

La disciplina regolamentare dello *ius variandi* nei contratti di forniture e servizi

di Stefano Usai

Premessa

Il Regolamento attuativo del codice degli appalti, oltre ad introdurre una peculiare disciplina relativa alla fase di esecuzione del contratto e di verifica della prestazione eseguita, modellata sulle norme omologhe previste per i lavori pubblici, stabilisce alcune prescrizioni "guida" per l'esercizio corretto dello *ius variandi* nei contratti di forniture e di servizi. In particolare, sempre con riferimento a disposizioni omologhe previste per i lavori pubblici nell'articolo 161 e ss., prevede un esiguo *microsistema* normativo composto dagli artt. 310 e 311. Già si anticipa che proprio detta esiguità, in un pur lodevole tentativo di semplificazione, finisce per far emergere una evidente inadeguatezza di queste norme determinata dalla eterogeneità delle prestazioni dei servizi e forniture rispetto ai lavori pubblici. Non solo, detta insufficienza è sicuramente rilevabile anche rispetto alle differenze tra gli stessi settori ma anche nell'ambito degli stessi servizi o delle stesse forniture. Questa non perfetta adattabilità richiederà probabilmente l'esigenza di un ripensamento e dell'inserimento di una più specifica disciplina. La considerazione, a parere dello scrivente, pur potendo apparire *prima facie* forse ana-

cronistica si pone a ben vedere anche per l'intero *corpus* normativo che oggi disciplina gli appalti. La spinta eccessiva verso una forzata *merlonizzazione* dei servizi e delle forniture sta facendo emergere – come da copiosa giurisprudenza – l'inappropriatezza di molte estensioni applicative di istituti originariamente teorizzati per i lavori pubblici. Pur senza auspicare un ritorno alla "tripartizione" *ante* codice, sicuramente anacronistica

ed irrealizzabile comunque dalla esigenza di ossequiare la tendenza unificatrice delle direttive comunitarie, sembra però quanto meno opportuna almeno una revisione di molti istituti in funzione delle prestazioni di servizi e delle forniture.

“ Il regolamento attuativo prevede per servizi e forniture, con riferimento a disposizioni omologhe previste per i lavori pubblici, nell'art. 161 e ss., un esiguo *microsistema* normativo composto dagli artt. 310 e 311 che appare inadeguato a causa della eterogeneità delle prestazioni dei servizi e forniture rispetto ai lavori pubblici ”

1. La situazione dello *ius variandi ante* codice e regolamento attuativo (cenni)

Nel regime giuridico pregresso, alcuni riferimenti allo *ius variandi* erano rinvenibili nella legislazione contabile degli anni Venti del secolo scorso. Tra questi, l'articolo 9 del regio decreto del 1923, n. 2440 che sanciva

la necessità di un rigoroso passaggio autorizzativo per la variazione che superava gli importi dallo stesso decreto fissati negli artt. 5 e 6. Altrettanta rilevanza aveva quindi il disposto contenuto nell'articolo 11 dello stesso decreto con cui si puntualizzava, nel primo comma, che "qualora, nel corso di esecuzione di un contratto, occorra un aumento od una diminuzione nelle opere,

lavori o forniture, l'appaltatore è obbligato ad assoggettarvisi, alle stesse condizioni, fino a concorrenza del quinto del prezzo di appalto. Al di là di questo limite egli ha diritto alla risoluzione del contratto". Entro tale concorrenza non era necessario "in verun caso (...) il parere del Consiglio di Stato". Più articolate ed altrettanto "attuali" risultano le disposizioni contenute negli artt. 119 e 120 del r.d. del 1924, n. 827 attuativo della legge di contabilità appena citata. L'attualità delle norme in parola emerge dal netto (ed oggi reiterato) divieto di apportare variazioni ai "contratti stipulati" (comma 1, art. 119) e la necessità di una previa autorizzazione pena la responsabilità personale (commi 2, 3 e 4 dell'art. 119). La variazione in ogni caso poteva ritenersi ammissibile solamente a condizione che si rendesse necessaria. L'articolo 120 infine, ribadisce il limite del quinto e la possibilità di superarlo facendo salva la possibilità dell'appaltatore di chiedere la risoluzione del contratto.

