



CEFME  CTP
Organismo Paritetico per la formazione
e la sicurezza in edilizia di Roma e provincia

QUADERNI
DELLA
SICUREZZA

**LA DISCIPLINA
DELLE VARIANTI
IN CORSO D'OPERA**
E I RELATIVI INTERVENTI
DELL'ANAC

LA DISCIPLINA DELLE VARIANTI IN CORSO D'OPERA E I RELATIVI INTERVENTI DELL'ANAC

di Arturo Cancrini e Vittorio Capuzza

SEDI OPERATIVE
Pomezia
Via Monte Cervino, 8
Tel. 06.91962-1 (15 linee R.A.)
Fax 06.91962209

Roma
Via Casilina, 767
Tel. 06.2414000
Fax 06.24419879

SEDE LEGALE
Roma
Via Filippo Fiorentini, 7
Tel. 06.4063824 - 06.4065541
Fax 06.4064833

Presidente
ALESSANDRO MINICUCCI

Vicepresidente
MARCO FEDERICONI

Direttore
ALFREDO SIMONETTI

CEFMECTP - Organismo Paritetico per la formazione
e la sicurezza in edilizia di Roma e Provincia

STAFF DI PROGETTO

Responsabile scientifico
ALFREDO SIMONETTI

Autori
ARTURO CANCRINI E VITTORIO CAPUZZA

Consulente Tecnico
FEDERICO FRATINI

Quaderni della Sicurezza

Collana tecnico-scientifica diretta da:
Alfredo Simonetti, Giuseppe D'Agostino, Ferdinando Izzo,
Vittorio Capuzza, Silvio Mancini, Federico Fratini,
Stefano Schietroma

nuova serie
n. 2

Tutti i diritti riservati © 2015
CEFMECTP - Organismo Paritetico per la formazione
e la sicurezza in edilizia di Roma e Provincia

PREMESSA

a cura del Direttore Ing. **Alfredo Simonetti**

Questo secondo volume si colloca come naturale prosecuzione del filone di argomenti tecnici e giuridici – iniziati con l'analisi de "La normativa sul calcestruzzo come materia trasversale fra disposizioni pubblicistiche e penali", edita pochi mesi fa dal CEFMECTP – con l'intento di fornire strumenti chiari sulla normativa che contraddistingue il mondo delle costruzioni.

Nello specifico, gli autori hanno trattato l'argomento delle "Varianti in corso d'opera", con riferimento agli interventi dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

L'intero studio è rivolto all'analisi delle caratteristiche tecniche che contraddistinguono le varianti.

Gli autori hanno cercato di fornire una risposta ai principali quesiti in materia, quali, ad esempio, "l'obbligo da parte dell'appaltatore di eseguire ulteriori lavori di cui al contratto d'appalto originario, ed oltre il quale, invece, i lavori possono essere qualificati come variante del contratto originario stesso", oltre alle "caratteristiche che la variante deve avere rispetto all'opera progettata e contrattualmente stabilita", con lo studio delle conseguenti cause che rendono una variante ammissibile o non ammissibile.

Altro argomento ampiamente analizzato è il delicato concetto di "imprevisto" che nella prassi quotidiana entra nell'ambito delle varianti in modo a volte poco chiaro o come conseguenza di un'interpretazione troppo estensiva, con conseguenze complesse, soprattutto di carattere sanzionatorio. Seguendo questa prospettiva il testo analizzerà quello che è considerato dalla normativa il "limite quantitativo all'ammissibilità di varianti da errore progettuale, superato il quale l'Amministrazione è tenuta a recedere dal contratto e a indire una nuova gara" e l'analisi si soffermerà anche su come questi limiti vengano presi in considerazione con modalità differenti nel regime dell'appalto integrato.

Si tratta quindi di un testo sicuramente articolato che potrà fornire ai più attenti lettori differenti parametri operativi e teoretici, tracciando una serie di linee guida per la gestione delle varianti, sapientemente indicate dagli autori che confermano il loro costante impegno, prima di tutto di studio e ricerca, in una materia in continua evoluzione; l'Ente è quindi grato di poter offrire studi come questo su argomenti sempre più complessi, attraverso la piena collaborazione con professionisti e studiosi di indubbio valore, così da poter garantire a tutti gli attori del mondo delle costruzioni un punto di vista sempre attuale e di grande competenza.

INDICE

1. LE FONTI	7
2. LE CARATTERISTICHE	10
3. IL CD. QUINTO D'OBBLIGO E LA DIFFERENTE DISCIPLINA	11
4. IPOTESI DEL COMMA 1 DELL'ART. 132 DEL CODICE	14
5. LA NUOVA IPOTESI DI VARIANTE: LA LETT. E-BIS DELL'ART. 132 E IL SUO SVINCOLO DAGLI OBBLIGHI ANAC. RINVIO	30
6. PROCEDIMENTO E COMPETENZE	31
7. LE VARIANTI NELL'APPALTO INTEGRATO	34
8. CENNO ALLA DISCIPLINA DELLE VARIANTI PER IL CONTRAENTE GENERALE	42
9. LE VARIANTI PROGETTUALI IN SEDE DI OFFERTA	46
10. L'OBBLIGO DI TRASMISSIONE ALL'ANAC DELLE VARIANTI IN CORSO D'ESECUZIONE PER I SOLI LAVORI PUBBLICI. I QUATTRO COMUNICATI DELL'AUTORITÀ	50

1. LE FONTI

di **Arturo Cancrini**

Nell'articolo 132 del D.Lgs. n. 163/2006 il Legislatore ha disciplinato la materia delle varianti nelle opere pubbliche prevedendo la possibilità per l'Amministrazione appaltante di apportare variazioni e addizioni all'opera, cui corrisponde l'obbligo per l'appaltatore di eseguirle purché siano contenute entro determinati limiti e siano disposte con determinate forme.

La disciplina che si è succeduta in questa delicata materia è ora contenuta nell'art. 132 del Codice degli appalti e – dall'8 giugno 2011 – negli artt. 161 e 162 del D.P.R. n. 207/2010 (quindi, vigevano gli artt. 343 e 344 della Legge 20 marzo 1865, n. 2248, negli artt. 13 e 14 del cap. generale Min.II.pp. di cui al D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, nell'art. 20 del reg. 25 maggio 1895, n. 350 e, soprattutto, nell'art. 25 della Legge 109/1994, così come da ultimo modificata dalla L. n. 166/00, nell'art. 134 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e, infine, nell'art. 10 del D.M. II.pp. 19 aprile 2000, n. 45. Tali ultime disposizioni avevano abrogato la maggior parte delle prescrizioni ante L. n. 109/94). Ciò premesso, per meglio comprendere l'attuale regime normativo dell'art. 132 del Codice, appare preferibile esaminare tale istituto così come era disciplinato all'art. 25 della Legge Merloni - Legge 109/1994, per poi verificare come il nuovo disposto normativo e le nuove norme regolamentari abbiano inciso sul regime delle varianti.

Innanzitutto, è noto che in tema di varianti vige una disciplina alquanto differenziata a seconda che la variazione superi o meno il limite del sesto quinto.

Nel caso in cui l'esercizio dello *ius variandi* comporti un aumento (ovvero una diminuzione) dei lavori non superiore al quinto dell'importo complessivo dell'appalto sull'appaltatore incombe un vero e proprio obbligo di eseguire le variazioni disposte dalla stazione committente. Peraltro, l'appaltatore è tenuto ad eseguire non solo le varianti ordinate dall'Amministrazione che rientrano nei limiti quantitativi (quinto dell'importo contrat-

tuale), ma anche tutte quelle varianti che non superino i limiti qualitativi prescritti dalla suddetta normativa.

Per quanto concerne invece le varianti oltre il sesto quinto, l'appaltatore (già ai sensi dell'art. 344 L. n. 2248/1865 All. F e dell'allora vigente art. 14, comma 2, D.P.R. n. 1063/1962) può recedere dal contratto col solo pagamento dei lavori eseguiti, valutati ai prezzi contrattuali, ovvero può proseguire i lavori, indicando a quali diverse condizioni intende farlo. Tale assetto è stato sostanzialmente mantenuto (pur con qualche innovazione) da parte dell'art. 10 del D.M. 145/2000, anche se è stata prevista, ai sensi del comma 3, una procedura ad hoc per determinare le nuove e diverse condizioni di esecuzione. Sempre nel quadro legislativo precedente al Codice e con particolare riguardo al quadro normativo vigente prima dell'entrata in vigore della Legge 415/1998 (la cd. Legge Merloni-ter), si evidenzia, innanzitutto, che nel testo originario della Legge n. 109/94, la disciplina contenuta nell'art. 25 riduceva drasticamente le possibilità di apportare varianti progettuali in corso d'opera, prevedendosi, inoltre, la risoluzione del contratto e l'indizione di una nuova gara in tutti i casi di superamento del limite del sesto quinto dell'importo contrattuale.

La successiva disciplina introdotta si è, invece, caratterizzata per una maggiore elasticità, sia per quanto riguarda le ipotesi in cui è ammesso il ricorso alle varianti, sia per quanto concerne le conseguenze dell'eventuale superamento del limite del sesto quinto, fermo restando comunque che, rispetto alla disciplina ante L. n. 109/94, essa ha presentato un maggiore rigore.

In particolare, il regime delle varianti delineato dall'art. 25 della L. n. 109/94 così come innovato, ha modificato profondamente la regolamentazione recata negli artt. 343 e 344 della legge fondamentale sui lavori pubblici (Legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. F), nell'art. 20 del R.D. 25 maggio 1895 n. 350 e negli artt. 13 e 14 del D.P.R. 1063/1962.

E tale resta anche nell'art. 132 del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006).

Ferma restando la sussistenza del diritto potestativo alla variazione in corso d'opera da parte del committente, la suddetta facoltà di disporre variazioni,

in aumento o in diminuzione, al programma contrattuale è stata sottoposta già dalla L. n. 109/94, a dei stringenti limiti, che sussistono ancora nel Codice; il legislatore ha individuato, cioè, le ipotesi tassative in presenza delle quali il progetto può subire variazioni in corso d'opera, mentre, come è noto, la normativa previgente alla legge-quadro si asteneva dallo specificare i presupposti legittimanti il ricorso alle varianti (ossia i "motivi"), preoccupandosi soltanto di precisare, ad integrazione di quanto disposto dal Codice Civile, i limiti quantitativi e qualitativi allo *ius variandi* dell'amministrazione.

Ai sensi delle ultime modifiche apportate alla L. n. 109/94 e riprodotte nell'art. 132 del Codice, invece, l'amministrazione può apportare variazioni al progetto originario solo nei casi espressamente previsti dall'art. 132 del Codice.

L'istituto in esame, come desumibile dalla disciplina di riferimento, è quindi subordinato a stringenti limiti che ne comprimono l'utilizzo, rendendo tassative le ipotesi in cui si possa procedere ad una revisione dell'oggetto contrattuale.

La *ratio* di una simile scelta normativa è quella di evitare l'elusione delle regole sull'evidenza pubblica: esigenza che verrebbe senz'altro compromessa ove la parti del vincolo fossero totalmente libere di apportare al progetto tutte le modifiche che ritenessero necessarie o utili alla migliore soddisfazione dei reciproci interessi.

A voler trovare un filo conduttore tra le diverse fattispecie legittimanti il ricorso all'istituto *de quo*, si può affermare che le modifiche progettuali *in executivis* possano essere giustificate da fattori imprevisi o imprevedibili all'atto della stipula del contratto.

Sul punto la giurisprudenza osserva che:

“La variante in corso d'opera può essere presentata per le lievi difformità dal progetto assentito, che si rendano necessarie nel corso dell'edificazione, per ragioni tecniche non previste o prevedibili al momento della redazione di esso [...]”

(TAR Sardegna, sez. II, 02/07/2013, 510).

2. LE CARATTERISTICHE

di **Arturo Cancrini**

La variante di esecuzione deve essere legata ad un evento sopravvenuto e non introduce una modifica sostanziale che altera l'equilibrio economico fissato, né incide significativamente sul contenuto negoziale (Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2005 n. 7130).

In generale, affinché la Stazione appaltante possa esercitare la facoltà di che trattasi è necessario che le maggiori lavorazioni ordinate abbiano natura contrattuale, ovvero siano necessarie a realizzare l'opera originariamente prevista.

Difatti,

“In tema di varianti, occorre premettere che non ogni modificazione può ritenersi espressione della naturale esecuzione dell'appalto, con conseguente applicazione dei criteri già previsti contrattualmente per la disciplina del rapporto. La variante, infatti, ha come necessario punto di riferimento e parametro di raffronto il progetto: le relative modifiche non possono, quindi, essere tali da snaturarlo... In definitiva, la variante deve avere carattere accessorio rispetto all'opera progettata e contrattualmente stabilita; altrimenti si è in presenza non di una modificazione del progetto, ma di un nuovo contratto” (AVCP, Determinazione 11 gennaio 2001, n. 1); ed ancora, “In linea generale, va considerato che per potersi parlare di varianti vere e proprie è necessario che ci si mantenga nei limiti dell'oggetto contrattuale, con la conseguenza che i lavori aggiunti all'opera originaria che non ne costituiscono un naturale completamento o sviluppo, ma formino un'opera a sé stante ovvero comportino radicali modifiche alla natura dell'opera non possono considerarsi lavori suppletivi ma sono lavori extracontrattuali”

(Cassazione civile, 19 maggio 1972, n. 1531).

