

Capitolo 8.

LE VARIAZIONI IN CORSO D'OPERA

8.1- Le varianti non autorizzate. 8.2- Le varianti non autorizzate ma indispensabili alla corretta esecuzione dell'opera. 8.3- Casi di ammissibilità delle varianti. 8.4- La forza maggiore determinante varianti. 8.5- Le varianti migliorative. 8.6- Le variazioni dovute ad errori progettuali. 8.7- Le varianti di dettaglio. 8.8- Le varianti su proposta dell'appaltatore determinanti economie. 8.9- L'imprevisto geologico come fatto non producente varianti ma soltanto il diritto dell'appaltatore a nuovi prezzi o ad un equo compenso. 8.10- Limiti al potere dell'amministrazione di imporre variazioni all'appaltare. 8.11- Compiti specifici del responsabile del procedimento.

8.1 LE VARIANTI NON AUTORIZZATE.

L'appaltatore di opere pubbliche può legittimamente introdurre variazioni all'opera, come risultante del progetto appaltato, soltanto a seguito di un ordine (scritto, arg. *ex art. 128 reg*) del direttore dei lavori dato in base ad una preventiva approvazione delle stesse ad opera del competente organo dell'amministrazione. Egli, pertanto, è tenuto non soltanto a verificare l'esistenza e la correttezza dell'ordine del direttore dei lavori, ma ad accertarsi altresì che sia intervenuto il provvedimento di approvazione della variante.

Qualora l'appaltatore introduca varianti di sua iniziativa, o qualora, pur avendone ricevuto l'ordine scritto del direttore dei lavori, non si sia accertato dell'esistenza della loro preventiva approvazione da parte dell'amministrazione ed abbia perciò attuato le varianti in assenza di tale approvazione, queste sono da considerare arbitrariamente eseguite dall'appaltatore e perciò illegittime. La finalità della prescrizione risiede nell'esigenza di evitare che l'amministrazione sia esposta all'eventualità del pagamento di maggiori corrispettivi a seguito di un'iniziativa a lei estranea od assunta unilateralmente dall'appaltatore.

La violazione del divieto, da un lato, non dà titolo al pagamento dei lavori non autorizzati e, dall'altro, comporta l'obbligo per l'appaltatore di demolire a sue spese le lavorazioni eseguite in variante (artt. 134, co. 1, reg. e 10, co. 1, CGA).

La disposizione configura perciò due ipotesi: la prima è che le variazioni siano risultate peggiorative rispetto al progetto e in tal caso non è dubbio che si debba dare luogo alla demolizione o, in alternativa, qualora detta circostanza sia accertata in sede di collaudo, alle detrazioni sul credito dell'appaltatore da parte del collaudatore; la seconda è che le varianti arbitrariamente eseguite dall'appaltatore costituiscano un miglioramento dell'opera, sicché, ove l'amministrazione accerti tale elemento, può non disporre la demolizione, ed in tal caso la sanzione per l'appaltatore consiste unicamente nel mancato pagamento di tali miglioramenti, avendo egli diritto soltanto al corrispettivo contrattuale dei lavori (di minor pregio) come originariamente previsti in contratto.

L'appaltatore non potrebbe pretendere l'ulteriore compenso per il maggior pregio delle lavorazioni effettuate neppure a titolo di arricchimento senza causa ai sensi dell'art. 2041 c.c., dovendosi ritenere tale azione preclusa dall'esistenza nei suoi riguardi dell'espresso e perentorio divieto legislativo di introdurre varianti arbitrarie e della sancita esclusione di ogni compenso in caso di violazione del divieto stesso.

8.2 LE VARIANTI NON AUTORIZZATE MA INDISPENSABILI ALLA CORRETTA ESECUZIONE DELL'OPERA.

La perentorietà della disciplina esposta al precedente paragrafo è attenuata dalla previsione dell'art. 198 reg., secondo cui, in sede di collaudo, qualora il collaudatore accerti l'avvenuta esecuzione di lavorazioni non autorizzate ma "meritevoli di collaudo", sospende il rilascio del certificato di collaudo e formula le sue proposte al responsabile del procedimento, il quale le trasmette all'organo deliberante dell'amministrazione con proprio parere. È da ritenere che l'amministrazione possa approvare dette varianti non preventivamente autorizzate (e perciò corrispondere all'appaltatore il loro prezzo) soltanto se esse siano ritenute *indispensabili* per l'esecuzione dell'opera o del lavoro.

Infatti, l'art. 134, co. 2, reg., e l'art. 10, co. 1, CGA, stabiliscono perentoriamente che la esecuzione delle varianti non autorizzate non dà titolo all'appaltatore per ottenere compensi ulteriori; sicché la deroga contenuta all'art. 198 reg. laddove si parla di lavorazioni non preventivamente autorizzate ma "meritevoli di collaudo" va necessariamente circoscritta alle lavorazioni indispensabili perché altrimenti i divieti di cui agli artt. 134 reg. e 10 CGA risulterebbero in pratica svuotati di contenuto.

La finalità della disposizione così interpretata risulta chiara: nel caso in cui l'appaltatore esegua varianti non autorizzate ma indispensabili per la realizzazione dell'opera a regola d'arte, egli di fatto, anche se attraverso un comportamento formalmente non corretto, evita conseguenze pregiudizievoli per l'amministrazione (vizi dell'opera), realizzando così in pieno il pubblico interesse; e, pertanto, non soltanto non è soggetto a sanzioni, ma ha diritto al corrispettivo delle varianti.

Come si è detto, si deve però trattare di lavorazioni in variante non soltanto utili o migliorative od opportune o apprezzabili, ma anche indispensabili; cioè tali che, ove non attuate, avrebbero compromesso la realizzazione dell'opera a regola d'arte determinando vizi o difetti incidenti sulla qualità o funzionalità dell'opera nella loro accezione più ampia.

Qualora il collaudatore accerti l'indispensabilità delle varianti nel senso sopra detto ed inoltre le ritenga meritevoli di collaudo perché eseguite correttamente a regola d'arte, sospende il rilascio del certificato di collaudo e propone "*i provvedimenti che ritiene opportuni*". Ciò sta a significare che il collaudatore propone all'amministrazione di ammettere in contabilità a sanatoria il corrispettivo per le lavorazioni medesime contenenti o meno nuovi prezzi.

Nel caso in cui l'amministrazione accoglie la proposta, avviene l'ammissione in contabilità e la conseguente emissione del certificato di collaudo.

Va pertanto chiarito che, quando le lavorazioni in variante non autorizzate hanno il carattere della indispensabilità, l'appaltatore - come detto - è titolare di un vero e proprio diritto soggettivo al pagamento del relativo corrispettivo, senza alcun potere discrezionale dell'amministrazione di limitarlo (salvo, ovviamente, che essa neghi il carattere di indispensabilità, nel qual caso la questione non può trovare soluzione se non nella sede giurisdizionale). Il diritto soggettivo sorge direttamente per effetto della esecuzione dei lavori indispensabili, ma resta subordinato nella sua efficacia al giudizio di indispensabilità espresso dall'amministrazione in sede di approvazione della variante ed al successivo certificato di collaudo.

Il pagamento dei lavori variati allorché essi siano riconosciuti indispensabili avviene con ritardo rispetto alla loro esecuzione, e cioè soltanto a seguito dell'approvazione del collaudo, perciò sorge il problema se all'appaltatore competano gli interessi sulle somme a lui corrisposte in ritardo.

