

OGGETTO: corretta applicazione dell'art. 120 del decreto legislativo 31 marzo 2023 e, in relazione agli appalti ai quali è applicabile *ratione temporis*, dell'art. 106, comma 7, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, alla luce della più recente giurisprudenza e pareristica ANAC nell'ambito della vigilanza collaborativa effettuata sugli interventi di ricostruzione post sisma 2016.

L'art. 120, comma 2, del d.lgs. 36 del 2023, ripropone sostanzialmente in toto la previsione di cui al comma 7, del d.lgs. 50 del 2016.

I contratti in corso di esecuzione analizzati, e in relazione ad alcuni dei quali si è espressa anche l'ANAC, sono disciplinati dal d.lgs. n. 50 del 2016.

In particolare, l'art. 106 del d.lgs. 50 del 2016, prevede la possibilità di modifica dei contratti pubblici durante il periodo di efficacia. In particolare, il comma 7, oggetto di quesito, prevede che << 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.>>

Nello specifico, l'art. 106, rubricato Modifica di contratti durante il periodo di efficacia, per quanto rileva in questa sede dispone che il limite di valore delle modifiche, pari al 50% del valore iniziale, si applichi alle seguenti ipotesi:

<<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)...

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; >>

Pertanto, nel corso dell'efficacia del contratto la Stazione appaltante può esercitare lo *ius variandi* e procedere ad una o più modifiche del contratto senza una nuova procedura di gara alla ricorrenza dei sopra detti presupposti. Ciascuna modifica ha come limite di valore massimo il 50 % del valore iniziale del contratto.

In considerazione del fatto che si tratta di una deroga alla regola dell'immodificabilità del contratto, i presupposti applicativi devono essere valutati in modo stringente e puntuale al fine di non incorrere in illegittimità.

Dai pareri che l'Autorità Nazionale Anticorruzione – Ufficio Operativo Speciale - inviati all'USR si evincono alcuni aspetti sulla corretta applicazione dell'art. 106 comma 7.

Innanzitutto, ha confermato che il limite quantitativo del 50% entro il quale sia possibile modificare il contratto senza indire una nuova procedura di gara, sia da riferirsi sempre al valore del contratto iniziale, anche in caso di più modifiche successive e non al valore via via incrementato.

L'Anac ha anche sottolineato che la norma, in quanto derogatoria, debba essere di stretta interpretazione e che la sussistenza di tutti i requisiti debba essere valutata con estremo rigore.

In particolare, nel caso analizzato, le varianti erano state approvate con due atti successivi, tuttavia ANAC ha considerato che due varianti, che singolarmente valutate rispettavano i limiti della norma, fossero invece da valutare unitariamente con conseguente violazione del limite. Ciò in quanto la necessità delle modifiche approvate in fase di progettazione definitiva emergeva già dallo studio di fattibilità e pertanto la modifica da effettuare in fase di progettazione definitiva era una unica.

Secondo l'ANAC l'essere già a conoscenza della necessità di una ulteriore modifica del contratto nel momento in cui si approvava una variante ha fatto venire meno nel momento della approvazione della seconda variante del requisito necessario della imprevedibilità.

Oltre a ciò, appare necessario evidenziare che nel caso analizzato il RUP aveva ridotto i compensi in modo da far rientrare la variante nel limite del 50% ma ciò non è stato valutato positivamente da ANAC che ha ritenuto che in ogni caso il limite del 50% deve essere rispettato nel suo contenuto concreto del valore della variante al fine di verificare anche l'eventuale alterazione della natura generale del contratto.

Pertanto, il comma 7, sopra richiamato, consente espressamente di ricorrere (ove necessario e in presenza delle condizioni stabilite dall'art. 106) a “più modifiche successive” in relazione ad uno stesso contratto, nei limiti di valore indicati nella disposizione e **fermo restando che le modifiche non devono essere intese ad aggirare l'applicazione del Codice.** Le figure tecniche di riferimento dovranno procedere alla valutazione del singolo caso concreto al fine di verificare la sussistenza di tutti i presupposti e anche se si configuri o meno detto aggiramento.

Conclusivamente, per quanto qui di interesse, nell'ambito del contratto d'appalto, la stazione appaltante può procedere a “più modifiche” successive in relazione ad uno stesso contratto, ma tale possibilità **è subordinata alla rigorosa valutazione circa la sussistenza dei presupposti e delle condizioni indicate dall'articolo 106 del Codice, con particolare riguardo al comma 7 e al comma 1 lett b e c dallo stesso richiamate.**

ITER procedimentale

Lo stesso art. 106 del Codice, 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.**

Fermo restando che devono essere applicate le specifiche disposizioni della stazione appaltante, Anac ha chiarito nelle sue Faq che in mancanza di un regolamento specifico della stazione appaltante o di indicazioni nelle linee guida dell'Anac, per “autorizzazione” s'intende l'atto tramite il quale il RUP dà il suo nulla-osta al direttore dei lavori per l'elaborazione della variante.

Tale informazione deve essere inserita nel modulo di trasmissione delle varianti in corso d'opera al punto 4-bis unitamente al numero di protocollo.

Il Direttore Lavori fornisce al RUP l'ausilio necessario per gli accertamenti in ordine alla sussistenza delle condizioni di cui all'art. 106 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il Direttore Lavori propone al RUP le modifiche, nonché le varianti, dei contratti in corso di esecuzione e relative perizie di variante, indicandone i motivi in apposita relazione da inviare al RUP, nei casi e alle condizioni previste dall'art. 106 del codice.

Il RUP valuta la proposta motivata di variante e se ravvisa la sussistenza dei presupposti legittimanti procede all'autorizzazione e la comunica alla Stazione Appaltante, sempre salvo diversa previsione dell'ordinamento della stessa.

Non possono essere eseguite lavorazioni o attività in variante senza la previa autorizzazione.

Ai sensi del comma 5 dell'art. 106, l'Amministrazione aggiudicatrice che ha modificato un contratto per consentire l'esecuzione di lavori, servizi o forniture supplementari o per varianti in corso d'opera è tenuta a pubblicare un avviso al riguardo nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea per i sopra soglia, per i contratti di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35 la pubblicità avviene in ambito nazionale.

Il comma 8 stabilisce che la Stazione Appaltante è inoltre tenuta a comunicare all'Anac le modifiche al contratto necessarie per consentire l'esecuzione di lavori, servizi o forniture, supplementari e quelle dovute a errori o a omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, entro trenta giorni dal perfezionamento. In caso di mancata o tardiva comunicazione ANAC irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra i 50 e 200 euro per giorno di ritardo.

Il comma 14, dell'art. 106, prevede inoltre che

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.

Avv. Donatella Cerqueni

Dott. Francesco Giacinti