



Bollettino ufficiale della Regione Puglia n. 101 del 26/06/2008

REGIONE PUGLIA SETTORE LAVORI PUBBLICI

Circolare – Le varianti in corso d'opera alla luce della vigente normativa.

È noto che il ricorrere a perizie di varianti durante lo svolgimento del contratto riveste carattere eccezionale e straordinario, essendo queste circoscritte a determinate categorie di eventi, opportunamente sottoposte al vaglio di ammissibilità, al fine di contenere tempi e costi di esecuzione.

Si osserva, preliminarmente, che anche in tale contesto, assumono rilevanza, ancora una volta, i principi fondamentali del codice civile, volti a garantire l'equilibrio contrattuale delle parti e a fornire un'ulteriore chiave interpretativa alla disciplina pubblicistica.

Il riferimento è agli artt. 1659, 1660 e 1661 del codice civile, dove, rispettivamente, vengono espressi il principio di immodificabilità dell'opera da parte dell'appaltatore in carenza di autorizzazione scritta del committente (previsione volta a tutelare il committente da possibili variazioni arbitrarie ad iniziativa dell'appaltatore dirette, artificiosamente, ad aumentare il costo complessivo dei lavori da eseguirsi per la realizzazione dell'opera), la possibilità di eseguire le variazioni che si rendano necessarie per un'esecuzione a regola d'arte dell'opera appaltata, il cd. ius variandi, ossia il diritto potestativo del committente di imporre all'appaltatore varianti che, comunque, non siano pregiudizievoli per l'appaltatore e non comportino modificazioni sostanziali alla natura dei lavori.

In tema di appalti pubblici di lavori il tema delle varianti trova attualmente una disciplina nell'art. 132 del D.Lgs. n. 163/2006 nonché nelle disposizioni dell'emanando regolamento di esecuzione e attuazione previsto dall'art. 5 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e del capitolato generale d'appalto. Al momento occorre riferirsi all'art. 10, comma 2, del Capitolato generale (D.M. 145/2000) nonché agli artt. 134, 135 e 136 del d.P.R. n. 554/1999.

È necessario precisare che le disposizioni di secondo livello ora richiamate, continueranno ad essere applicate fino a 180 giorni successivi alla data di pubblicazione del nuovo regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice.

Conseguentemente, le previsioni ancora oggi vigenti risulteranno abrogate per effetto dell'art. 362 dello schema di Regolamento e rifuse nell'art. 159 «varianti e addizioni al progetto approvato», nell'art. 160 «Diminuzione dei lavori e varianti migliorative in diminuzione proposte dall'appaltatore» e nell'art. 161 «Determinazione e approvazione dei nuovi prezzi non contemplati nel contratto».

Si ricorda, inoltre, che il suddetto art. 362, oltre ad abrogare il d.P.R. n. 554/1999, annulla l'efficacia di alcune disposizioni del Capitolato Generale n. 145/2000, ed in particolare, dell'art. 10, completamente

confluito nel nuovo articolo 159, dello schema di Regolamento; di conseguenza, i rinvii all'art. 10, comma 2 e comma 3 del suddetto D.M. n. 145/2000, dovranno intendersi, rispettivamente, al nuovo comma 12 e comma 13 dell'art. 159.

In virtù di tali riferimenti normativi appena enunciati la stazione appaltante è legittimata ad imporre variazioni all'appaltatore, nei limiti del 20% dell'importo contrattuale; previsione, questa, che opera in virtù degli artt. 1660, c. 2, e 1661, c. 1, del codice civile.

Tale limite quantitativo opera in duplice direzione: come limite allo ius variandi della stazione appaltante e come limite all'obbligo-soggezione dell'appaltatore di sottostare a tale potestà (un eventuale rifiuto costituirebbe violazione di obblighi contrattuali, con conseguente diritto, per l'amministrazione, a procedere per la risoluzione del contratto ed il risarcimento danni) ed eseguire i lavori agli stessi patti, prezzi e condizioni del contratto originario.

In tale ipotesi l'appaltatore, oltre al corrispettivo dei lavori, non ha diritto, per l'esecuzione di maggiori o diversi lavori, ad alcun indennizzo o compenso aggiuntivi, in quanto il legislatore, disciplinando il diritto potestativo della stazione appaltante di introdurre variazioni in corso d'opera nella misura suddetta, ha ritenuto che l'appaltatore, comunque, possa ritenersi adeguatamente remunerato dall'esecuzione delle varianti stesse agli stessi prezzi previsti nel contratto originario.