In proposito non può disconoscersi che il riconoscimento da parte del collaudatore e dell'amministrazione del carattere di indispensabilità delle eseguite varianti non preventivamente autorizzate postula che, da un canto, l'impresa con la sua iniziativa ha evitato un danno per l'amministrazione e, dall'altro, che quest'ultima nel fisiologico svolgimento dell'appalto avrebbe dovuto tempestivamente procedere in corso d'opera all'approvazione di apposita perizia concernente le lavorazioni indispensabili; e ciò perché tale onere rientra nell'ambito dei suoi doveri di cooperazione nell'esecuzione dell'opera. Deve perciò concludersi che, qualora per l'esecuzione delle varianti non autorizzate ma indispensabili l'appaltatore riceva il pagamento con ritardo rispetto a quando lo avrebbe ricevuto se l'amministrazione avesse proceduto nel corso dell'appalto alla tempestiva approvazione della perizia, allo stesso compete la corresponsione degli interessi calcolati a decorrere dall'esecuzione dei lavori.

8.3 CASI DI AMMISSIBILITÀ DELLE VARIANTI.

Le ipotesi nelle quali l'amministrazione può legittimamente, nel corso dell'esecuzione, apportare variazioni al progetto appaltato sono indicate dall'art. 25, co. 1, della legge che ammette tale possibilità esclusivamente nei seguenti casi:

- 1) sopravvenute disposizioni legislative o regolamentari (lett. a);
- 2) cause impreviste o imprevedibili (es., un evento naturale che modifica lo stato dei luoghi) (lett. b);
- 3) rinvenimenti imprevisi o imprevedibili (es., di carattere archeologico o relativi ad opere preesistenti) (lett. b-bis);
- 4) manifestarsi di eventi inerenti la natura e specificità dei beni sui quali si interviene (lett. b-bis);
- 5) manifestarsi di cause geologiche, idriche o simili non prevedibili in fase di progettazione di cui all'art. 1664, co. 2, cod. civ.;
- 6) sopravvenuta possibilità di migliorare l'opera con l'utilizzazione di materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione dell'opera stessa (lett. b, parte seconda)

ovvero di migliorarla a seguito di altre circostanze sopravvenute (co. 3, parte seconda);

- 7) manifestarsi di un errore commesso nella fase della progettazione (lett. d).

I casi di cui ai precedenti punti 1), 2), 3), 4) e 5), rientrano nella nozione della forza maggiore, che consiste, secondo i principi della dottrina civilistica, in qualsiasi evento (perciò non soltanto di origine naturale) non prevedibile o non evitabile con la necessaria diligenza richiesta nella esecuzione del contratto.

Per la verità, alquanto generica risulta la definizione di cui al punto 4 (art. 25, co. 1, lett. b-bis, prima parte) che parla di “eventi inerenti la natura e specificità dei beni sui quali si interviene”. La disposizione sembra fare riferimento ai lavori da eseguire su beni preesistenti (es., la ristrutturazione di un monastero o di un ospedale) e concerne l’ipotesi in cui nel corso dei lavori si rivelino esigenze non previste né prevedibili nella fase di progettazione (es., il ritrovamento di un affresco ovvero di fondazioni da consolidare di natura diversa da quella ipotizzata).

In conclusione, i primi cinque casi vanno accomunati sotto il comune denominatore della forza maggiore ed in questi termini non coinvolgono la responsabilità di alcuno ed inoltre la variante risulta *necessaria* all’esecuzione dell’opera a regola d’arte.

Il caso di cui al punto 6 invece è eterogeneo rispetto alla forza maggiore perché consiste nell’eventualità di apportare miglioramenti all’opera che anche senza detti miglioramenti sarebbe comunque realizzabile così come originariamente progettata. Non si tratta perciò, come nell’ipotesi della forza maggiore, di una necessità, bensì di una facoltà consistente nell’opportunità di migliorare l’opera.

Il caso di cui al punto 7, infine, non rientra né nel concetto di forza maggiore né in quello della opportunità di introdurre varianti migliorative, in quanto consiste nell’esigenza di apportare variazioni al progetto appaltato dipendenti dal fatto che esso è risultato non correttamente elaborato perché affetto da carenze o errori. In tal caso, dunque, la variante è necessaria per la corretta esecuzione dell’opera e fa emergere la responsabilità del progettista.

Sintetizzando quanto sin qui esposto, si può affermare che i casi generali di ammissibilità delle varianti sono:

- a) la forza maggiore;
- b) l’opportunità di introdurre miglioramenti all’opera;
- c) il manifestarsi dell’errore progettuale.

La legge prevede poi due ulteriori casi particolari di varianti, peraltro di assai minore significatività rispetto a quelli esposti, e cioè:

- d) le variazioni concernenti aspetti di dettaglio disposte dal direttore dei lavori (art. 25, co. 3, parte prima, della legge);
- e) le variazioni migliorative in diminuzione proposte dall’appaltatore (art. 11 CGA).

Si passa, ora, di seguito, ad esaminare in dettaglio tali cinque figure di variante.

8.4 LA FORZA MAGGIORE DETERMINANTE VARIANTI.

Secondo la dottrina civilistica rientra nel concetto di forza maggiore tutto ciò che non è prevedibile né evitabile con l'ordinaria diligenza da parte di chi è tenuto alla prestazione. Rientrano, perciò, nel concetto di forza maggiore i cinque casi prima enunciati di sopravvenute disposizioni legislative o regolamentari, di sopravvenute cause imprevedibili, e di imprevisti di carattere geologico, sempre che si accerti e risulti che effettivamente si tratti di cause imprevedibili e perciò non evitabili: ciò perché, altrimenti, ove si trattasse di eventi prevedibili, verrebbe meno il loro carattere di forza maggiore e si ricadrebbe necessariamente nell'ipotesi di imprevisione e, perciò, di errore progettuale.

Per tutte e cinque le ipotesi di variazioni determinate da cause di forza maggiore prima indicate non è posta alcuna limitazione di spesa in ordine alla loro ammissibilità. Ciò perché, ove una causa di forza maggiore sopravvenuta ed imprevedibile determini l'esigenza di una variante comportante un aumento di spesa (quale che sia la sua entità), l'amministrazione, se vuole realizzare l'opera, non può che approvarla, a meno che non ritenga che il maggior costo renda eccessivamente onerosa e perciò antieconomica la realizzazione dell'opera e decida, di conseguenza, di non eseguirla (ritenendo perciò il contratto risolto per eccessiva sopravvenuta onerosità della prestazione ai sensi dell'art. 1467 cod. civ.).

Occorre però chiarire che se, come si è visto, non v'è alcun limite quantitativo al potere dell'amministrazione di approvare varianti necessarie derivanti da cause di forza maggiore, esiste però un limite concettuale consistente nel fatto che la variante può essere legittimamente approvata soltanto se riguarda maggiori lavori di natura *contrattuale* e non *extra-contrattuale*. La facoltà per l'amministrazione di approvare varianti senza limiti quantitativi (nelle ipotesi in cui le varianti stesse siano imposte da eventi di forza maggiore) postula che si tratti di nuovi o maggiori lavori *indispensabili* alla realizzazione dell'opera nella sua impostazione originaria; che si tratti, cioè, di lavori contrattuali.