10

3. IL CD. QUINTO D'OBBLIGO E LA DIFFERENTE DISCIPLINA

di **Vittorio Capuzza**

In tema di varianti, nel nostro ordinamento, vige una disciplina alquanto differenziata a seconda che la variazione superi o meno il limite del sesto quinto.

Diversamente, in caso di superamento del limite del quinto, all'appaltatore è riconosciuta la facoltà o di recedere dal contratto, o di proseguire l'esecuzione della commessa con il diritto alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali, anche economiche, e non necessariamente sulla base dei criteri imposti dall'art. 163 del D.P.R. n. 207/2010. Sicché, mentre le variazioni dell'originario progetto di opera pubblica che ricadono nel particolare potere di *jus variandi*, ammissibile nella limitata misura di un quinto dell'importo originario del contratto, si impongono all'appaltatore, il quale è tenuto a considerare le variazioni eccedenti fin dall'origine al contratto e ad eseguirle alle stesse condizioni contrattuali, le variazioni che superano l'importo del quinto d'obbligo non obbligano il contraente privato, se non a seguito di una distinta e nuova manifestazione di volontà, che, per quanto connessa con quella del precedente contratto, è pur sempre libera e consapevole iniziativa del medesimo, e, come tale, distinta da quella precedente e quindi da relazionare al momento della sua formulazione (cfr. TAR Lazio, Roma 11 maggio 1994, n. 685).

Difatti,

“La misura del quinto dell'importo originario dell'opera (cd. quinto d'obbligo) rappresenta il limite entro il quale l'appaltatore è obbligato all'esecuzione degli ulteriori lavori di cui al contratto di appalto originario ed oltre il quale, invece, i lavori possono essere qualificati come variante del predetto contratto originario, spettando all'appaltatore il diritto alla risoluzione del

11

contratto, salvo che non voglia espressamente eseguirli previo nuovo accordo. Pertanto, qualora l'amministrazione appaltante richieda l'esecuzione di lavori diversi da quelli indicati nel contratto originario ed in variante ad essi, per un importo superiore al cd. quinto d'obbligo, detta richiesta non trova fondamento nell'originario contratto di appalto e ad essa, pertanto, non corrisponde alcun obbligo da parte dell'appaltatore; con la conseguenza che il successivo accordo intervenuto tra le parti per l'esecuzione dei nuovi lavori in variante (nella forma di un atto di sottomissione o di un atto aggiuntivo) deve essere inteso come un nuovo contratto, autonomo rispetto a quello originario”

(Consiglio di Stato, sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7130);

ed ancora,

“La misura del quinto dell'importo originario dell'opera (cd. quinto d'obbligo) rappresenta il limite entro il quale l'appaltatore è obbligato all'esecuzione degli ulteriori lavori di cui al contratto di appalto originario, ed oltre il quale, invece, i lavori possono essere qualificati come variante del predetto contrat-



to originario, spettando all'appaltatore il diritto alla risoluzione del contratto, salvo che non voglia espressamente eseguirli, previo nuovo accordo. Qualora l'amministrazione appaltante richieda l'esecuzione di lavori diversi da quelli indicati nel contratto originario ed in variante ad essi, per un importo superiore al cd. quinto d'obbligo, detta richiesta non trova fondamento nell'originario contratto di appalto e ad essa, pertanto, non corrisponde alcun obbligo da parte dell'appaltatore; con la conseguenza che il successivo accordo intervenuto tra le parti per l'esecuzione dei nuovi lavori in variante (nella forma di un atto di sottomissione o di un atto aggiuntivo) deve essere come un nuovo contratto, autonomo rispetto a quello originario”

(AVCP, Parere n. AG 25 bis 09 del 16 luglio 2009).

Peraltro,

“Il diritto potestativo (della P.A. - n.d.a.) di imporre, fino all'ultimazione dei lavori, modifiche della loro quantità e/o qualità è soggetto alla condizione (rispondente ad una previsione di tollerabilità da parte dell'appaltatore) che tali variazioni non comportino aumenti superiori al quinto dell'originario corrispettivo. Sorpassato questo limite (del 20% dell'importo originario) la posizione dell'appaltatore non è più qualificabile in termini di soggezione, a fronte del diritto potestativo del committente pubblico, ma si riappropria dei suoi contenuti di autonomia negoziale, per cui egli – a fronte della richiesta dell'amministrazione – è libero di scegliere se recedere dal contratto oppure proseguire i lavori, dichiarando per iscritto se intende accettare la prosecuzione dei lavori e a quali condizioni”

(Cassazione civile, Sez. I, 14 giugno 2000, n. 8094).

4. IPOTESI DEL COMMA 1 DELL'ART. 132 DEL CODICE

di **Arturo Cancrini**

Le varianti, dunque, sono state considerate ammissibili solo ed esclusivamente, sulla base dell'art. 132, comma 1 – l'abrogato art. 25, comma 1 della L. n. 109/94 e s.m.i. – a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari; b) per cause impreviste e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento di attuazione o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti, sempre che non alterino l'impostazione progettuale; c) [è il previgente b-bis) dell'art. 25, comma 1 della Legge Merloni] per la presenza di eventi inerenti la natura e specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale; d) nei casi previsti dall'art. 1664 secondo comma del Codice Civile (la cd. sorpresa geologica e cause affini); e) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudichino, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne dà immediata comunicazione all'Osservatorio e al progettista.

Analizziamo da subito le specifiche ipotesi elencate dall'art. 132 del Codice – escluse tuttavia quelle di cui alle lettere e) ed e-bis) – per le varianti in corso d'opera, che sono ammissibili, sentito il progettista e il direttore dei lavori, al ricorrere dei seguenti motivi.

Con riferimento all'ipotesi di cui alla lettera a) dell'art. 132 del Codice, le esigenze derivanti da un mutamento normativo sopravvenuto sono quelle

“determinate da sopravvenienze di diritto che rendono indispensabile l'adeguamento dell'opera finalizzato al suo pieno utilizzo secondo le originarie previsioni”

(ANAC, Deliberazione n. 32 del 17.12.2003;
Deliberazione n. 14 del 28.1.2004).

Tali varianti sono sempre ammesse, senza alcuna limitazione di spesa, salvo quella legata alla copertura finanziaria, purché le disposizioni legislative e regolamentari richiedano l'adeguamento dell'opera al fine di renderla utilizzabile per lo scopo prefissato e purché le stesse disposizioni siano intervenute successivamente alla conclusione del contratto. È evidente che ad esempio una nuova classificazione sismica di un territorio, una diversa normativa tecnica sui dimensionamenti statici delle strutture o sull'accettazione dei materiali, una variazione della disciplina antincendio o della sicurezza dell'impiantistica elettrica comportano una necessaria modifica e un adeguamento del progetto messo in appalto, senza che si possa a priori fissare delle limitazioni alla relativa spesa; le conseguenti modifiche dei contenuti economici dell'appalto non si configurano come una violazione del principio della *par condicio* tra i partecipanti alla gara, in quanto l'adeguamento del progetto alle sopravvenute normative avrebbe comunque interessato qualunque aggiudicatario. Anche l'entrata in vigore, ad esempio, di un nuovo strumento urbanistico o la fissazione di nuovi *standards* per l'edilizia ospedaliera possono giustificare l'introduzione di varianti progettuali riferibili alla tipologia in esame, purché non comportino sostanziali modifiche al progetto originario.

L'ipotesi di cui alla lettera b) attiene invece alle

“varianti per (...) cause, impreviste ed imprevedibili, umane e naturali [che] si rendono necessarie per il verifi-

carsi di eventi che mutano il quadro di fatto, di diritto e tecnico considerato in sede di redazione del progetto esecutivo e del contratto”

(ANAC Determinazione dell'11.1.2011, n. 1).

Deve dunque trattarsi di eventi che modificano la situazione di fatto o di diritto, imponendo il ricorso ad una variante per consentire la realizzazione dell'opera e la sua rispondenza alle esigenze funzionali perseguite con la sua programmazione, a condizione che detti eventi non siano ricollegabili ad alcuna forma di negligenza o imperizia nella predisposizione e nella verifica del progetto da parte dell'ente appaltante (cfr. Cassazione Civile, 22.7.2004, n. 13.643; 11.4.2002, n. 5135).

La disposizione in parola prevede, dunque, che possano essere introdotte modifiche al progetto posto a base di gara purché dette modifiche siano determinate da fatti tali da impedire l'esecuzione dei lavori così come originariamente concepiti e non suscettibili di previsione, secondo i criteri di ragionevolezza e tenuto conto della professionalità delle parti del rapporto, né al momento della predisposizione del progetto né al momento della consegna dei lavori.

Come ha statuito in merito l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, con determinazione n. 1/2001,

“per quanto riguarda le varianti per sopravvenienze di fatto o di diritto e cause, impreviste ed imprevedibili, umane e naturali (art. 25, comma 1, lett. a, b prima parte, b-bis e c), esse si rendono necessarie per il verificarsi di eventi che mutano il quadro di fatto, di diritto e tecnico considerato in sede di redazione del progetto esecutivo e del contratto”.

Affinché si verifichi l'ipotesi di cui all'art. 132, co. 1, lett. b) del D.Lgs. n. 163/2006, è, pertanto, necessario che le cause determinanti l'intro-

duzione delle varianti in argomento siano impreviste o imprevedibili per entrambi i soggetti contraenti: sia, dunque, per la Stazione appaltante, che dev'essere totalmente estranea alle ragioni che hanno determinato la necessità della variante, sia per l'appaltatore,

“il quale, assumendo un'obbligazione che ha per oggetto il risultato della sua attività, è tenuto ad assicurare al committente l'opera o il servizio promesso, dovendo a ciò provvedere con organizzazione adeguata da un punto di vista sia economico che tecnico”, e cui compete il compito di “esercitare il controllo della validità tecnica del progetto fornito dal committente... posto che dalla corretta progettazione, oltre che dall'esecuzione dell'opera, dipende il risultato promesso”

(Cassazione civile, sez. I, 18 febbraio 2008, n. 3932).

La mancata prevedibilità o previsione – è bene rilevare – va tuttavia individuata con riferimento alla rispettiva esperienza tecnico-professionale. Difatti,

“L'imprevedibilità delle circostanze allegate a sostegno dell'onerosità e della difficoltà dell'esecuzione dell'appalto non consiste nell'impossibilità della mente umana di concepirle, bensì nella ragionevole supposizione, in base al principio dell'id quod plerumque accidit, che non si sarebbero verificate”

(Coll. Arbitrale, 19 luglio 1979).

L'intento del Legislatore è, pertanto, quello di non far rientrare nel concetto di “imprevisti” tutti quegli eventi che già esistevano al momento della predisposizione del progetto o della consegna dei lavori ma che potevano essere previsti con la dovuta diligenza.

Sul punto, l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ha peraltro avuto modo di affermare che se

“il richiamo alla imprevedibilità risulta sovente ingiustificato; dovendosi invece ipotizzare una carenza nello svolgimento delle attività propedeutiche all'esecuzione dei lavori, appare opportuno approfondire – sotto l'aspetto tecnico – il tema generale delle circostanze impreviste, distinguendo quelle prevedibili da quelle imprevedibili. Mentre il ricorrere della circostanza imprevista deriva da una mera ed acritica constatazione oggettiva della singola fattispecie, la ricorrenza di una situazione di imprevedibilità consegue invece ad una valutazione – ancorata a condizioni chiare e riconoscibili – che porta ad escludere, obiettivamente, la possibilità di prefigurarsi l'evento. Quest'ultima precisazione – che potrebbe sembrare superflua, dato l'inequivocabile tenore letterale dell'art. 25, comma 1, lettera b) – trova invece la sua ragion d'essere nelle risultanze delle analisi condotte sulle comunicazioni trasmesse dalle stazioni appaltanti all'Autorità, dalle quali emerge una diffusa tendenza a confondere i due termini indicati nella norma, fino a sovrapporli ed a fargli assumere il medesimo significato”

(AVCP, Determinazione n. 9 del 9 aprile 2003).

