

Contratti pubblici: varianti in corso d'opera e modifiche contrattuali (commento all'art. 106 del D.Lgs n. 50/2016)

di Arrigo Varlaro Sinisi¹

1. Introduzione

L'art. 106 del D.Lg n. 50/2016 contiene alcune disposizione innovative rispetto alla previgente normativa. Talune di esse derivano direttamente dal recepimento della direttiva comunitaria (articolo 72 della direttiva 2014/24/UE, nonché articolo 89 direttiva 2015/25/UE), altre dalle ulteriori previsioni della legge delega (articolo 1, comma 1, lett. ee) della legge 28 gennaio 2016, n. 11).

Per quanto concerne la norma europea, essa, a propria volta, recepisce i principi affermatasi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo cui le modifiche del contratto, comportanti una modifica minore del valore del contratto sino a un determinato valore, dovrebbero essere sempre possibili senza richiedere una nuova procedura d'appalto (in tal senso, il considerando n. 107 e seguenti della dir. 24/2014/UE).

2. Clausole di “modifiche contrattuali”

Il primo comma, dopo aver precisato che le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità, devono essere autorizzate dal RUP, con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante, individua, in una griglia di ipotesi, da ritenersi indubbiamente **tassativa**, i casi in cui sono possono ritenersi ammissibili le modifiche al contratto. E' inoltre precisato che la possibilità di introdurre tali modifiche deve essere stata prevista negli atti di gara, in clausole chiare, precise ed inequivocabili. Tutto ciò a prescindere dal loro valore monetario.

3. Clausole di “revisione prezzi” e di “opzioni”

La prima ipotesi di modifica ammessa (comma 1, lettera a) è relativa alla “*revisione dei prezzi*”.

Il dato testuale della norma, sebbene formulato in modo non particolarmente felice, lascia intendere che, al di là di clausole che abbiano ad oggetto la “revisione prezzi”, sono ammissibili anche altre clausole “modificative” del contratto. La norma, tuttavia, non chiarisce quale possa essere il loro contenuto.

Una possibile risposta la si ottiene leggendo quanto è previsto nelle direttive comunitarie. Qui è scritto che, rispetto ai singoli contratti, le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere clausole di revisione o di “opzione” dei contratti stessi (considerando n. 111 della dir. 14/2014/UE). In particolare, l'articolo 72 di tale direttiva prevede che sono ammesse le

¹ Il presente contributo è pubblicato in *Il nuovo Codice dei Contratti pubblici*, ed. DIKE Giuridica, settembre 2016, pag. 429 e segg..

modifiche contrattuali, a prescindere dal loro valore monetario, se *“sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni”*.

E' possibile, dunque, affermare che le clausole modificative del contratto possono avere ad oggetto la “revisione prezzi”, ovvero, più semplicemente, delle “opzioni”. Sarà poi la stazione appaltante, in fase di esecuzione, a valutare se avvalersi o meno di tali opzioni.

Il comma 11 disciplina una particolare ipotesi di opzione: la “proroga” del contratto.

Tale norma prevede, in particolare, che la durata del contratto può essere modificata per i contratti in corso di esecuzione solo nel caso in cui una tale “opzione” è stata prevista nel bando e nei documenti di gara. In tali casi, la proroga sarà comunque limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In regime di proroga, si applicano gli stessi prezzi, patti e condizioni del contratto originario o, comunque, più favorevoli per la stazione appaltante.

Tornando alla “revisione prezzi”, si rileva come il “nuovo” Codice superi il divieto di revisione dei prezzi stabilito all'art. 133 comma 2 del D.Lgs n. 163/2006, nonché, limitatamente ai contratti di lavori, sia la disciplina della cosiddetta compensazione dei prezzi (comma 1-bis della medesima norma), che quella del prezzo chiuso (di cui al successivo comma 3).

Per quel che concerne il limite in cui è ammessa la “revisione dei prezzi”, l'articolo 106 comma 1 lettera a), prevede che, relativamente ai contratti di lavori, le variazioni di prezzo, in aumento o in diminuzione possono essere valutate sulla base dei prezzari di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario *“e comunque in misura pari alla metà”*.

Dalla lettura della norma non è ben chiaro, la “metà” di cosa. Probabilmente la metà deve essere riferita al valore eccedente il 10 per cento. Non può escludersi, tuttavia, che la metà sia riferita al valore del contratto. La lettura della direttiva non chiarisce il dilemma.

