

COMPITI E POTERI DEL DIRETTORE DEI LAVORI E DEL RUP

Nella trattazione della disciplina delle varianti, oggetto dell'art. 8 del D.M. MIT 7 marzo 2018, n. 49, è necessario, preliminarmente, dare conto delle fonti legali e funzionali che sovrintendono le disposizioni dell'articolo in commento, con particolare riferimento ai compiti, poteri e responsabilità del Direttore dei Lavori e del RUP.

La fonte legale a cui fare riferimento è data dall'art. 106 (Modifica di contratti durante il periodo di efficacia) del d.lgs 50/2016 s.m.i.¹.

La norma racchiude, come noto, una serie di fattispecie, anche molto distanti tra loro, che in precedenza formavano oggetto di disposizioni separate.

Non è questa la sede, anche perché le riflessioni ed il dibattito sul punto datano ormai oltre due anni, circa la tecnica di redazione del codice dei contratti, salvo che per una precisazione metodologica, ovvero che dell'art. 106 verranno richiamate e commentate quelle sole disposizioni che hanno diretta refluenza con quelle variazioni – utilizziamo la locuzione per un momento in modo generico – contrattuali nella cui *esecuzione* rientrano competenze o compiti del direttore dei lavori, così da rimanere nell'alveo dell'oggetto di questo opportuno incontro.

Ebbene, in primo luogo vengono in evidenza i commi 1,2,4,6,7,8 e 12².

a cura di
Avv. M. Frontoni

COMPITI E POTERI DEL DIRETTORE DEI LAVORI E DEL RUP

Nella trattazione della disciplina delle varianti, oggetto dell'art. 8 del D.M. MIT 7 marzo 2018, n. 49, è necessario, preliminarmente, dare conto delle fonti legali e funzionali che sovrintendono le disposizioni dell'articolo in commento, con particolare riferimento ai compiti, poteri e responsabilità del Direttore dei Lavori e del RUP.

La fonte legale a cui fare riferimento è data dall'art. 106 (Modifica di contratti durante il periodo di efficacia) del d.lgs 50/2016 s.m.i.¹.

La norma racchiude, come noto, una serie di fattispecie, anche molto distanti tra loro, che in precedenza formavano oggetto di disposizioni separate.

Non è questa la sede, anche perché le riflessioni ed il dibattito sul punto datano ormai oltre due anni, circa la tecnica di redazione del codice dei contratti, salvo che per una precisazione metodologica, ovvero che dell'art. 106 verranno richiamate e commentate quelle sole disposizioni che hanno diretta refluenza con quelle variazioni – utilizziamo la locuzione per un momento in modo generico – contrattuali nella cui *esecuzione* rientrano competenze o compiti del direttore dei lavori, così da rimanere nell'alveo dell'oggetto di questo opportuno incontro.

Ebbene, in primo luogo vengono in evidenza i commi 1,2,4,6,7,8 e 12².

a cura di
Avv. M. Frontoni



Un'altra fonte da aver presente, di natura "funzionale" è data dalle Guida n. 3 dell'ANAC, recanti «*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*», nell'aggiornamento di cui alla deliberazione del Consiglio n. 1007 dell'11 ottobre 2017.

Il riferimento ad una fonte "funzionale" deriva dalla circostanza che certamente le Linee Guida non sono sovraordinate al D.M. 49/2018, mentre è certamente sovraordinato il Responsabile Unico del Procedimento (più avanti anche "RUP") rispetto al direttore dei Lavori, le cui attribuzioni formano oggetto del DM in commento.

Ebbene, in due articoli delle Linee Guida vengono definiti compiti e poteri del RUP in tema di variazioni contrattuali.

- i) art. 6 "*Compiti del RUP per i lavori nella fase di esecuzione*" "Il responsabile del procedimento: (...)
- k) *autorizza le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità anche su proposta del direttore dei lavori, con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante da cui il RUP dipende in conformità alle previsioni dell'art. 106 del Codice e, in particolare, redige la relazione di cui all'art., 106, comma 14, del Codice, relativa alle varianti in corso d'opera, in cui sono*

riportate le ragioni di fatto e/o di diritto che hanno reso necessarie tali varianti. Il RUP può avvalersi dell'ausilio del direttore per l'accertamento delle condizioni che giustificano le varianti; si osserva che le due locuzioni utilizzate ("anche su proposta" e "può avvalersi") attestano chiaramente che il RUP è ben legittimato ad individuare direttamente, diremmo *motu proprio*, l'occorrenza della modifica/variante.

- i) *approva i prezzi relativi a nuove lavorazioni originariamente non previste, determinati in contraddittorio tra il Direttore dei Lavori e l'impresa affidataria, rimettendo alla valutazione della stazione appaltante le variazioni di prezzo che comportino maggiori spese rispetto alle somme previste nel quadro economico.*
- ii) art. 8.1 "Compiti del RUP per appalti di servizi e forniture e concessioni di servizi prevede", al punto h) il RU:
- h) *autorizza le modifiche, nonché le varianti contrattuali con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante da cui*

il RUP dipende, nei limiti fissati dall'art. 106 del Codice;

La fattispecie dell'art. 8 non rileva in queste brevi considerazioni, atteso che è riferita ai contratti di servizi e forniture che non prevedono, ovviamente, la figura del direttore dei lavori ma del direttore dell'esecuzione (la cui disciplina è contenuta nell'art. 22 del D.M. 49/2018)³. Passando ora all'esame del D.M. 49/2018 per quanto attiene alla direzione lavori, vengono in evidenza gli artt. art. 8, rubricato "Modifiche, variazioni e varianti contrattuali" e l'art. 14, rubricato "I documenti contabili" e, in particolare, il comma 1, lettera a), punto 10 che dispone che nel giornale dei lavori debbano essere riportate anche "le varianti ritualmente disposte, le modifiche od aggiunte di prezzi".

La fattispecie dell'art. 14, tuttavia, riveste carattere documentale e, ove occorra probatorio, per l'esatta ricostruzione dei fatti dell'appalto, ma non ha rilevanza sul piano dei comportamenti attivi nel processo di adozione delle variazioni contrattuali.

L'attenzione delle nostre riflessioni si deve por-



re, pertanto, sulle disposizioni dell'art. 8 anche nel loro efficace o meno collegamento con l'art. 106 del codice dei contratti e con le Linee Guida ANAC n.3.