Ma vi è di più. Infatti, la giurisprudenza ha negli ultimi anni configurato un vero e proprio dovere della P.A. di elaborare varianti che tengano in debito conto le sopravvenute esigenze imperative:

“Nell'appalto di opere pubbliche, al pari dell'appalto privatistico, è configurabile, in capo all'Amministrazione appaltante, il dovere di cooperare all'adempimento dell'appal-

tatore, attraverso il compimento di quelle attività, distinte rispetto al comportamento dovuto dall'appaltatore e necessarie affinché quest'ultimo possa realizzare il risultato cui è preordinato il rapporto obbligatorio. Ne consegue che l'elaborazione di varianti in corso d'opera, di norma costituente una mera facoltà della P.A., può configurarsi come espressione di un doveroso intervento collaborativo del creditore quando la modifica del progetto originario sia resa necessaria da sopravvenute disposizioni imperative, legislative e regolamentari, sulla sicurezza degli impianti, in quanto, in tal caso, l'opera che fosse realizzata secondo le inizialmente progettate modalità costruttive e istruzioni tecniche esporrebbe l'appaltatore a responsabilità per eventi lesivi dell'incolumità e dell'integrità personale di terzi”

(Corte d'Appello di Napoli, Sez. III, sentenza dell'11 gennaio 2010).



In conclusione, affinché ricorra la fattispecie di cui all'art. 132, co. 1 lett. b), devono verificarsi degli eventi che stravolgano una situazione di fatto o di diritto – imponendo il ricorso ad una variante per consentire la realizzazione di quell'opera ovvero la rispondenza della stessa alle esigenze funzionali perseguite con la sua programmazione – e che non siano ricollegabili ad alcuna forma di negligenza o imperizia da parte di uno dei contraenti, amministrazione o appaltatore (cfr. Cassazione civile, Sez., 22 luglio 2004, n. 13643; 11 aprile 2002, n. 5135).

La lettera c) dell'art. 132, amplia di fatto le ipotesi di ammissibilità delle varianti di cui alla lettera b), consentendo la loro adozione anche in caso di eventi sopravvenuti che incidano su beni di natura peculiare (ad esempio beni artistici) in qualunque modo interessati dall'intervento.

Ricadono inoltre in tale previsione le varianti necessarie per il sopravvenuto ed imprevisto rinvenimento nell'area di intervento di cose di interesse storico, archeologico e simili.

Quanto infine all'ipotesi di variante di cui alla lettera d) dell'art. 132, trattasi, come è noto, delle difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti e che rendono notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore.

Torniamo alla lett. c) dell'art. 132, comma 1; s'è visto che, in particolare, la norma ritiene legittime tutte quelle varianti che si rendano necessarie "per la presenza di eventi inerenti la natura e specificità dei beni sui quali si interviene in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale".

Il motivo di ammissibilità delle varianti ex lett. c), in parte, si riconnette a quanto previsto dalla norma sub lettera b) dell'art. 132, in materia di cause impreviste e imprevedibili, in parte a quanto stabilito dalla lettera d), in materia di sorpresa geologica.

Nel caso introdotto con il punto c) viene, infatti, messo in risalto il problema delle variazioni contrattuali che si rendano necessarie a se-

guito del verificarsi di due situazioni diverse tra loro, gli "eventi" e i "rinvenimenti".

Il termine "evento" evoca un avvenimento o una circostanza che va ad interessare il bene, incidendo su quest'ultimo a causa della sua natura e specificità. Si può pensare, per fare un esempio scolastico, ad un restauro su un bene culturale sul quale venga ad incidere un fatto imprevedibile. Anche qui il legislatore, riferendosi a non meglio specificati "eventi" ha utilizzato una formula generica che si presta quindi a interpretazioni anche più ampie di quella fornita. Considerato, infatti, che la norma non identifica gli eventi a seguito dei quali potrà farsi ricorso alla variante, si ritiene che qualunque accadimento non ascrivibile alle cause impreviste e imprevedibili di cui all'art. 132, comma 1, lett. b), ovvero alla sorpresa geologica di cui alla successiva lett. d) può essere preso a presupposto per giustificare la variazione progettuale. La seconda situazione, concernente i "rinvenimenti", ha ad oggetto fattispecie simili alla sorpresa geologica, con la differenza che in tale ipotesi esse sarebbero determinate da cause diverse da quelle geologiche, idriche e simili.

Si tratta, cioè, di rinvenimenti che non sono da assimilarsi alla categoria dei vizi occulti, ma piuttosto alla possibilità della scoperta nel corso dei lavori, ad esempio, di beni di interesse culturale, artistico o archeologico, o di una loro diversa consistenza, che, richiedendo l'utilizzo di particolari tecniche e interventi per la loro salvaguardia e conservazione, imponga quindi la necessità di varianti alla progettazione.

Ci si riferisce, cioè, a qualcosa che esisteva ma che, con tutta la diligenza, il progettista non poteva supporre che esistesse.

Comunque, anche il termine "rinvenimenti" è assai generico e, dunque, può comprendere una categoria di situazioni ancora più ampia di quella sopra esposta.

In ogni caso – ha precisato il terzo comma dell'art. 132 – non sono considerate varianti ai sensi del primo comma gli interventi dispo-

sti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, che siano contenuti entro un importo non superiore al 5% delle categorie di lavoro dell'appalto e che non comportino aumenti di spesa. Sono inoltre ammesse quelle varianti che sono finalizzate al miglioramento dell'opera e della sua funzionalità, se non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in aumento relativo a tali varianti non può superare il 5% dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera.

Ciò detto, occorre puntualizzare che, rispettati i limiti di cui all'art. 132 del Codice, presupposto perché l'adozione della variante sia legittima è solo ed esclusivamente la sussistenza dell'interesse pubblico a introdurre tale variazione, ossia la sussistenza di un effettivo e accertato bisogno; in questo senso si esprimeva anche l'art. 343 della legge fondamentale del 1865, il quale affermava che

22

“verificandosi il bisogno d'introdurre in un progetto già in corso di esequimento variazioni od aggiunte le quali non siano previste dal contratto... (omissis)”;

e così pure l'art. 344 della stessa legge stabilisce che

“occorrendo in corso di esecuzione un aumento o una diminuzione di opere, l'appaltatore è obbligato ad assoggettarsi... (omissis)”.

La ragione giustificatrice di tale *ius variandi* è, infatti, da rinvenire nella circostanza che l'appalto è un contratto cd. di durata, trovando esso il suo svolgimento naturale in un arco di tempo più o meno prolungato, durante il trascorrere del quale possono manifestarsi bisogni o esigenze od opportunità prima non palesati o sopravvenuti.

Come è stato già evidenziato precedentemente, le lettere b), c) e d) prevedono rispettivamente che le varianti in corso d'opera possono essere ammesse “per cause impreviste e imprevedibili”, “per la presenza di eventi inerenti la natura e specificità dei beni sui quali si interviene” e “nei casi previsti dall'articolo 1664, secondo comma del Codice Civile” (sorpresa geologica e cause affini).

Appare quindi necessario comprendere innanzitutto che cosa il legislatore intenda per cause impreviste e imprevedibili.

L'idea insita nell'*imprevedere* rimanda all'identificazione di un fatto sopravvenuto consistente nel trovarsi davanti ad un qualcosa che non era stato previsto; infatti, l'intento del legislatore è quello di non fare rientrare, in questa accezione, quegli eventi che già esistevano ma che non erano stati previsti con la dovuta diligenza.

La nuova previsione normativa sostituisce quella contemplata dall'originario testo dell'abrogato art. 25, lett. b) della L. n. 109/94, che faceva riferimento alle cause di forza maggiore.

La nuova formula, tuttavia, non sembra che comporti il riferimento ad un'area concettuale sostanzialmente diversa dalla precedente, in quanto anch'essa si riferisce a fenomeni naturali (e non), considerati non suscettibili di previsione secondo criteri di ragionevolezza e anche considerando le professionalità delle parti del rapporto; inoltre, la natura di tali eventi deve essere tale da impedire l'esecuzione dei lavori così come originariamente concepiti.

Nel caso dell'applicabilità dell'art. 132, comma 1 lett. b) del Codice, il responsabile del procedimento, su proposta del direttore dei lavori, descriverà la situazione di fatto, e dovrà accertare che l'evento verificatosi non sia imputabile alla Stazione appaltante; inoltre, dovrà anche assicurare la sua non imputabilità al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori, e dovrà precisare le ragioni per cui si renda necessaria la variazione.

Per quanto attiene, invece, alla relazione tra la previsione normativa dell'art. 132, comma 1, lett. b) e la lett. c), si può affermare che

23

quest'ultima ipotesi (aggiunta all'art. 25 della Legge Merloni dall'art. 9, comma 41, della L. n. 415/98) si riferisce alla presenza di eventi inerenti la natura e la specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisi o non prevedibili nella fase progettuale.

La prima parte della norma, sembra, seppure non necessariamente, voler ampliare le ipotesi di ammissibilità di varianti già previste dalla precedente lett. b), consentendole anche nel caso in cui si siano verificati eventi sopravvenuti successivamente all'inizio dei lavori e che essi abbiano inciso su beni di natura peculiare interessati dall'intervento in corso.

A speciale salvaguardia di simili beni peculiari, la norma, inoltre, sembra voler ammettere le varianti anche indipendentemente da ogni ulteriore qualificazione dell'evento come impreveduto, imprevedibile o altro.

Per le ipotesi rientranti nell'art. 132, comma 1, lett. c) del Codice la descrizione del responsabile del procedimento avrà ad oggetto la verifi-

24



ca delle caratteristiche dell'evento in relazione alla specificità del bene, o della prevedibilità o meno del rinvenimento.

Nell'ipotesi contemplata appunto dalla lettera d) dell'art. 132, come detto, disciplina la cosiddetta sorpresa geologica e affini di cui all'art. 1664, secondo comma del Codice Civile. Quest'ultimo disposto permette di ritenere legittime tutte quelle varianti che si rendano necessarie per superare le "difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti". Per cercare di dare una definizione quanto più precisa di sorpresa geologica può essere utile considerare le seguenti pronunce giurisprudenziali, che, interpretando anche in modo estensivo il disposto di cui all'art. 1664, 2° comma, hanno indicato i parametri di riferimento da tenere presenti nella qualificazione di un evento come sorpresa geologica.

“La sorpresa geologica deve intendersi come il manifestarsi di una causa obiettiva, non prevista né prevedibile dalle parti al momento della stipulazione dell'appalto (art. 1664, 2° comma C.C.)” - Coll. Arbitrale, 24 maggio 1979.

“La formula esemplificativa adottata dall'art. 1664 2° comma C.C. [...] consente di ritenere comprese [...] tutte le cause naturali che producano tale effetto e in special modo quelle inerenti alle caratteristiche del terreno” - Coll. Arbitrale, 13 febbraio 1988.

“Rientra nella previsione di cui all'art. 1664, 2° comma, C.C. ogni sopravvenienza oggettiva che alteri la preesistente situazione dei luoghi tenuta presente dalle parti” - Coll. Arbitrale, 14 maggio 1990.

25

Va precisato che

“anche l'ipotesi della imprevedibilità di difficoltà di esecuzione dell'opera manifestatesi in corso d'opera derivanti da cause geologiche, idriche e simili, specificamente presa in considerazione in tema di appalto dall'art. 1664, 2° co., C.C. e legittimante se del caso il diritto ad un equo compenso in ragione della maggiore onerosità della prestazione, deve essere valutata sulla base della diligenza media in relazione al tipo di attività esercitata. E laddove l'appaltatore svolga anche i compiti di ingegnere progettista e di direttore dei lavori, l'obbligo di diligenza è ancora più rigoroso, essendo egli tenuto, in presenza di situazioni rivelatrici di possibili fattori di rischio, ad eseguire gli opportuni interventi per accertarne la causa ed apprestare i necessari accorgimenti tecnici volti a garantire la realizzazione dell'opera senza difetti costruttivi. La maggiore specificazione del contenuto dell'obbligazione non esclude infatti la rilevanza della diligenza come criterio determinativo della prestazione per quanto attiene agli aspetti dell'adempimento, sicché gli specifici criteri posti da particolari norme di settore (es. il riferimento ai cd. "coefficienti di sicurezza" previsti dalla L. 5 novembre 1971, n. 1086 ed il relativo regolamento di attuazione D.M. 16 giugno 1976) non solo non valgono a ridurre o limitare la responsabilità dell'appaltatore ma sono per converso da intendersi nel senso che la relativa inosservanza viene a ridondare in termini di colpa grave dell'appaltatore”

(Cassazione civile, sez. III, 31 maggio 2006, n. 12.995).

L'errore progettuale è indicato dalla lettera e) dell'art. 132 del Codice come motivo di variante, per

“il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne dà immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista”.

Ai fini dell'individuazione di eventuali limiti quantitativi previsti per legge all'adozione di varianti "progettuali", occorre precisare che nell'appalto tradizionale, l'errore progettuale è soggetto alla disciplina indicata dai successivi commi 4 e 5 dell'art. 132, secondo cui

“Ove le varianti di cui al comma 1, lettera e), eccedano il quinto dell'importo originario del contratto, il soggetto aggiudicatore procede alla risoluzione del contratto e indice una nuova gara alla quale è invitato l'aggiudicatario iniziale. La risoluzione del contratto, ai sensi del presente articolo, dà luogo al pagamento dei lavori eseguiti, dei materiali utili e del 10 per cento dei lavori non eseguiti, fino a quattro quinti dell'importo del contratto”.

