



CENTRO SPERIMENTALE
DI SVILUPPO DELLE COMPETENZE
NELL'AREA DELLE COSTRUZIONI



La tua
Campania
cresce in
Europa



Monografie Edil-lab

OPERE PUBBLICHE

**Le modifiche
dei contratti durante
il periodo di efficacia**

OP

Le modifiche dei contratti durante il periodo di efficacia

Il progetto è stato promosso dall'ATI Edil-lab: mandataria CFS Napoli; mandanti STAMPA Soc. Coop. a r.l., Istituto Tecnico Statale "Della Porta - Porzio", STRESS scarl, Consorzio TRE, AMRA – Analisi e Monitoraggio del Rischio Ambiente S.c.ar.l., ACEN - Associazione Costruttori Edili di Napoli, S.I. Impresa – Azienda Speciale della CCIAA di Napoli, Brancaccio Costruzioni spa, Credendino Costruzioni spa, Edildovi snc, Iterga Costruzioni Generali Appalti spa, RR Costruzioni Generali spa.

L'ideazione dell'iniziativa "Monografie Edil-lab" è delle imprese Brancaccio Costruzioni spa, Credendino Costruzioni spa, Edildovi snc, Iterga Costruzioni Generali Appalti spa, RR Costruzioni Generali spa.

L'elaborazione della monografia è a cura dell'avv. Francesco Delfino.

Elaborazioni grafiche: Edizioni Graffiti srl

Si ringraziano per gli apporti tecnici: Roberta Ajello, Federica Brancaccio, Aldo Checchi, Ester Chica, Antonio Credendino, Mattia D'Acunto, Giancarlo Di Luggo, Marco Ferra, Antonio Giustino, Angelo Lancellotti, Massimo Maresca, Gabriella Reale, Barbara Rubertelli, Gaetano Troncone, Francesco Tuccillo, Diego Vivarelli von Lobstein, nonché gli uffici dell'ANCE.

Si ringrazia, inoltre, il Comitato Tecnico Esecutivo di Edil-lab nelle persone di: Paola Marone, Ennio Rubino e Stefano Russo.

Si ringraziano inoltre: l'Assessore alla Formazione della Regione Campania, Chiara Marciani, il Dirigente dell'UOD Formazione Professionale, Prospero Volpe, il Funzionario Titolare di P.O., Gerardo de Paola, ed il coordinatore amministrativo del Progetto Valerio Iacono.

editing: Giovanni Aurino

impaginazione: Emma Di Lauro

Edizioni Graffiti srl

Napoli. luglio 2017

Indice

Premessa	pag 03
1. Le diverse tipologie di modifiche del contratto	pag 05
2. Il primo comma dell'art. 106 del Codice. L'autorizzazione alle modifiche ed alle varianti	pag 06
3. Le modifiche del contratto previste dall'art. 106, comma 1, lett. a) del Codice	pag 07
3.1 Le diverse clausole modificative	pag 07
3.2 Le modifiche di natura economica	pag 08
3.3 I limiti quantitativi	pag 09
3.4. i limiti qualitativi	pag 10
4. La formulazione delle clausole contenenti le opzioni	pag 11
5. L'affidamento delle prestazioni supplementari	pag 12
5.1 Premessa	pag 12
5.2 Le condizioni per l'affidamento	pag 12
5.3 Il limite economico per l'affidamento	pag 14
6. Le varianti in corso d'opera	pag 15
6.1 Le circostanze impreviste ed imprevedibili	pag 15
6.2 I limiti quantitativi e qualitativi	pag 16
7. L'art. 106, comma1, lett. e) del Codice. Le modifiche il cui importo è stabilito nei documenti di gara	pag 17
8. Le modifiche previste dal comma 2 dell'art. 106 del Codice	pag 18
8.1 I limiti quantitativi e qualitativi	pag 18

8.2 Le modifiche derivanti da errori progettuali	pag 19
9. L'art. 106, comma 12, del Codice. Le modifiche nei limiti del quinto d'obbligo	pag 21
10. L'art. 106, comma 4, del Codice. Le varianti essenziali	pag 23
11. La sostituzione del contraente iniziale	pag 24
12. L'art. 106, comma 11, del Codice. la proroga	pag 25

PREMESSA

Con un'unica ed particolarmente articolata disposizione, l'art. 106 del Codice ha disciplinato le modifiche e le varianti del contratto di appalto.