Nel quadro normativo e regolatorio sopra sinteticamente descritto, si inseriscono, dunque, nei contratti di lavori, la figura e le attività del Direttore dei Lavori.

Ed, in effetti, l'articolo si apre con la previsione del comma 1 che onera Il direttore dei lavori a fornire *"al RUP l'ausilio necessario per gli accertamenti in ordine alla sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 106, comma 1, del codice."*

L'art. 106, comma 1, a sua volta prevede che le *"modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende"*, da cui la conclusione che ogni modifica o variante **debba** essere approvata dal RUP, con un ruolo meramente istruttorio del direttore dei lavori. Vedremo più avanti se la conclusione è valida.

Dunque è obbligo del direttore dei lavori fornire *"l'ausilio necessario per gli accertamenti"* di competenza del RUP.

Dal che una prima riflessione: è a carico del direttore dei lavori anche l'onere della segnalazione della occorrenza della variante o questa attività è di esclusiva competenza del RUP?

Il comma 2, primo periodo, dell'art. 8 chiarisce immediatamente che *"il direttore dei lavori propone al RUP le modifiche, nonché le varianti dei contratti in corso di esecuzione, nonché le relative perizie di variante, indicandone i motivi in apposita relazione da inviare al RUP, nei casi e alle condizioni previste dall'art. 106"*.

Il potere, *rectius* dovere, di iniziativa resta, quindi, in capo al direttore dei lavori, come già nell'art. 161, comma 3, del DPR 207/10⁴.

Peraltro analogo ruolo propositivo del direttore dei lavori in ordine alla fase di segnalazione o avvio della variazione contrattuale si rinviene nell'art. 5 *"Consegna dei lavori"*, comma 10, laddove, è previsto che *"Nel caso in cui siano riscontrate differenze fra le condizioni locali e il progetto esecutivo, non si procede"*



alla consegna e il direttore dei lavori ne riferisce immediatamente al RUP, indicando le cause e l'importanza delle differenze riscontrate rispetto agli accertamenti effettuati in sede di redazione del progetto esecutivo e delle successive verifiche, proponendo i provvedimenti da adottare”.

Disposizione che è poi generalizzata nel secondo periodo del primo comma dell'art. 8 del DM 49/2018 per il quale “Con riferimento ai casi indicati dall'art. 106, comma 1, lettera c) del codice, il direttore dei lavori descrive la situazione di fatto ai fini dell'accertamento da parte del RUP della sua non imputabilità alla stazione appaltante, della sua non prevedibilità al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori e delle ragioni per cui si rende necessaria la variazione”.

Ancorché l'obiettivo di queste brevi note siano le attività rimesse al direttore dei lavori, dobbiamo fermarci un momento ad esaminare le “legittime cause di variante”, che in realtà saranno poi apprezzate e valutate dal RUP e dalla stazione appaltante, alla cui ricorrenza il direttore dei lavori è onerato della tempestiva segnalazione al RUP e della predisposizione della relativa perizia.

L'art. 106 prevede da un lato le modifiche e, dall'altro, le varianti contrattuali in corso d'opera. Nel medesimo articolo troviamo le c.d. prestazioni supplementari che possono essere ricondotte all'istituto, sempre controverso, dei lavori complementari previsti nell'art. 57 del previgente codice e per le quali è prevista una procedura eguale a quella delle modifiche contrattuali.

Venendo all'oggetto di queste note, il comma 1 dell'art. 106 delinea, alla lettera c), anche le “varianti in corso d'opera”, quelle, o parte di quelle, per intenderci, già disciplinate dall'art. 132 del d.lgs 163/06.

La citata lettera c), del primo comma dell'art. 106 prevede espressamente due concorrenti limiti all'adozione della variante:

- 1) *la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;*
- 2) *la modifica non altera la natura generale del contratto;*

Si può osservare che, rispetto alle fattispecie previste nel previgente articolo 132 del d.lgs

163/06⁵, il punto 1 della lettera c) da un lato assume in se i casi a), b) e c) dell'art. 132, dall'altro presenta anche significative differenze.

In primo luogo, le circostanze “*impreviste e imprevedibili*” che nel punto a) dell'art. 132 non erano ulteriormente qualificate e la cui individuazione era rimessa ai “*modi stabiliti dal regolamento*”, nell'art. 106 debbono essere tali “*per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore*”.

Il che significa che se il concorrente, futuro aggiudicatario e sottoscrittore del contratto, avesse ben previsto la necessità della perizia, si pensi al caso di una migliore conoscenza dei luoghi o di precedenti esperienze similari, ciò non toglie che la perizia debba essere adottata. Vi è da dire che la disposizione ha anche una logica di sistema.

L'art. 59, comma 1, del d.lgs 50/2016, come modificato dal d.lgs 56/2017 prevede, fatta salva la previsione del comma 1 -bis (appalti nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori) gli appalti relativi ai lavori sono affidati, ponendo a base di gara il progetto esecutivo, vietando il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità, locazione finanziaria, nonché delle opere di urbanizzazione a scomputo.

La generale previsione della redazione del progetto esecutivo in capo alla stazione appaltante e la conseguenziale esclusione dell'appaltatore da questa fase spiegano la precisazione per cui le circostanze legittimanti la perizia di variante debbano essere tali per l'amministrazione.

Certo, vi è da chiedersi che ne dell'efficacia “paralizzante” delle successive pretese dell'appaltatore, laddove l'amministrazione opponga le dichiarazioni di rito, rese in sede di gara, circa l'esatta conoscenza dello stato dei luoghi, delle condizioni particolari nonché l'accettazione del progetto esecutivo et similia.

Spicca, tuttavia, la mancanza di espressi riferimenti a due fattispecie considerate, sia consentita un'espressione colloquiale e descrittiva, tra le “più legittimanti” tra quelle previste nell'articolo 132 nel processo di adozione delle varianti, ovvero la lettera e) (i casi previsti dall'articolo 1664, comma 2, del codice civile, la c.d. “sorpresa geologica”); e la lettera e-bis) (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).

Poiché non è pensabile che sia stata espunta dall'ordinamento la più nota e risalente delle "circostanze impreviste ed imprevedibili", ovvero la "sorpresa" geologica, si deve ritenere che, appunto, tale fattispecie sia stata assorbita nella generale previsione del punto 1 della lettera c) dell'art. 106.

Altrettanto, ma è una deduzione meno certa, per il caso della bonifica di siti contaminati che, in effetti, dovrebbe costituire un altro caso di sorpresa sgradita e, come tale, essere provato che non era conoscibile con l'ordinaria diligenza dell'amministrazione.

