeguarsi alle nuove norme; il DM 21.10.2015 del Ministero dell’Interno, che ha introdotto nuove norme di prevenzione incendi, ha escluso che tali norme si applichino alla costruzione di metropolitane ecc. i cui progetti siano stati già approvati ecc.

provvedimento di approvazione e senza che ciò comprometta la colaudabilità dell'opera.

Quanto ai provvedimenti di autorità o enti atti a indurre in via esogena le varianti, si deve evidenziare la eccessiva importanza data a tali precetti indistintamente per qualsiasi opera o contesto. Infatti una simile possibilità era prima prevista nell'art.176, co.5, lett.a), ultimo periodo, del d.lgs. 163/2006, riferito alle opere della legge obiettivo (l.443/2001), ove appunto si prevedevano le varianti in caso di "sopravvenute prescrizioni di legge" o di prescrizioni di enti terzi. Mentre sorge subito in problema della catalogazione di quali interessi siano rilevanti e di quali no, e quindi indirettamente quali enti possano avere un impatto così decisivo sulle stazioni appaltanti. Ciò inoltre non tiene conto che i pareri degli enti si devono esprimere nella conferenza dei servizi prima della gara che ha luogo sulla base di un progetto esecutivo e con procedure che non consentono più l'appalto integrato (v. art.59, d.lgs. 50/2016)¹⁹. Nuovi pareri potrebbero subentrare solo qualora mutino le condizioni di origine cui ha evidentemente fatto riferimento l'ente in sede di conferenza dei servizi.²⁰ Circostanza rara, la cui motivazione dovrebbe essere particolarmente rafforzata per evitare che un parere possa essere emesso per giustificare una variante pianificata a tavolino.²¹

D'altro canto, l'art.27, commi 3 e 4, del codice (procedure di approvazione dei progetti), prevede la responsabilizzazione dei *gestori delle interferenze*: questi sono tenuti al finanziamento del progetto di risoluzione (salvo anticipazione e successiva rivalsa), e sono sottoposti alla responsabilità patrimoniale verso la stazione appaltante

¹⁹ Per inciso si precisa che fanno eccezione i contratti di partenariato pubblico privato di cui agli artt.180, 181 e 195 del nuovo codice per i quali è ancora possibile una sorta di *appalto integrato*.

²⁰ V. nota 4 per l'esame di un esempio di come l'aver subordinato l'esecuzione di un'opera a una autorizzazione da richiedere in corso d'opera, dopo la conferenza dei servizi, possa comportare una modifica sostanziale del contratto (delibera Anac 6/2014).

²¹ Per ampliare l'argomento v. delibera Anac n.1 del 7-8.1.2016.

precedente in caso di *anomalo andamento* dei lavori; sicché, senza adeguate precisazioni e limitazioni della norma, l'importanza assegnata ai pareri degli enti in corso d'opera introduce artificialmente un *vulnus* sull'esecuzione del contratto. In conclusione, la subfattispecie viene in qualche modo amplificata e ciò appare poco comprensibile laddove il nuovo codice ha eliminato l'appalto integrato: essa può divenire un elemento critico in corso di realizzazione salvo il settore dei contratti di partenariato pubblico privato dove si pongono a base di gara progetti di fattibilità tecnica ed economica o definitivi (v. art.181, co.2 e art.183, commi 2 e 15, del codice).

Apprezzabile infine la eliminazione della fattispecie esplicita della cd. *sorpresa geologica* del comma 1, lett.d, art.132 del d.lgs.163/2006 (così pure i casi di bonifica e/o messa in sicurezza di siti contaminati della lett.e-bis). Posto che nulla cambia sul piano sostanziale, d'altro canto si riafferma che le due fattispecie hanno il medesimo onere della prova di qualsiasi altra causa imprevista e imprevedibile, senza più godere di una sorta di supremazia che la prassi le aveva attribuito; inoltre, lo sviluppo che hanno avuto le indagini preliminari a corredo della progettazione di fattibilità tecnica ed economica, anche nel decreto emanando (v. parere del CdS n.2262 del 21.12.2016), non consente più di ricorrere alla fattispecie come una giustificazione buona per tutte le occasioni. Al riguardo è utile rammentare che l'Avcp, con delibera 34 del 4.4.2012, aveva ribadito che: *“Qualora la necessità di ricorrere a varianti sia determinata dalla mancata osservanza delle prescrizioni assegnate alla progettazione e dall'insufficienza delle indagini preliminari, trattandosi di circostanze note o prevedibili, non appare legittimo l'inquadramento delle relative varianti nelle tipologie delle “cause impreviste e imprevedibili”, dell’“imprevisto geologico” e dell’“intervento migliorativo”, di cui, rispettivamente, all’art. 25, comma 1, lett.b), b.bis) e c), e comma 3 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.”.* Stesso rigore nel comunicato dell'Anac del 17.3.2015 a proposito