Come già detto, ai sensi del Codice, l'amministrazione può apportare variazioni al progetto originario solo nei casi espressamente previsti dall'art. 132. Lo scopo dell'innovazione, operativa già con la L. n. 109/94 e s.m.i. all'art. 25, è stato ed è evidentemente quello di ridurre la sfera di discrezionalità delle stazioni appaltanti, in modo da impedire il ripetersi dei fenomeni degenerativi del recente passato, quando, anche in ragione dell'approssimatività dei progetti, venivano apportate varianti artificiose volte a favorire la lievitazione del prezzo complessivo dell'opera.

La precisa indicazione dei casi in cui sono ammesse le varianti è risultata, dunque, in linea con la filosofia di fondo alla base della complessiva L. n. 109/94 e attualmente del Codice.

Essa è inoltre apparsa coerente con la nuova più rigorosa disciplina della progettazione prevista sempre dal Codice e già dalla L. n. 109/94, che, imponendo l'adozione di progetti realmente esecutivi, definiti in ogni dettaglio, ha considerato la variante un'eccezione alla regola, ammissibile soltanto in presenza di particolari condizioni.

In conclusione, si può riassumere il quadro affermando che secondo il testo vigente, alla risoluzione si procede soltanto quando le varianti eccedenti il quinto d'obbligo dipendano da errori di progettazione (art. 132, comma 4 del Codice). In tal caso, l'appaltatore che subisce la risoluzione ha diritto non solo al pagamento dei lavori eseguiti e dei materiali utili (come prevedeva il vecchio testo), ma anche al pagamento del 10% dei lavori non eseguiti, fino a 4/5 dell'importo del contratto (art. 132, comma 5 del Codice).

Negli altri casi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del comma 1), sotto il profilo quantitativo l'eventuale superamento del limite del quinto d'obbligo non è stato considerato più dal legislatore come causa di risoluzione del contratto – salva l'ipotesi, affatto diversa, di recesso dell'appaltatore – ed è stato quindi ritenuto pienamente legittimo.

Il diverso regime delle conseguenze del superamento del limite del quinto d'obbligo è stato giustificato in ragione del fatto che queste ultime ipotesi costituiscono circostanze esterne alla sfera di controllo e di conoscibilità da parte dell'appaltatore, per cui sarebbe stato ingiustificato penalizzare quest'ultimo con la risoluzione del contratto, mentre nel caso di variante dovuta ad errore di progettazione è ravvisabile, in generale, una qualche responsabilità dell'appaltatore, al quale può forse imputarsi di non aver rilevato, in sede di esame del

progetto a base di gara, l'esistenza di carenze od errori progettuali, da lui ravvisabili in ragione delle proprie conoscenze professionali.

Ci sono però delle situazioni nelle quali non si parla di varianti in senso stretto. In sintesi, eccone il quadro.

Per quanto riguarda la variante migliorativa nell'interesse dell'amministrazione è previsto che tale variante possa essere legittimamente approvata solo nell'ipotesi in cui:

- la variante sia di esclusivo interesse dell'amministrazione;
- comporti un miglioramento dell'opera e/o della sua funzionalità;
- non comporti modifiche sostanziali;
- sia determinata da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto;
- l'importo in aumento non superi il 5% dell'importo originario del contratto;
- i costi esecutivi siano totalmente coperti dalla somma stanziata per l'esecuzione dell'opera o da un finanziamento.

Per quanto riguarda la variante ex art. 162 del D.P.R. n. 207/2010 (che corrisponde all'abrogato art. 11 del D.M. 145/00), la norma impone che essa:

- sia proposta dall'appaltatore;
- comporti una diminuzione dell'importo originario dei lavori;
- preveda modifiche dirette a migliorare gli aspetti funzionali, nonché singoli elementi tecnologici o singole componenti del progetto;
- non comporti una riduzione delle prestazioni qualitative e quantitative stabilite nel progetto;
- mantenga inalterato il tempo di esecuzione dei lavori e le condizioni di sicurezza dei lavoratori;
- la sua adozione non comporti l'interruzione od il rallentamento nell'esecuzione dei lavori.

5. LA NUOVA IPOTESI DI VARIANTE: LA LETT. E-BIS DELL'ART. 132 E IL SUO SVINCOLO DAGLI OBBLIGHI ANAC. RINVIO

di **Vittorio Capuzza**

Infine, tra le ipotesi in presenza delle quali le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, l'art. 34, comma 5, lett. a), del D.L. 12 settembre 2014, n. 133 (cd. decreto *sblocca Italia*) aggiunge una nuova fattispecie in funzione di semplificazione e di accelerazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e di esecuzione degli stessi. In particolare, in base alla lettera *e-bis*) dell'art. 132, le varianti sono consentite «nei casi di bonifica e/o messa in sicurezza di siti contaminati ai sensi della Parte quarta, Titolo V, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152», senza ulteriori connotati o limiti, né qualitativi, né quantitativi.

Un problema ermeneutico si pone riguardo alla trasmissione della variante in corso d'opera all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza di quest'ultima, così come si vedrà *infra*.

Ai sensi dell'art. 37 del D.L. 24 giugno 2014 n. 90, come modificato dalla Legge di conversione 11 agosto 2014, n. 114, si prevede che le varianti in corso d'opera «di cui all'articolo 132, comma 1, lettere b), c) e d), del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto sono trasmesse, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento, all'ANAC entro trenta giorni dall'approvazione da parte della Stazione appaltante». Tuttavia, la lettera *e-bis*) non è richiamata dall'art. 37, il che sembra comportare l'esonero dal suddetto obbligo di trasmissione. Paradossalmente, se un appalto nel corso del quale sia realizzabile una variante per l'ipotesi di cui alla lett. *e-bis*) dell'art. 132 del Codice fosse di importo inferiore alla soglia comunitaria, la variante in corso d'opera non dovrebbe neanche essere comunicata all'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, sempre in base a quanto testualmente disposto dal citato art. 37.

30

6. PROCEDIMENTO E COMPETENZE

di **Vittorio Capuzza**

L'art. 161 del D.P.R. n. 207/2010 (che riproduce sostanzialmente la precedente disposizione contenuta nell'art. 134 del D.P.R. n. 554 del 1999), ripartisce le competenze del procedimento di introduzione delle varianti tra il direttore dei lavori, il responsabile del procedimento ed il competente organo decisionale della Stazione appaltante, sentiti i progettisti dell'opera.

Nello specifico, il comma 3 stabilisce che sia il direttore dei lavori, autonomamente ovvero su impulso dell'appaltatore, ad evidenziare la necessità di introdurre, in corso di esecuzione, variazioni al contratto originario, in considerazione della situazione giuridica o di fatto riscontrata. Le esigenze di apportare una variante devono essere congruamente motivate da tale soggetto che dovrà trasmettere le proprie determinazioni alla Stazione appaltante e, in particolare, al Responsabile del Procedimento.

Quest'ultimo soggetto, a sua volta, dovrà esaminare quanto ricevuto dal Direttore dei Lavori ed operare i controlli atti a verificare l'esistenza delle condizioni giuridiche e di fatto previste normativamente per la redazione di una variante al progetto.

In particolare tale attività di controllo dovrà essere svolta in collaborazione con i progettisti incaricati della redazione dell'originario progetto posto a base di gara e comporterà una verifica circa l'esistenza delle cause, delle condizioni e dei presupposti alla base della variante promossa dalla Direzione Lavori.

All'esito di tale controllo e verifica verrà, quindi, redatta un'apposita relazione a seguito della predetta approfondita istruttoria; evidentemente tale redazione comporterà un'estesa motivazione sia sull'esame delle circostanze di fatto riscontrate che sulla necessità di redazione della variante.

A seguito della predetta relazione verrà redatta la materiale perizia ad opera, normalmente, dei progettisti originari.

31

Infine, a seguito dell'acquisizione degli eventuali atti autorizzativi di altre autorità (quali ad esempio i nulla osta Soprintendenza, i nulla osta per vincolo idrogeologico) la perizia potrà essere approvata dalla Stazione appaltante.

Ove, al contrario, le variazioni non comportino un aumento della spesa superiore al cinque per cento dell'importo originario del contratto, non risulterà necessaria l'approvazione da parte dell'organo deliberativo della Stazione appaltante, bensì sarà sufficiente la mera approvazione dal parte del RUP.

In relazione alla potenziale ipotesi nella quale possano sussistere diverse cause che legittimino più varianti contestuali in corso d'opera, purché contenute nel cd. quinto d'obbligo (e che quindi non determinino nuova pattuizione), appare lecito procedere con un'unica perizia di variante e un unico atto di sottomissione.

Occorre, prima di tutto, considerare che secondo l'art. 1 della Legge 241/90,

32

“L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario”.

In particolare, il principio di economicità impone che l'agire amministrativo sia orientato nel senso di operare con il minimo dispendio di mezzi possibile per l'ottenimento del risultato.

Tale principio, secondo la dottrina e la giurisprudenza, va inteso nel senso più ampio possibile e tale da ricomprendere il concetto del minor impiego – ove possibile – di mezzi giuridici per il raggiungimento del risultato perseguito (Cons. Giust. Amm. Sic., 23-11-2010, n. 1415). In altre parole, nel concetto di “economicità”, devono considerarsi ri-

compresi quello di efficacia, di semplificazione e di snellimento, quali parametri guida dell'azione amministrativa, immediatamente cogenti e di portata precettiva, immediata e concreta (Galli, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, p. 573).

Da tali principi discendono il divieto di aggravamento del procedimento e l'obbligo del conseguimento degli obiettivi legislativamente stabiliti con il minor dispendio di mezzi, anche procedurali. Corollario di tale principio è, peraltro, il divieto di procedere ad una duplicazione ingiustificata di atti, pareri e di momenti istruttori.

Alla luce dei delineati principi, nulla osterebbe all'adozione di più varianti mediante un unico procedimento che sfoci nell'adozione di un'unica perizia di variante.

Tale soluzione, peraltro, sembrerebbe conforme ai suesposti principi di economicità ed efficacia dell'agire amministrativo in quanto eviterebbe la duplicazione di atti miranti al medesimo fine.

Sottoporre le singole modifiche del progetto, ancorché sorrette ciascuna da diversa motivazione, ad una distinta approvazione comporterebbe, infatti, un'illogica duplicazione del procedimento, in aperto contrasto con il dettato normativo.

Il fatto che ogni singola modifica all'appalto risulti sorretta da una distinta motivazione e comporti una differente variazione del corrispettivo originariamente pattuito (in aumento o in diminuzione) non sembra precludere la redazione di un'unica perizia e di un unico atto di sottomissione.

Basterebbe, in tal caso, adottare tutti i singoli provvedimenti normativamente previsti e specificare, in modo analitico, all'interno dei necessari atti approvativi, nonché nell'atto aggiuntivo al contratto, le motivazioni che sorreggono la scelta di procedere unitariamente.

In particolare dovranno addursi per ciascuna delle varianti gli specifici presupposti e indicarsi le relative variazioni di importo, evidenziando come gli stessi risultino in linea con quanto normativamente prescritto.

33

7. LE VARIANTI NELL'APPALTO INTEGRATO

di **Vittorio Capuzza**

Come è noto, in deroga al principio di separazione tra le attività di progettazione dell'opera pubblica e di esecuzione dei lavori, la fattispecie negoziale del cd. appalto integrato prevede che all'appaltatore siano affidate la redazione della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, sulla base del progetto definitivo redatto dalla Stazione appaltante e posto a base di gara.

In linea teorica, tale tipologia contrattuale consente alla Stazione appaltante di utilizzare l'esperienza specifica maturata dall'appaltatore nell'esecuzione di lavori pubblici, anticipando alla fase di elaborazione del progetto esecutivo la risoluzione dei problemi che potrebbero sorgere durante l'esecuzione delle opere e la cantierizzazione dei lavori.

Le esigenze sottese all'istituto dell'appalto integrato presuppongono comunque il pieno rispetto del principio fondamentale della "centralità" del progetto posto a base di gara, la cui completezza, validità ed eseguibilità implicano l'assenza di qualsiasi forma di negligenza o imperizia nella predisposizione e nella verifica della progettazione da parte dell'ente appaltante, anche nel caso in cui si tratti del livello definitivo.

Nell'appalto integrato, pertanto, la Stazione appaltante prima dell'indizione della gara è tenuta a controllare l'esattezza di tutti gli aspetti tecnici del progetto definitivo e a impiegare la dovuta diligenza onde eliminare il rischio di impedimenti alla realizzazione dell'opera pubblica (cfr. Cassazione Civile, 22 luglio 2004, n. 13.643; 11 aprile 2002, n. 5135). Per tale ragione, l'eccezionalità dell'appalto integrato non consente comunque che l'avvio della fase di esecuzione dei lavori avvenga in assenza di un progetto esecutivo perfettamente conforme ai dettami normativi e cantierabile in ogni suo aspetto, con la conseguenza che l'appaltatore-progettista, prima dell'inizio dei lavori, è tenuto ad impiegare la stessa diligenza richiesta alle Amministrazioni nei casi

di appalto tradizionale, redigendo un progetto esecutivo completo e tecnicamente eseguibile, oltre che conforme al definitivo.