Prima di procedere con l'esame dei compiti del direttore dei lavori, è necessario esaminare l'altro limite previsto nella lettera c) in commento, ovvero che la modifica "non altera la natura generale del contratto".

La norma non fornisce la nozione di "natura generale del contratto", espressione troppo generica per fornire da sola un chiaro indirizzo, al limite l'alterazione della "natura generale del

contratto" potrebbe aversi, letteralmente, nel caso invero di scuola, della mutazione del contratto di lavori in un contratto di fornitura o di servizi.

Sfortunatamente, viste le criticità che pone, poco più avanti, il comma 4 del medesimo articolo 106 fornisce la definizione di "modifica sostanziale" del contratto, in primo luogo definendola tale quando "altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti".

In poche righe di testo abbiamo, quindi, tre locuzioni, ciascuna delle quali è ostativa all'adozione della variante:

- altera la natura generale del contratto,
- modifica sostanziale,
- altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti.

È opportuno un breve arresto per connettere ciascuna definizione alla fattispecie concreta prevista dall' art. 106.

Si ha, quindi, che il limite dato dal non alterare



“la natura generale del contratto” è riferito al caso del comma 1 lettera c).

Il limite della “*modifica sostanziale*” si applica al caso del comma 1 lettera e) (cd “*modifiche non sostanziali*”).

Infine, il limite dato dal non alterare “*considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti*” viene riportato come **esplicitazione** del concetto di modifica sostanziale, finendo per limitarne la portata ai casi più macroscopici.

Da ultimo, il Codice, al comma 4 dell'art. 106, fornisce una accettabile definizione di “*modifica sostanziale*”, che è tale allorché **almeno una** delle seguenti condizioni è soddisfatta:

- a) *la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;*
- b) *la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;*
- c) *la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto”.*

Alcune brevi considerazioni.

Sull'ipotesi a) si deve osservare una modifica del 20% dell'importo dei lavori (ovvero nel limite entro il quale l'appaltatore è obbligato ad eseguire la variante, ovvero, secondo alcuni commentatori, sarebbe possibile l'adozione “*acausale*” di una perizia di variante) o anche inferiore, ben potrebbe comportare il passaggio da una ad altra, ovviamente superiore, classifica SOA, pure nell'ambito della medesima categoria, per cui – in linea teorica – gran parte delle perizie di variante e suppletive “*avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata*”.

Non è, invece, commentabile, l'ipotesi che la perizia avrebbe “*attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione*”: chi potrà mai accertare che, alla luce della perizia adottata, il bando di gara avrebbe “attirato” altri operatori giuridici: “forse che sì, forse che no”, avrebbe detto Gabriele D'Annunzio.

Occorre dare conto di un limite quantitativo, previsto al comma 7, per il quale,

“*Nei casi di cui al comma 1, lettere b) e c), per i settori ordinari il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale*

limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice”.

Il limite del 50% è previsto per i soli settori ordinari, per cui sembrerebbe che per i settori speciali non vi siano limiti, salvo voler risalire al Considerando 107 della Direttiva 2014/24/UE, di cui appresso, per il quale le modifiche sono ammesse per un importo inferiore a quello del contratto originario.

Tornando ai settori ordinari, il superamento del limite del 50% dell'importo del contratto originario non comporta ex se l'illegittimità della perizia, atteso anche che questa interviene esclusivamente per cause “*impreviste ed imprevedibili*” ma configura soltanto una delle cause, al ricorrere delle quali, la stazione appaltante “*può risolvere*” il contratto di appalto ai sensi dell'art. 108 del d.lgs 50/2016.

Chiusa la necessaria premessa circa i presupposti legittimanti l'adozione della variante, dobbiamo tornare rapidamente ai compiti, funzioni e poteri del direttore dei lavori nel relativo processo di accertamento, redazione ed approvazione della perizia.

Il primo comma dell'art. 8 del DM 49/2018 prevede che il direttore dei lavori, proprio in relazione ai casi di cui al comma 1, lettera c), dell'art. 106 (cd. “*varianti*” in senso stretto), descriva la **situazione di fatto** ai fini dell'accertamento da parte del RUP della sua non imputabilità alla stazione appaltante, della sua non prevedibilità al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori e delle ragioni per cui si rende necessaria la variazione. La situazione di fatto, predicata in relazione alla fattispecie di “*nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti*” appare quasi una contraddizione in termini, atteso che la norma principale opera il riferimento a fonti di diritto.

Né è credibile ipotizzare che il contributo in fatto chiesto al direttore dei lavori possa esplicarsi nella valutazione circa la “rilevanza” o meno degli interessi rimessi alla tutela dell'autorità o ente che emana il provvedimento incidente sull'esecuzione del contratto di appalto. Peraltro interessi che, in via di principio, possono ritenersi “rilevanti” ma che, rispetto al provvedimento in concreto adottato, ben potrebbero anche non presentare profili di particolare meritevolezza rispetto all'opera costruenda.

Ad ogni modo, il comma 2 dell'art. 8 onera il direttore dei lavori a proporre al RUP “*le modifiche, nonché le varianti dei contratti in corso di esecuzione e relative perizie di variante, indicandone i motivi in apposita relazione*”.

L'indicazione dei “motivi” va letta in relazione

al supporto che il direttore dei lavori è tenuto a fornire al RUP ai sensi del primo e secondo periodo del comma 1 per l'accertamento della sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 106 del codice. Sembrerebbe che la proposta prevista al comma 2, relativamente alla perizia di variante sia, in questa fase, limitata alla segnalazione della occorrenza della variante stessa e non debba essere, invece, già sviluppata negli elaborati tipici del progetto esecutivo.

A favore di tale conclusione militano, oltre al razionale del principio di economicità dell'azione amministrativa, che confligge con la previa redazione di un progetto di variante a livello esecutivo rispetto alle valutazioni di legittimità ma anche di opportunità rimesse al RUP, anche dal già citato art. 108 del codice dei contratti. L'art. 108 facoltizza, infatti, la stazione appaltante a risolvere il contratto nel caso in cui siano superate, con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettere b) e c), le soglie di cui al comma 7 dell'art. 106 (50% dell'importo contrattuale) nonché in caso di superamento del limite del 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali, qualora la necessità di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudichino in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione.