La norma non è di facile lettura e presenta alcune problematiche che dovranno necessariamente essere oggetto di approfondimento dottrinario e giurisprudenziale.

Allo stato, mancano inoltre i necessari atti di indirizzo per assicurare sia una corretta applicazione delle previsioni contenute nella norma, sia un'ordinata transizione tra il vecchio ed il nuovo sistema.

Come è stato sottolineato dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato nel parere n. 855 dell'1.4.2016, l'art. 106 contiene *“una disciplina piuttosto complessa ed eterogenea, che avrebbe richiesto per una migliore semplificazione, la suddivisione in più articoli, distinguendo la fattispecie delle variazioni progettuali da quelle concernenti le modifiche inerenti la determinazione del corrispettivo e da quelle riguardanti la rinnovazione del contratto e la sua durata”*

Il D. Lgs. 50 del 2016 ha infatti utilizzato una tecnica legislativa differente da quella che aveva caratterizzato la previgente normativa.

Il nuovo Codice ha concentrato in un unico articolo vari istituti che traggono origine da una molteplicità di fattispecie fra loro molto diverse che hanno quale unico comune denominatore il c.d. effetto finale, ossia la modifica dell'originario rapporto contrattuale.

L'art. 106 in realtà ha recepito pressoché integralmente l'art. 72 della direttiva 2014/24 UE (relativa ai settori ordinari) e l'art. 89 della direttiva 2014/25/UE relativa ai settori speciali; entrambe a recepimento obbligatorio.

È interessante notare che la fase dell'esecuzione ed in particolare l'aspetto relativo alle modifiche del contratto di appalto è stato per la prima volta disciplinato dal legislatore comunitario.

La precedente direttiva 2004/18 regolamentava tutta la fase dell'affidamento del contratto di appalto; ossia quella che potremmo definire la fase pubblicistica dell'appalto.

Viceversa, la fase dell'esecuzione era demandata alla regolamentazione di ciascun Stato membro.

Come si evince dalla lettura del «*Considerando*» 107 della direttiva 2014/24 e del «*Considerando*» 113 della direttiva 2014/25, la nuova disciplina delle modifiche del contratto è di derivazione giurisprudenziale.

Tale problematica è stata affrontata per la prima volta dalla Corte di Giustizia Europea con la sentenza 19 giugno 2008, n. C-454/06, che nel delineare la nozione di “*aggiudicazione di appalto*” ha stabilito che solo determinate modifiche possono considerarsi “sostanziali”; ossia così rilevanti da costituire una vera e propria aggiudicazione di un nuovo appalto e come tali richiedere l'indizione di una nuova procedura ad evidenza pubblica.

1. LE DIVERSE TIPOLOGIE DI MODIFICHE DEL CONTRATTO

Compiuta tale premessa, si possono individuare nella norma in esame quattro tipologie di modifiche del contratto di appalto, e precisamente:

- a)** quelle di tipo **strettamente economico** (riconducibili sostanzialmente al meccanismo della revisione prezzi);
- b)** quelle che attengono **al contenuto sostanziale del contratto** (assimilabili alle ipotesi delle varianti in corso d'opera)
- c)** quelle **soggettive** che sono relative alla sostituzione dell'originario contraente;
- d)** quelle di carattere **temporale** relative alla proroga del contratto.

Una delle novità di maggior rilievo è l'introduzione nel Codice del concetto di «modifica» del contratto da tener distinto da quello di variante in corso d'opera.

2. IL PRIMO COMMA DELL'ART. 106 DEL CODICE. L'AUTORIZZAZIONE ALLE MODIFICHE ED ALLE VARIANTI

Il primo comma dell'art. 106 subordina l'introduzione di modifiche o di varianti al contratto di appalto ad un'autorizzazione del RUP.

Nelle FAQ del 20 gennaio 2017, l'ANAC ha precisato che in mancanza di un regolamento specifico della stazione appaltante o di indicazione nelle "linee guida", per "*autorizzazione*" deve intendersi l'atto mediante il quale il RUP dà il suo nulla-osta al D.L. per l'elaborazione della variante ovvero della modifica del contratto.

Il concetto di "*autorizzazione*" deve essere coordinato con le nozioni di perfezionamento ed approvazione della variante (o della modifica).