degli accertamenti del RdP in fase di autorizzazione della variante, dove si raccomanda di mettere in relazione le cause della variante alla adeguatezza delle indagini preliminari.²²

2.5 Varianti in corso d'esecuzione (art.106, co.1, lett. e, d.lgs. 50/2016)

In tema di varianti propriamente intese, l'art.106 ha operato la riproposizione integrale dell'art.132 del d.lgs. 163/2006. In tale direzione è da segnalare la tipologia di varianti di cui alla lett.e), comma 1, art.106 del d.lgs. 50/2016. Si tratta della facoltà di adottare varianti in corso d'opera svincolata da qualsiasi motivazione salvo il rispetto di due condizioni:

- gli importi (massimi) siano stabiliti preventivamente negli atti di gara;
- non siano violati i limiti delle *variazioni sostanziali* di cui al comma 4.

In tale fattispecie potrebbero rientrare, come noto, svariate tipologie di variante come quelle previgenti del comma 3, primo e secondo periodo dell'art.132, del d.lgs.163/2006 (le cd. *varianti non varianti*). Non vi sono altre limitazioni ed è ben possibile che esse si sommino ad altre modifiche o varianti.

In realtà non si tratta di una semplice riproposizione del vecchio schema, bensì di un notevole potenziamento della flessibilità del contratto laddove la stazione appaltante è libera di stabilire a priori l'incidenza e l'oggetto di tali incrementi, magari sulla base dell'esperienza degli uffici. D'altro canto, si deve trattare di opere o prestazioni difficili da prevedere poiché, diversamente, se fosse pos-

²² L'Anac, con delibera n.6/2014, ha ritenuto che non vi fossero *circostanze impreviste e imprevedibili* allorché il diniego di autorizzazione all'uso di una importante via di trasporto come sede di ubicazione di una condotta di grande diametro, espresso in corso d'opera da un ente sovracomunale proprietario del bene, nonostante ciò fosse previsto nel progetto esecutivo. Per la corretta catalogazione della variante v. citata delibera 6/2014.

sibile effettuare una attendibile valutazione questa dovrebbe essere inclusa nel progetto a base di gara.

La norma, volutamente priva di particolari indicazioni, suscita in effetti l'idea che possano aversi facili distorsioni e arbitrii: dall'utilizzo dei ribassi d'asta, alla replica di lavori supplementari, alla copertura di lavori già eseguiti ecc. In sostanza, la fattispecie può fungere impropriamente da "somma per imprevisti" inserita nel contratto.

Una misura di prudenza per evitare che la norma divenga un facile espediente per giustificare varianti, potrebbe essere quella di prevedere somme molto contenute in valore assoluto oltre che rispetto alla base di gara; senza prendere a riferimento quelle troppo elevate dei beni culturali di cui all'art.149 del codice.

2.6 L'errore di progetto (art.106, comma 2, d.lgs.50/2016)

Anche la nozione di errore di progetto ha avuto una significativa rivisitazione, con elementi che però vanno colti correttamente.

In primo luogo è da osservare che la nuova formulazione, ripresa *tout court* dalla direttiva 2014/24, prevede una definizione dell'errore per così dire "al contrario": se l'aumento è contenuto in determinate soglie/condizioni il contratto si può modificare con l'adozione di una variante *ad hoc*; mentre il loro superamento comporta automaticamente la risoluzione e una nuova gara.

In particolare se "*a causa di errori o omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione*" non è necessaria una nuova procedura di gara qualora la modifica sia al disotto delle seguenti condizioni (che devono contestualmente verificarsi):

- il valore della modifica (incremento) sia inferiore alle soglie dell'art.35 (per i lavori € 5.186.000,00);
- il valore della modifica sia inferiore al 15 % del contratto originario nei lavori (il 10 % nei servizi e forniture);

- se la modifica non alteri la natura del contratto o dell'accordo quadro (non vi sia una *modifica sostanziale*).