Attesa la facoltà di scelta tra adozione della perizia di variante e risoluzione del contratto, sarebbe contrario al principio di economicità la redazione della perizia da parte del direttore dei lavori prima del via libera da parte del RUP. Vero è che solo disponendo di tutti i dati temporali ed economici della perizia il RUP potrebbe assumere le sue più ponderate determinazioni, ma per la valutazione tra risoluzione e adozione della perizia, una relazione motivata del direttore dei lavori, compreso "l'ausilio" circa la sussistenza delle condizioni di legge per l'adozione della perizia stessa, potrebbe essere sufficiente.

L'attività del direttore dei lavori, in relazione alla adozione o meno di "modifiche ed addizioni", così si esprime il secondo periodo del comma 2 dell'art. 8, è anche fonte di responsabilità, atteso che risponde delle conseguenze sia dall'aver ordinato "modifiche ed addizioni" al progetto sia dall'averle lasciate eseguire, senza averne ottenuto regolare autorizzazione, salvo il caso che ciò avvenga per evitare danni gravi a persone o cose.

Appare curioso che nulla dica la norma sul caso opposto e, purtroppo, in non pochi casi si rileva nella prassi: la mancata adozione della perizia di variante ovvero una tempistica di

adozione a tal punto dilatata da esporre l'amministrazione a richieste risarcitorie da parte dell'appaltatore per rallentamenti, fermi, sospensioni ecc.

Eppure tale mancata collaborazione rileva sul piano della responsabilità: nel caso di affidamento delle attività di direzione lavori a privati scelti in base ad una delle procedure di scelta del contraente previste dal codice, troveranno applicazione i principi della buona fede e correttezza in executivis di cui all'articolo 1375 del codice civile, che comportano l'obbligo per i contraenti di mantenere un comportamento, oggettivamente ispirato a lealtà e correttezza, nei momenti fisiologici dell'esecuzione del contratto.

Nel caso in cui l'incarico di direzione lavori sia affidato ad un dipendente dell'amministrazione, a parte i riferimenti costituzionali dell'art. 54 (per cui il servizio deve essere svolto "con disciplina ed onore"), 97 (principio di imparzialità) e 98 (il dipendente pubblico deve essere al "servizio esclusivo della Nazione), il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, emanato con il Decreto del Presidente della Repubblica n. 62 del 16 aprile 2013, all'art. 3, fa propri i "Principi" di integrità, **correttezza**, **buona fede**, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza, indipendenza e imparzialità, astensione in caso di conflitto di interessi."

Nel caso in cui, invece, è il comma 3 che ne tratta, si rilevino modifiche al progetto non disposte dal direttore dei lavori, quest'ultimo fornisce all'esecutore le disposizioni per la rimessa in pristino con spese a carico dell'esecutore stesso.

La disposizione è effettivamente lapalissiana, ma consente di coltivare ancora il tema della responsabilità: ma se il direttore dei lavori, come recita il comma 2 dell'art. 2 del DM 49/2018, "opera in autonomia in ordine al controllo tecnico, contabile ed amministrativo dell'esecuzione del contratto", come sarà mai possibile che l'appaltatore abbia realizzato una modifica variante al progetto, tale da renderne necessaria l'eliminazione e rimessa in pristino? La norma, il comma 3 dell'art. 8, non fa riferimento alle c.d. "non conformità" o ai vizi dell'opera, ma alla **volontaria** esecuzione, da parte dell'appaltatore, di opere in variante rispetto al progetto esecutivo.

La mancata rimessione in pristino è certamente fonte di responsabilità ma, forse, non esaurisce l'area di responsabilità di un direttore dei lavori che o non ha visto o se ha visto ha tollerato l'esecuzione di variati lavori.

Il comma 4 dell'art. 8 presenta alcuni interessanti spunti di riflessione.



In primo luogo, troviamo l'affermazione per cui *“nel caso di cui all'articolo 106, comma 12, del codice, l'esecutore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto e la perizia suppletiva è accompagnata da un atto di sottomissione che l'esecutore è tenuto a sottoscrivere in segno di accettazione o di motivato dissenso.”* Come noto, il comma 12 dell'art. 106 conferisce alla stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, di *“imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto.”*

Prima di procedere, è opportuno un chiarimento.

La facoltà del comma 12 dell'art. 106 non introduce, anche se alcuni commentatori leggono la disposizione in questo senso, una nuova forma di modifica o variante “libera” o scissa dai casi delineati nei precedenti commi dell'art. 106, tutti volti a definire il percorso dell'attività pubblicistica della stazione appaltante, ma va

a normare, sul piano del rapporto contrattuale con il privato, il limite massimo che può assumere lo *ius variandi* del committente pubblico, prima che il privato recuperi lo spazio di autonomia negoziale compresso dall'incontro con l'amministrazione.

E', come anche in precedenza, l'omologo dell'art. 1661 del codice civile nell'appalto privato, salvo l'aumento dell'area dell'obbligo da un sesto, nel codice civile, ad un quinto nell'appalto pubblico.

Tornando all'esame del comma 4, è interessante notare che ai fini della determinazione del quinto, l'importo dell'appalto *“è formato dalla somma risultante dal contratto originario, aumentato dell'importo degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per, nonché dell'ammontare degli importi, diversi da quelli a titolo risarcitorio, eventualmente riconosciuti all'esecutore ai sensi degli articoli 205 e 208 del codice)”*, il che comporta che il limite sia “mobile”, innalzandosi l'asticella in conseguenza di ogni atto di sottomissione o aggiuntivo sottoscritto. In questo senso il DM 49 interviene ad integrare opportunamente il codice, che aveva omissis



di replicare tale importante precisazione che era oggetto dell'art. 161 del DPR 207/10.

Dobbiamo chiederci, quale sia il rapporto tra il "quinto d'obbligo" ed i limiti previsti per l'adozione della modifiche o varianti, oggetto dei primi commi dell'art. 106, ovvero se di "quinto in quinto" sia possibile superare i limiti di importo o qualitativi esaminati in precedenza.

Una risposta inequivoca è fornita dal comma 7 a tenore del quale *"Nei casi di cui al comma 1, lettere b) e c), per i settori ordinari il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice"*.

Salvo la clausola finale circa il divieto di aggiramento delle norma del codice, può ben aversi il caso di successive legittime modifiche o varianti che portano ad un progressivo incremento dell'importo contrattuale pressoché senza limiti a tenore letterale della norma interna.

