



**COMUNE DI NEGRAR
PROVINCIA DI VERONA**

Prot. 20210

Negrar, li 29 Agosto 2017

Ai Dirigenti

Alle Posizioni Organizzative

e p.c. Sig. Sindaco

Sigg.ri Assessori

Ufficio Segreteria

Ufficio Personale

SEDE COMUNALE

CIRCOLARE SEGRETARIO COMUNALE n. 3/2017

OGGETTO: Art. 106 "CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI" D.LGS. n. 50/2016 coordinato con il D.LGS. n. 56/2017 – rubricato "Modifica di contratti durante il periodo di efficacia" – tema Modifiche e varianti contrattuali in corso d'opera - Indicazioni operative e procedurali.

Atteso che tra le funzioni che un segretario comunale è chiamato a svolgere si annoverano compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti ai sensi dell'art. 97, comma 2 del D.Lgs. 267/2000 s.m.i., la Giunta Comunale, con informativa verbale n. 10 assunta nella seduta dell'11.07.2017, ha delegato lo scrivente Segretario ad emanare la presente Circolare al fine di coordinare tutte le competenze coinvolte circa l'utilizzo delle economie dei quadri economici dei lavori mediante perizie suppletive in corso d'opera o affidamenti per lavori complementari in riferimento all'art. 106 del D.Lgs. 50/2016.

Con D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 "Codice dei contratti pubblici" (coordinato con il D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56), è stato abrogato il precedente Codice ed introdotta la nuova disciplina dei contratti pubblici. In materia di esecuzione dei contratti di appalto per lavori, servizi e forniture, la disciplina di nuova introduzione è ora contenuta nel titolo V e definita dagli artt. da 100 a 113-bis.

In particolare, l'art. 106 del predetto Codice rubricato "Modifica di contratti durante il periodo di efficacia" recepisce l'articolo 1, comma 1, lett. ee), della legge 28.01.2016, n. 11 di delega al Governo per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, tenuto conto delle migliori pratiche adottate in altri Paesi dell'Unione europea quali "l'introduzione di misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera, distinguendo in modo dettagliato tra variazioni sostanziali e non sostanziali, in particolare nella fase esecutiva [...]; la previsione che ogni variazione in corso d'opera debba essere adeguatamente motivata e giustificata unicamente da condizioni impreviste e imprevedibili e,

comunque, debitamente autorizzata dal R.U.P., con particolare riguardo all'effetto sostitutivo dell'approvazione della variazione rispetto a tutte le autorizzazioni e gli atti di assenso comunque denominati e assicurando sempre la possibilità, per l'amministrazione committente, di procedere alla risoluzione del contratto quando le variazioni superino determinate soglie rispetto all'importo originario, garantendo al contempo la qualità progettuale e la responsabilità del progettista in caso di errori di progettazione e prevedendo, altresì, l'applicazione di uno specifico regime sanzionatorio in capo alle stazioni appaltanti per la mancata o tardiva comunicazione all'ANAC delle variazioni in corso d'opera per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria".

In tale ottica di contenimento vanno letti ed applicati i commi dell'art. 106 del D.Lgs. 50/2016.

Entrando nel dettaglio, a titolo meramente collaborativo e per quanto qui interessa in relazione al tema modifiche/varianti, il **comma 1** dell'art. 106, dopo aver precisato che le modifiche nonché le varianti dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante, individua alle lettere da a) ad e) **5 ipotesi tassative**, contenenti i casi in cui sono da ritenersi ammissibili le modifiche/varianti al contratto senza una nuova procedura di gara:

- **modifiche contrattuali di natura economica, previste**, a prescindere dal loro valore monetario, **nei documenti di gara iniziali** in clausole chiare, precise ed inequivocabili al fine di definire la portata, la natura, nonché le condizioni alle quali è possibile ricorrervi, anche facendo riferimento alle varianti dei prezzi e dei costi standard (se esistenti). La previsione di tali clausole non è esente da limiti. Oltre ai limiti previsti per le variazioni di prezzo in aumento o diminuzione, le modifiche non devono alterare la natura generale del contratto. Le clausole di revisione o di opzione, formulate con sufficiente chiarezza, potrebbero ad esempio prevedere: indicizzazioni dei prezzi; adattamenti del contratto che si rendano necessari a seguito di difficoltà tecniche apparse durante il funzionamento o la manutenzione; manutenzione ordinaria; interventi di manutenzione straordinaria che risultino necessari per garantire continuità nell'erogazione di un servizio pubblico; rinnovi del contratto (comma 1, **lettera a**)).