Più precisamente, si intendono per contrattuali non soltanto i lavori previsti in contratto, bensì anche i lavori non previsti in contratto ma divenuti, per circostanze sopravvenute, *indispensabili* a realizzare l'opera così come originariamente concepita. Costituiscono, invece, lavori extracontrattuali quelli non indispensabili alla realizzazione dell'opera nella sua impostazione originaria, ma che hanno ad oggetto *interventi nuovi* i quali, seppure legati all'appalto iniziale da una qualche connessione, sono autonomi rispetto ad esso.

I maggiori lavori extracontrattuali non possono formare oggetto di perizia di variante ed essere affidati sotto questa forma all'appaltatore originario perché in tal caso si configurerebbe l'affidamento di una nuova opera a trattativa privata dissimulato da un provvedimento amministrativo qualificato perizia di variante; situazione, questa, con

indubbi profili di illegittimità, visto che l'affidamento a trattativa privata è possibile soltanto in alcuni limitatissimi casi legislativamente previsti e postula che nel relativo provvedimento sia indicata la norma e le motivazioni di fatto che nel caso specifico la legittimano.

Così chiarito che l'approvazione di perizia di variante determinata da forza maggiore è legittima soltanto per i maggiori lavori di natura contrattuale nel senso sopradetto, occorre verificare la posizione dell'appaltatore, chiarire cioè entro quali limiti questo è tenuto ad eseguire la variante.

Come si è detto, nei casi di forza maggiore non sussistono limiti di spesa per l'approvazione delle varianti, ma l'amministrazione può imporre all'appaltatore la loro esecuzione soltanto entro i limiti qualitativi e quantitativi ben precisi di cui si tratterà più diffusamente al successivo paragrafo 10.

Più precisamente, l'amministrazione può imporre all'appaltatore l'esecuzione della variante agli stessi prezzi e patti del contratto originario (salvo ovviamente il maggior termine occorrente) fino al limite del 20% dell'importo di questo e sempreché non risulti sensibilmente alterata la natura dell'opera. Entro questi limiti l'appaltatore è tenuto ad eseguire la variante e se ne rifiuta l'esecuzione incorre in inadempimento contrattuale con la conseguenza che l'amministrazione può ritenere il contratto risolto per sua colpa e richiedergli il conseguente risarcimento dei danni.

Invece oltre i limiti sopra indicati (20% del corrispettivo originario o alterazione sostanziale della natura dell'opera) l'appaltatore può rifiutare l'esecuzione della variante, sicché l'assunzione della parte di perizia eccedente il venti per cento (ovvero dell'intera perizia nel caso di snaturamento dell'opera) può eventualmente aver luogo a seguito di nuovo accordo, tra amministrazione ed appaltatore, sul corrispettivo e sulle altre pattuizioni contrattuali.

A tale riguardo, e cioè quando la variante comporti un incremento di spesa eccedente il venti per cento dell'importo dell'appalto, l'art. 10, co. 3, CGA prevede l'attivazione di un meccanismo particolare. Ricorrendo tale ipotesi, infatti, il responsabile del procedimento ne dà comunicazione all'appaltatore, il quale nei successivi 10 giorni deve dichiarare per iscritto se intende accettare la prosecuzione dei lavori e a quali condizioni; qualora l'appaltatore ometta di rispondere nel termine, si verifica una situazione di silenzio - assenso, nel senso che la variante si intenderà accollata allo stesso agli stessi prezzi, patti e condizioni del contratto originario. Per quanto riguarda l'amministrazione, questa, nel termine di 45 giorni successivi alla ricevuta comunicazione dell'appaltatore contenente le nuove proposte di questo, è tenuta a comunicare allo stesso le proprie determinazioni e se omette di farlo si verifica anche in questo caso una situazione di silenzio-assenso: la variante, cioè, si intenderà accollata all'appaltatore alle più onerose condizioni da questo richieste.

In definitiva, dunque, l'assenza di limiti di spesa, in presenza di varianti indispensabili perché dettate da forza maggiore, riguarda una potestà della stazione appaltante in ordine ad un atto amministrativo (la perizia di variante), cui però non corrisponde un analogo diritto potestativo nei confronti dell'appaltatore, il quale, superati i limiti di cui

si è detto, ha facoltà di ritenersi sciolto dal contratto se l'amministrazione non accetta le diverse condizioni da lui proposte.

8.5 LE VARIANTI MIGLIORATIVE.

Secondo l'art. 25, co. 1, lett. b), seconda parte, dalla legge è ammessa la possibilità di variazioni determinanti miglioramenti alla qualità dell'opera a due condizioni: a) che i miglioramenti derivino dalla possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie nuovi, e cioè non esistenti al momento della progettazione; b) che non vi sia alcun aumento dell'importo contrattuale.

Una previsione dal tenore simile è contenuta al successivo comma 3, parte seconda, che, in termini più generali, ammette varianti finalizzate al miglioramento dell'opera a condizione che la loro possibilità derivi da circostanze successive ed imprevedibili al momento del contratto. In questo secondo caso (miglioramenti diversi dalla possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie nuovi), la variante migliorativa è ammessa anche se comporta un maggior importo rispetto al corrispettivo contrattuale, ma a due condizioni: 1) che esso non superi il 5% dell'importo del contratto; 2) che trovi copertura nella somma globale originariamente stanziata per l'esecuzione dell'opera; somma che generalmente è più elevata rispetto all'importo del contratto (perché, per es., contiene importi per imprevisi o la possibilità di accantonare economie da ribasso d'asta).

8.6 LE VARIAZIONI DOVUTE AD ERRORI PROGETTUALI.

L'esigenza di apportare varianti al progetto può derivare dal fatto che esso non era correttamente o compiutamente elaborato, sicché la sua esecuzione si tradurrebbe in vizi dell'opera. Analogamente può verificarsi che, pur dipendendo la variante da sopravvenienze oggettive, si accerti che queste erano prevedibili con l'ordinaria diligenza in sede di progettazione e che, pertanto, la sua esigenza scaturisca da errore progettuale in quanto in rapporto di causalità con l'omissione del progettista (che, per es., non ha accertato la natura dei terreni).

L'accertamento dell'errore progettuale compete al responsabile del procedimento (art. 134, co. 7, reg.) il quale deve darne conto con adeguate argomentazioni nella relazione di accompagnamento della proposta di approvazione della perizia.

Una volta accertato l'errore progettuale determinante l'esigenza della variante, l'amministrazione ha titolo per rivalersi nei confronti del progettista dei danni subiti. Questi sono costituiti dalle spese di progettazione della variante, dai costi aggiuntivi che l'amministrazione sopporta per effetto della variante stessa (quali, ad es., gli indennizzi da corrispondere all'appaltatore per fermo cantiere o rallentamento dei lavori; i costi per il personale preposto alla sorveglianza sui lavori impiegato infruttuosamente per un maggior tempo che avrebbe potuto dedicare ad altre attività; i costi di affitto di locali per supplire alla ritardata ultimazione di una scuola o di uffici; ecc.) nonché, nei casi

in cui l'opera assicuri una certa redditività (centrale elettrica, impianto di potabilizzazione, acquedotto, impianto di irrigazione, ecc.), anche dal minor introito (lucro cessante) conseguente alla ritardata entrata in esercizio dell'opera. Peraltro il progettista – sia egli libero professionista o dipendente dell'amministrazione – deve essere garantito da apposita copertura assicurativa.