Nella formula contrattuale in argomento, l'appaltatore è chiamato dalla P.A. a redigere gli elaborati che compongono la progettazione esecutiva coniugando le esigenze dell'esecuzione delle opere e della cantierizzazione dei lavori, assumendo la veste di sostituto o di delegato dell'Amministrazione stessa, con le medesime facoltà ed i medesimi obblighi. Infatti,

“ancor prima della realizzazione dell'opera, all'aggiudicatario viene affidato il compito di redigere il progetto esecutivo (e cioè di compiere tutte le scelte tecniche di dettaglio, sia pur nei limiti di quanto previsto nel progetto definitivo e con gli aggiustamenti dovuti alle eventuali proposte migliorative), salvo il potere dell'Amministrazione di far proprio tale progetto a mezzo di espressa approvazione (pena, in caso contrario, la risoluzione del contratto per inadempimento dell'Appaltatore)”

(Consiglio di Stato, Sez. VI, 9.4.2009, n. 2202).

In tale contesto e rispetto a tali peculiarità, deve essere esaminata l'ipotesi in cui, nel corso della redazione della progettazione esecutiva, sopravvengano circostanze tali da richiedere all'appaltatore l'adozione di varianti "progettuali" rispetto al progetto definitivo posto a base di gara. Le varianti nella procedura dell'appalto integrato sono disciplinate dall'art. 169 del Regolamento di cui al D.P.R. 207/2010 e s.m.i., ai sensi del quale

“dopo la stipulazione del contratto, il responsabile del procedimento, con ordine di servizio, dispone che l'affidatario dia immediato inizio alla redazione del progetto esecutivo, che dovrà essere completata nei tempi di cui al capitolato

speciale allegato al progetto definitivo posto a base di gara. Qualora il progettista dell'esecutivo ne ravvisi la necessità, l'affidatario, previa informazione al responsabile del procedimento perché possa eventualmente disporre la presenza del direttore dei lavori, provvede all'effettuazione di studi o indagini di maggior dettaglio o verifica rispetto a quelli utilizzati per la redazione del progetto definitivo, senza che ciò comporti compenso aggiuntivo alcuno a favore dell'affidatario.

Il progetto esecutivo non può prevedere alcuna variazione alla qualità e alle quantità delle lavorazioni previste nel progetto definitivo, salvo quanto disposto dal comma 4. Sono altresì ammesse le variazioni qualitative e quantitative, contenute entro un importo non superiore al dieci per cento per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro e al cinque per cento per tutti gli altri lavori delle categorie di lavoro dell'appalto, che non incidano su eventuali prescrizioni degli enti competenti e che non comportino un aumento dell'importo contrattuale.

Nel caso in cui si verifichi una delle ipotesi di cui all'articolo 132, comma 1, lettere a), b), c) e d), del codice, ovvero nel caso di riscontrati errori od omissioni del progetto definitivo, diversi da quelli di cui all'articolo 119, comma 5, le variazioni da apportarsi al progetto esecutivo sono valutate in base ai prezzi contrattuali e, se del caso, a mezzo di formazione di nuovi prezzi, ricavati ai sensi dell'articolo 163. La Stazione appaltante procede all'accertamento delle cause, condizioni e presupposti che hanno dato luogo alle variazioni nonché al concordamento dei nuovi prezzi secondo quanto previsto dal capitolato speciale allegato al progetto definitivo”.

In applicazione di tale disposto, nella specifica fase di redazione della progettazione esecutiva, le cause di cui all'art. 132, primo comma,

lett. a), b), c) e d) del D.Lgs. n. 163/2006, nonché i riscontrati errori od omissioni del progetto redatto dalla Stazione appaltante, consentono all'appaltatore-progettista di apportare tutte le variazioni alla qualità e alle quantità delle lavorazioni previste nel progetto definitivo che si rendano necessarie all'avvio dei lavori.

Alla luce dell'esplicito rinvio operato dal comma 4 dell'art. 169 alle circostanze di cui alle lettere a-d) dell'art. 132 del Codice, il progetto esecutivo redatto dall'appaltatore-progettista può quindi contenere le modifiche e le variazioni al progetto definitivo che si rendano necessarie ai fini dell'esecuzione dei lavori a perfetta regola d'arte, in conformità alle prescrizioni di legge e alle caratteristiche fisiche, geomorfologiche e amministrative dell'area di intervento.

Occorre rilevare che nel disciplinare le varianti nell'appalto integrato il legislatore non ha previsto limitazioni quantitative o qualitative, salvo che la modifica non sia tale da comportare uno stravolgimento sostanziale dell'opera appaltata (*aliud pro alio*) e delle condizioni contrattuali originarie.

A tale stregua, se è vero che l'appaltatore-progettista assume le vesti di sostituto o delegato dell'Amministrazione nella redazione della progettazione esecutiva, antecedente e propedeutica all'avvio dei lavori, le varianti che si rendono necessarie in detta sede non possono trovare limitazioni di sorta laddove non riconducibili a fatto e colpa dell'affidatario, alla stessa stregua dei casi in cui il progettista direttamente incaricato dalla Stazione appaltante debba recepire nel progetto esecutivo – prima della gara per l'affidamento dei lavori – tutte le variazioni al progetto definitivo che siano necessarie alla realizzazione dell'opera a perfetta regola d'arte.

Fermo quanto sopra, il comma 4 dell'art. 169, oltre alle cause di cui alle lettere a), b), c) e d) dell'art. 132, indica come ulteriore condizione di ammissibilità delle varianti progettuali in parola, i casi di riscontrati errori od omissioni del progetto definitivo.

Orbene detta disposizione – che introduce un limite quantitativo all'ammissibilità di varianti da errore progettuale, superato il quale

L'Amministrazione è tenuta a recedere dal contratto ed indire una nuova gara – non sembra invece applicabile, nell'appalto integrato, alle varianti necessarie per gli errori od omissioni del progetto definitivo.

Tanto è desumibile anzitutto dal tenore letterale dell'art. 169 citato, che non rinvia alla lettera e) dell'art. 132, a differenza di quanto previsto per le altre ipotesi, ma esplicita l'ammissibilità delle varianti *nel caso di riscontrati errori od omissioni del progetto definitivo*.

A ben vedere, il mancato inserimento della lettera e) tra le ipotesi del 132 cui rinvia espressamente l'art. 169 del Regolamento, appare riconducibile alla precipua scelta legislativa di escludere dal regime delle varianti nell'appalto integrato la sopra citata disciplina dettata dai commi 4 e 5 dello stesso articolo 132.

Tant'è vero che il comma 7 dell'art. 169 indica una procedura di recesso autonoma e distinta da quella prevista dall'art. 132 per gli appalti tradizionali, disponendo che

“*In ogni altro caso [rispetto all'ipotesi in cui il progetto esecutivo dell'appaltatore non sia meritevole di approvazione, n.d.a.] di mancata approvazione del progetto esecutivo, la Stazione appaltante recede dal contratto e all'affidatario è riconosciuto unicamente quanto previsto dall'articolo 157 in caso di accoglimento dell'istanza di recesso per ritardata consegna dei lavori*”.

La norma speciale che regola le varianti da errore progettuale nell'appalto integrato non prevede pertanto il limite del quinto dell'importo di contratto, con la conseguenza che il progetto esecutivo deve contenere, senza limiti qualitativi e quantitativi, tutte le modifiche idonee a superare positivamente gli errori e le omissioni riscontrati dal progettista dell'esecutivo rispetto al progetto definitivo redatto dalla Stazione appaltante e posto a base di gara.

Resta inteso che laddove l'errore progettuale sia tale da determinare un incremento esorbitante del costo di realizzazione dell'opera appaltata, l'Amministrazione può esercitare la facoltà di recesso di cui comma 7 dell'art. 169 del Regolamento, riconoscendo all'affidatario le somme di cui all'articolo 157¹ per i casi di accoglimento dell'istanza di recesso per ritardata consegna dei lavori.

Ne consegue che anche in caso di variante determinata da errore progettuale non imputabile all'appaltatore-progettista, non sono ravvisabili limiti quantitativi alla loro adottabilità.

1 “1. Nel caso di accoglimento dell'istanza di recesso dell'esecutore dal contratto per ritardo nella consegna dei lavori attribuibile a fatto o colpa della Stazione appaltante ai sensi dell'articolo 153, commi 8 e 9, l'esecutore ha diritto al rimborso delle spese contrattuali ai sensi dell'articolo 139, nonché delle altre spese effettivamente sostenute e documentate in misura comunque non superiore alle seguenti percentuali, calcolate sull'importo netto dell'appalto:
a) 1,00 per cento per la parte dell'importo fino a 258.000 euro;
b) 0,50 per cento per la eccedenza fino a 1.549.000 euro;
c) 0,20 per cento per la parte eccedente 1.549.000 euro.

Nel caso di appalto di progettazione ed esecuzione, l'esecutore ha altresì diritto al rimborso delle spese, nell'importo quantificato nei documenti di gara e depurato del ribasso offerto, dei livelli di progettazione dallo stesso redatti e approvati dalla Stazione appaltante; con il pagamento la proprietà del progetto è acquisita in capo alla Stazione appaltante.

2. Ove l'istanza dell'esecutore non sia accolta e si proceda tardivamente alla consegna, l'esecutore ha diritto al risarcimento dei danni dipendenti dal ritardo, pari all'interesse legale calcolato sull'importo corrispondente alla produzione media giornaliera prevista dal programma di esecuzione dei lavori nel periodo di ritardo, calcolato dal giorno di notifica dell'istanza di recesso fino alla data di effettiva consegna dei lavori.

3. Oltre alle somme espressamente previste nei commi 1 e 2, nessun altro compenso o indennizzo spetta all'esecutore.

4. La richiesta di pagamento degli importi spettanti a norma del comma 1, debitamente quantificata, è inoltrata a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla data di ricevimento della comunicazione di accoglimento dell'istanza di recesso; la richiesta di pagamento degli importi spettanti a norma del comma 2 è formulata a pena di decadenza mediante riserva da iscriverne nel verbale di consegna dei lavori e da confermare, debitamente quantificata, nel registro di contabilità con le modalità di cui all'articolo 190”.

Quanto finora esposto trova chiara conferma nelle pronunce della giurisprudenza amministrativa che, ancorché chiamata ad esprimersi in merito all'ammissibilità di varianti proposte dal concorrente in fase di presentazione dell'offerta – nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti integrati – ha avuto modo di precisare l'esatta portata dell'istituto in argomento.

Ricordano i Giudici amministrativi che

“rispetto agli appalti tradizionali, svolti sulla base del progetto esecutivo redatto dall'amministrazione, l'appalto integrato può creare situazioni in cui un'impresa si accorga della presenza di lavorazioni inutili o eccessive ovvero omesse, proprio perché la gara viene svolta sulla base del solo progetto definitivo, ossia, per definizione, di uno schema progettuale generale e completo, ma tuttavia privo di quegli approfondimenti, soprattutto tecnici, propri della fase propriamente esecutiva.

È, peraltro, onere non eludibile da parte della Stazione appaltante curare con particolare attenzione la predisposizione del progetto definitivo, proprio per evitare che nella successiva fase di progettazione esecutiva emergano differenze tali da modificare sensibilmente le quantità di lavorazioni e, di conseguenza, il rapporto sinallagmatico con l'offerta aggiudicataria la quale, formulata a corpo (con prezzo quindi fisso ed invariabile a norma degli artt. 19, comma 4, della Legge n. 109/1994 e s.m. e 326 della Legge n. 2248 del 1865 All. F), sarebbe riferita ad opera (cioè prestazione contrattuale) parzialmente diversa.

Ad evitare detta inaccettabile incongruenza provvede l'art. 140, comma 3, del citato Regolamento, che disciplina la successiva fase di esecuzione del contratto, disponendo che il progetto esecutivo non possa prevedere alcuna varia-

zione alla qualità e alle quantità delle lavorazioni previste nel progetto definitivo, salvo che si verifichi una delle ipotesi di cui all'art. 25, comma 1, lettere a), b) e c) della Legge n. 109/1994 e s.m., ovvero nel caso siano riscontrati errori od omissioni del progetto definitivo (...) [che] proprio perché costituisce la base del confronto concorrenziale, [deve] restare inalterato durante e dopo lo svolgimento della gara, salvo l'esigenza di apportare le varianti comunque ammissibili in corso d'opera (ex art. 25, comma 1, lett. a), b) e c) della Legge n. 109/1994 e s.m.).