Al riguardo, tuttavia, è opportuno richiamare il

Considerando 107 della Direttiva 2014/24/UE prevede che *"(...) Le modifiche del contratto comportanti una modifica minore del valore del contratto sino a un determinato valore dovrebbero essere sempre possibili senza richiedere una nuova procedura d'appalto. A tal fine e allo scopo di garantire la certezza giuridica, la presente direttiva dovrebbe prevedere soglie "de minimis", al di sotto delle quali non è necessaria una nuova procedura di appalto. Le modifiche contrattuali al di sopra di tali soglie dovrebbero essere possibili senza necessità di una nuova procedura di appalto nella misura in cui soddisfino le pertinenti condizioni previste dalla presente direttiva."*

Alla luce di quanto precede, una lettura comunitariamente orientata dell'art. 106, comma 12, e quindi del comma 4 dell'art. 8 in commento, porta a ritenere, ma è una ipotesi atteso che si tratta pur sempre di un "Considerando", che le successive modifiche e varianti, pur legittime, non possano – al massimo e cumulativamente – superare l'importo del contratto originario.

Sempre sul tema del quinto d'obbligo, dobbiamo sollevare un'altra questione, rispetto al te-

sto del precedente articolo 161, comma 16 del DPR 207/10 : *“Ferma l'impossibilità di introdurre modifiche essenziali alla natura dei lavori oggetto dell'appalto, qualora le variazioni comportino, nei vari gruppi di categorie ritenute omogenee di cui all'articolo 3, comma 1, lettera s), modifiche tali da produrre un notevole pregiudizio economico all'esecutore è riconosciuto un equo compenso, comunque non superiore al quinto dell'importo dell'appalto. Ai fini del presente comma si considera notevolmente pregiudizievole la variazione del singolo gruppo che supera il quinto del corrispondente valore originario e solo per la parte che supera tale limite.*

Questa disposizione non è tra quelle contenute nell'articolo 8, per cui potrebbe aversi il caso di una perizia che pur formalmente contenuta entro il quinto d'obbligo (o addirittura anche in un percentuale inferiore) e quindi, tale da obbligare l'appaltatore all'esecuzione, salva la facoltà di esprimere motivato dissenso, pur in presenza di significative modifiche, in più o meno, nelle diverse categorie di lavoro, che presentano, notoriamente, redditività diverse: uno scenario che apre la strada ad un prevedibile contenzioso.

Peraltro la denominazione stessa del previgente istituto, *“equo compenso”*, ben ne illustra la finalità deflattiva e di risposta ad esigenze di correttezza e buona fede in executivis che, a mio avviso, non dovrebbero andare perse nel nuovo assetto normativo.

Peraltro, ed è curioso, nell'art. 149, comma 1, del d.lgs 50/2016, rubricato *“Varianti”*, sezione III, capo secondo *“ appalti nel settore dei beni culturali”*, lo stesso legislatore dimostra di avere *“memoria”* della possibilità, assolutamente presente nella prassi, che abbiano variazioni significative nelle singole categorie di cui si compone il lavoro *“Non sono considerati varianti in corso d'opera gli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, finalizzati a prevenire e ridurre i pericoli di danneggiamento o deterioramento dei beni tutelati, che non modificano qualitativamente l'opera e che non comportino una variazione in aumento o in diminuzione superiore al venti per cento del valore di ogni singola categoria di lavorazione, nel limite del dieci per cento dell'importo complessivo contrattuale, qualora vi sia disponibilità finanziaria nel quadro economico tra le somme a disposizione della stazione appaltante.*

Per connessione con queste considerazioni, resta un'ultima segnalazione circa una modifica *“in sottrazione”* del DM 49/2018 rispetto alle corrispondenti previsioni del DPR 207/10 Il riferimento è al comma 15 dell'art. 161 del DPR 207/10, laddove, opportunamente, precisava

che *“ Nel calcolo di cui al comma 14^o non sono tenuti in conto gli aumenti, rispetto alle previsioni contrattuali, delle opere relative a fondazioni. Tuttavia, ove tali variazioni rispetto alle quantità previste superino il quinto dell'importo totale del contratto e non dipendano da errore progettuale ai sensi dell'articolo 132, comma 1, lettera e), del codice, l'esecutore può chiedere un equo compenso per la parte eccedente”.*

Quindi si deve ritenere che, attualmente, anche le variazioni delle opere di fondazione concorrono alla determinazione del quinto d'obbligo e, ancora, a conferma che non si tratta di un svista ma di una precisa scelta del legislatore, che neppure nel caso di variazioni oltre un quinto della specifica categoria di opere di fondazione, spetta alcun equo compenso all'appaltatore.

Prima di trattare delle due ultima fattispecie di variante oggetto dell'art. 8, seguendo un percorso aderente allo sviluppo dell'articolo, si deve dare conto della previsione del comma 5, che detta la disciplina delle modalità di calcolo delle variazioni economiche introdotte dalle varianti contrattuali, ribadendo le variazioni sono valutate *“in base ai prezzi di contratto”* e, nel caso vi siano lavorazioni non previste originariamente, mediante la formazione di *“nuovi prezzi”*

Il procedimento di formazione condivisione, o meno, dei nuovi prezzi è del tutto simile alla disciplina dettata dal previgente articolo 163 del DPR 207/10, con una rilevante differenza.

Il comma 4 dell'art. 163 prevedeva, con una disposizione oggi assente nell'art. 8 del DM 49/2018, che *“Tutti i nuovi prezzi, valutati a lordo, sono soggetti al ribasso d'asta e ad essi si applica il disposto di cui all'articolo 133, commi 3 e 4, del codice.”*

Ora, ben può sorgere il dubbio se tali nuovi prezzi, ancorché rapportati alla data dell'offerta, siano o meno assoggettati al ribasso d'asta; peraltro, una ricorrente riserva dell'appaltatore è proprio legata alla richiesta, nel sistema previgente, di non assoggettare al (medesimo) ribasso d'asta i nuovi prezzi intervenuti a distanza di tempo dall'originaria gara.

E' un bel tema, senza dubbio, se solo si pensi alla naturale frequenza dell'associazione tra nuovi prezzi e varianti in corso d'opera, per cui si potrebbe profilare anche il caso di un aumento importante dell'importo dei lavori non soggetto al ribasso d'asta iniziale.

