

LE VARIANTI NELLA LEGGE MERLONI

La legge Merloni è intervenuta sulla disciplina delle varianti in corso d'opera attraverso un'articolata previsione dei casi in cui esse sono consentite.

L'art. 25, in proposito, individua cinque ipotesi che legittimano il ricorso alla variante in corso d'opera, ciascuna con una diversa disciplina giuridica, alle quali si aggiunge l'ipotesi introdotta dall'art.11 del capitolato generale d'appalto:

- A) varianti per sopravvenienze di fatto o di diritto e cause impreviste ed imprevedibili, umane e naturali;
- B) varianti senza aumento di costo e senza alterazione dell'impostazione progettuale;
- C) varianti determinate da errori od omissioni del progetto esecutivo;
- D) modificazioni di dettaglio (che non sono considerate varianti);
- E) varianti nell'interesse esclusivo della Amministrazione;
- F) varianti in diminuzione.

A) VARIANTI PER SOPRAVVENIENZE DI FATTO O DI DIRITTO E CAUSE IMPREVISTE ED IMPREVEDIBILI, UMANE E NATURALI (art.25, comma 1, lettera a, b prima parte, b-bis, c)

Le varianti qui considerate non sono richieste dall'appaltatore, né dal committente, ma si rendono necessarie per il verificarsi di eventi che mutano il quadro di fatto, di diritto e tecnico considerato in sede di redazione del progetto esecutivo e del contratto, sono indipendenti dalla volontà delle parti e sono ammesse nei casi di cui alle lettere a), b) prima parte, b-bis), e c) del primo comma dell' art. 25, sentiti, il progettista ed il direttore dei lavori.

I- Il primo caso di variante ammessa è quello di cui all'art. 25 comma 1 lettera a) e cioè per "esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari".

L'esigenza deriva dalla necessità di assicurare l'osservanza delle nuove normative intervenute nel frattempo, alle quali siano da adeguare le originarie previsioni progettuali.

Resta inteso che le nuove normative devono essere successive alla conclusione del contratto perché, se così non fosse, si sarebbe in presenza di "mancata ed erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione" e, quindi, al cospetto di un errore o omissione di progettazione, come specificato dal comma 5-bis dell'art.25 .

II - L'art. 25, poi, fa riferimento, nella lett. b), a "cause impreviste e imprevedibili" che determinino la necessità di operare una variazione.

Si tratta di due distinti aspetti:

- le cause impreviste riguardano la loro mancata considerazione in sede contrattuale e, quindi, il momento soggettivo;
- le cause imprevedibili il profilo oggettivo, che le parti non avrebbero potuto prevedere al momento della stipula del contratto, pur volendolo.

In esse vanno incluse sia le cause di forza maggiore che il caso fortuito.

Le cause "impreviste e imprevedibili" vanno "accertate nei modi stabiliti dal regolamento" all'art.134.

- #### **III - La lettera b-bis) prevede l'ipotesi di variante determinata da due fattori:**
- **eventi inerenti la natura e la specificità dei beni sui quali si interviene, verificatesi in corso d'opera,**
 - **rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale.**

Essi devono riguardare i beni su cui si interviene sia in relazione alla loro tipologia, sia in ordine ai rinvenimenti quali, ad esempio, la scoperta di reperti o manufatti di interesse storico o

artistico o archeologico che richiedono, per la loro salvaguardia, l'utilizzo di tecniche o interventi particolari.

Anche in questa ipotesi, come le due precedenti, si tratta di fatti sopravvenuti, impreveduti e non prevedibili.

IV - La lettera c)- richiama i casi previsti dall'articolo 1664, secondo comma, del codice civile che così recita: "Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso".

La lettera c) dell'art. 25 richiama solo "i casi previsti dall'articolo 1664, secondo comma, del codice civile" e, quindi, la identificazione sostanziale della fattispecie, non le conseguenze.

In altri termini, non viene richiamata nel settore dei lavori pubblici la disciplina civilistica in tema di corresponsione dell' equo compenso all'appaltatore.