Quando vi sia l'esigenza di una variante per errore progettuale, l'amministrazione procede ad istruirla ed approvarla (sempre che ritenga di proseguire nell'esecuzione dell'opera) quale che sia il suo importo. Nei confronti dell'appaltatore, però, gli effetti sono diversi a seconda che l'importo della variante sia contenuto entro il 20% dell'ammontare del contratto originario, ovvero lo superi.

Quando la perizia è contenuta entro il 20% dell'importo del contratto, gli effetti sono identici a quelli previsti per le varianti derivanti da forza maggiore: l'amministrazione ha il diritto potestativo di ordinare la loro esecuzione agli stessi prezzi del contratto ed eventualmente con la previsione dei nuovi prezzi necessari, e l'appaltatore ha l'obbligo giuridico di adempiere, con l'unico diritto di contestare eventualmente l'entità dei nuovi prezzi (ove non li ritenga correttamente stimati) mediante l'iscrizione di apposita tempestiva riserva nel registro di contabilità, ma senza possibilità alcuna di interrompere i lavori. Evidentemente, l'amministrazione è tenuta a stabilire, per l'esecuzione dei lavori, un termine suppletivo che tenga conto non soltanto dell'importo di questi, ma anche delle eventuali maggiori difficoltà operative agli stessi conseguenti.

Quando invece l'importo della perizia eccede il 20% dell'importo del contratto originario, l'amministrazione deve, in base all'art. 25, co. 4: a) assumere un provvedimento che dichiari *ipso iure* risolto il contratto di appalto; b) collaudare i lavori eseguiti ed elaborare ed approvare la perizia; c) indire una nuova gara di appalto sulla base del nuovo progetto sanato dall'errore a seguito dell'approvazione della variante; gara alla quale deve essere invitato anche l'appaltatore originario; d) corrispondere all'appaltatore, il cui contratto è stato risolto, il corrispettivo dei lavori eseguiti e dei materiali utili esistenti in cantiere, nonché un indennizzo pari al 10% dei lavori non eseguiti calcolato fino al limite dei quattro quinti dell'importo del contratto (art. 25, co. 5).

Circa il momento in cui deve essere pronunciata la risoluzione del contratto è da ritenere che l'amministrazione debba consentire all'appaltatore originario l'esecuzione di tutti quei lavori non interferenti con la perizia perché autonomi e da essa non condizionati né tecnicamente né cronologicamente e, soltanto dopo, pronunciare la risoluzione; ciò sia per ridurre l'onere economico costituito dall'indennizzo del 10% dovuto all'appaltatore, sia per ridurre i tempi morti di esecuzione, sia infine per consentire all'appaltatore l'esecuzione del contratto da lui assunto fin dove possibile, evitando così di limitarne il contenuto senza giustificata ragione.

Infatti, poiché una sensibile voce del danno che l'amministrazione richiede al progettista è costituita dall'indennizzo del 10% pagato all'appaltatore estromesso, ove la risoluzione sia pronunciata prematuramente (prima, cioè, che l'originario appaltatore abbia eseguito i lavori non condizionati dalla perizia), con conseguente lievitazione di quella voce di danno (perché calcolata su un maggior importo dei lavori non eseguiti), la

compagnia assicuratrice garante del progettista e il progettista stesso potrebbero eccepire fondatamente che tale voce di danno è derivata dal fatto colposo dell'amministrazione e che essa avrebbe potuto essere ridotta usando l'ordinaria diligenza (art. 1227, co. 2, cod. civ). Ne consegue che l'amministrazione deve consentire all'appaltatore originario, fin dove è possibile, l'esecuzione dei lavori previsti in contratto e non condizionati dalla perizia.

8.7 LE VARIANTI DI DETTAGLIO.

Il progettista, nel progetto esecutivo, deve indicare i "gruppi di lavorazioni omogenee" con i relativi importi, e perciò, per es., il gruppo dei vari tipi di scavo, il gruppo dei vari tipi di cemento armato, ecc. (art. 45, co. 6 e 7, reg.).

In fase di esecuzione dei lavori può manifestarsi l'esigenza di variare il rapporto tra le quantità di due o più gruppi di categorie senza alcun aumento di spesa, in quanto tra aumenti e diminuzioni si verifica una compensazione.

In tal caso l'art. 25, co. 3, prima parte, della legge attribuisce la competenza a disporre tale tipo di variazioni al direttore dei lavori, senza pertanto necessità di alcuna ulteriore approvazione, purché ricorrano le seguenti condizioni:

- 1) deve trattarsi di variazioni contenute nella misura del 5% (è ammesso il 10%, soltanto per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro) del gruppo di lavorazione variato. Occorre però intendersi: può darsi che un gruppo di lavorazioni richieda un aumento contenuto nei limiti del 5%, ma che a tale aumento corrisponda l'esigenza della riduzione di altri gruppi di lavorazioni in misura superiore al 5%. In casi del genere, è da ritenere che la disposizione sia applicabile, considerato che essa stabilisce il limite superiore dei gruppi di categorie in aumento, mentre nessun limite stabilisce relativamente ai gruppi di categorie in riduzione;
- 2) le modificazioni devono riguardare "aspetti di dettaglio" dell'opera. Deve perciò trattarsi di modificazioni di scarso rilievo tecnico e che non incidono né sulla sostanza dell'impostazione progettuale (es. l'aspetto architettonico della facciata di un edificio) né su aspetti tecnici del progetto particolarmente significativi o delicati (es., una modifica comportante nuovi calcoli del cemento armato). Si tratta di apprezzamento tecnico e di fatto che deve tener conto di tutte le circostanze concrete di ogni singolo caso e che il direttore lavori deve effettuare con cautela, considerato che, ove le modificazioni da lui autonomamente disposte non siano considerate, come "aspetti di dettaglio" dal responsabile del procedimento o dal collaudatore, si potrebbero determinare responsabilità a suo carico. Si suggerisce in proposito il criterio guida che gli aspetti di dettaglio in linea di principio possano riguardare soltanto il contenuto specifico del terzo livello di progetta-

zione, e cioè quello esecutivo, o meglio dei particolari costruttivi (art. 16, co. 5, della legge; art. 38 reg.), e non anche i precedenti livelli della progettazione preliminare e definitiva (art. 10, co. 3 e 4, della legge; artt. 18 e 25 ss. reg.) che coinvolgono sicuramente aspetti sostanziali (e perciò non di dettaglio) dell'opera;

- 3) l'importo del contratto (e quindi il corrispettivo dell'appaltatore) non deve subire aumenti; se ne deve dedurre, *a fortiori*, la legittima applicabilità della norma allorché, a seguito delle variazioni dei gruppi di lavorazioni, l'importo contrattuale subisca una riduzione.

8.8 LE VARIANTI SU PROPOSTA DELL'APPALTATORE DETERMINANTI ECONOMIE.

L'art. 11 CGA consente all'appaltatore di proporre, nel corso dei lavori, variazioni migliorative dell'opera che determinino una diminuzione del corrispettivo dell'appalto e perciò una economia per l'amministrazione. La proposta, corredata da tutti gli elaborati tecnici ed economici necessari a consentirne una adeguata valutazione, deve essere trasmessa dall'appaltatore al direttore dei lavori, il quale entro dieci giorni dalla ricezione deve trasmetterla, munita del proprio parere, al responsabile del procedimento; questi, nei successivi trenta giorni, dopo avere sentito il parere del progettista, assume le sue decisioni in ordine alla proposta.