L'art.108, comma 1, lett.b), del codice, completa la procedura prevedendo che le stazioni appaltanti *possono* risolvere il contratto qualora siano superate:

- la soglia del 15 % del valore iniziale del contratto;
- e la soglia comunitaria di cui all'art.35.

Si tratta di comprendere se la procedura sia più o meno incisiva rispetto alla previgente lett.e), comma 1, art.132, d.lgs.163/2006, che prevedeva una nuova gara alla sola condizione che l'errore di progetto superasse il 20 % del contratto originario.

Orbene, dai dati di un campione di 559 varianti in corso d'opera trasmesse all'Anac dopo l'art.37 del dl. 90/2014 e sss. mm. e ii., si è rilevato che le varianti al disopra del 20 % del contratto originario sono pari al 34 %; mentre le varianti che superano il 15 % sono pari al 55 % del campione. Invece, se si incrociano i due parametri del 15 % del contratto iniziale e del valore d'importo della modifica, i casi di sconfinamento si riducono al 7 % del totale. E ancora, ragionando con le vecchie fattispecie, se si raggruppano le soglie e le casistiche dell'art.132 del d.lgs.163/2006 riconducibili alle circostanze impreviste e imprevedibili (lett.b e c, comma 1) e alla sorpresa geologica (lett.d, comma 1), si raggiunge appena lo 0,2% del totale.

Tali dati evidenziano che le condizioni perché si possa procedere alla contestazione di un errore di progetto sono di gran lunga meno probabili di verificarsi rispetto all'unica condizione del 20 %. Sicché ci si deve interrogare se questo sia un risultato accettabile.

In primo luogo va osservato che nella norma "*resta ferma la responsabilità dei progettisti esterni*"²³ anche qualora non sia necessario procedere a una nuova gara per il superamento dei limiti dinanzi riportati. Mentre la formula utilizzata dall'art.132, comma 4, d.lgs.

²³ Il comma 2, art.106, del codice, è stato rivisitato nella bozza del primo decreto correttivo in corso di adozione, ma senza cambiamenti sostanziali.

163/2006 e art.161, comma 11, dPR 207/2010 (varianti che eccedono il 20 % del contratto originario e che comportano la risoluzione automatica), prevedeva genericamente che i progettisti fossero responsabili dei danni conseguenti a errori od omissioni - se ve ne erano - senza altre indicazioni. Tanto che, come è noto, le stazioni appaltanti raramente hanno messo in atto procedure di rivalsa per errori di progetto. In verità, ciò anche a causa di una definizione di danno (v. art.269, comma 2, dPR 207/2010 allo stato non riprodotto nel codice) che tendeva ad annullare le conseguenze di una mancata previsione di progetto. Non ultime le difficoltà delle stazioni appaltanti che vedevano (e vedono) nell'obbligo di ripetizione della gara una fonte di responsabilità su vari piani: dalla progettazione alla verifica, quindi alla direzione dei lavori ecc.; in sostanza, l'ipotesi di una nuova gara è (ed era) un ostacolo al riconoscimento dell'errore di progetto che perciò viene (e veniva) preferibilmente mascherato.

Ritornando alla questione posta, la permanenza della responsabilità dei progettisti di cui ai sintagmi "*ferma restando la responsabilità*", vuol dire che l'azione di rivalsa si deve intraprendere anche se non vi sia la risoluzione del contratto in essere.

Tuttavia, il rigore della norma potrebbe risultare solo formale dato che l'inerzia dell'amministrazione ad attivarsi in caso di errore di progetto non è presidiata nel d.lgs.50/2016 da alcuna specifica sanzione.