Tanto perché il legislatore ha inteso inquadrare la c.d. sorpresa geologica nelle varianti, non nelle difficoltà di esecuzione, per cui non trova applicazione il cosiddetto "equo compenso".

La novità apportata dalla lettera c) riguarda esclusivamente l'inquadramento delle fattispecie come variante che, se comporta il pagamento integrale del corrispettivo dovuto all'impresa per i diversi e/o maggiori lavori, mette l'Amministrazione al riparo da sorprese perché il maggior costo viene considerato in sede di perizia suppletiva e, dunque, prima della esecuzione.

Tutte le ipotesi fin qui considerate (esigenze conseguenti a sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari; cause imprevedute e imprevedibili; eventi inerenti la natura e specificità dei beni e rinvenimenti impreveduti e non prevedibili nella fase progettuale; casi di cui al secondo comma dell' art. 1664 del Codice civile) presentano il carattere della oggettività e della sopravvenienza.

Dell'oggettività perché comunque, non sono previste e volute dalle parti e della sopravvenienza, perché si verificano in corso d'opera, dopo la conclusione del contratto.

E' da sottolineare che non è stabilito alcun limite né quantitativo, né qualitativo, del resto difficile da definire, vista la normale imprevedibilità degli eventi considerati e delle modificazioni occorrenti per realizzare l'opera programmata.

L'eliminazione di ogni limite alle varianti che si sono innanzi specificate è stata dettata, dalla circostanza del loro carattere oggettivo, non voluto da nessuna delle parti, e sopraggiunto in corso d'opera, dopo la stipula del contratto.

Considerazioni del tutto diverse sono necessarie per il limite del cosiddetto sesto quinto, previsto nella precedente normativa e confermato dal Capitolato Generale d'appalto all'art.10 comma 2.

Questo limite non è una condizione della legittimità della variante bensì una condizione che regola esclusivamente i rapporti contrattuali tra la stazione appaltante e l'esecutore. Infatti, le varianti in corso d'opera nei casi di cui sopra possono essere autorizzate a prescindere dal limite del quinto d'obbligo, limite che può essere invocato dall'appaltatore ai soli fini del recesso dal contratto. In altri termini, si tratta di un limite all'esercizio unilaterale dello jus variandi da parte del committente nell'ambito del quale l'appaltatore è tenuto all'esecuzione dei lavori nella nuova consistenza agli stessi patti, prezzi e condizioni del contratto originario, salva l'eventuale applicazione dell'art.134, comma 6 e 136 del regolamento, e non avendo diritto ad alcuna indennità ad eccezione del corrispettivo relativo ai nuovi lavori.

Qualora l'Amministrazione approvi la variante nell'importo contrattuale maggiore di un quinto l'appaltatore può invece recedere dal contratto contro il pagamento dei lavori eseguiti.

B) VARIANTI SENZA AUMENTO E SENZA ALTERAZIONE DELLA IMPOSTAZIONE PROGETTUALE (art.25, COMMA 1, lettera b, SECONDA PARTE)

Nella lett. b) del primo comma dell'art. 25 è stata prevista la possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie che possono determinare significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti.

In tale ipotesi la variante è disposta dall'Amministrazione appaltante, sentiti il progettista dell'opera ed il direttore dei lavori qualora:

- non comporti aumento di costo, né alterazione dell'impostazione progettuale;
- sia determinata da fatti innovativi sul piano tecnologico o dei materiali sopravvenuti rispetto al momento della redazione del progetto;
- se le innovazioni dei prodotti e tecnologie migliorano significativamente la qualità dell'opera o di sue parti.

In tale ipotesi la variante non è richiesta dalle parti ma si impone per la rilevanza qualitativa dei miglioramenti ed è regolamentata dalle condizioni del contratto d'appalto intervenuto tra le parti.