Vero è che, ai sensi del comma 6, secondo periodo, dell'art. 8 *“Se l'esecutore non accetta i nuovi prezzi così determinati e approvati, la stazione appaltante può ingiungergli l'esecuzione delle lavorazioni o la somministrazione dei materiali sulla base di detti prezzi, comun-*

que ammessi nella contabilità; ove l'esecutore non iscriva riserva negli atti contabili, i prezzi si intendono definitivamente accettata" ma questa fattispecie norma il contrasto nel merito, ovvero sulla determinazione del prezzo al lordo che, da ultimo, ben può essere risolta in giudizio, tramite l'ausilio di un CTU, sulla base di una accurata analisi di mercato ed analisi del prezzo unitario.

Diverso è il caso dell'applicabilità o meno del ribasso che presuppone un incontro di volontà sulle condizioni contrattuali da applicare.

Il contrasto forse si risolve tornando alla lettura del comma 12 dell'art. 106 che, come illustrato poco sopra, conferisce alla stazione appaltante, in caso di un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, di "imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario".

Certamente, tra le "stesse condizioni" si può ritenere compreso il ribasso offerto ma resta il fatto che anche il comma 12 dell'art. 161 del

DPR 207/10 prevedeva il potere dell'amministrazione di imporre, fino alla concorrenza del quinto dell'importo dell'appalto, di far eseguire la variante all'appaltatore "agli stessi patti, prezzi e condizioni del contratto originario2...)" ma, al contempo, al comma 4 dell'art. 163 del DPR 207/10, si peritava di precisare che i nuovi prezzi erano tutti soggetti al ribasso d'asta, mentre, rimanendo costante il potere di imposizione dei nuovi lavori alle medesime condizioni, viene meno la disposizione sull'obbligo di assoggettamento dei nuovi prezzi al ribasso offerto.

Anche il caso in cui la variante superi il quinto dell'importo contrattuale presenta una significativa differenza, sempre di carattere omissivo nell'odierno articolo 8, rispetto alla previgente disciplina del comma 13 dell'art. 161.

L'allora comma 13 dettava, infatti, un procedimento di interpello, proposta contrattuale ed eventuale adesione scandendone con precisione tempi, modalità ed effetti: "Se la variante, nei casi previsti dal comma 12, supera tale limi-



te il responsabile del procedimento ne dà comunicazione all'esecutore che, nel termine di dieci giorni dal suo ricevimento, deve dichiarare per iscritto se intende accettare la prosecuzione dei lavori e a quali condizioni; nei quarantacinque giorni successivi al ricevimento della dichiarazione la stazione appaltante deve comunicare all'esecutore le proprie determinazioni. Qualora l'esecutore non dia alcuna risposta alla comunicazione del responsabile del procedimento si intende manifestata la volontà di accettare la variante agli stessi prezzi, patti e condizioni del contratto originario. Se la stazione appaltante non comunica le proprie determinazioni nel termine fissato, si intendono accettate le condizioni avanzate dall'esecutore."

Né l'art. 8 del DM 49/2018 né l'art. 106 del d.lgs 50/2016 normano il caso in cui l'appaltatore si rifiuti semplicemente di eseguire i lavori oltre il quinto d'obbligo, esercitando il diritto alla risoluzione del contratto ma sia disponibile ad eseguirlo a condizioni diverse.

Vero è che, venuto meno l'intero procedimento dettato dal comma 13 dell'art. 161, è risolto in radice anche il rischio che la proposta contrattuale dell'appaltatore sia accettata per il semplice decorso di un determinato tempo, ma, viste le tutele da cui è giustamente circondata la precedente fase di formazione della volontà contrattuale, ovvero la gara, forse un minimo di proceduralizzazione della nuova, e spesso non banale, fase di negoziazione sarebbe stata opportuna.

Negli ultimi 2 commi, il settimo e l'ottavo, l'art. 8 del DM 49/2018 torna alle fattispecie di varianti e tratta di due casi "minori" ma assai rilevanti nella pratica.

Il comma 7 prevede che *"Il direttore dei lavori può disporre modifiche di dettaglio non comportanti aumento o diminuzione dell'importo contrattuale, comunicandole preventivamente al RUP."*

Il confronto con la previgente disciplina evidenzia, ancora una volta, una diversità "in sottrazione" della nuova – laconica - disciplina.

Il precedente dato dal comma 3, primo periodo, dell'art. 132 del d.lgs 163/06 prevedeva che *"Non sono considerati varianti ai sensi del comma 1 gli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, che siano contenuti entro un importo non superiore al 10 per cento per i lavori di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati, non superiore al 10 per cento per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro e al 5 per cento per tutti gli altri lavori delle categorie di lavoro dell'appalto e che non comportino un aumento dell'importo del contratto stipulato per la realizzazione dell'opera.(...)"*

Ora, il solo limite dato dalla natura "di detta-

glio" di tali interventi ed il divieto di apportare aumenti o diminuzioni all'importo dei lavori, non pone al riparo da interventi che possono avere un impatto sensibile nell'economia dei lavori e nelle caratteristiche dell'opus finito (si pensi al caso della sostituzione degli infissi in un fabbricato).

E che il tema della modifiche "interne" non sia da sottovalutare, pur nell'emersione di un risultato isocosto, è attestato dalla stessa ANAC che, nel comunicato del Presidente del 17 febbraio 2016 afferma l'obbligo di trasmissione di quelle varianti che, ancorché formalmente contenute nell'aumento del 10%, conseguano tale risultato in forza di variazioni "interne" che sommate, in più o in meno, comportano una modifica superiore al limite del 10%⁷.

Anche in questo caso, come già in precedenza, l'interprete deve segnalare l'opportunità, almeno di disciplinare più in dettaglio una fattispecie che potrebbe condurre se non ad abusi, certamente ad un significativo contenzioso, potendo impattare sulle basi economiche dell'offerta presentata dall'appaltatore che si trova esposto, pur nel limite del livello "di dettaglio", anche a oscillazioni interne apprezzabili del proprio corrispettivo, data la diversa redditività dell'una o dell'altra scelta di dettaglio.

Una ipotesi potrebbe essere quella di inquadrare questo potere della DL nell'ambito dell'art. 106 comma 1 lettera e) del Codice, che richiede alle stazioni appaltanti di indicare nei documenti di gara le soglie di importi che consentono le "modifiche" non sostanziali, che il codice inquadra come fattispecie differente dalle varianti in senso stretto di cui alla precedente lettera c).