Laddove, invece, le variazioni eccedano il 20%, l'appaltatore ha facoltà di non adempiere e chiedere al committente la risoluzione del contratto (con diritto al pagamento dei lavori eseguiti, valutati ai prezzi contrattuali) ovvero di proseguire i lavori attraverso la negoziazione di nuove condizioni rispetto ai lavori aggiuntivi (si veda l'art. 10, comma 3, del Capitolato generale, che disciplina l'ipotesi e le modalità di prosecuzione dei lavori, originandosi, in tale evenienza, un nuovo e autonomo accordo, aggiuntivo al contratto originario).

Anche sotto il profilo qualitativo, lo ius variandi incontra dei limiti, ex art. 134 del d.P.R. n. 554/1999, nel mutamento sostanziale dell'opera, da intendersi non solo come mutamento di tipologia ma anche come cambiamento della sua impostazione originaria (pur non alterandosi la sua tipologia per effetto della variazione); comunque, siffatte evenienze, in linea teorica, impongono il divieto per l'amministrazione di introdurre varianti sostanziali, con conseguente risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 del codice civile.

Tutto ciò premesso, occorre rilevare che il codice dei contratti pubblici e la disciplina previgente hanno definito uno scenario di ipotesi tassative che, ove ricorrono, legittimano e rendono ammissibili le varianti in corso d'opera "purché non mutino sostanzialmente la natura dei lavori compresi nell'appalto" (art. 134, comma 4, del DPR n. 554/1999 confluito nell' art.161 dello schema di regolamento).

Ci si riferisce all'art. 132 del Codice che riproduce sostanzialmente il contenuto dell'art. 25 e dell'art. 19, comma 1-ter terzo periodo della legge n. 109/1994, abrogati.

Si osserva che tale ultima disposizione trova riscontro nel secondo periodo del comma 2 dell'art. 132 del Codice: «Nel caso di appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo». Tuttavia, è opportuno precisare che gli «appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori» riguardano quello che, secondo una diversa terminologia nazionale, veniva individuato come "appalto integrato", definizione, quindi, scomparsa nell'attuale impianto normativo del Codice, in ossequio alla nozione comunitaria di "appalto di lavori pubblici".

A tale proposito lo schema di regolamento di esecuzione e attuazione previsto dall'art. 5 del decreto legislativo 12 aprile 2006 ha introdotto due disposizioni, l'art. 165 «Appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto preliminare» e l'art. 166 «Appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo», che realizzano una completa liberalizzazione dell'appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori sia sulla base del progetto preliminare che del progetto definitivo.

Le disposizioni innanzi richiamate, come innanzi precisato, definiscono un apparato tipizzato delle ipotesi che possono dar luogo ad ammissibili varianti in corso d'opera.

In particolare, sentito il progettista e il direttore dei lavori, possono introdursi modifiche ai lavori appaltati in presenza di cause tipiche e tassative riconducibili a sopravvenienze di leggi o regolamenti, cause di forza maggiore, errori o omissioni del progetto esecutivo.

Si tratta, a ben vedere, di circostanze obiettive e necessitate, per cui il committente, senza alcun margine di discrezionalità, può disporre le varianti in corso d'esecuzione.

Il comma 3, primo periodo, dell'art. 132 individua anche le cd. varianti non varianti, cioè modifiche disposte dal direttore dei lavori che riguardano aspetti di dettaglio, innovazioni di scarso rilievo tecnico e non comportano alcun aumento di spesa in base all'importo del contratto stipulato, comunque contenute entro un importo non superiore al 10% per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro o al 5% per ciascuna delle categorie di lavoro dell'appalto. Si veda anche l'art. 11 capitolato generale d'appalto D.M. 145/2000, che disciplina la possibilità per l'impresa appaltatrice di introdurre varianti migliorative che per effetto del nuovo assetto normativo, determinato dal Regolamento del Codice, è confluito nell'art. 160, commi 3, 4, 5, 6 e 7.

Per quanto riguarda la prima ipotesi – esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni normative - è chiaro che essa si prospetta in considerazione del periodo, tendenzialmente ampio, in cui si sviluppa la fase esecutiva del contratto d'appalto, per cui la variazione risulta doverosa rispetto alle originarie previsioni progettuali non più coerenti.