In conclusione, la possibilità di modificare il progetto definitivo qualora, in sede di redazione del progetto esecutivo, emergano errori od omissioni del primo, resta subordinata alla sussistenza di un duplice ordine di fattori sottratti alla mera discrezione dell'offerente:

- che ciò avvenga in fase di esecuzione del contratto, proprio per evitare che proposte di modifica avanzate in sede di gara introducano un ulteriore elemento di valutazione (non debitamente parametrato) rispetto al mero prezzo;
- che sia la stessa Stazione appaltante a procedere all'accertamento delle cause, condizioni e presupposti che hanno dato luogo alle variazioni, riconoscendo, in sostanza, i propri errori ed omissioni compiuti nel progetto definitivo (art. 140, comma 4, Regolamento), con ciò assumendosi tutte le responsabilità che ne conseguono”

(TAR Lombardia Brescia, 13.1.2006, n. 42).

Nell'esecuzione di un appalto integrato, risulta dunque sancita l'ammissibilità e, invero, l'obbligatorietà – senza limiti quantitativi – delle varianti necessitate dalle cause previste dalla legge e non imputabili all'appaltatore-progettista, il cui accertamento sia intervenuto in sede di redazione della progettazione esecutiva.

8. CENNO ALLA DISCIPLINA DELLE VARIANTI PER IL CONTRAENTE GENERALE

di **Arturo Cancrini**

Per le grandi opere realizzate mediante affidamento a contraente generale, il legislatore introduce una disciplina speciale sotto il profilo delle modifiche progettuali. L'art. 176 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rubricato "Affidamento a contraente generale", dispone in particolare al comma 5:

“Alle varianti del progetto affidato al contraente generale non si applicano gli articoli 56, 57 e 132; esse sono regolate dalle norme della parte II che costituiscono attuazione della direttiva 2004/18 o dalle norme della parte III e dalle disposizioni seguenti:

a) restano a carico del contraente generale le eventuali varianti necessarie ad emendare i vizi o integrare le omissioni del progetto redatto dallo stesso e approvato dal soggetto aggiudicatore, mentre restano a carico del soggetto aggiudicatore le eventuali varianti indotte da forza maggiore, sorpresa geologica o sopravvenute prescrizioni di legge o di enti terzi o comunque richieste dal soggetto aggiudicatore;

b) al di fuori dei casi di cui alla lettera a), il contraente generale può proporre al soggetto aggiudicatore le varianti progettuali o le modifiche tecniche ritenute dallo stesso utili a ridurre il tempo o il costo di realizzazione delle opere; il soggetto aggiudicatore può rifiutare la approvazione delle varianti o modifiche tecniche ove queste non rispettino le specifiche tecniche e le esigenze del soggetto aggiudicatore, specificate nel progetto posto a base di gara, o comunque determinino peggioramento della funzionalità, durabilità, manutenibilità e sicurezza delle opere, ovvero comportino

maggior spesa a carico del soggetto aggiudicatore o ritardo del termine di ultimazione”.

L'art. 169 del Codice dei contratti disciplina l'ammissibilità di varianti "progettuali", ossia durante la fase di redazione del progetto esecutivo, nell'ambito delle infrastrutture strategiche ed in deroga al regime ordinario di cui all'art. 132, prescrivendo:

“1. Il soggetto aggiudicatore verifica che nello sviluppo del progetto esecutivo sia assicurato il rispetto delle prescrizioni impartite dal CIPE in sede di approvazione del progetto definitivo e preliminare. Restano fermi i compiti e le verifiche di cui all'articolo 185.

2. Il soggetto aggiudicatore è tenuto ad apportare le modifiche e integrazioni occorrenti, nello sviluppo del progetto esecutivo, in conseguenza della verifica di cui al comma 1.

3. Le varianti da apportare al progetto definitivo approvato dal CIPE, sia in sede di redazione del progetto esecutivo sia in fase di realizzazione delle opere, sono approvate esclusivamente dal soggetto aggiudicatore ove non assumano rilievo sotto l'aspetto localizzativo, né comportino altre sostanziali modificazioni rispetto al progetto approvato e non richiedano la attribuzione di nuovi finanziamenti a carico dei fondi ovvero l'utilizzo di una quota superiore al cinquanta per cento dei ribassi d'asta conseguiti; in caso contrario sono approvate dal CIPE. Le varianti rilevanti sotto l'aspetto localizzativo sono approvate con il consenso dei presidenti delle regioni e province autonome interessate, espresso con la procedura di cui al comma 5 dell'articolo 165. Per le opere il cui finanziamento è stato assegnato su presentazione del piano economico finanziario la richiesta di nuovi finanziamenti comporta la revisione dello stesso.

Non assumono rilievo localizzativo le varianti di tracciato delle opere lineari contenute nell'ambito del corridoio individuato in sede di approvazione del progetto ai fini urbanistici; in mancanza di diversa individuazione costituiscono corridoio di riferimento a fini urbanistici le zone di rispetto previste dall'articolo 12, comma 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, e successive modificazioni.

4. Il soggetto aggiudicatore informa il Ministero e il Presidente della regione interessata delle varianti che intende approvare direttamente, ai sensi del comma 2; se l'opera è soggetta a VIA o ricade in ambiti soggetti a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, sono informati anche il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e il Ministero per i beni e le attività culturali. I predetti soggetti nel termine perentorio di quarantacinque giorni dalla data di ricezione hanno facoltà di rimettere al CIPE l'approvazione della variante. Il CIPE, nei casi di maggiore gravità, può ordinare la sospensione dell'esecuzione. La medesima informativa è resa altresì al Sindaco del Comune su cui ricade l'intervento.

5. La istruttoria delle varianti che non possono essere approvate dal soggetto aggiudicatore ai sensi del comma 2 è compiuta con le modalità di cui all'articolo 166, previo esperimento della procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico di cui all'allegato XXI, anche nel caso in cui sia necessaria una nuova valutazione di impatto ambientale. In caso di motivato dissenso delle regioni e delle province autonome interessate si procede ai sensi dell'articolo 165, comma 6.



6. Ove le integrazioni, adeguamenti o varianti comportino modificazioni del piano di esproprio, il progetto è nuovamente approvato ai fini della dichiarazione di pubblica utilità dall'autorità espropriante ai sensi del citato testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, previa, occorrendo, nuove comunicazioni ai sensi dell'articolo 166.

7. Per le infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale, il cui progetto definitivo non sia stato approvato dal CIPE a norma del presente capo, i soggetti aggiudicatori possono avvalersi sia delle procedure di approvazione delle varianti previste dalle diverse norme vigenti, sia delle procedure di cui al presente articolo, con l'adozione, per le varianti che non possono essere approvate dal soggetto aggiudicatore ai sensi del comma 2, delle procedure con conferenza di servizi, secondo le modalità dell'articolo 166 e seguenti”.

9. LE VARIANTI PROGETTUALI IN SEDE DI OFFERTA

di **Vittorio Capuzza**

L'art. 76 del D.Lgs. n. 163/2006 detta la disciplina in tema di varianti progettuali in sede di offerta.

Ebbene la norma dispone che, qualora sia adottato il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le Stazioni appaltanti possono, se lo prevedono espressamente nel bando, autorizzare gli offerenti a presentare varianti.

La medesima disposizione richiede poi alle Amministrazioni appaltanti di indicare nella legge di gara le condizioni minime che le varianti da queste autorizzate devono rispettare, senza che tali condizioni possano in alcuna maniera essere rese note successivamente (altrimenti violandosi irrimediabilmente tanto il principio di parità di trattamento tra i concorrenti, quanto quello non meno cogente di necessaria specificità e determinatezza delle regole di gara).

La giurisprudenza amministrativa ha poi delineato i criteri secondo cui la norma di riferimento va interpretata, precisando tra l'altro che la previsione esplicita della possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta è oggi generalizzata dall'art. 76 del D.Lgs. n. 163/06 per qualsivoglia appalto.

Detta norma, in particolare, demanda all'Amministrazione di indicare in sede di redazione della *lex specialis* di gara se le varianti sono ammesse e quali sono i "requisiti minimi" ai quali attenersi (Cons. Stato Sez. V, 17.9.2012, n. 4916).

È stato, infatti, evidenziato che

“... la ratio della scelta normativa – nazionale e comunitaria – riposa sulla circostanza che, allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la Stazione appaltante ha maggiore discrezionalità e soprattutto sceglie il contraente valutando non

solo criteri matematici ma la complessità dell'offerta proposta, sicché nel corso del procedimento di gara potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti rispetto al progetto base elaborato dall'amministrazione; nel caso invece di offerta selezionata col criterio del prezzo più basso, poiché tutte le condizioni tecniche sono predeterminate al momento dell'offerta e non vi è alcuna ragione per modificare l'assetto contrattuale, non è mai ammessa la possibilità di presentare varianti”

(Cons. Stato Sez. V, 29.3.2011, n. 1925).

Inoltre, la giurisprudenza nazionale ha elaborato alcuni criteri guida relativi alle varianti in sede di offerta. In particolare,

“... sono state considerate ammissibili le varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dall'amministrazione appaltante; è stato poi ritenuto essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto proposto, che l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali, che si dia la prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della pubblica amministrazione sottese alla prescrizione variante; è stato infine evidenziato che sussiste un ampio margine di discrezionalità della commissione giudicatrice nel valutare le varianti migliorative (C.d.S., sez. V, 19 febbraio 2003, n. 923; 9 febbraio 2001, n. 578; sez. IV, 2 aprile 1997, n. 309)”

(Cons. Stato, Sez. V, 10.9.2012, n. 4772).

Se ne desume, pertanto, che la valutazione ad opera di una Commissione di gara circa l'ammissibilità delle varianti progettuali presentate dai con-

correnti, e la conseguente determinazione di escludere l'offerta che dette varianti contiene, non possa prescindere dalla circostanza dell'inserimento, nella *lex specialis* di gara, dei limiti che le varianti migliorative debbono osservare. In altri termini, affinché il provvedimento di esclusione possa dirsi giustificato occorre, anzitutto, che la legge di gara abbia fornito indicazioni univoche in ordine ai requisiti minimi delle varianti in sede di offerta, come nel caso di un bando che proibisca, *expressis verbis*, e sotto pena di esclusione, varianti di progetto diverse da quelle esplicitamente previste nell'elaborato progettuale posto a base di gara.

Ciò è confermato dalla giurisprudenza del giudice amministrativo di ultima istanza, che con riferimento ad una procedura per l'affidamento dei lavori di adeguamento del recapito finale reti di fognatura pluviale, ha ritenuto legittima l'esclusione di un concorrente per aver presentato una variante, consistente nella sostituzione della fognatura, con posa in parallelo a quella preesistente, attesa la incontrovertibilità della circostanza che la *lex specialis* vietava varianti progettuali diverse da quelle espressamente ammesse ed il progetto esecutivo messo a disposizione dalla Stazione appaltante non prevedeva la suddetta sostituzione della fognatura. In tal caso risultava, in effetti, violato il principio dell'affidamento e della *par condicio*, essendo stati stravolti i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* (cfr. Cons. Stato Sez. V, 17.9.2012, n. 4916, citata).

Diversamente opinando, del resto, si incorrerebbe in prospettazioni che muovono in senso antitetico al principio di tassatività che connota la previsione sulle cause d'esclusione dalla gara, recepito nella novella introdotta dall'art. 4 del D.L. n. 70/2011, che ha appunto aggiunto il comma 1-*bis* all'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006.

Criterio di tassatività delle cause di esclusione, che, come sancito da una consolidata giurisprudenza, sul piano ermeneutico porta a configurare come di stretta interpretazione le clausole della disciplina di gara cui possa ricondursi la sanzione espulsiva del concorrente (Cons. Stato, Sez. III 9.5.2012, n. 2689).

Infatti, ai sensi del suddetto principio, è fatto divieto alle Stazioni appaltanti di prevedere nei bandi e nelle lettere di invito, sotto pena della nullità delle stesse, ipotesi di esclusione ulteriori rispetto alle:

- cd. "cause normative", contemplate dalle singole disposizioni del D.Lgs. n. 163/2006 mediante la previsione espressa della esclusione o la loro formulazione in termine di divieto o di imposizione di adempimenti doverosi (Cons. Stato, ad. plen., 6.6.2012, n. 21);
- cd. "cause amministrative", ricomprese nell'ambito delle fattispecie generali tassativamente indicate dallo stesso art. 46 (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 18.9.2013, n. 4663).

Preme del resto evidenziare come la giurisprudenza abbia applicato il principio della tassatività delle cause di esclusione anche in materia di varianti in sede di offerta.

In particolare, il giudice amministrativo ha sul punto affermato che

“... l'art. 76 cod. contr... con riguardo alle varianti progettuali, precisa che le stazioni appaltanti che autorizzano le varianti 'menzionano nel capitolato d'onere i requisiti minimi che le varianti devono rispettare’.

Di seguito si ha cura di prescrivere che le Stazioni appaltanti 'prendono in considerazione soltanto le varianti che rispondano ai requisiti minimi da esse prescritti’.

Vale a dire che la disposizione è predicativa di un principio generale che, declinato in negativo (rispetto a quello espresso in positivo dalla norma in esame) assume nel caso in esame rilievo dirimente: le varianti progettuali, che non rispondono ai requisiti minimi, non sono prese in considerazione dalla Stazione appaltante.