Il termine "*perfezionamento*" è usato dall'art. 106 solo al comma 8, con riferimento alle comunicazioni che le stazioni appaltanti sono tenute ad effettuare nel termine di 30 giorni all'ANAC per le varianti aventi ad oggetto l'affidamento di prestazioni supplementari o per le varianti derivanti da errori progettuali.

Dal tenore letterale della disposizione si può quindi desumere che il termine "*perfezionamento*" si identifica con l'approvazione della variante.

Sempre l'ANAC, nelle FAQ del 20 gennaio 2017, ha precisato che il termine perfezionamento va riferito "*al provvedimento di approvazione della variante da parte dell'organo decisorio a ciò deputato dalla Stazione appaltante.*"

3. LE MODIFICHE DEL CONTRATTO PREVISTE DALL'ART. 106, COMMA 1, LETT. A) DEL CODICE

3.1 Le diverse clausole modificative

Come già detto, la prima tipologia di modifiche del contratto, prevista sempre alla lett. a) dell'art. 106 del D. Lgs. 50/2016, è di tipo strettamente economico ed è assimilabile alle clausole di "revisione dei prezzi".

Va tuttavia precisato che, secondo il tenore letterale della disposizione, le modifiche del contratto *"possono comprendere"* le clausole di revisione dei prezzi, per cui sono consentite oltre a queste, anche altre clausole modificative.

Il Codice non contiene alcuna precisazione in ordine alla natura ed all'oggetto di queste ulteriori clausole.

In attesa di indicazioni da parte dell'ANAC, elementi interpretativi possono ricavarsi dalla lettura della direttiva 2014/24/UE.

Il «*Considerando*» 111 della Direttiva ha precisato *"che le clausole di revisione o di opzione potrebbero ad esempio prevedere l'indicizzazione dei prezzi o garantire che le apparecchiature di comunicazione da fornire per un determinato periodo di tempo restino adeguate anche in caso di modifica dei protocolli di comunicazione o di altre modifiche tecnologiche"*.

Oppure queste opzioni potrebbero prevedere *"adattamenti del contratto che si rendano necessari a seguito di difficoltà tecniche che si manifestano durante il funzionamento o la manutenzione."*

Inoltre, sempre secondo la Direttiva, le clausole da inserire nei documenti di gara po-

trebbero *“comprendere la manutenzione ordinaria e prevedere anche la manutenzione straordinaria che risulti necessaria per garantire la continuità nell’erogazione di un pubblico servizio.”*

Una particolare ipotesi di opzione è quella contenuta al comma 11 dell’art. 106; disposizione in base alla quale *“la durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga”*.

3.2 Le modifiche di natura economica

Esaminando più da vicino le modifiche di natura economica, va osservato che con il nuovo Codice è scomparso il divieto di revisione dei prezzi contrattuali stabilito all’art. 133, comma 2, del vecchio Codice, nonché, solo con riferimento al settore dei lavori, l’istituto della compensazione dei prezzi (comma 1-bis sempre dell’art. 133) e l’istituto del prezzo chiuso (previsto al successivo comma 3 dell’art. 133).

Come si ricorderà, in linea di principio, durante la vigenza del D. Lgs. 163/2006 non si poteva procedere alla revisione dei prezzi (art. 133, comma 2) e non trovava applicazione l’art. 1664 del cod. civ. (eccessiva onerosità nell’esecuzione).

Il precedente Codice, per le variazioni di prezzo dei lavori, contemplava l’istituto del prezzo chiuso (art. 133, comma 8) che consisteva nel prezzo dei lavori al netto del ribasso d’asta, aumentato di una certa percentuale, da applicarsi nel caso in cui la variazione tra il tasso di inflazione reale e quello programmato dell’anno precedente fosse stato superiore al 2%.

A tale meccanismo si affiancava quello previsto al comma 4 dell’art. 133, che operava

nei casi in cui per effetto di circostanze eccezionali, il prezzo del singolo materiale da costruzione avesse subito una variazione in aumento o in diminuzione superiore al 10%, con conseguente compensazione di tale prezzo per la parte eccedente il 10%.

3.3 I limiti quantitativi

La clausola relativa alla revisione dei prezzi prevista alla lett. a) dell'art. 106 del D. Lgs. 50 del 2016 incontra dei precisi limiti quantitativi.