2. Le norme del regolamento

Il regolamento, come annotato, introduce (o forse sarebbe meglio dire che si limita ad una "revisione") una minima e specifica disciplina dello *ius variandi* dei contratti di forniture e servizi. Il primo comma dell'articolo 310 ribadisce il principio generale – già noto perché previsto nei regi decreti – di una possibilità contingentata di variare o modificare il contratto ammettendola solo in presenza, come si vedrà, di specifiche circostanze. Come emerge anche dalla disciplina pregressa citata pertanto – ed in modo coerente con quanto già previsto dall'articolo 342 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 (allegato F) ovvero dalla legge sulle opere pubbliche (1) – affinché le variazioni siano ammissibili e possano essere correttamente disposte devono ricorrere contestualmente alcune condizioni legittimanti. La prima, propedeutica, è che ricorra almeno una delle fattispecie

indicate nel Regolamento (art. 311) stabilite in ossequio alla "delega" attribuita al Regolamento dall'articolo 114 del Codice. L'altra condizione riguarda il procedimento che deve essere ossequiato tanto dalla stazione appaltante quanto dall'appaltatore. Secondo un *modus agendi* tipico, il primo comma dell'articolo in commento, stabilisce che nessuna variazione o modifica possa essere "introdotta dall'esecutore, se non è disposta dal direttore dell'esecuzione del contratto e preventivamente approvata dalla stazione appaltante". La norma richiama l'omologa disposizione fissata nel primo comma dell'articolo 161 del Regolamento per le "variazioni" nei lavori pubblici che attribuisce la prerogativa in commento al direttore dei lavori. Il periodo citato, come noto agli operatori, deve essere letto in senso "capovolto" ovvero nel senso che il direttore dell'esecuzione non può disporre alcuna variazione – anche se ricorressero le condizioni di cui all'articolo 311 – se queste non venissero preventivamente auto-

rizzate e corredate delle risorse necessarie per l'intervento. La precisazione è comprensibile analizzando la fattispecie concreta. Una volta intervenuta l'aggiudicazione definitiva, la relativa determinazione contiene l'impegno di spesa vero e proprio "tarato" sul prezzo che scaturisce dalla gara. È chiaro che per poter consentire la variazione è necessario che la risorsa "risparmiata"

“ Il direttore dell'esecuzione non può disporre alcuna variazione se non preventivamente autorizzata e corredata dalle risorse necessarie per l'intervento ”

(conseguenza del ribasso aggiudicatario rispetto alla base d'asta) non venga "svincolata" con una dichiarazione di economia. La risorsa "residua" (ovvero la somma non necessaria in quel momento per la copertura finanziaria dell'affidamento) potrà essere utilizzata per le varianti ma dovrà essere impegnata (2) con specifica determinazione – su cui si tornerà più avanti – del dirigente/responsabile del servizio. L'adozione dell'atto in parola pertanto implica poteri gestionali che il direttore dell'esecuzione (salvo ipotizzare che coincida con il RUP e con il dirigente/responsabile del

(1) Disposizione espressamente abrogata dal comma 1, lett. a) dell'articolo 358 del Regolamento attuativo.

(2) A mio avviso, l'impegno dovrà essere necessariamente assunto in modo contestuale alla variazione o al limite assunto definitivamente in fase di aggiudicazione definitiva con motivazione.

servizio) – in considerazione degli adempimenti cui è preposto – non possiede. Pertanto, la norma andrebbe letta non nel senso che la variazione non è possibile se non è disposta dal direttore dell'esecuzione ma, più chiaramente, se non risulti in realtà approvata dalla stazione appaltante o meglio dal soggetto abilitato all'esercizio dei poteri gestionali. L'approvazione pertanto implica un autentico procedimento amministrativo che prende avvio dalla riscontrata esigenza di adottare la variazione, prosegue con la proposta tecnica predisposta dal direttore dell'esecuzione che viene trasmessa al dirigente/responsabile del servizio. L'atto, che risulta necessario anche per la verifica della contabilità dell'intervento, una volta adottato andrà quindi trasmesso al direttore dell'esecuzione che provvederà a dare via libera alla variazione/modifica del contratto.