Se il responsabile del procedimento decide di approvare la variante, procede a stipulare con l'appaltatore atto integrativo del contratto principale contenente la volontà delle parti di eseguire l'opera così come risultante dalla variazione e per il più ridotto importo conseguente all'economia realizzata.

La finalità della disposizione è di incoraggiare l'iniziativa dell'appaltatore in ordine alle varianti in questione, poiché stabilisce che l'economia conseguente deve essere ripartita in misura uguale tra amministrazione e appaltatore. L'appaltatore realizza così un vantaggio economico e l'amministrazione, oltre al vantaggio economico, anche quello del miglioramento della qualità dell'opera. La parte di economia spettante all'appaltatore, in assenza di indicazioni legislative circa il momento della relativa liquidazione, va corrisposta all'atto di collaudo perché è questo il momento del definitivo accertamento della validità della variante.

L'economia conseguente alla variante migliorativa va quantificata sulla base dei prezzi di contratto, il cui corrispettivo va decurtato del valore delle categorie di lavoro ridotte o eliminate dal progetto. Per le eventuali categorie di lavoro nuove, che cioè vanno a sostituire quelle eliminate, deve farsi ricorso alle modalità di determinazione dei nuovi prezzi di cui all'art. 136, reg.

Secondo il co. 4 dell'art. 11 CGA, l'attuazione di questa particolare disciplina è subordinata alla condizione che la procedura di elaborazione ed approvazione della variante migliorativa non comporti interruzione o rallentamento nella esecuzione dei lavori. È perciò necessario un onere di diligenza da parte dell'appaltatore, il quale è tenuto ad

elaborare e proporre la variante al direttore dei lavori con congruo anticipo rispetto alle lavorazioni del programma dei lavori condizionate dalla variante (che per effetto di una sua ritardata approvazione inevitabilmente subirebbero una interruzione o quanto meno un rallentamento).

Le varianti migliorative in diminuzione non sono ammesse nei casi di appalti aggiudicati con la procedura di gara dell'appalto concorso (art. 11, co. 1, CGA), nella quale, come è noto, la progettazione definitiva ed esecutiva dell'opera è elaborata dall'appaltatore. La limitazione vuole evidentemente evitare che l'appaltatore progettista ometta consapevolmente in sede di progettazione possibili miglioramenti con la riserva mentale di proporli in corso d'opera onde lucrare il 50% dell'economia così realizzata.

8.9 L'IMPREVISTO GEOLOGICO COME FATTO NON PRODUCENTE VARIANTI MA SOLTANTO IL DIRITTO DELL'APPALTATORE A NUOVI PREZZI O AD UN EQUO COMPENSO.

Tra le cause che possono dar luogo a varianti progettuali l'art. 25, co. 1, lett. c), della legge annovera espressamente, come si è detto, l'imprevisto geologico disciplinato dall'art. 1664, co. 2, cod. civ., secondo cui *“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 ad un equo compenso”*.

Come si vede, l'imprevisto geologico viene preso in considerazione dalla predetta norma del codice civile ai soli fini di riequilibrare, sotto il profilo economico, la prestazione dell'appaltatore tutte le volte che questa subisca, per effetto di una causa di carattere geologico, idrico o simile – e quindi per una causa di forza maggiore non imputabile ad alcuno dei due contraenti – un notevole ed ingiustificato aggravamento.

Calato nella realtà dell'appalto dei lavori pubblici, questo riequilibrio può ottenersi in due modi:

- a) riconoscendo all'appaltatore uno o più nuovi prezzi, nel caso in cui la sopravvenienza di natura geologica, idrica o simile determini esclusivamente la necessità di nuove lavorazioni non previste in contratto (es., in contratto era previsto lo scavo con mezzo meccanico ed invece si rende necessario lo scavo a mano). In tal caso, l'amministrazione è tenuta a determinare i corrispondenti nuovi prezzi con le modalità ed il procedimento stabiliti dall'art. 136 reg. Se l'appaltatore non accetta i nuovi prezzi così determinati, non può sospendere o rallentare l'esecuzione dei lavori, ma ha il diritto (e l'onere, a pena di decadenza) di iscrivere riserva nel registro di contabilità per il riconoscimento del nuovo prezzo nella entità da lui ritenuta corretta. L'amministrazione, in base agli artt. 136 e 137 reg., deve tener conto, nella determinazione del nuovo prezzo, di tutti e quattro gli addendi che compongono qualsiasi prezzo, e cioè dei costi, delle spese relative

alla sicurezza, delle spese generali e degli utili dell'impresa (arg. ex artt. 136, co. 1, e 34, co. 2, reg.). Ne consegue che in tal caso l'appaltatore, per effetto della sopravvenuta esigenza di nuove lavorazioni, non subisce alcun pregiudizio economico, visto che per queste deve essere stabilito un corrispettivo pieno;

- b) riconoscendo all'appaltatore un *equo compenso*, tutte le volte che l'imprevisto geologico non comporti l'esigenza di nuove lavorazioni ma abbia soltanto l'effetto di rendere notevolmente più onerose le lavorazioni previste in contratto (nell'esempio fatto, non muta lo scavo con mezzo meccanico contrattualmente previsto, ma esso diviene più oneroso per la impreveduta presenza d'acqua o maggior durezza della roccia che richiede tempi più lunghi). I presupposti che legittimano il riconoscimento di un equo compenso a favore dell'appaltatore sono espressamente stabiliti dalla norma; si deve trattare: di *cause geologiche, idriche o simili* (e cioè di eventi naturali – quali un terremoto, un'inondazione, una frana, ecc. – o, estensivamente, anche fatti non naturali ma comunque inerenti al contenuto del sottosuolo, come ritrovamenti archeologici, rinvenimento nel sottosuolo di manufatti, tubazioni, ecc.); di *cause non previste dalle parti* (di cause, cioè, che, indipendentemente dal loro carattere in astratto prevedibile o imprevedibile, non siano state in concreto previste dalle parti al momento della conclusione del contratto); di *cause che abbiano reso la prestazione dell'appaltatore notevolmente più onerosa* (quindi, non un qualunque aumento di onerosità è sufficiente per integrare gli estremi del requisito richiesto, ma un aggravio qualificato dalla sensibile entità delle ripercussioni sulla prestazione dell'appaltatore e che rivesta una rilevanza economica tale da erodere una parte significativa dell'utile dell'impresa). Ricorrendo questi presupposti, l'appaltatore ha diritto ad un *equo compenso*; ad un compenso, cioè, che non rappresenta un ristoro integrale del pregiudizio economico subito ma, come statuito da un'ampia casistica giurisprudenziale, il rimborso di una parte soltanto delle maggiori spese effettive sostenute; più esattamente, un compenso decurtato di una parte delle spese generali, dell'intera percentuale dagli utili, e della quota di maggior onere che rientra nell'alea normale del contratto. In altri termini, poiché tra i contraenti si attua un'equa distribuzione del danno, si può senz'altro dire che funzione essenziale della disposizione in esame è quella di ripartire fra appaltatore e amministrazione committente il rischio del maggior costo dell'opera determinato dalle difficoltà di esecuzione dipendenti da cause geologiche, idriche e simili; e cioè, da cause oggettive, in quanto tali non imputabili ad alcuno dei due contraenti.