Preliminarmente occorre distinguere la disciplina dettata per il settore dei lavori da quella relativa ai settori dei servizi e delle forniture.

Per quanto concerne i lavori, la lett. a) ha previsto che le variazioni dei prezzi in aumento o in diminuzione possono essere valutate sulla base dei prezzi di cui all'art. 23, comma 7, del Codice (ossia i prezzi predisposti dalle Regioni e dalle Province autonome; o comunque anche sulla base dei costi standard), ma solo per l'eccedenza rispetto al 10% del prezzo originario (quindi l'importo posto a base di gara non incrementato da eventuali varianti) e comunque in misura pari alla metà.

Sul punto la norma non è particolarmente chiara e si dovrebbe interpretare nel senso che la metà deve essere riferita al valore eccedente il 10% del prezzo originario.

Un esempio può chiarire la previsione normativa.

Si consideri che all'atto della stipula del contratto, il prezzo di una determinata lavorazione fosse pari ad € 100.

Durante il corso dei lavori, il prezzo della lavorazione, secondo il prezzo regionale, aumenta fino ad € 130,00.

Il prezzo della lavorazione ha quindi subito un aumento del 30%.

La lett. a) dell'art. 106, consente, se previsto negli atti di gara, una variazione del prezzo originario pari alla metà di tale eccedenza, con una franchigia del 10%.

Quindi $30\% - 10\% = 20\%$. La metà è pari al 10%.

In altri termini, la revisione del prezzo consentita sarà pari al 10% e il prezzo finale della lavorazione sarà quindi di € 110,00.

Come accennato questo meccanismo trova applicazione per il solo settore dei lavori, in quanto per i settori dei servizi e delle forniture, secondo quanto previsto dalla lettera a), rimangono ferme le disposizioni contenute all'art. 1, comma 511, della l. 28.12.2015 n. 208 (legge di stabilità 2016) che prevedono che in caso di variazione dei prezzi, in aumento o in diminuzione del 10%, l'operatore economico o il soggetto aggregatore ha facoltà di richiedere una riconduzione ad equità o una revisione del prezzo medesimo.

3.4 I limiti qualitativi

L'art. 106, comma 1, lett. a) contiene un preciso limite alle modifiche, in quanto ha sancito che esse non devono avere quale effetto finale quello di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro.

In altre parole, la lett. a) ha vietato l'introduzione di modifiche che presentino carattere sostanziale (vedremo nel prosieguo quali sono le modifiche c.d. sostanziali, secondo le indicazioni contenute al comma 4).

4. LA FORMULAZIONE DELLE CLAUSOLE CONTENENTI LE OPZIONI

L'art. 106, comma 1, lett. a) impone che le opzioni, ivi comprese quelle relative alla compensazione dei prezzi, *“a prescindere dal loro valore monetario”*, devono essere state previste nei documenti di gara, con *“clausole chiare, precise ed inequivocabili”*.

La norma codicistica riproduce esattamente la previsione contenuta all'art. 72 della Direttiva 2014/24.

Lo stesso articolo 72 ha precisato che tali clausole devono fissare la portata e la natura delle eventuali modifiche o delle opzioni, nonché, le condizioni in presenza delle quali è possibile ricorrervi.

Si impongono tre riflessioni:

a) la prima è che l'inserimento delle clausole contenenti le opzioni nei documenti di gara è una facoltà della stazione appaltante;

b) se le clausole sono state previste nei documenti di gara, esse rivestiranno la natura di previsioni contrattuali stabilite a monte e come tali sono conosciute da tutti i partecipanti alla gara;

c) in questa prospettiva, la modifica del contratto non è più espressione di un potere autoritativo della Pubblica Amministrazione, ma rappresenta un elemento tipico della struttura privatistica del rapporto negoziale che si instaura fra la stazione appaltante e l'operatore economico.

Pertanto, nel caso in cui l'opzione, sebbene prevista negli atti di gara, non trovi concreta attuazione, nonostante ne ricorrano le condizioni, l'operatore economico potrà rivolgersi al competente giudice ordinario per la tutela dei propri diritti.

5. L’AFFIDAMENTO DELLE PRESTAZIONI SUPPLEMENTARI

5.1 Premessa

L’art. 106, comma 1, lett. b), del D. Lgs. 50/2016 consente che le c.d. “*prestazioni supplementari*” possano essere affidate al contraente originario attraverso una semplice modifica contrattuale.