Tra le cause di forza maggiore, sono invece da annoverare tutte le ipotesi di origine naturale, come un mutamento dello stato dei luoghi, non prevedibili o evitabili con l'ordinaria diligenza, tali da non poter essere prese in considerazione in sede contrattuale. Secondo l'art. 134, comma 8, del d.P.R. n. 554/1999, il responsabile del procedimento, al fine di accertare tali ipotesi, valuta che le stesse non siano imputabili alla stazione appaltante e motiva circa la loro non prevedibilità al momento della redazione del progetto; precisa, allora, la necessità delle varianti riferendo alla stazione appaltante che la prosecuzione dei lavori non può avvenire secondo le originarie previsioni progettuali. Tale previsione, secondo lo schema di Regolamento, è confluita nell'art. 159, comma 8.

Inoltre, sono da considerarsi varianti quelle migliorie determinate dalla «interventiva 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». Deve ritenersi che tali miglioramenti, ex art. 132, comma 1, lett. b), del Codice, rendano l'opera qualitativamente più apprezzabile, ma, non trattandosi di variante necessaria, il committente può disporla con l'osservanza di alcuni limiti, in primis, un contenimento di spesa. Pertanto, la responsabilità di valutare, in particolare, il carattere significativo dei miglioramenti, oltre che la indisponibilità delle novità tecniche al momento del progetto e la possibile alterazione progettuale, è riconducibile alla competenza del direttore dei lavori e del responsabile del

procedimento.

Infine, altre varianti «necessitate» sono quelle determinate dalla presenza di eventi inerenti alla natura e specificità dei beni o da rinvenimenti di interesse storico, artistico, archeologico (art. 132, comma 1, lettera c), del Codice).

Occorre osservare che, stante la poca chiarezza della disposizione, in ordine alla indeterminatezza degli «eventi» di cui sopra, appare opportuno, giusta quanto, peraltro, evidenziato dall'Autorità di vigilanza, con determinazione n. 30/2000, ricondurre tali «eventi» alle cause imprevedute e imprevedibili, di cui alla lettera b) distinguendoli, altresì, dalla cd. sorpresa idrogeologica, anch'essa espressamente disciplinata tra le cause di possibili varianti, mediante il richiamo all'art 1664, comma 2, del codice civile, per cui, in presenza di cause geologiche idriche e simili, laddove sussista la necessità di apportare varianti in corso d'opera, l'appaltatore avrà diritto al pagamento delle prestazioni eseguite secondo la disciplina delle varianti, mentre nel caso in cui non si ravvisa tale necessità, che tuttavia ha causato difficoltà esecutive, la disciplina applicabile sarà quella della norma codicistica e la previsione di un equo indennizzo al fine di neutralizzare quella eccessiva onerosità che si traduce in un onere aggiuntivo, erosivo dell'utile economico che l'appaltatore si ripromette di ricavare.

Per quanto riguarda, invece, le varianti riconducibili a fatto umano tale da pregiudicare, anche parzialmente, la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, l'art. 132, comma 6, del Codice identifica come errore o omissione progettuale una serie di ipotesi molto generiche: inadeguata valutazione dello stato dei luoghi, mancata o erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, violazione dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultati da prova scritta, violazione delle norme di diligenza tecnica.

Ne consegue che la loro autorizzazione si deve ritenere necessaria, sicché il responsabile del procedimento, reso edotto dei difetti e delle manchevolezze riscontrate dal direttore dei lavori, ne dà immediata comunicazione all'Osservatorio e al progettista che risulterà responsabile per i danni cagionati alla stazione appaltante.

Se le varianti approvate, per effetto degli errori o omissioni di cui sopra, superano il quinto dell'importo del contratto, il soggetto aggiudicatore procede autoritativamente alla risoluzione del contratto (secondo alcuni la disposizione, più correttamente, dovrebbe inquadrarsi come recesso imposto dalla legge) e indice, sulla base del progetto corretto, una nuova gara alla quale è invitato l'incolpevole aggiudicatario iniziale.

In tema di varianti si ricorda, in particolare, quanto previsto dall'art. 8, comma 1, del d.P.R. n. 554/1999, che, nell'individuazione degli ulteriori (rispetto a quanto già stabilito dall'art. 10 del Codice) funzioni e compiti del responsabile del procedimento, così recita: «assicura che ricorrano le condizioni di legge previste per le varianti in corso d'opera» (lett. v); «raccolge, verifica e trasmette all'Osservatorio dei lavori pubblici gli elementi relativi agli interventi di sua competenza» (lett. s). Lo schema di Regolamento riproduce tali previsioni nell'art. 6, comma 1, mantenendo la medesima corrispondenza con le lettere suddette.