4. Prestazioni “supplementari”

La norma recupera la previsione dell'art. 57 comma 5, lettera a) del D.Lgs. 163/2006 che, in linea con le disposizioni della direttiva del 2004, consentiva l'utilizzo della procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara per l'affidamento di lavori o servizi complementari.

Il “nuovo” Codice, questa volta in linea con la disciplina della direttiva del 2014, prevede che le prestazioni “complementari” possono essere affidate al contraente attraverso una mera modifica contrattuale.

La norma pone, tuttavia, alcune condizioni affinché possa procedersi in tal senso. In primo luogo, occorre che le prestazioni “supplementari”, che si siano rese necessarie, non erano incluse nell'appalto iniziale. Ed ancora, che un eventuale cambiamento del contraente produca, alla stazione appaltante, entrambi i seguenti effetti: da un lato risulti impraticabile, per motivi economici o tecnici, quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; dall'altra, comporti, per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore, notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi.

Quanto al limite massimo consentito, la norma precisa (comma 7) che, per i soli “settori ordinari”, l'estensione del contratto non può essere superiore al 50 per cento del valore del contratto iniziale e che, in caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al

valore di ciascuna modifica. La norma precisa che in ogni caso tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice.

Anche in questo caso non è chiaro come debba essere interpretato il significato delle previsioni secondo la quale *“tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica”*. Una possibile opzione interpretativa potrebbe essere nel senso che la percentuale in questione si calcola, la prima volta sul valore del contratto iniziale, la seconda volta – e le eventuali successive - sulla somma del valore del contratto iniziale, come modificato per effetto dell'affidamento di precedenti prestazioni supplementari. Un tale possibilità sembrerebbe avvalorata dall'ultimo capoverso della norma, secondo cui le modifiche in questione non devono evidentemente essere frazionate allo scopo di eludere il divieto di affidamento di prestazioni superiori al 50 per cento del valore del contratto iniziale. Né, aggiungiamo, di eludere i limiti di cui all'articolo 35, con particolare riferimento a quanto previsto al comma 4. Qui è stabilito, tra l'altro, che il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. *“Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara”*.

Come detto, il limite del 50 per cento trova applicazione solo nei settori “ordinari”. Il che lascia supporre che relativamente ai “settori speciali” non vi è alcun limite. D'altra parte, l'articolo 108 del Codice (che, rammentiamo, si applica anche ai “settori speciali”) al comma 1 lett. b), prevede che il contratto può essere risolto, tra l'altro, se sono superate le soglie di cui all'articolo 106, comma 1 lettere b) e c). Trattasi, tuttavia, di una ipotesi di risoluzione che non opera di diritto, ma come facoltà della stazione appaltante. L'articolo 108, infatti, esordisce prevedendo che le stazioni appaltanti “possono” risolvere il contratto ove ricorra una o più delle condizioni ivi indicate.

Al di là di dell'assenza esplicita di limiti per i settori speciali, un possibile limite potrebbe essere colto dal sopra richiamato “considerando n. 107” della direttiva, secondo il quale le modifiche sono ammesse per valore inferiore a quello d contratto. D'altra parte una estensione illimitata si porrebbe in contrasto con i principi di concorrenza e par condicio, posti a fondamento del Trattato di Roma e delle direttive di cui trattasi.

5. Varianti in corso d'opera.

Tra le modifiche consentite, vi sono quelle che si sono rese necessarie a causa di circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di “varianti in corso d'opera”.

Si tratta, indubbiamente, di varianti riconducibili ad eventi non solo non previsti dalla stazione appaltante al momento della progettazione, ma che non lo erano comunque, anche con l'uso dell'ordinaria diligenza.

La direttiva comunitaria (24/2014/UE) precisa che il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile (considerando n. 109).

Tra le circostanze che possono determinare la variante in questione, la norma in commento menziona “anche” la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti. L’utilizzo dell’avverbio “anche” fa sì che l’individuazione di tali casi non assuma carattere tassativo. Ben potendo, quest’ultimo, essere esteso ad altre ipotesi. Ad esempio, alla cosiddetta “sorpresa geologica”, od altre simili.

In ogni caso, la norma precisa che per gli appalti nei settori “ordinari” resta fermo il limite del 50 per cento, previsto al comma 7.

In ogni caso – e, quindi, anche per i settori speciali - la modifica non deve alterare la natura generale del contratto. Quanto al limite massimo applicabile ai settori speciali, possono valere le considerazioni espresse nel precedente paragrafo, a proposito delle prestazioni “supplementari”.

6. Varianti nel limite del quinto

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 (comma 12).