La disposizione ricalca in realtà la previsione contenuta all’art. 57, co.5, lett. a), del D. Lgs. 163/2006, che ammetteva l’utilizzo della procedura negoziata senza pubblicazione di bando per l’affidamento di lavori o servizi complementari.

Da evidenziare tuttavia che l’affidamento dei lavori complementari era equiparato nell’abrogato Codice ad un nuovo contratto, con conseguenze di rilievo sia sotto il profilo giuridico che su quello economico-finanziario.

5.2 Le condizioni per l’affidamento

L’affidamento delle prestazioni supplementari è subordinato dall’attuale norma al rispetto di una serie di condizioni:

- a)** le prestazioni supplementari non devono essere state incluse nell’appalto iniziale;
- b)** da un eventuale cambiamento (o sostituzione) dell’originario contraente si devono produrre **entrambi** i seguenti effetti:
 - b.1)** il cambiamento sarebbe impraticabile per motivi economici o tecnici (secondo l’esempio contenuto nella norma tale situazione si verificherebbe nei casi in cui non sarebbe assicurato il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell’ambito dell’appalto iniziale;

b.2) il cambiamento provocherebbe per l'amministrazione aggiudicatrice, *"notevoli disguidi"* o una *"consistente duplicazione dei costi"*.

La norma non brilla per chiarezza.

Innanzitutto non si comprende se la definizione di lavori (ovvero servizi o forniture) *"supplementari"* abbia la stessa portata e lo stesso significato di *"lavori complementari"*.

In proposito l'AVCP (ora ANAC) precisò che per opere complementari dovevano intendersi quelle che *"da un punto di vista tecnico-costruttivo rappresentavano un'integrazione dell'opera principale saldandosi inscindibilmente con essa"*.

Altrettanto vaga è l'espressione *"notevoli disguidi"* contenuta sempre al n. 2 della lettera b) dell'art. 106.

Il concetto di *"notevoli disguidi"* compare per la prima volta nella normativa di settore per cui può essere oggetto di molteplici interpretazioni.

Non è chiaro infatti se la norma intenda riferirsi all'esecuzione della prestazione oggetto di appalto nel suo complesso o a disagi della stazione appaltante.

Inoltre non risulta di facile interpretazione l'espressione *"consistente duplicazione dei costi"*.

Innanzitutto non è chiara la differenza esistente fra questa espressione ed il riferimento ai *"motivi economici"* contenuto al precedente punto 1 della lettera b).

Inoltre non si comprende se il riferimento alla *"consistente duplicazione dei costi"* debba intendersi in senso oggettivo fino ad arrivare ad una vera e propria duplicazione, ovvero l'incremento possa essere rimesso alla valutazione della stazione appaltante. L'espressione potrebbe interpretarsi nel senso che l'affidamento dei lavori supplementari

tari all'originario contraente è consentito ogni qualvolta l'Amministrazione debba sostenere per due volte il costo di un lavoro, di un servizio o di una fornitura.

5.3 Il limite economico per l'affidamento

Per quanto concerne il limite economico massimo consentito per l'affidamento delle prestazioni supplementari, esso è fissato al comma 7 che prevede che il valore della modifica non può essere superiore al 50% del valore del contratto iniziale, e che in caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. In ogni caso la disposizione pone il divieto di aggirare le previsioni contenute nel Codice.

Anche in questo caso la norma non è chiara; non si comprende infatti l'esatto significato dell'inciso secondo cui il limite del 50% si applica al valore di ciascuna modifica.

Due potrebbero essere le interpretazioni: la prima è che la soglia vale per ciascuna prestazione supplementare, purché non vi sia l'aggiramento delle disposizioni del Codice, ed in particolare delle soglie fissate all'art. 35.

Altra interpretazione è che la percentuale del 50% si debba calcolare la prima volta sul valore del contratto iniziale e le volte successive sulla somma del valore del contratto iniziale, incrementato dal valore delle precedenti modifiche.

Da notare che il limite del 50% del valore del contratto iniziale è espressamente stabilito solo per i settori ordinari.

Per i settori speciali dovrebbe comunque trovare applicazione il principio fissato dal «*Considerando*» 113 della direttiva 2014/25 secondo cui le modifiche sono ammesse per un valore che deve essere comunque inferiore a quello del contratto iniziale.

6. LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA

6.1 Le circostanze impreviste ed imprevedibili

L'art. 106, co.1, alla sua lett. c), consente le modifiche del contratto per il verificarsi di circostanze impreviste ed imprevedibili.

In tali casi, secondo il Codice le modifiche *“assumono la denominazione di varianti in corso d'opera”*.

La direttiva 2014/24, al suo *“Considerando”* 109 ha delineato il concetto di circostanze imprevedibili, intendendo come tali quelle circostanze *“che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione ed il suo valore prevedibile.”*

Secondo quanto previsto al punto 1 della lett. c) dell'art. 106, fra le circostanze *“impreviste o imprevedibili”* rientra anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o di provvedimenti delle autorità preposte alla tutela di interessi rilevanti.

La disposizione contiene la congiunzione *“anche”*; pertanto l'individuazione di tali circostanze non ha carattere tassativo e può sicuramente ricomprendere tutte le ipotesi già previste dall'art. 132 del D. Lgs. 163/2006.

La formula scelta dal nuovo Codice è quindi quella della massima semplificazione inglobando tutte le possibili ipotesi di variante in un'unica macro categoria.

6.2 I Limiti quantitativi e qualitativi

Per quanto concerne i limiti quantitativi, la disposizione ha rinviato alla previsione contenuta al comma 7, per cui anche per le varianti in corso d'opera nei settori ordinari trova applicazione il limite del 50%.

Per i settori speciali anche in questo caso dovrebbe valere il limite stabilito dalla Direttiva 2014/25, vale a dire l'importo del contratto originario.

Inoltre la norma pone un limite per così dire qualitativo, disponendo che in ogni caso la variante non deve alterare la natura generale del contratto.

7. L'ART. 106, COMMA 1, LETT. E), DEL CODICE. LE MODIFICHE IL CUI IMPORTO È STABILITO NEI DOCUMENTI DI GARA

L'art. 106, co.1, alla sua lett. e), prevede un'altra tipologia di modifiche del contratto.

La disposizione consente alle stazioni appaltanti di stabilire già nei documenti di gara gli importi delle modifiche da introdurre in corso di esecuzione del contratto, a condizione che tali modifiche non siano sostanziali.

L'introduzione di modifiche nel contratto quindi è indipendente dal verificarsi di determinate situazioni ed è subordinata dalla norma al rispetto di due condizioni: **a)** gli importi massimi devono essere stabiliti preventivamente negli atti di gara; **b)** la modifica non deve provocare una variazione sostanziale al contratto.

La disposizione consente una notevole flessibilità del contratto di appalto, in quanto la stazione appaltante può stabilire discrezionalmente, all'atto dell'indizione della gara, l'incidenza economica e la natura di tali modifiche. Si può presumere che la disposizione si riferisca ad opere o prestazioni comunque difficili da prevedere in dettaglio, altrimenti le stesse sarebbero state incluse nel progetto posto a base di gara. La norma è volutamente priva di indicazioni; pertanto, ad esempio, potrebbero rientrare fra le modifiche consentite l'utilizzo del ribasso d'asta o l'esecuzione di ulteriori lavori supplementari; in altri termini la disposizione sembra consentire l'accantonamento di somme per imprevisti.

Da notare che diversamente dalle altre ipotesi, in questo caso la disposizione non ha fissato limiti economici, in quanto l'importo dell'eventuale modifica deve essere predefinito dalla stazione appaltante nell'ambito del quadro economico di progetto.

8. LE MODIFICHE PREVISTE DAL COMMA 2 DELL'ART. 106 DEL CODICE

8.1 I limiti quantitativi e qualitativi

Un'ulteriore tipologia di modifiche al contratto di appalto è prevista al comma 2 dell'art. 106, come modificato dall'art. 70 del D. Lgs. 19,4,2017, n. 56 (primo correttivo al Codice).

La disposizione consente la modifica del contratto, indipendentemente dal verificarsi di cause impreviste o imprevedibili, ma subordina tale facoltà al contemporaneo rispetto di due limiti quantitativi e di uno qualitativo; ossia: **a)** il valore della modifica non deve essere superiore alle soglie fissate dall'art. 35; **b)** il valore della modifica non deve essere superiore al 10% del valore iniziale del contratto per i servizi e le forniture sia nei settori ordinari che nei settori speciali, e non deve essere superiore al 15% del valore iniziale nei contratti di lavori sia nei settori ordinari che nei settori speciali; **c)** in ogni caso la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro.