In definitiva, il recepimento della norma comunitaria potrebbe ingenerare di fatto la eliminazione dell'errore di progetto. Va tuttavia sottolineato che a mente del comma 2, lett.b), ultimo periodo, art.106, in caso di più varianti dovute a errore, il valore dei due parametri di controllo (importo e percentuale) si somma. Circostanza questa sicuramente importante ma che va letta con il conforto dei dati sulle varianti. Riprendendo infatti il campione di varianti di cui commentato si deduce che in media solo nel 26 % dei casi le

varianti sono ripetute e perciò l'accumulo progressivo delle varianti da errore non è destinato ad avere effetti apprezzabili.²⁴

A tale disfunzione si potrebbe tuttavia ovviare con il piano anticorruzione della stazione appaltante, dove le varianti di tal genere (errore che non fa scattare la risoluzione automatica) potrebbero attivare un apposito indicatore sulle attività degli uffici per un focus sul contratto da parte del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Del resto in coerenza con le recenti riforme in tema di trasparenza,²⁵ l'utente può vigilare egli stesso sull'operato della stazione appaltante. Infatti, il comma 8 dell'art.106 prevede che siano pubblicate nella sezione *Amministrazione Trasparente* dell'Anac, l'elenco delle modifiche²⁶ adottate ai sensi del comma 2 ovvero in conseguenza di errori di progetto e indipendentemente dalla risoluzione del contratto.

Su altro fronte, va osservato che la minore probabilità di incorrere nel superamento delle soglie, si spiega con la scelta di mantenere in vita il contratto quanto più possibile senza una nuova gara e così completare celermente l'appalto. Del resto il legislatore stesso in altro punto dell'art.106, comma 1, ha ammesso che ragionevoli disguidi giustificano un affidamento supplementare senza gara. In sostanza si vuole che le due condizioni fissate producano conseguenze penetranti nella esecuzione solo per grandi appalti o, più in generale, per carenze particolarmente rilevanti e che non vi siano conseguenze operative sotto soglia.

Non deve poi sfuggire nel comma 1, art.108, l'uso del predicato *possono risolvere* (soggetto: le stazioni appaltanti) un contratto pubblico allorché vengano superate le varie soglie dell'art.106, invece che *de-*

²⁴ Il dato del 26 % riguarda le varianti delle lett.b) e c) comma 1, art.132 vecchio codice (circostanze impreviste e imprevedibili).

²⁵ V. art.5 d.lgs. 33/2013 e ss.mm. e ii. e delibere n.1309 e n.1310 del 26.12.2016.

²⁶ Le modifiche per le prestazioni supplementari (comma 1, lett.b), art.106) e per gli "errori di progetto" (comma 2, art.106) sono sottoposte agli obblighi di comunicazione all'Osservatorio dell'Anac.

ono risolvere il contratto. In breve, anche il superamento delle condizioni descritte (tranne la modifica sostanziale del comma 4 art.106, non richiamato nell'art.108)²⁷ sarebbe soggetto a un apprezzamento dell'interesse pubblico a mantenere il contratto o a dare luogo a una nuova procedura di gara. Non si comprende se questa formula sia frutto di una consapevole valutazione. Infatti sembra suggerire ancora una volta che è prevalente la prosecuzione del contratto, ma ciò è in contraddizione con l'art.106. Né la bozza del primo decreto correttivo del d.lgs.50/2016 in corso di approvazione reca alcuna modifica degli artt.106 e 108. All'aporia evidenziata si può facilmente sopperire ripristinando nel bando di gara gli automatismi apparentemente negati con l'art.108. Automatismi senza i quali sarebbe vanificato il divieto di introdurre varianti o modifiche oltre i limiti accuratamente indicati nell'art.106 e ai caratteri che devono possedere le clausole per la loro attivazione (in caso di modifiche) che devono essere *chiare, precise e inequivocabili*.

In ogni caso, nelle valutazioni dell'interesse pubblico a evitare la risoluzione, non è sufficiente una motivazione generica al prosieguo del contratto, bensì andranno evidenziati i presupposti di fatto e di diritto per la scelta della variante ed il conseguente mancato riappalto totale o parziale delle opere (v. art.132, co.4, d.lgs.163/2006, odierno art.106, co.1, d.lgs.50/2016). Altresì, la condotta mantenuta in tali valutazioni può assumere rilievo penale ai sensi dell'art 353 bis c.p. "*turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*". Infatti, il superamento della soglia percentuale dell'errore di progetto, qualora sia occultato con modalità artificiose integra una condotta che con "*mezzo fraudolento*" turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del "bando" o di altro "*atto equipollente*" in grado di azzerare la concorrenza attraverso l'elusione della gara e procurare vantaggi ingiusti all'appaltatore in