“ Il ripristino, secondo la norma, è rimesso a valutazione di “opportunità” del direttore dell'esecuzione, ogni valutazione sull'eventuale ripristino risulta precluso alla stazione appaltante ”

3. Le modifiche non autorizzate e la rimessa in pristino

Il ruolo del direttore dell'esecuzione diviene particolarmente rilevante nel caso in cui vengano realizzate delle modifiche **al di fuori delle tassative indicazioni espresse nel primo comma**. Il secondo comma dell'articolo 311 infatti rimarca che “le modifiche non previamente autorizzate non danno titolo a pagamenti o rimborsi di sorta e, ove il direttore dell'esecuzione lo giudichi opportuno, comportano la rimessa in pristino, a carico dell'esecutore, della situazione originaria preesistente, secondo le disposizioni del direttore dell'esecuzione del contratto”. Il primo periodo chiarisce che una variazione non autorizzata e non richiesta dalla stazione appaltante, non dà luogo neppure a rimborsi spesa per gli eventuali costi sopportati dall'appaltatore. Una variazione apportata senza autorizzazioni è ovviamente foriera di altre delicate conseguenze. Una delle conseguenze di maggior rilievo è costituita dalla possibile richiesta di ripristino della situazione “contrattuale” ante modifica, intervenuta senza benestare del direttore dell'esecuzione. **Il ripristino, secondo la norma, è rimesso a valutazione di “opportunità” del direttore dell'esecuzione.**

zione. Il riferimento riportato induce a ritenere che vi possano essere delle circostanze in cui il direttore dell'esecuzione ritenga di non richiedere all'appaltatore la riduzione in pristino. Altra situazione particolare può essere determinata dalle circostanze in cui la riduzione in pristino sia impossibile, soprattutto nel caso di variazioni quantitative. Si pensi ad un servizio svolto oltre il richiesto oppure delle forniture di immediata consumazione come la somministrazione di pasti. In

tutti questi casi, **ogni valutazione sull'eventuale ripristino risulta precluso alla stazione appaltante.** Altra circostanza può essere determinata dal contrasto tra la valutazione del direttore dell'esecuzione, che ad esempio per opportunità o altri motivi, ritiene non “ripetibile” la prestazione eseguita in variazione mentre sia di diverso parere l'appaltatore che richieda almeno il pagamento della *quota* di esecuzione

effettuata per errore. È chiaro che nella disposizione si esalta il compito del direttore dell'esecuzione anche sotto il profilo della responsabilità per eventuale ingiustificato arricchimento della stazione appaltante. È vero altresì che la norma è piuttosto chiara nell'evidenziare che le variazioni non autorizzate non danno diritto ad alcun compenso. Assolutamente pleonastica poi risulta la chiusura del comma che, nel disciplinare il ripristino della situazione *quo ante*, stabilisce che l'intervento deve avvenire secondo le indicazioni dello stesso direttore dell'esecuzione. In ultima considerazione, si deve rilevare che la disposizione risulta comunque di potenziale rilevanza anche per la successiva e conclusiva verifica della corrispondenza della prestazione. Non è escluso infatti che lo stesso ripristino possa avere effetti negativi sulla regolarità della prestazione creando problemi in ordine alla stessa liquidazione finale che richiede la “certificazione” della regolare esecuzione. È chiaro quindi che gli interventi, nel caso di modifiche/variazioni non autorizzate – soprattutto in relazione alla possibilità di richiedere la riduzione in pristino – richiedano una attenta considerazione e non è da escludersi che il direttore dell'esecuzione possa avere necessità dell'intervento dello stesso RUP (qualora le due figure non coincidano) o dello stesso dirigente/responsabile del servizio.