Sicché la variante non conforme ai requisiti... lungi da comportare tout court l'esclusione dell'offerta, non è valutata per determinare la qualità dell'offerta”.

(TAR Genova, Liguria, Sez. II, 11.4.2012, n. 526)

10. L'OBBLIGO DI TRASMISSIONE ALL'ANAC DELLE VARIANTI IN CORSO D'ESECUZIONE PER I SOLI LAVORI PUBBLICI. I QUATTRO COMUNICATI DELL'AUTORITÀ

di **Arturo Cancrini**

Con l'entrata in vigore prima del D.L. n. 90 del 24 giugno 2014, poi della Legge di conversione n. 114 dell'11 agosto 2014 che ha operato modifiche al decreto, è stata introdotta una disciplina ulteriore in tema di varianti, ispirata al contrasto della corruzione. In particolare, l'art. 37 del D.L. n. 90/2014 nella prima versione obbligava alla trasmissione delle varianti in corso d'opera di cui al comma 1, lettere b), c) e d), dell'art. 132 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. In attuazione di tale prescrizione, l'ANAC ha emanato un primo **Comunicato del Presidente in data 16 luglio 2014** (quindi, prima della conversione in legge del decreto), stabilendo che le Stazioni appaltanti tenute all'adempimento di cui all'oggetto avrebbero dovuto trasmettere all'Autorità, per ciascuna variante in corso d'opera, i seguenti atti:

- relazione del responsabile del procedimento;
- quadro comparativo di variante;
- atto di validazione;
- provvedimento definitivo di approvazione.

Avrebbero dovuto, altresì, indicare il numero di CIG, ove non riportato in uno dei suddetti atti e con riserva di fornire una più ampia documentazione progettuale, qualora gli Uffici preposti dell'Autorità lo avrebbero ritenuto necessario.

La trasmissione riguardava le varianti approvate a decorrere dalla data di entrata in vigore del Decreto Legge 24 giugno 2014 n. 90 e doveva avvenire entro il termine di 30 giorni, previsto dalla norma, a decorrere dall'approvazione da parte della Stazione appaltante.

A seguito dell'entrata in vigore della Legge di conversione n. 114 del 2014 e delle modifiche operate nel previgente testo dell'art. 37 del

D.L. n. 90/2014, l'ANAC ha indirizzato alle amministrazioni un secondo **Comunicato, datato 17 settembre 2014**, in cui venivano indicate le modalità di trasmissione e comunicazione all'ANAC delle varianti in corso d'opera, al fine di standardizzare gli adempimenti a carico delle Stazioni appaltanti e di consentire un avanzamento spedito dell'attività istruttoria da parte dell'ANAC.

Circa la documentazione da inviare ai sensi del comma 1 dell'art. 37 Legge n. 114/2014, le Stazioni appaltanti devono provvedere alla trasmissione integrale della perizia di variante (e quindi: quadro comparativo, da intendersi come computo metrico estimativo di raffronto; atto di sottomissione o atto aggiuntivo; verbali di concordamento nuovi prezzi, se presenti; relazione del Direttore dei lavori ex art. 161 comma 3 del D.P.R. 207/2010; nonché tutti gli altri documenti tecnici utili a comprendere il contenuto e l'entità delle modifiche apportate al progetto), del progetto esecutivo e degli altri atti richiesti dal primo comma dell'art. 37 Legge n. 114/2014 (atto di validazione riferito al progetto esecutivo e relazione del Responsabile del procedimento).

In aggiunta a quanto previsto dalla norma, l'ANAC ha chiesto che fosse trasmesso il provvedimento di approvazione della variante.

In considerazione del rinvio operato in premessa dall'art. 37 Legge n. 114/2014 all'art. 7, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) e del disposto del secondo comma dell'art. 37, l'ANAC ha precisato che:

- per le varianti aventi le caratteristiche di cui al comma 1 dell'art. 37 Legge n. 114/2014 (di importo superiore al 10% del valore del contratto, relative ad appalti di importo superiore alla soglia comunitaria) i dati sintetici devono continuare ad essere comunicati all'Osservatorio dei Contratti Pubblici, alla stregua di quanto è avvenuto sino ad oggi in osservanza ai Comunicati del Presidente della soppressa AVCP del 4 aprile 2008, del 14 dicembre 2010, del 22 ottobre 2013;
- in relazione agli appalti di valore superiore alla soglia comunitaria, per le varianti non soggette all'applicazione dell'art. 37 comma 1

Legge n. 114/2014, in quanto di importo inferiore al 10% dell'importo contrattuale, valgono gli obblighi di comunicazione all'Osservatorio dei Contratti Pubblici in osservanza ai Comunicati della soppressa AVCP sopra citati;

- per le tipologie di varianti non contemplate dall'art. 37 comma 1 Legge n. 114/2014 (varianti ex art. 132, comma 1, lett. a] ed e] e comma 3, secondo periodo, nonché ex art. 205 del Codice dei contratti pubblici) i dati sintetici devono continuare ad essere comunicati all'Osservatorio dei Contratti Pubblici, alla stregua di quanto è avvenuto sino ad oggi in osservanza ai Comunicati della soppressa AVCP sopra citati.

Inoltre, è stato precisato nel medesimo Comunicato che:

- l'obbligo di comunicazione all'Osservatorio dei Contratti Pubblici dei dati sulle varianti si intende assolto mediante la compilazione delle scheda variante del sistema informativo, nei limiti e con le modalità indicate all'art. 7 co. 8 del Codice dei contratti pubblici e nei Comunicati della soppressa AVCP del 4 aprile 2008;
- resta immutata la soglia minima di importo stabilita nel Comunicato della soppressa AVCP del 22 ottobre 2013, per cui le varianti da comunicare sono quelle relative ad appalti di importo superiore a Euro 40.000; perdura, altresì, la ripartizione di competenze stabilita dai precedenti comunicati in materia di raccolta dei dati tra Osservatorio centrale e sezioni regionali;
- il termine temporale per la comunicazione dei dati della variante, indicato in 60 giorni nei precedenti Comunicati della soppressa AVCP, è stato ridotto a 30 giorni in conformità al disposto dell'art. 37 Legge n. 114/2014.

L'ANAC, in applicazione dell'art. 6 comma 9 del Codice dei contratti pubblici, ha precisato che le Stazioni appaltanti sono comunque tenute a trasmettere all'ANAC la documentazione di cui all'art. 37 comma 1 Legge n. 114/2014 ove ricorrano le condizioni di legge (importo a base d'asta superiore alla soglia comunitaria; importo

della variante superiore al 10% dell'importo contrattuale) nei seguenti casi:

- nel caso in cui il superamento del 10% è determinato dalla concorrenza di più tipologie di variante, purché almeno una sia riconducibile a quelle individuate dal primo comma dell'art. 37 Legge n. 114/2014 (ad esempio, ex art. 132 comma 1 lett. b) e art. 132, comma 3, secondo periodo, ovvero, ex art. 132, comma 1 lett. c) e 205 del Codice dei contratti pubblici);
- nei contratti misti con prevalenza di servizi o di forniture, nella misura in cui la variante riguardi l'effettuazione di lavori e l'importo di questi ultimi sia superiore alla soglia comunitaria;
- per le varianti relative ad appalti nei settori speciali o relative ad interventi emergenziali sottoposti a deroga;
- per le varianti plurime relative ad un medesimo appalto, qualora il loro importo complessivo superi il 10% dell'importo contrattuale; in tal caso, il termine di 30 giorni decorre dall'approvazione della variante che determina il superamento della soglia del 10%.



L'organo competente per la trasmissione delle varianti all'ANAC nei casi previsti dalla norma e dal presente Comunicato è il Responsabile del procedimento, che ne risponde ai sensi dell'art. 6 comma 11 del Codice. Circa due mesi dopo, l'ANAC emana un terzo **Comunicato del Presidente, datato 24 novembre 2014**, relativo alle prime valutazioni sulle varianti in corso d'opera trasmesse dalle Stazioni appaltanti.

Il comunicato, infatti, riporta gli esiti delle verifiche preliminari effettuate dall'ANAC sulle varianti in corso d'opera trasmesse dalle Stazioni appaltanti in applicazione dell'art. 37 del Decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. È da precisare che l'ANAC ha espresso le risultanze in relazione, però, a quelle varianti per le quali non erano previsti i limiti di importo successivamente introdotti in sede di conversione, avvenuta, con modificazioni, con la Legge 11 agosto 2014, n. 114 (varianti disposte nell'ambito di appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria e di importo eccedente il 10% l'importo del contratto).

Nelle more della conversione in legge sono pervenute n. 277 varianti. Le valutazioni sono il frutto della analisi di un campione di n. 90 varianti per le quali si è proposta o l'archiviazione o l'approfondimento istruttorio con richiesta di ulteriori informazioni alle Stazioni appaltanti.

In particolare, in esito al predetto esame, che ha riguardato 90 casi, per 21 varianti l'ANAC ha proposto l'apertura di apposita istruttoria in considerazione delle criticità rilevate, mentre per le rimanenti si è proposta la definizione d'ufficio. Di queste 21 varianti, solo quattro sono afferenti ad appalti di importo superiore alla soglia comunitaria e una sola di queste supera il 10% dell'importo contrattuale. Ciò in quanto, come si è detto, le varianti esaminate sono state inviate nella vigenza del precedente testo dell'art. 37, prima della conversione in legge del decreto.

Fra i diversi aspetti messi in evidenza nell'esame compiuto, ha assunto un ruolo importante la presenza delle cd. varianti "in sanatoria": si tratta della ricorrenza di varianti approvate di fatto dopo l'esecuzione dei relativi lavori, talvolta addirittura in concomitanza dell'ultimazio-

ne dei lavori, al fine di regolarizzare le opere eseguite in sede di chiusura della relativa contabilità.

In alcuni casi – afferma l'ANAC – si tratta di varianti "di assestamento" senza aumento di costo, volte ad autorizzare soltanto una diversa distribuzione degli importi tra le varie categorie di lavori.

La condotta rilevata è comunque in contrasto con l'art. 162, comma 1, del D.P.R. 207/2010 che prescrive che tutte le varianti al progetto a base d'appalto devono essere disposte dal direttore dei lavori e preventivamente approvate dalla Stazione appaltante.

La libertà del direttore dei lavori di disporre modifiche progettuali è limitata, come noto, agli interventi (cd. varianti non varianti) volti a risolvere aspetti di dettaglio, che non comportino un aumento dell'importo del contratto stipulato. Deve trattarsi, inoltre, di modifiche che comportano spostamenti tra le varie categorie di lavori, di entità contenuta entro il 5% dell'importo contrattuale (10% per lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro).

Con riguardo, invece, all'errore progettuale, il comunicato precisa:

“Per quanto la fattispecie della variante per errori o omissioni del progetto esecutivo, ex art. 132, comma 1, lett. e), del codice non sia tra quelle soggette a trasmissione all'ANAC ai sensi dell'art. 37 del D.L. 90/2014, in alcuni casi l'esame degli atti pervenuti dà evidenza che varianti formalmente riferite ad altre motivazioni sono in realtà riconducibili all'esigenza di sanare carenze progettuali. In particolare, accade spesso di rilevare, in varianti pur determinate da sopravvenienze oggettive, che queste sarebbero state prevedibili con l'uso dell'ordinaria diligenza in sede di progettazione. Ciò avviene, ad esempio, per le modifiche dirette ad adeguare il progetto a scoperte geologiche o archeologiche, nel caso in cui non siano stati adeguatamente condotti le indagini e gli studi preliminari necessari alla pie-

na conoscenza dei luoghi. In tali casi, la variante andrebbe qualificata come derivante da errore progettuale in quanto in rapporto di causalità con l'attività del progettista.

Nel complesso, dalla documentazione acquisita è ravvisabile una tendenza delle Stazioni appaltanti a dissimulare l'errore di progettazione entro altre tipologie di varianti, verosimilmente in ragione delle conseguenze che l'accertamento esplicito da parte del RUP di un difetto di progettazione fa discendere sul progettista, sul verificatore e sulla stessa Stazione appaltante (v., inter alia, art. 132 commi 2, 4, 5 e art. 122 comma 4bis del Codice, art. 159 comma 2 D.P.R. 207/2010). Sebbene sia previsto che i costi a suo carico debbano, alla fine, trovare ristoro nella garanzia del progettista, è indubbio che la dichiarazione di errore progettuale determina in qualche misura l'aggravamento del procedimento e l'introduzione di un'alea che l'amministrazione sopporta malvolentieri, anche a causa della carenza di professionalità e competenze tecniche adeguate a svolgere un accertamento talora complesso e delicato, frequentemente oggetto di contenzioso con l'istituto assicurativo che ha prestato la garanzia.

Si dà il caso, altresì, di carenze progettuali che determinano l'esigenza/convenienza di migliorare il progetto, ma non sono tali da configurare gli estremi per l'introduzione di una variante ex art. 132 comma 1 lett. e). Si rammenta, infatti, che tale disposizione prevede il ricorso alla variante esclusivamente «per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione»⁵⁶.