Va chiarito che non si tratta di modifiche apportate all'appalto iniziale ma dell'attuazione di "*chiare, precise e inequivocabili*" previsioni contrattuali che devono essere ben conosciute da tutti gli offerenti. I commentatori sostengono che "*sarebbe stata preferibile una enumerazione dei casi (almeno quelli più rilevanti o ricorrenti) in cui ammettere tali previsioni contrattuali, accompagnate dai criteri generali forniti dalla norma e che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la possibilità di prevedere modifiche mediante clausole di revisione o di opzione, senza che tali clausole conferiscano loro discrezionalità illimitata*".¹ Tale generalizzazione si traduce in una incertezza delle regole che si riflette sulla effettiva operatività dell'istituto, anche in considerazione del controllo operato "ex post" dall'art. 106, comma 14, del Codice.

A parere di chi scrive, i principi da tenere in considerazione sono i seguenti:

- a) qualsiasi modifica sostanziale (che alteri la natura generale del contratto), apportata all'oggetto dell'appalto in termini di valore, tempistica o ambito di applicazione, nella misura in cui possa aver modificato il risultato dell'offerta iniziale, dovrebbe essere trattata come "sostanziale" e sottoposta quindi a nuovo bando come nuovo appalto per lavori o servizi complementari;
- b) l'amministrazione aggiudicatrice può prevedere espressamente nei documenti iniziali di gara la possibilità di introdurre modifiche/opzioni future alle condizioni dell'appalto iniziale. Al fine di dotarsi di regolamentazione interna ed in attesa di un decreto attuativo, le modifiche future richiedono che i prezzi applicabili vengano indicati in fase d'offerta. E' da notare che l'aggiornamento economico della modifica basato sui prezziari è indicato come una facoltà, dunque non si esclude un altro metodo come a esempio nuovi prezzi di cui può esservi necessità. La clausola che prevede tale eventualità deve essere redatta in modo chiaro, preciso ed inequivocabile, indicando l'ambito e la natura delle modifiche possibili, nonché

¹ www.italiappalti.it, "L'articolo 106 del nuovo codice. Modifica di contratti durante il corso di validità", A. Gigliola e S. Fidanzia.

le condizioni di applicazione della clausola stessa. Non sono considerate valide le clausole vaghe, imprecise o che consentano alle amministrazioni aggiudicatrici di introdurre modifiche in modo arbitrario.

Si sottolinea che mentre per le forniture o i servizi la modifica *post contratto* iniziale si può facilmente circoscrivere in un mero profilo economico, non può altrettanto dirsi per i contratti di lavori. In tale ambito, di regola, una modifica interferisce con il progetto e le stesse condizioni di modifica sostanziale del comma 4, art.106, potrebbero essere facilmente superate.

E' inoltre da evidenziare che, per i contratti di lavori si prospetta un uso improprio della modifica laddove si tratti di ovviare alle carenze delle fonti di finanziamento che potrebbero essere non disponibili al momento della gara.² A ciò si può in parte porre rimedio anche prevedendo una disciplina capillare nel bando di gara (non a caso si parla di clausole inequivocabili);