C) VARIANTI DETERMINANTE DA ERRORI OD OMISSIONI DEL PROGETTO ESECUTIVO (Art.25 comma 1, lettera d,2,4 e 5 –bis)

Queste modificazioni dell'opera sono considerate dalla lettera d) del comma 1, dal comma 2, dal comma 4, dal comma 5 e dal comma 5-bis dell'art. 25, quest'ultimo introdotto dalla legge 18 novembre 1998 n. 415.

La disciplina è molto articolata e prevede:

- a) l'ammissione della variante per errori o omissioni del progetto;
- b) la definizione degli errori o omissioni del progetto;
- c) gli adempimenti del responsabile del procedimento;
- d) la responsabilità per i danni conseguenti agli errori o omissioni;
- e) gli effetti sul contratto in corso.

La variante per errore o omissione del progetto esecutivo è ammessa allorché è pregiudicata, totalmente o parzialmente, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione.

Questa variante, pur manifestandosi in corso d'opera o, comunque, dopo la conclusione del contratto (in caso contrario, non dovrebbe stipularsi il contratto), è coeva alla redazione del progetto e, per così dire, aspetta solo di esteriorizzarsi.

Per cui non rileva l'errore o l'omissione del progettista in sé, ma solo se procura il precisato pregiudizio all'opera.

La casistica dei possibili errori o omissioni che in concreto si potrebbero verificare è estremamente variabile.

Sono, comunque, da ritenersi tali, a titolo indicativo l'inadeguata valutazione della situazione di fatto che rileva sia se siano stati omessi alcuni dati, sia se vi siano stati errori o travisamento dei fatti; la "mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione".

Si rammenta che il responsabile del procedimento, quando si manifestino errori od omissioni del progetto esecutivo che rechino, parzialmente o totalmente, pregiudizio alla realizzazione o utilizzazione dell'opera ne deve dare immediata comunicazione all'Osservatorio ed al progettista (art. 25 comma 1 lettera b).

L'approvazione di una variante per errori od omissioni del progetto esecutivo fa nascere la responsabilità del professionista che "ne risponde per intero per i danni subiti dalle stazioni appaltanti" (art. 25, comma 2), che vanno dai costi per riprogettare l'opera a quelli necessari per eseguire le varianti, al maggior tempo occorrente per la realizzazione nonché a qualsiasi altro danno economico conseguente alla variante.

Si richiama in proposito l'art. 30 della legge Merloni che, al comma quinto, impone al progettista, incaricato della progettazione esecutiva, di munirsi di una polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza, per tutta la durata dei lavori e sino alla data di emissione del collaudo provvisorio.

D) MODIFICAZIONI IN DETTAGLIO (art.25, comma 3, prima parte)

Le modificazioni di dettaglio possono essere disposte dal direttore dei lavori e, quindi, non dall'Amministrazione committente o dall'appaltatore.

In sostanza, si tratta di quegli adattamenti di lieve entità che il progetto deve subire per divenire eseguibile e che la dottrina già in precedenza, riteneva che fossero decisi dal direttore dei lavori. Tali modifiche, tuttavia, non devono comportare aumento dell'importo contrattuale e devono essere contenute in due diverse percentuali:

- 10 per cento dell'importo delle categorie di lavoro dell'appalto per lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro;

- 5 per cento dell'importo delle categorie di lavoro dell'appalto, per tutti gli altri lavori.

L'appaltatore non può rifiutarsi di eseguire tali adattamenti in quanto l'art.10 comma 6 del Capitolato generale d'appalto dei LL.PP. esclude che allo stesso possa derivare un pregiudizio economico quando la variazione della quantità del singolo gruppo risulti contenuta nell'ambito del quinto della corrispondente quantità originaria.

Nel caso di specie infatti la percentuale di variazione riguarderebbe al massimo il 10% delle singole categorie di lavoro.

E) VARIANTI NELL'INTERESSE ESCLUSIVO DELL'AMMINISTRAZIONE (ART.25, COMMA 3) SECONDA PARTE

Le varianti qui considerate sono quelle introdotte dall'Amministrazione nel suo interesse.