Trattasi, indubbiamente, di una norma di apertura, che consente alla stazione appaltante, a differenza di quanto accadeva sotto il codice abrogato, di introdurre varianti nel limite del quinto, per qualunque causa o ragione e, quindi, senza necessità di una particolare motivazione.

Unico limite, al di là del quinto, è che la “variante” in questione sia richiesta in corso di esecuzione e, quindi, prima del verbale di ultimazione dei lavori.

Nel passaggio dal “vecchio” impianto normativo a quello attuale si è persa la previsione del d.P.R. n. 207/2010, che stabiliva la modalità per il calcolo del quinto. Essa era contenuta all’articolo 161 (“varianti e addizioni al progetto”), il cui comma 14 stabiliva che *“Ai fini della determinazione del quinto, l’importo dell’appalto è formato dalla somma risultante dal contratto originario, aumentato dell’importo degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per varianti già intervenute, nonché dell’ammontare degli importi, diversi da quelli a titolo risarcitorio, eventualmente riconosciuti all’esecutore ai sensi degli articoli 239 e 240 del codice. La disposizione non si applica nel caso di variante disposta ai sensi dell’articolo 132, comma 1, lettera e) del codice”* (errori del progetto esecutivo)”.

Tale previsione, che elevava a norma regolamentare la previsione, di contenuto sostanzialmente analogo, contenuta all’art. 10 comma 4 del d.m. n. 145 del 19 aprile 2000 (capitolato generale amministrativo d’appalto) consentiva, sebbene per i soli “lavori”, di superare le diatribe che in passato si erano registrate circa la modalità di calcolo del cosiddetto quinto d’obbligo. Tale articolo, tuttavia, è stato abrogato dall’art. 358, comma 1, lettera e) del medesimo d.P.R. n. 207/2010 e, pertanto, non costituisce più un valido riferimento.

In ultimo, si osserva che il predetto articolo 161 precisava (comma 15) che, ai fini del calcolo del quinto, non dovevano essere tenuti in conto gli aumenti, rispetto alle previsioni contrattuali, delle opere relative a fondazioni.

In assenza di indicazioni al riguardo, è agevole presumere che si riaprirà il dibattito circa le modalità di calcolo del quinto in questione.

7. Sostituzione del contraente

Altra modifica contrattuale è consentita ai fini della sostituzione del contraente appaltatore, al quale la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto. Ciò, tuttavia, è possibile nei tre casi indicati comma 1 sub lett. d).

Il primo di essi è costituito da *“una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a).*

Quale sia il significato di una tale disposizione non è chiaro. Né, allo scopo, aiuta una lettura della direttiva.

Una possibile interpretazione potrebbe legare la norma alla sostituzione del concorrente nelle ipotesi in cui il contratto ponga un limite alla clausola di revisione dei prezzi del contratto e questo limite dovesse essere superato. Anche se in un tal caso (eccessiva onerosità sopravvenuta) dovrebbe comunque essere il contraente a dover chiedere la risoluzione del contratto.

Altra ipotesi di sostituzione del contraente, si ha quando all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o per contratto, anche a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del Codice medesimo.

Si osserva, che in entrambe le ipotesi sopra considerate, la “sostituzione” sembra possibile solo nei confronti dell'aggiudicatario iniziale. Dal tenore letterale della norma, sembrerebbe preclusa la “sostituzione” di un contraente che non sia l'aggiudicatario iniziale. Se così non fosse, non avrebbe senso l'averlo precisato.

Terza ed ultima ipotesi di “sostituzione” del contraente, la si ha nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

8. Modifiche non sostanziali

Modifiche al contratto o ad un accordo quadro sono altresì ammissibili quando le stesse non rivestono carattere “sostanziale”.

Tale sono le modifiche che alterano considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti (comma 4).

La norma precisa, inoltre, che, fatto salvo quanto previsto ai primi due commi della norma medesima, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

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;

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 comma 1, lettera d).

Le stazioni appaltanti possono stabilire, nei documenti di gara, soglie di importi per consentire le modifiche.

9. L'errore progettuale

La norma prevede, inoltre, che i contratti possano essere modificati anche a causa di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, senza necessità di una nuova procedura, se il valore della modifica è al di sotto delle soglie comunitarie (articolo 35), nonché, per i settori ordinari, al di sotto del 10 per cento del valore iniziale del contratto, ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali. La norma si applica a tutte e tre le tipologie contrattuali; lavori, servizi e forniture.

E' previsto, inoltre, un limite oggettivo; la modifica non deve alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro. In caso poi di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.