- modifiche rese necessarie, non incluse nell'appalto iniziale, in relazione a lavori, servizi o forniture supplementari, qualora risulti impraticabile, antieconomico o foriero di disguidi un cambiamento del contraente sempre che, limitatamente ai soli settori ordinari, l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50% del valore del contratto iniziale ma con la possibilità di più modifiche successive che devono restare sempre all'interno del citato 50% salvo la limitazione rinvenibile nel comma 7 laddove si dice che "*Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice*". L'impraticabilità di cambio del contraente va valutata sulla base di ragioni economiche o tecniche alla luce di un'analisi costi-benefici. I motivi tecnici vanno ravvisati nell'impossibilità, in caso di cambio di contraente, di utilizzare strumenti, servizi o impianti analoghi o interscambiabili a quelli forniti dal contraente originario, comportando contestualmente notevoli disguidi per la stazione appaltante (comma 1, **lettera b)** e **comma 7)**;
- modifiche necessarie a motivo di circostanze impreviste e imprevedibili (tra cui la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari) che l'amministrazione aggiudicatrice non avrebbe potuto prevedere in fase di preparazione della gara utilizzando l'ordinaria diligenza, che quindi assumono la denominazione di varianti in corso d'opera, sempre che tali modifiche non alterino la natura generale del contratto (ovvero non siano sostanziali ex comma 4, art. 106) e che, limitatamente ai soli settori ordinari, l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50% del valore del contratto iniziale ma con la possibilità di più modifiche successive che devono restare sempre all'interno del citato 50%. Rientrano in questa fattispecie le modifiche progettuali conseguenti ad eventi di forza maggiore ad esempio il verificarsi di circostanze sopravvenute rispetto alla gara che mutano lo stato dei luoghi di un'area del cantiere e rendono necessaria una modifica progettuale cui consegue una riduzione/aumento dell'importo dell'appalto; il recepimento di nuove misure di sicurezza individuate come necessarie durante il corso dei lavori e che non potevano essere previste in fase di preparazione della gara. Per amministrazione diligente s'intende quella che abbia utilizzato l'ordinaria diligenza richiesta dal compimento degli atti, secondo il criterio stabilito dall'art. 1176 comma 2 cod. civ. e dall'art. 97 Cost. e cioè che abbia operato in modo efficiente, solerte e conoscendo ed applicando la legge (comma 1, **lettera c)** e **comma 7)**;
- sostituzione dell'aggiudicatario dell'appalto iniziale con un nuovo contraente, qualora ricorrano determinate circostanze quali causa di morte, insolvenza, ristrutturazioni societarie con possibili modifiche contrattuali, a prescindere dal loro valore monetario, (comma 1, **lettera d)**);
- modifiche non sostanziali che non alterano gli elementi essenziali del contratto ai sensi

² www.giustamm.it, rivista di diritto amministrativo, "Le modifiche del contratto e le varianti in corso d'opera nel d.lgs.50/2016 tra vecchie e nuove criticità", Leonardo Miconi, Dirigente Ufficio Verifica Analisi Varianti dell'Anac, §3.3.

del comma 4 che chiarisce quando una modifica è sostanziale. Sono ipotesi residuali rispetto alle altre, specifiche, del comma 1 dovute rispettivamente a lavori, servizi o forniture supplementari (lett. b) o a circostanze che un'amministrazione diligente non avrebbe potuto prevedere in fase di preparazione della gara (lett. c). Si cita, a titolo di esempio, il caso in cui il coordinatore per l'esecuzione dei lavori, diverso dal coordinatore per la progettazione, ritenga di dover utilizzare degli apprestamenti diversi e più onerosi di quelli previsti dal coordinatore per la progettazione a seguito di nuova valutazione dei rischi purché le modifiche non siano né sostanziali, né impreviste o imprevedibili. Si precisa che il provvedimento di approvazione della modifica contrattuale deve adeguatamente motivare dal punto di vista tecnico e giuridico la natura della variante e la sua ammissibilità ai sensi dell'art. 106 del D.Lgs. 50/2016. A tale riguardo, la lettera e) del comma 1, che non sembra trovare corrispondenza nel principio di contenimento delle varianti, dispone altresì che le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche (comma 1, lettera e)). La stazione appaltante è libera di stabilire a priori l'incidenza e l'oggetto di tali incrementi, magari sulla base dell'esperienza degli uffici. D'altro canto, si deve trattare di opere o prestazioni difficili da prevedere poiché, diversamente, se fosse possibile effettuarne una attendibile valutazione questa dovrebbe essere inclusa nel progetto a base di gara. La norma suscita l'idea che possano aversi facili effetti distorsivi: dall'utilizzo del ribasso d'asta, alla replica di lavori supplementari, alla copertura di lavori già eseguiti ecc.. In sostanza, la fattispecie può fungere in modo improprio da "somma per imprevisti" inserita nel contratto. Per evitare che la norma diventi un facile espediente per giustificare varianti, le stazioni appaltanti prevedono somme molto contenute sia rispetto alla base di gara che in termini assoluti.³

Il **comma 2**, specifica altresì, che ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni, i contratti possono parimenti essere modificati, senza necessità di una nuova procedura a norma del nuovo Codice, anche nelle ipotesi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudichino, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, se il valore della modifica (incremento) è:

- inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'art. 35 D.Lgs. 50/2016;
- inferiore al 10% del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture sia nei settori ordinari che speciali ovvero del 15% del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali;
- se la modifica non alteri la natura del contratto o dell'accordo quadro (non vi sia una modifica sostanziale).