²⁷ Per un esempio circostanziato di variante sostanziale v. delibera Anac n.1 del 7-8.1.2016 e delibera n.4/2014 (v. nota n.4).

carica; nella categoria di “*atto equipollente*” devono ritenersi inclusi gli atti alternativi alla pubblicazione del bando di gara quali affidamenti diretti, varianti in corso d’opera, etc.²⁸

Anche questa è una condotta corruttiva alla quale dovrebbe fare riferimento il piano anticorruzione della stazione appaltante con l’impiego di indicatori specifici. In tale ottica (si pensi all’art.132, comma 1, d.lgs. 163/2006), la sussistenza di un ricco elenco esemplificativo di fattispecie di variante al quale poter attingere, consentiva di mascherare più agevolmente l’errore di progetto. La turbata libertà dell’incanto dell’art.353 bis cp, nei sensi delineati, sarebbe riconducibile *in primis* al direttore dei lavori e al RdP in quanto autori della catalogazione delle cause delle varianti. Talora solo al direttore dei lavori se le cause impreviste e imprevedibili abbiano per loro natura carattere transeunto. Responsabilità, come dinanzi accennato, sempre rafforzate in capo al RdP che è tenuto ad autorizzare le varianti nonché a vigilare le fasi più critiche dell’esecuzione con ispezioni a sorpresa (comma 12, art.31, codice).

In conclusione, nel complesso la norma non può essere riguardata positivamente mentre le stazioni appaltanti sono chiamate a essere più vigili per non incorrere in condotte omissive. Si spiegano così le reiterate raccomandazioni dell’Autorità Nazionale Anticorruzione sui controlli del RdP circa le cause delle varianti, segnatamente con il comunicato del 17.3.2015: in tali controlli, come già segnalato al § 3.4, è richiesto al RdP di portare alla luce il rapporto causa-effetto tra le *circostanze impreviste e imprevedibili* e la adeguatezza delle indagini e degli studi preliminari a base della progettazione.

²⁸ Per una analisi più ampia sul tema della classificazione delle varianti v. *Ordinanza di applicazione di misura cautelare ex artt.292 e ss del c.p.p.* emessa dal Tribunale di Como – Ufficio del GIP - su richiesta del Procuratore - sost. - dr. Pasquale Addesso e del Procuratore della Repubblica di Como dr. Nicola Piacente depositata il 30.5.2016, nei riguardi del direttore dei lavori e del responsabile del procedimento dell’appalto per la costruzione delle paratie del Lago di Como, per i delitti di cui all’art.353 bis del cp ecc.; ordinanza confermata dal Tribunale del Riesame di Milano e dalla Corte di Cassazione.

3. Gli oneri di comunicazione e trasmissione introdotti dall'art.106 del d.lgs.50/2016

Le innovazioni dell'art.106, commi 8 e 14, del codice hanno riguardato anche degli adempimenti nei riguardi dell'Anac che si possono così riassumere:

- distinzione tra l'onere della *comunicazione* e quello della *trasmissione*: la comunicazione (senza documentazione) ricorre per le cd. *modifiche* al contratto all'interno dei limiti indicati nella *lex specialis*; la trasmissione (con documentazione) vale solo per le *varianti corso d'opera* propriamente intese;
- gli adempimenti di *trasmissione* del comma 14, 2° periodo, art.106 del codice, sono i medesimi dell'art.37 del dl 90/2014;
- il termine di 30 giorni per la *trasmissione* delle *varianti in corso d'opera* propriamente intese, è corredato di un regime sanzionatorio prima non previsto e riferito al potere sanzionatorio generale dell'Anac ex art.213, comma 13, del codice;
- per le restanti prestazioni (modifiche, prestazioni supplementari, varianti non sostanziali ecc.) continuano a valere gli adempimenti del RdP da assolvere con il sistema *SIMOG* nei riguardi dell'Osservatorio ovvero delle Sezioni regionali.

Nel seguito si riporta una tabella dove si mettono in evidenza: la fonte degli adempimenti comunicativi del RdP, la tipologia dell'adempimento, i termini e le sanzioni in caso di ritardo.