Anche sull'utilizzo del ribasso d'asta, l'ANAC ha riscontrato la diffusa prassi, ricorrente nel 90% dei casi esaminati, di disporre varianti il cui

importo è molto prossimo al risparmio conseguito a seguito del ribasso d'asta offerto dall'impresa aggiudicataria;

“In molti casi, la pratica di assorbire il ribasso può non corrispondere direttamente ad interessi illeciti: le Stazioni appaltanti, specie nell'attuale congiuntura economica caratterizzata dalla difficoltà ad accedere a finanziamenti per la realizzazione di opere pubbliche, trovano conveniente impiegare le economie realizzate in sede di gara per eseguire ulteriori lavori connessi a quelli già affidati in appalto piuttosto che indire nuove procedure di gara”⁵⁷.

Infine, l'ANAC in data **17 marzo 2015** ha emanato un quarto ed ultimo – per il momento – **Comunicato**, con il quale ha inteso riordinare e aggiornare le modalità di trasmissione all'ANAC delle varianti in corso d'opera. Per prima cosa è stato predisposto un “modulo di trasmissione” in modo che le informazioni richieste dall'art. 37, della L. 114/2014 e dai precedenti comunicati (comunque confermati), siano già estratte, controllate e raccolte in elenchi prima della trasmissione. È stata inoltre integrata la documentazione volta a contestualizzare la variante rispetto all'arco temporale del contratto. Da qui la necessità di produrre il verbale di consegna e di sospensione dei lavori (qualora sussista), le proroghe, ecc. Ciò vale anche rispetto alla progressione dei lavori: occorre quindi allegare lo stato di avanzamento dei lavori emesso prima della variante e/o la valutazione dei lavori comunque contabilizzati sebbene non sia stato eventualmente possibile trasferire il maturato economico in apposito SAL. È inoltre emerso che il responsabile del procedimento (RP), 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'accerta-

mento. La detta relazione del RP deve invece dare puntuale evidenza del percorso logico seguito per accertare autonomamente le cause della variante e del corredo documentale sul quale è basato l'esame motivato dei fatti (cfr. art. 161, co. 1, D.P.R. 207/2010). Ciò dopo aver ricostruito le precedenti fasi del procedimento, dalla progettazione all'affidamento, all'evoluzione dei quadri economici, alle Conferenze dei servizi e alle prescrizioni impartite dagli Enti tenuti a esprimersi ai sensi della normativa vigente, fino alle principali vicissitudini occorse durante l'esecuzione”.

58 Segnatamente, si richiama l'attenzione sulla qualità degli adempimenti assegnati al RP in tema di varianti (cfr. art. 161, co. 7, D.P.R. 207/2010). Per le fattispecie di variante della lett. b), comma 1, art. 132, D.Lgs. 163/2006, dovranno essere altresì allegati gli eventuali pareri di Enti terzi – organi deliberanti a qualsiasi titolo, centrali dello Stato o territoriali, ecc. – che abbiano avuto un ruolo causale sulla variante, nonché gli eventuali ulteriori accertamenti e indagini necessari alla progettazione definitiva o esecutiva. In tale contesto, il RP valuterà le motivazioni di eventuali disarmonie tra gli esiti della Conferenza dei servizi e i pareri in seguito rilasciati dai medesimi Enti. Indicherà altresì gli eventuali pareri sulla variante da parte del progettista, del verificatore, del collaudatore in corso d'opera, del soggetto a supporto e dell'alta sorveglianza sui lavori, qualora siano stati espressi.

Nella relazione del RP, se del caso, si valuteranno anche i rapporti tra la variante oggetto di trasmissione e le “varianti migliorative” proposte in fase di offerta ex art. 76 del D.Lgs. 163/2006; sarà altresì valutata la relazione tra la variante e l'adeguatezza della progettazione delle interferenze. Analogamente saranno illustrate dal RP le ragioni che non hanno consentito, eventualmente, al verificatore (e quindi al validatore) di riconoscere preventivamente le carenze progettuali divenute in seguito causa della variante oggetto di trasmissione.

Viene precisato dall'ANAC che le Stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere all'ANAC la documentazione di cui all'art. 37, comma 1, Legge n. 114/2014, qualora: l'importo dell'appalto a base di gara sia superiore alla soglia comunitaria di cui all'art. 28 del D.Lgs. n. 163/2006; la variante sia superiore al 10% dell'importo del contratto originario. Le Stazioni appaltanti, in applicazione dell'art. 6, comma 9, del D.Lgs. 163/2006, sono tenute alla trasmissione all'ANAC della documentazione di cui all'art. 37, comma 1, Legge n. 114/2014, anche nei seguenti casi:

- nel caso in cui il superamento del 10% sia determinato dal cumulo di più fattispecie di variante, purché almeno una sia riconducibile a quelle individuate dal primo comma dell'art. 37 Legge n. 114/2014 (ad esempio, ex art. 132, comma 1, lett. b) e art. 132, comma 3, secondo periodo, ovvero, ex art. 132, comma 1, lett. c), e art. 205 del D.Lgs. 163/2006);
- nei contratti misti con prevalenza di servizi o di forniture, nella misura in cui la variante riguardi l'esecuzione di lavori e l'importo dei lavori stessi (a base di gara) sia superiore alla soglia comunitaria;
- per le varianti relative ad appalti nei settori speciali o relative ad interventi emergenziali sottoposti a deroga;
- per le varianti ripetute relative ad un medesimo appalto, qualora, ferme restando le altre soglie e condizioni, il loro importo complessivo superi il 10% dell'importo originario del contratto; in tal caso, il termine di 30 giorni decorre dall'approvazione della variante che determina il superamento della soglia del 10% del contratto originario.

59 Infine, l'ANAC ha precisato che non sussiste alcun obbligo di comunicazione delle varianti in corso d'opera nei settori speciali, ai sensi dell'art. 37, co. 2, Legge 114/2014, per il tramite del sistema SIMOG; ciò in quanto la comunicazione di siffatte varianti non è prevista all'art. 7, co. 8, del Codice; l'obbligo di comunicazione delle varianti nei settori speciali è stato invece introdotto al punto 3, lett. c), del comunicato ANAC del 17.9.2014 (comunque confermato) ed è assolto dal RP con la trasmissione della variante all'Ufficio Vigilanza Analisi Varianti.



Gli importi e le altre condizioni che fanno sorgere l'obbligo di trasmissione all'ANAC sono le medesime dei settori ordinari.

Sono soggette all'obbligo di trasmissione ad ANAC le varianti in corso d'opera inerenti i contratti del Contraente Generale che ai sensi dell'art. 176, comma 5, lett. a), D.Lgs. 163/2006, sono a carico del medesimo Contraente Generale. L'obbligo della trasmissione ricorre per le seguenti fattispecie per le quali il Contraente Generale è tenuto all'applicazione del D.Lgs. 163/2006: "forza maggiore, sorpresa geologica o sopravvenute prescrizioni di legge o di enti terzi o comunque richieste dal soggetto aggiudicatore".

L'obbligo della trasmissione delle varianti in corso d'opera è subordinato al verificarsi delle medesime soglie d'importo dell'appalto (pari o superiore alla soglia comunitaria) e della variante (eccedente il 10% del contratto originario), nonché della ricorrenza delle altre condizioni indicate per i settori ordinari.

Importante aspetto contenuto nell'ultimo comunicato ANAC è l'estensione dell'obbligo di trasmissione a: transazioni, accordi bonari,

varianti negli appalti integrati prima dell'inizio dei lavori e lavori complementari. Infatti, è stato chiarito che:

“Per disporre di un quadro completo dell'aumento di spesa, si rende necessario includere con la trasmissione della variante anche gli atti relativi alle transazioni o accordi bonari rispettivamente ex artt. 239 e 240 del codice, eventualmente espletati prima della variante. La trasmissione di questi ultimi non costituisce un nuovo adempimento perché gli accordi bonari devono essere trasmessi all'Autorità in forza del comunicato della soppressa AVCP del 4.6.2001 (pur mancando un termine per l'adempimento). In breve, qualora l'accordo bonario sia stato già trasmesso, sarà sufficiente fornire i riferimenti della trasmissione già effettuata; diversamente si trasmetterà unitamente alla variante. Si rende altresì necessario acquisire le varianti che ricorrono negli appalti integrati di cui all'art. 53, comma 2, lett. b) e c), del codice, nella fase che precede la consegna dei lavori. Nondimeno, anche tali varianti sono da ascrivere alla categoria delle 'varianti in corso d'opera' ex art. 37 della Legge 114/2014, giacché il contratto (di progettazione ed esecuzione) risulta in corso di esecuzione. Di conseguenza andranno altresì prodotti l'attestato di validazione a cura del RP del livello di progettazione posto a base di gara e uno o più rapporti di verifica in relazione alla procedura di selezione (cfr. art. 168 e art. 169, D.P.R. 207/2010). Analogamente saranno da trasmettere le informazioni relative alle procedure di affidamento dei lavori complementari di cui all'art. 57, comma 5, del D.Lgs. n. 163/2006. L'obbligo di trasmissione per tali varianti è sottoposto alle medesime soglie di riferimento dei valori e alle altre condizioni che operano per tutti i settori, se applicabili”.

GLI AUTORI

Arturo Cancrini

Avvocato amministrativista in Roma, è titolare dello Studio Legale Cancrini & Partners.

È professore di Legislazione delle Opere Pubbliche presso il Dipartimento di Ingegneria Civile – DICII dell'Università di Roma "Tor Vergata".

Svolge la sua attività professionale, giudiziaria e di consulente per numerose primarie imprese di costruzioni nazionali ed estere.

È Docente IPSOA, FORMEZ, ASSEFOR, CEIDA, PARADIGMA, OPTIME, IGOP, SYNERGIA FORMAZIONE.

È stato membro della Commissione incaricata della Redazione del Regolamento di cui alla Legge n. 109/94 (Legge Merloni); componente della Commissione incaricata dal Comune di Roma di predisporre il contratto di servizio con le proprie aziende municipalizzate; consulente del Piano Generale Trasporti; componente della Consulta Giuridica dell'ANCE; membro del Comitato scientifico dell'Associazione "Verso l'Europa" costituita dal Ministero Infrastrutture unitamente a Confindustria e IRI; membro del Comitato di Direzione Scientifica del Master "I contratti della P.A." - Scuola Superiore P.A. Iscritto all'Albo degli arbitri camerali dal 14 giugno 2007. Membro dell'Istituto Superiore di Studi sull'Arbitrato - I.S.S.A. e coordinatore del Comitato per l'Arbitrato in materia di appalti di Opere Pubbliche.

Componente del Gruppo di Studio dell'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Roma su "La figura dell'ingegnere Civile nella progettazione e nella direzione lavori degli immobili e dei beni sottoposti a vincolo, di pregio o comunque storici o di valore artistico".

È Direttore della Collana di Diritto Amministrativo della Aracne Editrice. Redattore della Rivista "Archivio Giuridico delle OO.PP." dal 1983 e Redattore della "Rivista Trimestrale degli Appalti" sin dalla sua costituzione.

Prof. Vittorio Capuzza, Ph.D.

Svolge la propria attività didattica e di ricerca nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

È docente di Diritto Amministrativo: nel Dipartimento di Scienze e Tecnologie della Formazione - Facoltà di Lettere; nella Scuola IaD - Facoltà di Medicina e Chirurgia; nella Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali (modulo di contrattualistica pubblica), Facoltà di Giurisprudenza.

Per i Corsi di laurea della Facoltà di Giurisprudenza è docente (modulo di contrattualistica pubblica) presso la Scuola Ufficiali Carabinieri di Roma e la Scuola Marescialli dei Carabinieri di Velletri; presso l'Accademia della Guardia di Finanza è docente aggiunto di Diritto pubblico dell'economia e di Diritto dell'ambiente.

È docente di Organizzazione del Cantiere e di Ingegneria forense, nel Dipartimento di Ingegneria Civile - DICII.

Nello stesso Dipartimento tiene lezioni di Legislazione delle Opere Pubbliche. È Responsabile scientifico-didattico dell'Ufficio Studi per l'applicazione della normativa area didattica - Direzione I dell'Ateneo.

È nella CRUI - Conferenza dei Rettori delle Università Italiane, Responsabile del Settore Legale, Responsabile della prevenzione della corruzione e Responsabile per la Trasparenza.

È dottore di ricerca in Storia e Teoria del diritto.

È Direttore delle Collane "Law and Humanities", "Diritto Amministrativo", "Studi di Grammatica storica Latina e Greca", della Aracne Editrice.

È Socio Ordinario della Italian Society for Law and Literature, CIRSIFID, Università di Bologna.

*Finito di stampare
nel mese di dicembre 2015*

CEFME  CTP
Organismo Paritetico per la formazione
e la sicurezza in edilizia di Roma e provincia

ISBN 978-88-941194-1-1



€ 1,50

9 788894 119411