Il **comma 4** chiarisce in quali casi la modifica del contratto o di un accordo quadro, durante il periodo di validità, si configuri come una modifica sostanziale che necessita di indizione di nuova procedura di affidamento. In ogni caso, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

- 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 (esempi: realizzazione di un'opera diversa o progettazione di un'opera diversa; introduzione di nuove categorie scorporabili; cambiamento della lavorazione prevalente; cambiamento delle condizioni essenziali del contratto; cambiamento dei requisiti di ammissione);
- la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale (esempi: modifica delle condizioni di esecuzione del contratto; cambiamento condizioni essenziali del contratto);
- la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto (esempio: appalto di servizio smaltimento rifiuti urbani durante il quale, con atto aggiuntivo, viene affidato il

³ www.giustamm.it, rivista di diritto amministrativo, "Le modifiche del contratto e le varianti in corso d'opera nel d.lgs.50/2016 tra vecchie e nuove criticità", Leonardo Miconi, Dirigente Ufficio Verifica Analisi Varianti dell'Anac, §3.5.

- servizio di sgombero neve);
- se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lett.d).

Il **comma 5** prevede l'obbligo, a carico delle amministrazioni aggiudicatrici che hanno modificato un contratto nei casi indicati alle lettere b) e c) del comma 1, di provvedere alla pubblicazione di un avviso sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea di cui vengono disciplinati i contenuti, rinviando all'allegato XIV, Parte I, lettera E).

Il **comma 6** chiarisce che, per modifiche intervenute ad un contratto pubblico o ad un accordo quadro durante il periodo di efficacia del contratto, al di fuori dei casi disciplinati dai commi 1 e 2, è necessaria una nuova procedura d'appalto.

Il **comma 12** statuisce che 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. L'esercizio di tale facoltà non determina un nuovo affidamento e la stipula di un nuovo contratto, ma rappresenta una caratteristica di naturale elasticità dei contratti pubblici.

Si tratta, indubbiamente, di una norma di apertura che consente alla stazione appaltante di introdurre varianti nel limite del quinto, per qualunque causa o ragione e, quindi, senza necessità di una particolare motivazione. Unico limite, oltre al quinto dell'importo contrattuale, è che la modifica/variante in questione sia richiesta in corso di esecuzione e, quindi, prima del verbale di ultimazione dei lavori.

Da un confronto tra la disciplina delle varianti sopra illustrata e quella contenuta nell'articolo 132 dell'abrogato Codice dei Contratti (D.Lgs. 163/06) si può constatare la mancanza esplicita di alcune ipotesi precedentemente contemplate e che spesso si verificano in un appalto. In ogni caso, va evidenziato che, se da un lato è vero che molti dei casi precedentemente previsti e non espressamente contemplati nel nuovo codice appalti possono essere ricondotti ad altri casi di variante da quest'ultimo disciplinate, ciò non è comunque privo di conseguenze sull'assetto complessivo del sistema. Emerge infatti la differenza sostanziale rappresentata dal fatto che la nuova disciplina introduce il limite dell'incremento massimo del 50% dell'importo del contratto originario, che è invece assente nella normativa previgente.

Infine, nelle linee-guida relative al Direttore dei Lavori, oggi non ancora trasformate in Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, alle perizie di variante è dedicato il paragrafo 7.3 relativo, appunto, alla Gestione delle varianti e delle riserve: *"Il Direttore Lavori fornisce al RUP l'ausilio necessario per gli accertamenti in ordine alla sussistenza delle condizioni contemplate dall'art. 106 del Codice per poter prevedere varianti ai contratti in corso di esecuzione (la cui approvazione spetta sempre al RUP). Eventuali varianti non autorizzate ma la cui realizzazione è promossa dal DL ricadono nella piena responsabilità di quest'ultimo. Il DL può disporre modifiche di dettaglio non comportanti aumento o diminuzione dell'importo contrattuale, comunicandole al RUP."*

E' opportuno osservare come, non essendo ancora approvato il Decreto del MIT di cui all'articolo 111, comma 1, del nuovo Codice dei contratti, non esiste alcuna norma di dettaglio cui fare riferimento per il fatto che gli articoli da 161 a 163 del Regolamento n. 207/2010 (ex regolamento di attuazione ed esecuzione del vecchio codice appalti) sono stati abrogati dall'articolo 217 del D.lgs. n. 50/2016 e che nell'articolo 111, comma 1, relativo appunto al decreto del MIT sulle linee-guida del direttore dei lavori, non è inserita alcuna norma transitoria. In questo momento c'è un vuoto normativo causato dalla mancanza di norme di dettaglio sulle perizie di variante e sulle tipologie di varianti così come definite all'articolo 106, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e) del nuovo Codice dei contratti.