Fonte dell'obbligo	Fonte della sanzione	Descrizione concisa	Obbligo di		Valore della sanzione	Destinatario
			comunicazione	trasmissione		
art.106, co.8, 1°periodo	art.106, co.8, 2° periodo	lavori, servizi e forniture supplementari (v. modulo 27.2.2016, sopra-soglie) (art.106, co.1, lett. b)	30 giorni dal perfezionamento	-	da € 50 a € 200 per giorno di ritardo	Anac (osservatorio)

Fonte dell'obbligo	Fonte della sanzione	Descrizione concisa	Obbligo di		Valore della sanzione	Destinatario
			comunicazione	trasmissione		
	art.106, co.8, 2° periodo	errori o omissioni che pregiudicano la realizzazione dell'opera (art.106, co.2)	30 giorni dal perfezionamento	-	da € 50 a € 200 per giorno di ritardo	Anac (osservatorio)
art.106, co.14, 1° periodo	art.106, co.14, ultimo periodo (rif. art.213, co.13)	varianti in corso d'opera di lavori, servizi e forniture sottosoglie	30 giorni dall'approvazione della s.a.	-	da € 250 a € 25.000	Anac (osservatorio)
art.106, co.14, 2° periodo	art.106, co.14, ultimo periodo (rif. art.213, co.13)	varianti eccedenti il 10 % dei contratti originari pari o sup. alla soglia	-	30 giorni dall'approvazione della s.a.	da € 250 a € 25.000	Anac (Ufficio varianti)

In particolare, i primi due obblighi di *comunicazione* del comma 8 e il terzo del comma 14, primo periodo, dell'art.106, sono riferiti all'invio all'Osservatorio ovvero alle Sezioni regionali delle *modifiche* dei contratti di lavori, servizi e forniture: in caso di ritardo si applica una *sanzione dinamica* ragguagliata ai giorni misurati; l'obbligo di *trasmissione* del comma 14, 2° periodo, art.106, ultimo rigo di tabella, continua a valere per le sole *varianti* in corso d'opera dei contratti di lavori che superano la soglia comunitaria e le altre condizioni indicate nei comunicati dell'Anac (v. comunicati Anac del 17.3.2015 e 4.3.2016): in caso di ritardo si applica una *sanzione statica* (v. art.213, comma 13) con apposito procedimento sanzionatorio dell'Ufficio preposto e su impulso degli uffici che ricevono le varianti. Fuori di tabella, restano gli adempimenti di comunicazione delle varianti sotto il 10 % ecc. verso l'Osservatorio, ovvero Sezioni regionali, come già allo stato avviene.

A tali fini l'Anac ha adeguato il modulo di trasmissione già in uso (v. comunicato del 17.3.2015) in coerenza con dette innovazioni e in particolare per acquisire i dati temporali occorrenti al calcolo dei tempi di trasmissione/comunicazione (v. comunicato Anac del 4.2.2017) e necessari ai fini sanzionatori.

Una modifica significativa introdotta al co.14, art.106, dalla bozza del primo decreto correttivo in corso di adozione, prevede che in caso l'Anac verifichi l'illegittimità delle varianti trasmesse, deve comunicarne l'esito entro trenta giorni dalla trasmissione stessa. Ciò, se sarà confermato nel testo definitivo, onera l'Anac al vaglio di tutte le varianti e qualora dopo trenta giorni non sia intervenuta alcuna comunicazione alla stazione appaltante, la variante non è più censurabile. Sotto altro profilo la novella comporterebbe che la stazione appaltante non può dar corso alle lavorazioni della variante se non sia trascorso il termine di trenta giorni: dunque si darebbe luogo a una sorta di sospensione artificiale dei lavori pari nel complesso (almeno) a sessanta giorni dall'approvazione della variante (a cura dell'organo competente), di cui i primi trenta sono nella disponibilità della stazione appaltante per la trasmissione. Un termine così ristretto per l'istruttoria, sottrae di fatto all'Anac la possibilità di incidere concretamente sull'ammissibilità della variante.