La normativa non assegna molto spazio all'amministrazione che vede questa possibilità notevolmente delimitata sotto più aspetti.

Innanzitutto, secondo quanto stabilisce il terzo comma dell'art. 25, nella seconda parte, sono dettate nell' "esclusivo" interesse dell'Amministrazione, rimarcandosi che sono frutto della considerazione unilaterale dell'interesse della stazione appaltante il cui rilievo esclusivo è ricondotto "al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità".

Poi :

- 1) non possono determinare "modifiche sostanziali";
- 2) devono essere motivate da "obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto";
- 3) non possono superare il cinque per cento dell'importo originario del contratto;
- 4) devono trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera.

Si tratta di variante in senso proprio che resta disciplinata dalle condizioni previste dal contratto originario, con corresponsione delle maggiori quantità eventualmente realizzate dallo appaltatore o del minor prezzo, nel caso di quantità inferiori.

Il divieto di modifiche sostanziali, correlato al limite quantitativo in aumento del 5% dell'importo contrattuale, comporta una delimitazione della variante in linea con il principio di limitare le modificazioni a richiesta del committente, consentita solo per motivate "obiettive esigenze sopravvenute ed imprevedibili".

L'unica differenza nelle modalità di accertamento delle obiettive esigenze sopravvenute ed imprevedibili è che la lettera b) del primo comma dell' art. 25 prevede debba avvenire "nei casi stabiliti dal regolamento di cui all'art. 3", mentre il comma terzo non richiama tale previsione.

Si pone tuttavia la questione legata al concetto di "modifica sostanziale" del progetto.

Nel settore edilizio è considerata, come non essenziale la variante che non modifichi la sagoma, la superficie utile o la destinazione d'uso della costruzione.

Tuttavia, la variabilità delle circostanze che in concreto si possono verificare non rende possibile l'esame e la codificazione di tutte le fattispecie, ragion per cui occorrerà valutare caso per caso il valore dell'incidenza della variante sul singolo progetto.

F) VARIANTI IN DIMINUZIONE

Per la diminuzione non è previsto alcun limite e l'appaltatore è, comunque, tenuto ad eseguirle ricevendo un corrispettivo proporzionalmente inferiore, ai sensi dell'art.12 comma 1 del capitolato generale d'appalto.

Nel caso l'importo delle variazioni superi in diminuzione il quinto dell'importo contrattuale l'appaltatore ha la facoltà di recedere dal contratto, senza alcuna indennità, secondo quanto dettato dall'art. 344 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F .

Si tratta di variante in senso proprio che resta disciplinata dalle condizioni previste dal contratto originario, con corresponsione delle quantità realizzate dallo appaltatore ancorchè inferiori a quelle contrattuali.

Quanto all'approvazione, essa non può che seguire la regola generale prevista per le altre varianti del primo comma dell'art. 25 e cioè sono ammesse dall'Amministrazione, sentiti il progettista e il direttore dei lavori.

Non può, infatti, pensarsi ad una variante ordinata dal solo direttore dei lavori, consentita solo nell'ipotesi delle modificazioni di dettaglio di cui al comma terzo del medesimo art. 25.

Su un piano evidentemente diverso si collocano le varianti in diminuzione migliorative di cui all'art. 11 del Capitolato generale d'appalto.

La norma prevede che l'appaltatore, durante il corso dei lavori, può proporre al Direttore dei lavori eventuali variazioni migliorative, ai sensi dell'art. 25 della legge 109/1994, comma 3, secondo periodo, di sua esclusiva ideazione e che comportino una riduzione dell'importo originario dei lavori.

Ai sensi del predetto comma 2 dell'art. 11 possono formare oggetto di proposta le modifiche dirette a migliorare gli aspetti funzionali, nonché singoli elementi tecnologici o singole componenti del progetto, che non comportino riduzione delle prestazioni qualitative o quantitative stabilite nel progetto e che mantengano inalterate il tempo di esecuzione dei lavori e le condizioni di sicurezza dei lavori.