In tale fattispecie potrebbero rientrare svariate tipologie di modifiche, ad esempio le c.d. "varianti non varianti", già previste all'art. 132, co.3, primo e secondo periodo dell'abrogato Codice.

La stessa disposizione ha precisato che in caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche (ossia il valore è la somma delle modifiche).

Da precisare anche che il limite del 10%, ovvero del 15%, va calcolato come somma

delle modifiche sia in aumento che in diminuzione.

Quindi, per valore complessivo netto delle successive modifiche si intende la somma delle precedenti modifiche in aumento e in diminuzione.

8.2 Le modifiche derivanti da errori progettuali

Fra le modifiche previste al comma 2 dell'art. 106 del Codice rientrano anche quelle imputabili ad errori o omissione del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione.

Il comma 10 dell'art. 106, riproducendo integralmente la definizione contenuta all'art. 132, comma 6, del D. Lgs. 163/2006, ha precisato che per errore o omissione progettuale si intende *“l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle regole di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali”*.

Un interrogativo da porsi è quello relativo alla sorte del contratto in caso di superamento dei limiti fissati dal comma 2.

L'art. 132, co 4, dell'abrogato Codice prevedeva che se la variante derivante da errori o omissioni progettuali avesse superato il quinto dell'importo originario, la stazione appaltante doveva procedere alla risoluzione del contratto ed indire una nuova gara.

La disciplina del nuovo Codice è differente.

In tutte le ipotesi di superamento delle soglie stabilite dall'art. 106, ivi comprese quelle del comma 2 riferite alle modifiche imposte da errori progettuali, le stazioni appaltanti *“possono”* ma non devono risolvere il contratto di appalto, secondo quanto stabilito

dall'art. 108, comma 1, del Codice (da notare che il comma 2 dello stesso art. 108 ha elencato le ipotesi in cui le stazioni appaltanti “*devono*” risolvere il contratto di appalto). In altri termini, il superamento di tutte le soglie di importi fissate dall'art. 106 non comporta l'automatica risoluzione del contratto, ma è demandata ad una valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione l'opportunità di proseguire o meno il rapporto contrattuale e conseguentemente di indire una nuova gara.

9. L'ART. 106, COMMA 12, DEL CODICE. LE MODIFICHE NEI LIMITI DEL QUINTO D'OBBLIGO

L'art. 106, comma 12, stabilisce che qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino alla concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tale caso, l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto.

La norma presenta diverse novità rispetto alla previgente disciplina.

Per prima cosa il nuovo Codice consente alle stazioni appaltanti di introdurre varianti nel limite del quinto per qualsiasi causa, senza necessità che ricorrano determinate circostanze.

Nella previgente disciplina, viceversa, l'art. 161, comma 12, del D.P.R. 207/2010 prevedeva che per le sole ipotesi di cui all'art. 132, comma 1, del D. Lgs. 163/2006, era consentita la variazione dei lavori fino alla concorrenza di un quinto dell'importo dell'appalto.

Il nuovo Codice inoltre non indica le modalità di calcolo del quinto, diversamente dall'abrogata disciplina.

L'art. 161, comma 14, del D.P.R. 207/2010 stabiliva infatti che ai fini della determinazione del quinto, l'importo dell'appalto era costituito dalla somma risultante dall'importo del contratto originario, e dall'importo degli eventuali atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per varianti già intervenute e dall'ammontare degli importi, diversi da quelli risarcitori, riconosciuti all'esecutore ai sensi degli artt. 239 e 240 del Codice (transazio-

ne ed accordo bonario).

Sempre l'art. 161, al successivo comma 15, precisava inoltre che non concorrevano ai fini della determinazione del quinto gli importi delle opere relative alle fondazioni (la norma regolamentare recepiva la previsione contenuta all'art. 14 del D.P.R.1063/1962). Anche in questo caso è necessario attendere indicazioni da parte dell'ANAC.

10. L'ART. 106, COMMA 4, DEL CODICE. LE VARIANTI ESSENZIALI

Il concetto di “variante essenziale” è delineato all’art. 106, comma 4, del Codice.