I possibili effetti dell'imprevisto geologico non si esauriscono nei riconoscimenti esposti alle precedenti lettere a) e b). Può infatti accadere che le cause in argomento determinino l'esigenza di una variante progettuale (ad es., modifica del tracciato di una strada a seguito di un sisma): è questo il caso preso in considerazione dall'art. 25, co. 1, lett. c), della legge Merloni.

Ricorrendo questa ipotesi, l'amministrazione, se intende comunque realizzare l'opera (perché non è divenuta antieconomica), deve approvare la variante, quale che sia il suo importo, sulla base dei prezzi di contratto e con la previsione dei nuovi prezzi eventualmente necessari. L'appaltatore, dal canto suo, è obbligato ad eseguire i maggiori lavori agli stessi prezzi del contratto originario entro il 20% dell'importo di quest'ultimo, mentre oltre tale limite può chiedere all'amministrazione di ricontrattare i prezzi, con la conseguenza che se non si addivene ad un nuovo accordo egli è libero dal vincolo contrattuale e l'amministrazione deve riappaltare il completamento dell'opera ad altro soggetto attraverso una nuova gara.

Come è agevole constatare, il confine tra variante resa necessaria da un imprevisto geologico e variante determinata da un errore o da una carenza progettuale è sottilissimo.

Spetterà, pertanto, al responsabile del procedimento accertare di volta in volta se l'esigenza della variante scaturisca da un imprevisto geologico oppure sia ascrivibile a responsabilità del progettista perché, ad es., questi in sede di progettazione abbia ommesso di svolgere i necessari accertamenti in ordine alla natura del sottosuolo, con la conseguenza che, in questo secondo caso, dovranno applicarsi le disposizioni dell'art. 25, co. 2, 4 e 5, della legge (accollo dei danni al progettista, e se la maggiore spesa supera il 20% dell'importo originario del contratto, risoluzione del contratto, riappalto dei lavori, pagamento all'appaltatore dei lavori eseguiti, dei materiali utili e del 10% calcolato sulla differenza tra l'ammontare dei quattro quinti dell'importo del contratto e l'ammontare dei lavori eseguiti).

8.10 LIMITI AL POTERE DELL'AMMINISTRAZIONE DI IMPORRE VARIAZIONI ALL'APPALTATORE.

La disciplina legislativa e regolamentare prevede il diritto potestativo dell'amministrazione di imporre all'appaltatore (il quale perciò è tenuto ad adempiere) variazioni in aumento o in diminuzione entro il limite del 20% del corrispettivo contrattuale, a condizione che dette variazioni non comportino modifiche essenziali alla natura dell'opera (art. 134, co. 4, reg.; art. 10, co. 6, CGA). L'amministrazione, inoltre, ha il diritto potestativo di variare il rapporto tra i singoli gruppi di lavorazioni (aumentandone alcuni e diminuendone altri), ma in tal caso, qualora tali variazioni incidano in misura superiore ad un quinto della quantità del gruppo o dei gruppi variati, l'appaltatore ha diritto ad un equo compenso ove dimostri di avere subito, per effetto di esse, un notevole pregiudizio economico.

L'argomento dello *ius variandi* dell'amministrazione si articola dunque nei seguenti punti: 1) lo *ius variandi* quantitativo; 2) il limite allo *ius variandi* di non modificare la

natura dell'opera; 3) il limite allo *ius variandi* relativo ai gruppi di lavorazioni.

1. Quanto allo *ius variandi* quantitativo, nel corso dell'esecuzione dell'opera l'amministrazione, ove ricorrono le situazioni dell'art. 25, co. 1, della legge (cause di forza maggiore o errore progettuale) e sempre che non venga alterata la natura dell'opera, ha il diritto potestativo - a fronte del quale perciò la posizione dell'appaltatore è di mera soggezione - di ordinare a quest'ultimo l'esecuzione di maggiori lavori rispetto al contratto originario, o la diminuzione di essi, agli stessi prezzi, patti e condizioni del contratto stesso entro il limite di un quinto dell'importo dell'appalto; l'appaltatore è tenuto ad ottemperare all'ordine (perché diversamente incorrerebbe in inadempimento contrattuale) senza alcun diritto ad indennità, risarcimenti o compensi di sorta (tranne, ovviamente, il diritto al pagamento dei maggiori lavori ai prezzi contrattuali ed al maggior termine di esecuzione necessario).

La finalità della disciplina va individuata nella presunzione legislativa che per l'esecuzione dei maggiori lavori di natura contrattuale entro il limite del 20% dell'importo dell'appalto l'appaltatore non subisce pregiudizio, dovendosi ritenere equamente remunerato con l'applicazione degli stessi prezzi originari alle maggiori quantità di lavori da realizzare.

La facoltà di ordinare maggiori lavori entro il limite del 20% può riguardare soltanto maggiori lavori di natura contrattuale (sia che questi vengano determinati da eventi di forza maggiore, sia che derivino da errore progettuale); deve cioè trattarsi di maggiori lavori necessari a realizzare l'oggetto contrattuale originariamente identificato (es. l'acquedotto dal punto a al punto b). Non potrebbe perciò l'amministrazione avvalersi legittimamente della disposizione in argomento per ordinare lavori di natura extracontrattuale; lavori, cioè, non necessari all'esecuzione del progetto appaltato ma autonomi rispetto allo stesso (nell'esempio fatto, l'ulteriore tratto di acquedotto dal punto b al punto c). Ove ciò avvenisse, verrebbe attuata una simulazione, poiché l'attuazione dello *ius variandi* in realtà dissimulerebbe un affidamento di lavoro nuovo a trattativa privata. Il che non è ammissibile, costituendo la trattativa privata forma di contrattazione eccezionale, ammessa soltanto nei casi legislativamente consentiti e per la quale sono richieste procedure e forme particolari, tra le quali primariamente l'esigenza di un provvedimento contenente l'indicazione della specifica norma che nel caso concreto legittima il ricorso alla trattativa privata, nonché le motivazioni di fatto e di diritto per le quali la stessa risulta possibile e legittima.

L'importo su cui calcolare il limite del 20%, entro il quale l'amministrazione può esercitare lo *ius variandi*, è costituito dall'importo netto del contratto originario aumentato dell'importo delle eventuali varianti suppletive già approvate, nonché dei compensi non aventi carattere risarcitorio riconosciuti in corso d'opera all'appaltatore dall'amministrazione a seguito del procedimento dell'accordo bonario di cui all'art. 31 -bis della legge (art. 10, co. 4, CGA).

Lo *ius variandi* è perciò esercitabile anche più volte, ma ha come limite invalicabile il 20% applicato sull'importo del contratto aggiornato con la precedente variante, al netto della variante già approvata; così, ad es. dopo una prima variante che porta il corri-

spettivo da euro 100 a euro 120, l'importo *complessivo* entro il quale è esercitabile lo *ius variandi* sarà il 20% di euro 120, e perciò euro 24, da cui va sottratto l'importo della prima variante approvata di euro 20, per cui detto *ius variandi* sarà esercitabile una seconda volta fino all'importo di euro 4, poiché è questo l'importo che residua oltre la variante di euro 20 già disposta, ed una terza volta (e così via) per centesimi 0,8, considerato che il 20% di euro 124 è appunto euro 24,8, con la conseguenza che, rispetto allo *ius variandi* già esercitato per euro 24, residua appunto soltanto la percentuale dello 0,8.