La disposizione detta anche modalità procedurali per l'esame della proposta dell'appaltatore che, redatta in forma di perizia tecnica corredata anche degli elementi di valutazione economica, è presentata al Direttore dei lavori che entro dieci giorni la trasmette al responsabile del procedimento, unitamente al proprio parere.

Entro i successivi trenta giorni il responsabile, sentito il progettista, comunica le proprie determinazioni ed eventualmente procede alla stipula di apposito atto aggiuntivo (art. 11, comma 3).

L'appetibilità della proposta dell'appaltatore è rappresentata dal fatto che le economie realizzate sono ripartite in parti uguali tra la stazione appaltante e l'appaltatore.

IL REGIME AUTORIZZATORIO NELLE VARIANTI

Il comma 5 dell'art.134, con una disposizione che ricalca quella dell'art. 20 comma 7, del precedente Regolamento dispone che, gli ordini di variazione devono fare espresso riferimento all'intervenuta superiore approvazione, salvo il caso degli interventi disposti dal Direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, contenuti nei limiti indicati nell'art. 25, comma 3, primo periodo della legge, che non sono considerati varianti in corso d'opera ai sensi del comma 1 del medesimo art. 25.

L'accertamento delle cause, delle condizioni e dei presupposti che, a norma dell'art. 25, comma 1 della Legge, consentono di disporre varianti in corso d'opera, è demandato al Responsabile del procedimento che, a seguito di approfondita istruttoria, vi provvede con apposita motivata relazione, art. 134 comma 7 del Regolamento.

Il comma 9 dell' art.134 del Regolamento disciplina che le perizie di variante, corredate dai pareri e dalle autorizzazioni richiesti, sono approvate dall'organo decisionale della stazione appaltante dietro parere dell'organo che ha approvato il progetto, qualora comportino la necessità di ulteriore spesa rispetto a quella prevista nel quadro economico del progetto approvato; negli altri casi le perizie di variante sono approvate dal Responsabile del procedimento sempre che non alterino la *sostanza* del progetto.

Dalla lettura coordinata della legge quadro e del Regolamento si ritiene che nulla sia modificato circa il regime autorizzativo delle varianti in corso d'opera.

Fa eccezione la variante che non comporti una maggiore spesa rispetto a quella prevista contrattualmente per i lavori .

In tal caso la competenza è attribuita al Responsabile del procedimento che approva direttamente la variante a condizione che la stessa non alteri la sostanza del progetto.

La sfera di competenza del Responsabile del procedimento riguardo all'approvazione delle varianti è completata, dal comma 10, dell'art. 134, il quale stabilisce che il Responsabile del procedimento approvi, previo accertamento della loro imprevedibilità, anche le variazioni di cui all'art. 25, comma 3, secondo periodo della Legge, che prevedono un aumento della spesa non superiore al cinque per cento dell'importo originario del contratto, ed alla cui copertura si provvede attraverso l'accantonamento per imprevisti, o mediante utilizzazione, ove consentito, delle eventuali economie dei ribassi conseguiti in sede di gara.

Le variazioni sono valutate ai prezzi di contratto, ma se comportano categorie di lavorazioni non previste o se si debbono impiegare materiali per i quali non risulta fissato il prezzo contrattuale, si provvede alla formazione di nuovi prezzi a norma dell'art. 136 comma 3 del Regolamento.

L'attribuzione al Responsabile del procedimento della competenza ad approvare le varianti nei casi sopra indicati sembra perseguire, in coerenza con i principi sanciti dall'art. 1 della legge 109/94, la finalità di una maggiore snellezza del procedimento autorizzativo in quei casi in cui non risulti modificata la sostanza dell'intervento e l'importo contrattuale rimanga invariato ovvero subisca un modesto aumento, individuato dal legislatore nel limite del 5% dell'importo originario del contratto.

Bari, 13.8.2001

IL DIRIGENTE

Ing. Roberto Scaravaglione