4. Varianti e trasferimento dei rischi nei contratti di partenariato pubblico privato

Le varianti nei contratti di concessione sono disciplinate nell'art.175 del d.lgs.50/2016, con una impostazione che riproduce l'art.106 a parte due principali scostamenti:

- la formula del co.1, lett.c) di *circostanze impreviste e imprevedibili dell'art.106* nella corrispondente lett.c) dell'art.175 diventa *circostanze che l'amministrazione non ha potuto prevedere utilizzando l'ordinaria diligenza*. In sostanza le due versioni hanno gli stessi effetti e anzi la seconda è una *spiegazione* della prima;
- la definizione al comma 4 delle modifiche conseguenti a errori di progettazione che riporta, ferme restando come nell'art.106 le soglie comunitarie e il divieto di modifiche sostanziali, una sola aliquota del 10 % per lavori e servizi.

La simmetria dei due articoli non è un aspetto positivo perché i contratti di partenariato sono caratterizzati da due fasi: la costruzione (investimento) previa progettazione e la gestione (esercizio) del servizio fruttifero per il tempo strettamente necessario al servizio del debito.²⁹ Nella prima, si può parlare in modo appropriato di varianti in corso d'opera, mentre sembra difficile prevedere varianti o modifiche nella fase della gestione; al contrario, la seconda fase di gestione può evidenziare errori di progettazione per difetti che solo l'esercizio delle opere è in grado di evidenziare.

Un ulteriore aspetto da segnalare è che le varianti in corso di esecuzione interferiscono direttamente sul trasferimento dei rischi se si considera, ad esempio, almeno il rischio di costruzione. Se non si opera una corretta distinzione tra l'appalto e la concessione, in capo al concessionario non gravano i rischi dovuti ai maggiori costi di costruzione; in altre parole, se si accetta, come in effetti normalmente avviene, che la fase di costruzione sia coperta anche per il concessionario dagli *eventi imprevisi e imprevedibili* come per l'appalto, va da se che non si potrà mai dare effettività al trasferimento del rischio di costruzione.

Mentre sembrano accettabili contratti nei quali si prevedano contributi in conto capitale differiti nel tempo, alla stregua di *modifiche* al contratto e purché previste nel bando di gara.

Quanto alle modifiche del piano economico e finanziario, queste andrebbero sempre preliminarmente vagliate alla luce dei divieti operanti per le varianti e in particolare con riferimento alle modifiche sostanziali.

Possono infatti aversi riequilibri nella fase che va dalla aggiudicazione all'approvazione del progetto esecutivo o della costruzione, sicché le varianti in questa fase dovrebbero essere riguardate alla

²⁹ Per una analisi a tutto campo delle concessioni, del partenariato ecc. v. C. VAL-LORANI in "La nuova disciplina degli appalti pubblici" di Garofoli e Ferrari, il Diritto EDITORE, ottobre 2016

luce dei divieti dell'art.175, comma1, del codice. Il riequilibrio del piano nella fase di esercizio, è di norma dovuto a cause per così dire monetarie e in quanto tali accettabili se coerenti con la convenzione. Vi sono però interventi del concedente nella fase di esercizio volti a farsi carico della diminuzione del flusso di cassa. In tal caso l'aggiornamento del piano dovrebbe essere riguardato come una *modifica sostanziale* della concessione alla luce dell'art.175, comma 7, lett.a) e lett.b), del codice. Infatti il flusso di cassa di cui si fa carico il concedente elimina il rischio di domanda oggi contemplato nel rischio operativo (v. art.3, comma 1, lett.zz, d.lgs. 50/2016).

5 Varianti nei beni culturali (art.140 del d.lgs.50/2016)

L'art.149 del d.lgs. 50/2016 ha riprodotto fedelmente l'art.205 del vecchio codice nel quale non si consideravano varianti in corso d'opera gli interventi disposti dal direttore dei lavori:

- per risolvere aspetti di dettaglio in aumento o in diminuzione superiore al 20 % di ogni singola categoria (di lavorazione);
- nel limite del 10 % dell'importo complessivo contrattuale se vi è disponibilità nel quadro economico (somme a disposizione).

Erano ammesse inoltre varianti nel limite del 20 % dell'importo contrattuale per la *salvaguardia del bene* e segnatamente per:

- natura e specificità dei beni sui quali si interviene;
- rinvenimenti imprevisti o imprevedibili nella fase progettuale;
- evoluzione dei criteri della disciplina del restauro.

Si riproduce in breve la previgente disciplina, confermandosi la specificità (non pacifica in dottrina) dei contratti relativi al settore dei beni culturali.