Si ricorda, altresì, che ex art. 111 del Codice, il progettista deve essere munito di una polizza di responsabilità civile professionale, che deve coprire, oltre alle nuove spese di progettazione, «anche i maggiori costi che la stazione appaltante deve sopportare per le varianti di cui all'art 132 comma 1, lettera c), resesi necessari in corso di esecuzione» (cioè derivanti da errore di progettazione). Sul punto si veda anche la decisione del Consiglio di Stato, sez. V, del 13/3/2007, sentenza n. 1231 e la determinazione dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici n. 6 dell'11/7/2007.

Con lo scioglimento del contratto, il committente deve provvedere a corrispondere all'appaltatore il pagamento dei lavori eseguiti, il costo dei materiali utili esistenti in cantiere e il 10% dell'importo dei lavori non eseguiti, fino a quattro quinti dell'importo del contratto. Le conseguenze della risoluzione del contratto, pertanto, determinano una perdita economica tanto per l'appaltatore, per fatto di terzo, quanto per il committente, tenuto al pagamento dell'indennizzo.

Nel caso, invece, di appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo. In tale ipotesi, la variante determinata da errore progettuale è imputabile anche all'appaltatore, in quanto contrattualmente è tenuto, oltre alla realizzazione dei lavori, anche all'obbligo di redigere il progetto esecutivo. In particolare, nell'art. 10, comma 8, del capitolato generale è stabilito che se il progetto esecutivo è stato redatto dall'appaltatore e la variante derivi da errori o omissioni progettuali imputabili all'appaltatore stesso, sono a suo totale carico l'onere della nuova progettazione, le maggiori spese, le penali per mancato rispetto dei termini di ultimazione contrattuale e gli ulteriori danni subiti dalla stazione appaltante. A seguito dello schema di Regolamento, l'art. 10, comma 8, del Capitolato Generale è stato rifiuto nell'art. 159, comma 18.

Da quanto esposto, emerge, quindi, un principio fondamentale in tema di varianti in corso d'opera, vale a dire il divieto di attuare modifiche ad iniziativa esclusiva dell'appaltatore, la cui violazione comporta la responsabilità per inadempimento contrattuale, sicché l'appaltatore non avrà diritto ad alcun compenso per i lavori eseguiti arbitrariamente, neppure a titolo di indebito arricchimento del committente, e dovrà eliminare a sue spese i lavori eseguiti in difformità.

Tale ultima previsione, contenuta nell'art. 10, comma 1, del capitolato generale, tuttavia, ammette una diversa valutazione da parte del responsabile del procedimento (in termini di vantaggio o indispensabilità, non in termini di semplice miglioria ma di necessità da ricondursi ad un'esecuzione a regola d'arte priva di vizi e difetti) delle modifiche apportate ad iniziativa dell'appaltatore, il quale, pur non maturando alcun diritto a compensi o indennizzi, non sarà obbligato a ripristinare l'opera nello stato in cui si trovava antecedentemente alle modifiche.

Si osserva che il riferimento all'art. 10, comma 1, del Capitolato Generale, è ora confluito nell'art. 159 dello schema di Regolamento. Ad ogni modo, il riscontro di lavori non autorizzati può verificarsi non solo durante le verifiche in corso d'opera da parte del direttore dei lavori, che, pertanto, ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, ma anche al momento del collaudo, sicché il collaudatore (ex art. 198 del d.P.R. n. 554/1999) può ritenerle meritevoli di collaudo e sospendere il rilascio del certificato di collaudo riferendo al responsabile del procedimento.

In merito a tale ultima previsione, occorre rilevare che lo schema di Regolamento ha aggiunto nell'art. 224, riproduttivo dell'art. 198 del D.P.R. n. 554/1999, in presenza di siffatte circostanze, un'ulteriore ipotesi che determina, in luogo della sospensione al rilascio del certificato di collaudo, l'ammissione in contabilità di lavori non autorizzati solo se, previo parere della stazione appaltante, il collaudatore le ritiene indispensabili per l'esecuzione dell'opera e se l'importo totale dell'opera non sia eccedente i limiti delle spese approvate.

La presente sarà pubblicata sul BURP e diffusa dal sito istituzionale www.regione.puglia.it

IL DIRIGENTE DELL'UFFICIO AMMINISTRATIVO
dott. Francesco Sannicandro

IL DIRIGENTE DI SETTORE
ing. Francesco Bitetto