L'ultimo caso trattato nell'art. 8 è dato dalla c.d. "variante migliorativa" su proposta dell'appaltatore, di cui al comma 8 che, in questo caso, traccia anche il procedimento per l'esame e l'adozione della proposta di variante *" Il direttore dei lavori, entro dieci giorni dalla proposta dell'esecutore, redatta in forma di perizia tecnica corredata anche degli elementi di valutazione economica, di variazioni migliorative di sua esclusiva ideazione e che comportino una diminuzione dell'importo originario dei lavori, trasmette la stessa al RUP unitamente al proprio parere. Possono formare oggetto di proposta le modifiche dirette a migliorare gli aspetti funzionali, nonché singoli elementi tecnologici o singole componenti del progetto, che non comportano riduzione delle prestazioni qualitative e quantitative stabilite nel progetto stesso e che mantengono inalterate il tempo di esecuzione dei lavori e le condizioni di sicurezza dei lavoratori. Le varianti migliorative, proposte nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 106 del codice, non alterano in maniera sostanziale il*

progetto né le categorie di lavori.”

Il precedente articolo 162 del DPR 207/10 dettava una regolamentazione simile che consente di apprezzare alcune differenze:

- a) viene meno il divieto previsto, al comma 3 dell'art. 162, in capo all'appaltatore integrato, il che è da un lato logico, visto il ristretto ambito in cui è confinato nell'attuale codice l'appalto integrato ma, vi è da dire, per tali limitati casi è oggi possibile presentare le varianti di che trattasi;
- b) è espunta anche la precisazione del previgente comma 4, per cui *“La idoneità delle proposte è dimostrata attraverso specifiche tecniche di valutazione, quali ad esempio l'analisi del valore”*;
- c) è espunta anche la precisazione del previgente comma 5, circa l'obbligo di “sentire” il progettista, il che pone qualche dubbio di opportunità, pur nell'ambito di un contratto che vede tendenzialmente il progetto esecutivo redatto dall'amministrazione;
- d) viene meno, soprattutto, la previsione del comma 7, per la quale *“ I capitoli speciali possono stabilire che le economie risultanti dalla proposta migliorativa approvata ai sensi del presente articolo sono ripartite in parti uguali tra la stazione appaltante e l'esecutore.”*

Questa ultima modifica, in particolare, potrà avere rilevanti conseguenze sulla effettiva applicazione della variante migliorativa a iniziativa dell'appaltatore, atteso che deve, sulla base di una precisa scelta del legislatore, ritenersi inibita la pos-

sibilità di prevedere la ripartizione dei risparmi anche in favore dell'appaltatore proponente.

Un'ultima breve considerazione.

Non si rinvia una disposizione che, espressamente, disciplini la fattispecie del previgente art. 132, comma 3, secondo periodo, del d.lgs 163/06, a tenore del quale *“ Sono inoltre ammesse, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, sempreché 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 per cento dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera al netto del 50 per cento dei ribassi d'asta conseguiti.”*

Tale fattispecie costituiva una “valvola di sfogo” per superare l'obsolescenza di un progetto durante la – mai breve – fase esecutiva. Varianti, quindi, conseguenti alla possibilità di aggiornare, nel corso dell'esecuzione dell'appalto, alcune scelte progettuali interessate da una evoluzione tecnologica o produttiva, specialmente per quanto attiene agli impianti .

Anche per queste varianti, si può ritenere che l'attuale norma di riferimento possa essere la lettera e) del comma 1, dell'art. 106 del d.lgs 50/2016 ma, al contempo, resta la mancanza della normativa secondaria per quanto attiene ai compiti e poteri del direttore dei lavori.



Bibliografia essenziale

- 1 Tutti i riferimenti al d.lgs 50/2016, se non diversamente precisato nel testo, debbono intendersi riferiti al testo vigente a seguito del d.lgs 56/2017, c.d. "primo correttivo".
- 2 1. *Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:*
 - a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà. Per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208;
 - b) per lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti, fatto salvo quanto previsto dal comma 7 per gli appalti nei settori ordinari:
 - 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale;
 - 2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi;
 - c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7:
 - 1) la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;
 - 2) la modifica non altera la natura generale del contratto;
 - d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:
 - 1) una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a);
 - 2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice;
 - 3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori;
 - e) se le modifiche non sono sostanziali ai sensi del comma 4. Le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche.
2. *I contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto al comma 1, senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice, se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori:*
 - a) le soglie fissate all'articolo 35;
 - b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e fornitura sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali. Tuttavia la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche. Qualora la necessità di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudichino in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, essa è consentita solo nei limiti quantitativi di cui al presente comma, ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni.
- ...
4. *Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lettera e), quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:*
 - a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;
 - b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
 - c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
 - d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).
- ...
6. *Una nuova procedura d'appalto in conformità al presente codice è richiesta per modifiche delle disposizioni di un contratto pubblico di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 2.*
7. *Nei casi di cui al comma 1, lettere b) e c), per i settori ordinari il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice.*
8. *La stazione appaltante comunica all'ANAC le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lettera b) e al comma 2, entro trenta giorni dal loro perfezionamento. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'Autorità irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo. L'Autorità pubblica sulla sezione del sito Amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatore, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica.*
- ...
12. *La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto.*
14. *Per gli appalti e le concessioni di importo inferiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché quelle di importo inferiore o pari al 10 per cento dell'importo originario del contratto relative a contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, sono comunicate dal RUP all'Osservatorio di cui all'articolo 213, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza. Per i contratti pubblici di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera di importo eccedente il dieci per cento dell'importo originario del contratto, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture prioritarie, sono trasmesse dal RUP all'ANAC, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad una apposita relazione del responsabile unico del procedimento, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante. Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, essa esercita i poteri di cui all'articolo 213. In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle varianti in corso d'opera previsti, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 213, comma 13".*
- 3 *L'art. 22, rubricato, come l'art. 8 relativo alla funzione di Direttore dei Lavori, "Modifiche, variazioni e varianti contrattuali" prevede, nel disciplinare competenze e funzioni del direttore dell'esecuzione, relativamente ai contratti di fornitura e servizi, che:*
 1. *Il direttore dell'esecuzione fornisce al RUP l'ausilio necessario per gli accertamenti in ordine alla sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 106, comma 1, del codice.*
 2. *Il direttore dell'esecuzione propone al RUP le modifiche nonché le varianti dei contratti in corso di esecuzione, indicandone i motivi in apposita relazione, nei casi e alle condizioni previste dall'articolo 106 del codice. Il direttore dell'esecuzione risponde delle conseguenze derivanti dall'aver ordinato o lasciato eseguire modifiche contrattuali, senza averne ottenuto regolare autorizzazione, sempre che non derivino da interventi volti ad evitare danni gravi alle persone o alle cose o a beni soggetti alla legislazione in materia di beni culturali e ambientali o comunque di proprietà della stazione appaltante.*
 3. *In caso di modifiche contrattuali non disposte dal direttore dell'esecuzione,*

zione, quest'ultimo fornisce all'esecutore le disposizioni per la rimessa in pristino della situazione originaria preesistente con spese a carico dell'esecutore stesso.