Relativamente alla prassi di sottoporre alla Giunta Comunale proposte di rideterminazione del quadro economico progettuale, anche al fine di poter destinare eventuali ribassi d'asta risultati a

seguito delle procedure di aggiudicazione, è d'uopo ricordare il **Principio contabile applicato di cui al paragrafo 5.4 dell'Allegato n.4/2 al D.Lgs 118/2011**, secondo cui:

"A seguito dell'aggiudicazione definitiva della gara, le spese contenute nel quadro economico dell'opera prenotate, ancorchè non impegnate, continuano ad essere finanziate dal fondo pluriennale vincolato, mentre gli eventuali ribassi di asta, costituiscono economie di bilancio e confluiscono nella quota vincolata del risultato di amministrazione a meno che, nel frattempo, sia intervenuta formale rideterminazione del quadro economico progettuale da parte dell'organo competente che incrementa le spese del quadro economico dell'opera finanziandole con le economie registrate in sede di aggiudicazione".

Questo principio rientra nell'armonizzazione contabile perseguita dal D.Lgs. n. 118 del 2011, che prevede che le amministrazioni pubbliche territoriali e i loro enti strumentali in contabilità finanziaria conformino la propria gestione a regole contabili uniformi definite sotto forma di principi contabili generali e di principi contabili applicati, con particolare attenzione sul principio contabile generale della competenza finanziaria, che costituisce il criterio di imputazione agli esercizi finanziari delle obbligazioni giuridicamente perfezionate attive e passive (accertamenti e impegni).

Ferma restando la competenza del Responsabile del Settore preposto alla materia oggetto del singolo contratto, anche nelle fattispecie che interessano questa Circolare, il rispetto del principio contabile sopra riportato deve essere coordinato con l'applicazione delle norme del Codice dei Contratti. Pertanto, gli eventuali ribassi d'asta, a seguito dell'aggiudicazione definitiva di gara, costituiscono economie; nell'ambito del quadro economico l'aggiudicazione dei lavori determina un'economia a seguito del realizzarsi di ribassi d'asta. Questa economia può essere sfruttata nell'ambito dello stesso quadro economico e destinata ad altra voce di spesa in esso ricompresa previa rideterminazione del quadro economico stesso. Attraverso la rideterminazione del quadro economico le economie possono essere destinate al finanziamento di altri voci dello stesso quadro economico.

A seguito di aggiornamento del quadro economico le economie, possono essere utilizzate nel rispetto di quanto previsto dal D.Lgs. 50/2016 e/o con nuova gara per lavori/servizi analoghi.

Premesso quanto sopra, al fine di agevolare l'applicazione delle normative vigenti e ferma restando la competenza del Responsabile del Settore preposto alla materia oggetto del singolo contratto, si riporta l'iter amministrativo per l'approvazione delle eventuali modifiche e/o varianti che dovessero rendersi necessarie ed essere approvate in corso di esecuzione del contratto di appalto:

- 1) presentazione di perizia di variante da parte della Direzione Lavori;
- 2) autorizzazione del R.U.P. prima dell'esecuzione dei lavori per modifica/variante come prescritto dall'art. 106, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016 e secondo il modello allegato alla presente Circolare;
- 3) determina dirigenziale di approvazione di perizia di variante da parte del Settore preposto o altro atto dell'organo competente;
- 4) stipulazione di integrazione al contratto da parte del Settore Contratti secondo la disciplina regolamentare vigente nell'Ente o la prassi in uso (che prevede forme contrattuali diverse a seconda della modalità e dell'importo dell'affidamento). Trattandosi di integrazione contrattuale potrà essere omessa la verifica dei requisiti in capo al contraente.

Si invitano, infine, i Dirigenti e le Posizioni Organizzative in indirizzo ad informare prontamente il personale dei Servizi di competenza in ordine alle disposizioni organizzative impartite con la presente Circolare.

Si resta in ogni caso a disposizione per ogni eventuale chiarimento e si coglie l'occasione per porgere un cordiale saluto.

Il Segretario comunale
Dott. Marcello Bartolini



Allegati:

- 1) Modello di autorizzazione del R.U.P..