Fanno eccezione al limite quantitativo del 20% entro il quale è esercitabile lo *ius variandi* le *opere relative a fondazioni* (art. 10, co. 5, CGA), e cioè tutte quelle lavorazioni e categorie di lavoro necessarie a realizzare una fondazione nella sua completezza; per queste lo *ius variandi* è esercitabile dall'amministrazione senza alcun limite e perciò l'appaltatore è tenuto ad eseguirle (poiché, altrimenti, incorrerebbe in inadempimento) agli stessi prezzi, patti e condizioni del contratto principale, salvo il suo diritto a chiedere un equo compenso per la parte di maggiori opere relative a fondazioni eccedente il 20% dell'importo del contratto.

Il diritto all'equo compenso non costituisce però un automatismo poiché l'appaltatore ha, sì, diritto di "chiedere" l'equo compenso, ma deve dimostrare di avere subito un pregiudizio per l'aumento delle opere relative a fondazioni; in altri termini, deve fornire la prova che l'aumento delle fondazioni oltre il 20% dell'importo del contratto gli ha arrecato un danno perché, per es., nell'economia generale dell'appalto il relativo prezzo era poco remunerativo o perché la circostanza ha per lui comportato una più gravosa organizzazione tecnica.

L'amministrazione può dunque imporre all'appaltatore l'esecuzione di maggiori lavori entro il limite del 20% dell'importo contrattuale; può però verificarsi che i maggiori lavori necessari per la realizzazione dell'opera eccedano l'importo del 20% del contratto originario. In questo caso, se la causa della variazione è l'errore progettuale, l'amministrazione ha l'obbligo, in base all'art. 25, co. 4, della legge, di recedere dal contratto, pagando all'appaltatore - oltre ai lavori eseguiti ed ai materiali utili esistenti in cantiere - il 10% della differenza tra i quattro quinti dell'ammontare dell'appalto e l'importo dei lavori eseguiti. Se, invece, la causa della variante eccedente il limite del 20% è la forza maggiore, né l'amministrazione è obbligata ad affidare i maggiori lavori (eccedenti il 20%) all'appaltatore, né quest'ultimo è tenuto ad eseguirli. Ciò vuol dire che, con il raggiungimento dell'importo contrattuale aumentato del 20% (oppure anche prima, qualora l'amministrazione non intenda esercitare il diritto potestativo di ordinare l'esecuzione di maggiori lavori agli stessi prezzi, patti e condizioni entro il 20% dell'importo contrattuale), il contratto è da intendersi esaurito e l'appaltatore perciò sciolto da ogni ulteriore obbligo di esecuzione. La parte eccedente il 20%, in buona sostanza, forma oggetto di autonoma nuova contrattazione tra amministrazione ed appaltatore, sicché se essi trovano un accordo sulle condizioni economiche il rapporto prosegue fino all'ultimazione dell'opera, mentre, in caso contrario, il rapporto si esaurisce e l'amministrazione, per completare l'opera, deve esperire una nuova gara di appalto.

Secondo l'art. 10 CGA l'amministrazione può avvalersi del diritto potestativo di ordi-

nare all'appaltatore l'esecuzione dei maggiori lavori entro il limite del 20% dell'importo del contratto originario "per le sole ipotesi previste dall'art. 25" e cioè nei casi in cui tale esigenza sia determinata da cause di forza maggiore (sopravvenute disposizioni; sopravvenute circostanze imprevedibili; imprevisto geologico) ovvero da errore progettuale.

Principio opposto è stabilito dall'art. 12 CGA, relativamente allo *ius variandi* in diminuzione. Infatti l'amministrazione ha il diritto potestativo, "*indipendentemente* dalle ipotesi previste dall'art. 25 della legge", di ordinare all'appaltatore l'esecuzione di minori lavori rispetto a quelli di contratto entro il limite del 20% dello stesso e senza che per tale motivo competa alcunché all'appaltatore a titolo di indennizzo.

La norma è perciò esattamente contraria rispetto a quella dell'art. 10, co. 2, CGA; quest'ultima ammette lo *ius variandi* in aumento nelle "sole ipotesi previste dall'art. 25 della legge"; l'art. 12 prevede, invece, lo *ius variandi* in diminuzione "*indipendentemente*" da tali ipotesi. Il che vuol dire che il diritto dell'amministrazione di ridurre l'esecuzione dei lavori è una vera e propria facoltà esercitabile liberamente rispetto alla quale l'appaltatore è in una posizione di soggezione a prescindere dalle motivazioni per cui quella facoltà viene esercitata.

L'amministrazione potrebbe perciò legittimamente ordinare all'appaltatore l'esecuzione di minori lavori entro il 20% dell'importo del contratto a seguito di un diverso apprezzamento del pubblico interesse (es., l'eliminazione di una parte di un edificio scolastico non più ritenuta utile) o di motivi di ordine tecnico (es., scorporo di un impianto che si ritenga più conveniente affidare ad altro esecutore) ovvero per motivazioni di ordine economico (es., necessità di realizzare economie per far fronte ad esigenze più urgenti).

2. Lo *ius variandi* quantitativo entro il 20% non è esercitabile qualora le variazioni comportino **modifiche essenziali alla natura dell'opera appaltata** (art. 134, co. 4, reg.; art. 10, co. 6, CGA). In tal caso, l'appaltatore avrebbe titolo di rifiutare legittimamente l'esecuzione, non potendo ritenersi che egli sia obbligato ad eseguire una prestazione sostanzialmente diversa da quella contrattualmente pattuita.

Possono essere individuati tre criteri per accertare l'ipotesi di un mutamento sostanziale della natura dell'opera con la conseguente assenza di qualsivoglia *ius variandi* dell'amministrazione.

Innanzitutto ricorre l'ipotesi in argomento quando muta radicalmente la tipologia di opera (una strada anziché un ponte).

Vi è, inoltre, modifica sostanziale anche allorché, pur restando inalterata la tipologia di opera, il progetto venga sconvolto nella sua impostazione originaria (es. un ponte in ferro anziché in cemento).

Ulteriore criterio, infine, è costituito dalla esigenza per l'appaltatore, derivante dalla modifica, di apprestare mezzi d'opera ed organizzazione sensibilmente diversi da quelli iniziali, ovvero spostare il cantiere o modificarne significativamente l'impostazione, ovvero, ancora, affrontare problemi tecnico - esecutivi del tutto eterogenei rispetto a

quelli richiesti dall'impostazione progettuale originaria.

Tale terzo criterio discende dal fatto che il giudizio circa la sostanzialità o meno della variante non va fondato esclusivamente su parametri oggettivi, ma deve tenere conto anche del grado di incidenza che la variante nel caso concreto dispiega sulla entità, qualità e difficoltà della prestazione dell'appaltatore (es., un acquedotto la cui variazione piano - altimetrica del tracciato determini lo sconvolgimento dell'organizzazione tecnico - esecutiva precedentemente apprestata).