La disposizione ha recepito integralmente la previsione contenuta all’art. 72, comma 4, della Direttiva 2014/24.

Le modifiche sostanziali sono quelle che alterano considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito.

Pertanto, una modifica è considerata sostanziale se ricorrono uno o più delle seguenti situazioni:

- 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 consentito la partecipazione di ulteriori operatori economici;
- b)** la modifica altera 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 iniziale;
- d)** se un nuovo contraente sostituisce quello cui l’amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l’appalto nei casi diversi da quelli previsti al comma 1, lett. d), dell’art. 106.

11. LA SOSTITUZIONE DEL CONTRAENTE INIZIALE

Un'ulteriore ipotesi di modifica contrattuale è costituita dalla sostituzione del contraente privato al quale la stazione appaltante aveva aggiudicato inizialmente l'appalto.

L'art. 106, comma 1, lett. d), ha individuato tre ipotesi di modifica soggettiva:

a) la sostituzione avviene in virtù di una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla precedente lett. a). La previsione è alquanto oscura e riproduce integralmente la disposizione contenuta all'art. 72, comma 1, lett. d), della Direttiva 2014/24/UE.

È stata suggerita un'interpretazione della norma nel senso che la sostituzione dell'operatore economico si potrebbe verificare nel caso in cui il contratto contenga un limite alla clausola di revisione dei prezzi e tale limite è superato. Sarebbe l'ipotesi della eccessiva onerosità sopravvenuta.

b) quando l'aggiudicatario iniziale è sostituito per causa di morte ovvero a seguito di ristrutturazione societaria, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizioni da un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione stabiliti inizialmente, purché la sostituzione non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere le norme del Codice.

c) quando la stazione appaltante si assume gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

12. L'ART. 106, COMMA 11, DEL CODICE. LA PROROGA

Una delle opzioni contemplate all'art. 106, comma 1, lett. a) è quella prevista al comma 11, ed è relativa alla proroga del termine contrattuale.

In particolare, la disposizione stabilisce che la durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione, se è stata prevista nel bando o nei documenti di gara.

La durata della proroga è limitata al tempo strettamente necessario per la conclusione delle procedure indette per l'individuazione di un nuovo contraente.

Durante il periodo di proroga, l'originario operatore economico è tenuto all'esecuzione delle prestazioni agli stessi prezzi, patti e condizioni iniziali o addirittura più favorevoli per l'amministrazione.

La proroga prevista dall'art. 106, comma 11, ovviamente va tenuta distinta da quella disciplinata al successivo art. 107, comma 5, del Codice che riguarda la diversa ipotesi in cui l'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato richiede la proroga del termine di ultimazione dell'appalto.

Il Centro Sperimentale di Sviluppo delle Competenze nell'area delle Costruzioni "Edil Lab" è promosso dalla Regione Campania e rappresenta uno strumento innovativo di integrazione e interazione tra i diversi attori politico-istituzionali ed economici del territorio, un "luogo" aperto e funzionale a stabili attività di sviluppo del capitale umano, abilitato a programmare iniziative formative e a favorire un sempre più effettivo incontro tra domanda e offerta di lavoro nell'edilizia.

Edil Lab rappresenta un modello innovativo che mette a sistema il mondo delle imprese, l'alta formazione, gli organismi di rappresentanza, l'Università, gli istituti scolastici e la scuola di formazione del settore edile ed ha, tra le principali finalità, l'istituzione di un Osservatorio permanente al fine di monitorare il sistema delle imprese e i fabbisogni di competenze necessari per lo sviluppo e l'incremento della competitività del settore delle costruzioni in Campania.

La collana di monografie, prodotte nell'ambito del Progetto Edil Lab, di cui la presente è parte, costituisce in tal direzione un insieme di vademecum di supporto alle finalità di aggiornamento e sviluppo delle competenze in edilizia.

La presente pubblicazione fa parte di una più ampia produzione – una vera e propria “collana” - di monografie multidisciplinari relativa all’edilizia, realizzata dalle imprese partners del Progetto Edil-lab, che costituisce, nell’insieme, un utile strumento di aggiornamento professionale per gli operatori attivi nel settore delle costruzioni.



Edizioni Graffiti

ISBN 978-8886 98 384 6



9 788886 983846