Per quanto concerne il profilo delle responsabilità, mentre la prima parte del comma 2 prevede che, in ogni caso, resti ferma la responsabilità dei progettisti "esterni", il successivo comma 9 precisa, che i titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione. Nel caso di appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo.

Viene inoltre precisato (comma 10) che ai fini del medesimo articolo, si considerano errore o omissione di progettazione l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle regole di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali.

10. Obblighi di comunicazione e trasparenza

Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori che hanno modificato un contratto nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) e c), dell'articolo 106 (ossia, nel caso di "revisione prezzi", ovvero di prestazioni "supplementari") ne danno pubblicità attraverso un avviso pubblicato sulla G.U.C.E.. Tale avviso contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera E del Codice, ed è pubblicato conformemente all'articolo 72 per i settori ordinari e all'articolo 130 per i settori speciali.

Inoltre, ai sensi del comma 8, la stazione appaltante comunica all'ANAC le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lettera b) (prestazioni "supplementari") e al comma 2 (errori nella progettazione), entro trenta giorni dal loro perfezionamento.

In caso di mancata o tardiva comunicazione, l'Autorità irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo, con ogni conseguenza sul soggetto che sarà ritenuto inadempiente (che la norma, tuttavia, non individua), trattandosi di danno erariale.

L'Autorità pubblica sulla sezione del sito Amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatore, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica.

Per quel che concernono invece gli appalti e le concessioni di importo inferiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture sono comunicate dal RUP all'Osservatorio di cui all'articolo 213, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza.

Per i contratti pubblici di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera di importo eccedente il dieci percento dell'importo originario del contratto, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture strategiche, sono trasmesse dal RUP all'ANAC, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad una apposita relazione del RUP, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante. Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, essa esercita i poteri di cui all'articolo 213. In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle varianti in corso d'opera previsti, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 213, comma 12.

11. La Proroga

Il comma 11 disciplina la “proroga” del termine contrattuale.

La norma prevede che la durata del contratto possa essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione, se è prevista nel bando e nei documenti di gara una tale opzione.

In ogni caso, la proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. Per il tempo di durata della proroga, il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni, previste nel contratto, agli stessi prezzi, patti e condizioni, o più favorevoli per la stazione appaltante.

Dalla “proroga” deve essere tenuto distinto il cosiddetto “**termine suppletivo**”.

Esso consiste in uno slittamento del termine di ultimazione dei lavori, nei casi in cui l'imputabilità della maggiore durata del contratto non dipende dall'appaltatore. Questa ipotesi, nel precedente impianto normativo, era prevista e disciplinata all'articolo 159 comma 9 del d.P.R. n. 207/2010.

La giurisprudenza di legittimità (**Cass. Civ. Sez. I 21 giugno 2007, n. 14510**) ha affermato che ove si verificano, durante l'esecuzione dell'appalto, cause tecniche, impreviste o imprevedibili, ovvero cause di forza maggiore o impedimenti oggettivi non imputabili a nessuna delle parti, che determinano uno slittamento del programma di avanzamento delle prestazioni, l'appaltatore **ha diritto** a un “**termine suppletivo**”. In tali casi, dunque, l'appaltatore ha diritto ad ottenere uno slittamento del termine di ultimazione dei lavori.

In attesa di eventuali indicazioni da parte dell'ANAC, o delle prime pronunce della giurisprudenza, pur nel silenzio della norma, deve ritenersi che, ancorché non codificato, l'appaltatore conservi il diritto al riconoscimento di tale termine suppletivo. Termine che consentirà, tra l'altro, la disapplicazione della penale. Altra cosa sarà poi valutare se l'appaltatore, in conseguenza del riconoscimento di un “termine suppletivo”, abbia diritto o meno alla refusione dei maggiori costi sostenuti, in termini di maggiori spese generali, ritardata formazione dell'utile, ecc. ed eventualmente in quale misura. Ma questo è un tema che esula dall'odierno approfondimento.

12. La cessione dei crediti

Il comma 13, prevede che ai fini dell'opponibilità alle stazioni appaltanti, le cessioni di crediti devono essere stipulate mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e devono essere notificate alle amministrazioni debtrici. Le cessioni dei crediti da corrispettivo sono efficaci e opponibili alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro quarantacinque giorni dalla notifica della cessione. Non è più previsto (art. 117 comma 1 del D.Lgs n. 163/2006) che la cessione dei crediti debba essere effettuata

a banche o intermediari finanziari, il cui oggetto preveda l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti di impresa. Le altre previsioni della norma confermano quelle del codice abrogato.