3. Il terzo caso di *ius variandi* riguarda i singoli gruppi di lavorazioni.

Occorre ricordare che l'amministrazione appaltante deve indicare nel capitolato speciale di appalto ogni singolo gruppo di lavorazioni omogenee ed il relativo importo (art. 45, co. 6 e 7, reg.).

L'amministrazione (sempre che venga rispettato il limite quantitativo del 20% e quello, qualitativo, costituito dall'esigenza di non mutare in maniera sostanziale la natura dell'opera) ha il diritto potestativo di variare le quantità dei vari gruppi di lavorazioni omogenee senza che l'appaltatore possa accampare il diritto di recedere dal contratto ovvero il diritto ad indennizzi. In sostanza, modifiche alle quantità dei singoli gruppi di lavorazioni non costituiscono motivo per l'appaltatore di recedere dal contratto, sempre che non risulti alterata in maniera sostanziale la natura dell'opera (es. aumentano gli scavi e diminuiscono corrispondentemente le opere in elevazione).

Tale disciplina, secondo cui a fronte dello *ius variandi*, da parte dell'amministrazione, dei singoli gruppi di lavorazioni l'appaltatore non ha alcun diritto ma soltanto l'obbligo di eseguire, è temperata dalla disposizione in base alla quale, in presenza di certi presupposti, compete all'appaltatore un equo compenso (art. 10, co. 6, CGA). Le condizioni che fanno sorgere il diritto dell'appaltatore all'equo compenso sono due, e cioè:

- 1) che le quantità del gruppo o dei gruppi di lavorazioni vengano modificate in misura superiore ad un quinto della rispettiva quantità originaria come indicata nel capitolato speciale di appalto;
- 2) che da tali modifiche derivi all'appaltatore un "notevole pregiudizio economico".

È però da chiarire che vi sono variazioni nei rapporti tra le singole categorie di lavori che, pur eccedendo il limite normativo, non arrecano all'appaltatore alcun pregiudizio, o che addirittura in alcuni casi gli procurano un vantaggio (si pensi ad un aumento di gruppi di lavorazioni poco difficoltose o molto remunerative, e a corrispondenti diminuzioni di gruppi assai difficoltosi o poco remunerativi). All'appaltatore compete però l'equo compenso soltanto quando, a seguito della variazione delle quantità del gruppo o dei gruppi di lavorazioni oltre il 20% delle quantità originarie, egli dia dimostrazione di subire un notevole pregiudizio economico che, come si è detto, può derivare soltanto da una espansione dei gruppi onerosi e/o da una corrispondente riduzione dei gruppi remunerativi; tale dimostrazione deve formare oggetto di apposita riserva iscritta negli atti contabili.

8.11 COMPITI SPECIFICI DEL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO.

Il direttore dei lavori, in quanto organo preposto alla costante vigilanza sulla corretta esecuzione dei lavori, ha il dovere di informare tempestivamente il responsabile del procedimento di qualsiasi evenienza che possa determinare l'esigenza dell'approvazione di una perizia di variante (art. 134, co. 3°, reg.).

Il responsabile del procedimento, una volta informato dei fatti, deve effettuare una approfondita istruttoria per accertare:

- a) quali siano le cause della perizia;
- b) se sussistano o meno i presupposti stabiliti dalla legge per la sua approvazione.

Appartiene perciò alla piena ed esclusiva competenza del responsabile del procedimento l'accertamento delle cause, condizioni e presupposti che, in base all'art. 25, co. 1°, della legge, consentono l'introduzione di varianti in corso d'opera al progetto appaltato; egli vi provvede con apposita relazione motivata, fondata su una approfondita istruttoria circa la sussistenza dei presupposti tecnici e giuridici alla base della redigenda perizia (art. 134, co. 7°, reg.).

Se la variante è determinata da cause di forza maggiore, il responsabile del procedimento, nella sua relazione istruttoria, deve motivare l'assenza di responsabilità dell'amministrazione e la non prevedibilità dei fatti determinanti la perizia sia all'atto della progettazione sia della consegna dei lavori.

Se la variante dipende da errore progettuale il responsabile del procedimento, nella sua relazione, deve individuarlo con ampia motivazione tecnica dandone, di seguito, immediata comunicazione all'Osservatorio presso l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici ed allo stesso progettista. Deve poi accertare se la variante comporti un aumento di spesa minore o maggiore del 20% del corrispettivo contrattuale: nel primo caso (secondo quanto si è detto al par. 6) autorizza la redazione della variante ai fini del suo affidamento all'appaltatore; nel secondo la autorizza ugualmente ma ha il dovere di proporre all'organo deliberante: 1) di procedere al recesso dal contratto ai sensi dell'art. 25, co. 4, della legge; 2) di agire nei confronti del progettista per il risarcimento dei danni derivati all'amministrazione per effetto dell'errore progettuale.

Se la variante non dipende né da causa di forza maggiore né da errore progettuale ma è semplicemente dettata dall'esigenza di introdurre miglioramenti all'opera, il responsabile del procedimento, nella sua relazione, dà conto della sussistenza degli elementi che legittimano questo tipo di perizia e di cui si è detto al paragrafo 5.

Nei casi in cui l'istruttoria del responsabile del procedimento (e la sua relazione) sia favorevole alla perizia, egli autorizza il direttore dei lavori a dar luogo alla sua redazione tecnica nel corso della quale lo stesso direttore deve sentire i pareri del progettista e dello stesso responsabile del procedimento.

Una volta redatta, la perizia deve essere approvata con apposito provvedimento formale poiché ad esso può darsi esecuzione soltanto a seguito di ordine di servizio che

contenga l'espresso riferimento all'intervenuta approvazione (art. 134, co. 5, reg.).

La competenza ad approvare le varianti appartiene, a seconda dei casi, a più soggetti, sicché si procede di seguito a delineare un quadro di sintesi dei vari casi. Essa, in particolare, spetta:

- 1) in ogni caso, all'organo decisionale dell'amministrazione in tutte le ipotesi in cui vi sia necessità di un maggiore impegno di spesa e quando pur non essendovi tale esigenza, si tratta di perizia che altera in modo significativo l'impostazione del progetto originario;
- 2) in ogni caso, al responsabile del procedimento quando non vi sia aumento di spesa e la perizia non alteri la sostanza del progetto originario;
- 3) al responsabile del procedimento nei casi delle varianti migliorative di cui al precedente par. 5, ricordando che esse possono prevedere un aumento di spesa non superiore al 5% dell'importo originario del contratto ed alla cui copertura possa farsi luogo con gli imprevisti stanziati in sede di approvazione del progetto o con l'impegno delle economie realizzate col ribasso ottenuto in sede di gara (ovvero, riteniamo, di ogni altra economia accantonata);
- 4) al responsabile del procedimento per le varianti migliorative in diminuzione proposte dall'appaltatore di cui al precedente paragrafo 8 (art. 11 CGA);
- 5) all'organo deliberante nel caso di diminuzione dei lavori a seguito di esercizio dello *ius variandi* quantitativo in diminuzione (entro il limite del 20%) di cui si è detto al paragrafo 10.1 secondo quanto stabilito dall'art. 12 CGA;
- 6) al direttore dei lavori nei casi in cui le variazioni riguardino aspetti di dettaglio ed alle condizioni e con i limiti di cui si è detto al paragrafo 7.