4. Con riferimento alle variazioni entro il quinto dell'importo contrattuale di cui all'articolo 106, comma 12, del codice, l'esecutore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto ed è tenuto a eseguire le nuove prestazioni, previa sottoscrizione di un atto di sottomissione, agli stessi prezzi e condizioni del contratto originario, senza diritto ad alcuna indennità ad eccezione del corrispettivo relativo alle nuove prestazioni. Ai fini della determinazione del quinto, l'importo dell'appalto è formato dalla somma risultante dal contratto originario, aumentato dell'importo degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per varianti già intervenute, nonché dell'ammontare degli importi, diversi da quelli a titolo risarcitorio, eventualmente riconosciuti all'esecutore ai sensi degli articoli 205, 206 e 208 del codice.
5. Le variazioni sono valutate ai prezzi di contratto, ma se comportano prestazioni non previste dal contratto e per le quali non risulta fissato il prezzo contrattuale, si provvede alla formazione di nuovi prezzi. I nuovi prezzi sono valutati:
 - a) Ragguagliandoli a quelli di prestazioni consimili compresi nel contratto;
 - b) Quando sia impossibile l'assimilazione, ricavandoli totalmente o parzialmente da nuove analisi effettuate avendo a riferimento i prezzi alla data di formulazione dell'offerta, attraverso un contraddittorio tra il direttore dell'esecuzione e l'esecutore, e approvati dal RUP. Ove da tali calcoli risultino maggiori spese rispetto alle somme previste nel quadro economico, i prezzi sono approvati dalla stazione appaltante, su proposta del RUP. Se l'esecutore non accetta i nuovi prezzi così determinati e approvati, la stazione appaltante può ingiungergli l'esecuzione delle prestazioni sulla base di detti prezzi; ove l'esecutore non iscriva riserva negli atti contabili, i prezzi si intendono definitivamente accettati.
6. Il direttore dell'esecuzione può disporre modifiche di dettaglio non comportanti aumento o diminuzione dell'importo contrattuale, comunicandole al RUP.
- 4 Art. 161, comma 3, del DPR 207/10 "Qualora, ai sensi dell'articolo 132, comma 1, del codice, sia necessario introdurre in corso d'opera variazioni o addizionali al progetto in esecuzione, non previste nel contratto, il direttore dei lavori propone la redazione di una perizia suppletiva e di variante, indicandone i motivi in apposita relazione da inviare al responsabile del procedimento."
- 5 Il primo comma dell'art. 132 recitava: "Le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi:
 - a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;
 - b) per cause imprevedute e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento, 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 e sempre che non alterino l'impostazione progettuale;
 - c) per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti impreveduti o non prevedibili nella fase progettuale;
 - d) nei casi previsti dall'articolo 1664, comma 2, del codice civile;
 - e) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne dà immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista;
 - e-bis) 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.
- 6 Il comma 14 prevedeva che "Ai fini della determinazione del quinto, l'importo dell'appalto è formato dalla somma risultante dal contratto originario, aumentato dell'importo degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per varianti già intervenute, nonché dell'ammontare degli importi, diversi da quelli a titolo risarcitorio, eventualmente riconosciuti all'esecutore ai sensi degli articoli 239 e 240 del codice. La disposizione non si applica nel caso di variante disposta ai sensi dell'articolo 132, comma 1, lettera e), del codice.
- 7 **Il criterio di valutazione delle varianti anche rispetto al valore assoluto delle variazioni alle lavorazioni**

La generica formulazione dell'art. 37, d.l. 90/2014 in ordine all'individuazione della soglia di rilevanza del 10% rende necessario chiarire se occorra tenere conto del "valore assoluto" o del "valore relativo" delle variazioni apportate al computo metrico e alla stima dei lavori (categorie omogenee, categorie scorporate o semplicemente lavorazioni). Se l'art. 37, d.l. 90/2014 richiama l'importo della variante rispetto al contratto originario, l'art. 132, comma 3, d.lgs. 163/2006, per finalità diverse, fa riferimento a valori percentuali delle categorie di lavoro dell'appalto (entro 10% o 5% le variazioni non sono considerate varianti ex art. 132, codice; si chiamano, infatti, informalmente: "va-

rianti non varianti").

A titolo esemplificativo, nel caso si avesse una diminuzione del 4% di alcune lavorazioni e allo stesso tempo un aumento del 9% di altre, si avrebbe un aumento netto del contratto pari al 5%, dunque inferiore alla soglia rivelatrice, anche se le lavorazioni variare nel loro complesso raggiungerebbero il 13%. Così nel caso si avesse una diminuzione del 40% e un aumento del 49%, si verificherebbe un aumento netto pari al 9%, ma nel complesso si registrerebbero variazioni interne del progetto pari all'89%. Trattasi di circostanze che possono dar luogo a variazioni sostanziali del progetto che potrebbero non essere comunicate all'ANAC.

Qualora si limitasse la trasmissione all'ANAC delle varianti che rispondano solo a un criterio legato alla somma in termini di importo economico per quanto concerne gli aumenti e le diminuzioni, potrebbe favorirsi la tendenza ad approvare varianti di natura sostanziale che non verrebbero comunicate all'ANAC, laddove è interesse generale acquisire anche la trasmissione di varianti che determinano un aumento delle lavorazioni superiore alla soglia di rilevanza del 10%.

In conclusione, nel silenzio della norma, si esprime l'avviso che la trasmissione all'ANAC debba farsi anche quando la somma degli incrementi netti delle lavorazioni delle varianti in corso superi il 10% dell'oggetto del contratto originario, con la conseguente integrazione del punto 3 del Comunicato del 17.3.2015 (dopo il terzo alinea) con la seguente indicazione: «in alternativa alla condizione che precede, le lavorazioni in aumento siano al netto complessivamente superiori al 10% del contratto originario». (Comunicato del Presidente dell'ANAC del 17 gennaio 2016, punto 69).