Tuttavia - al di là delle specificità del settore - tale impostazione è in contrasto con l'assetto della disciplina delineato nell'art.106 e in gran parte, se non integralmente, è già ricompresa in esso. In particolare si ripetono molteplici fattispecie che invece nell'art.106 sono racchiuse in un'unica casistica: la categoria di variante atta a *pre-*

venire e ridurre i pericoli di danneggiamento è una formula troppo vaga e di per se valida anche in ambiti non sottoposti a tutela; come pure è ripetitiva la *natura e specificità dei beni* insieme alla riproposizione della formula di *rinvenimenti imprevisti e imprevedibili*.

Inoltre, la valutazione di ammissibilità della variante è rimessa al solo apprezzamento del direttore dei lavori, senza alcun richiamo alla autorizzazione del RdP. In tal senso, esso è in contrasto con la stessa legge delega che non ha riservato deroghe particolari al settore dei beni culturali. In sostanza, il RdP è estraneo alle procedure di valutazione preventiva e di autorizzazione della variante, dove invece, per l'indiscutibile valore dei beni culturali, dovrebbe essere assicurato un controllo ben più incisivo che nei restanti ambiti dei contratti pubblici.

Inoltre le aliquote percentuali (del 10 % del contratto complessivo e del 20 % delle categorie) sono da considerare molto elevate e come tali non giustificate dalla specificità dei beni; le stesse, inoltre, soprattutto con riferimento alla prima aliquota, può essere operata senza che sia indicata nel bando di gara ai sensi del comma 1, lett. e), art.106 del codice. Ciò vuol dire che è violato anche il principio di trasparenza, essendo questo tipo di varianti rimesse alla sola valutazione discrezionale del direttore dei lavori.

Si pone inoltre il problema di quale soggetto e con quali modalità e documentazioni debba/possa individuare l'esigenza della *salvaguardia del bene*: se la circostanza di dover *salvaguardare* un bene debba essere prescritta dagli enti competenti alla tutela, come sembra ragionevole ipotizzare, o se il direttore e RdP possano assumere decisioni autonome in tal senso. Tesi quest'ultima poco sostenibile in assenza di una specifica qualificazione di tali figure, sicché possono aversi facili distorsioni.

La formulazione dell'art.149, la cui *specificità* sembra riassumersi unicamente in termini di minori controlli e minore rigore progettuale, risente del mancato coordinamento con la direttiva e con la legge

delega; la norma è comunque priva di misure limitative analoghe a quelle che si devono introdurre nel bando di gara ai sensi dell'art.106.

6. Conclusioni

Il nuovo codice dei contratti pubblici non ha introdotto novità significative della teoria delle varianti, mentre ha operato una sistemazione di tutte le fonti previgenti nonché una semplificazione delle numerose fattispecie dell'art.132 del d.lgs.163/2006.

Di peso le innovazioni in tema di errore di progetto che sembrano però rendere assai più difficile il suo riconoscimento, soprattutto se la stazione appaltante non sarà vigile nella fase di esecuzione del contratto.

Sembrano inoltre accresciute le responsabilità delle amministrazioni nella vigilanza in corso d'opera su tutte le forme che possono incrementare gli importi originari dei contratti, che perciò dovrebbe ricevere maggiore impegno delle stazioni appaltanti nei piani anticorruzione.

E' significativa altresì la previsione di sanzioni pecuniarie in caso di ritardo nella trasmissione delle varianti in corso d'opera oltre trenta giorni dall'approvazione. Tuttavia tale misura onera eccessivamente il RdP laddove questi dispone solitamente di risorse non adeguate né ha poteri effettivi di incidere sulla organizzazione. Di talché il ristretto termine introdotto dalla norma, dovrebbe richiedere la massima attenzione organizzativa dell'Amministrazione e solo dopo quella dei singoli RdP.

E' nuova inoltre la previsione di una disciplina delle varianti per il settore dei contratti di partenariato pubblico privato sebbene non vi sia stato alcun adattamento alla specificità degli stessi. Aspetto che comunque potrà essere ripreso e migliorato in seguito.

Infine, la disciplina del settore dei beni culturali, riprodotta *tout court* dal vecchio codice, appare superata e non coerente con alcuni

principi affermatosi nella nuova normativa nazionale e comunitaria.■