4. Il soggetto competente a disporre il ripristino

Anche se la disciplina introdotta dal Regolamento per le variazioni dei contratti di forniture e servizi prende evidente spunto, come annotato, dal modello fissato per i lavori, in alcuni casi da questo si distingue nettamente. Uno dei casi di maggior rilevanza attiene proprio al soggetto competente a "disporre" il ripristino nel caso di varianti realizzate senza espresso assenso da parte della stazione appaltante.

Nel caso dei servizi e delle forniture la prerogativa riguarda il direttore della esecuzione (nel prosieguo solo DEC), nel caso dei lavori pubblici invece, il soggetto competente ai sensi del secondo comma dell'articolo 161, è il responsabile del procedimento. Nell'ambito dei lavori pubblici infatti, secondo quanto previsto anche nella normativa previgente, fermo restando il divieto di apportare variazioni "o addizione al progetto approvato" se non preventivamente approvate dalla s.a. e disposte dal direttore dei lavori, l'eventuale violazione del precetto anzidetto "comporta, salva diversa valutazione del responsabile del procedimento, la rimessa in pristino, a carico dell'esecutore, dei lavori e delle opere nella situazione originaria secondo le disposizioni del direttore dei lavori, fermo che in nessun caso egli può vantare compensi, rimborsi o indennizzi per i lavori medesimi". Paradossalmente quindi, mentre la prescrizione dovrebbe essere più rigida per i lavori – anche sotto il profilo del procedimento amministrativo necessario – è in realtà caratterizzata comunque da una fisiologica semplificazione nella riduzione degli attori del procedimento. Semplificazione che invece avrebbe dovuto connotare la disposizione apprestata per i servizi e per le forniture che invece risulta "complicata" dalla moltiplicazione degli attori che nel procedimento in parola devono intervenire. Per meglio intendere la considerazione appare opportuno valutare le implicazioni pratiche possibili di una eventuale esigenza di imporre il ripristino *quo ante*. È chiaro che una decisione del genere può determinare un possibile contenzioso con l'esecutore e pertanto, giocoforza, appare necessario coinvolgere già in fase propedeutica ad

ogni valutazione tanto il responsabile del procedimento quanto – se soggetti diversi – lo stesso responsabile del servizio. Anche perché, non sia ritenuto superfluo, con un margine ragionevole di certezza, il direttore dell'esecuzione sarà soggetto che molto probabilmente non dispone di nessun potere gestionale e ciò finisce, inevitabilmente, per complicare il procedimento amministrativo. **Si ritiene, a sommosso parere, che una riduzione delle figure coinvolte nel procedimento che riguarda i**

servizi e le forniture, in generale per i contratti di minor importo ed in particolare in relazione ad adempimenti specifici, avrebbe sicuramente un effetto positivo sullo stesso sviluppo dell'azione amministrativa e non solo sotto il profilo della tempistica.

“ Nel caso dei servizi e delle forniture il soggetto competente a disporre il ripristino è il direttore dell'esecuzione, nel caso dei lavori pubblici invece, ai sensi del comma 2 dell'art. 161, è il responsabile del procedimento ”

5. Le fattispecie in cui è ammissibile lo *ius variandi*

L'articolo 311, a cui il Regolamento demanda la concreta individuazione delle singole fattispecie in cui è ammesso l'esercizio dello *ius variandi*, premette con il primo comma che la stazione appaltante può chiedere all'appaltatore delle variazioni solamente nei casi previsti tipizzati dal legislatore. A tal riguardo, l'inciso iniziale del secondo comma della norma in commento effettua un rinvio alla norma *delega* in tema di variazioni ovvero all'articolo 114 del codice. La disposizione in parola costituisce la norma che delinea la cornice circa le possibilità ed i limiti del Regolamento attuativo di stabilire casi legittimi di variazione delle forniture e dei servizi (compresi i contratti misti). La stessa disposizione puntualizza lo *spatium* concesso al Regolamento sulla definizione delle fattispecie di variante con riferimento a quanto previsto dall'articolo 132, norma specificamente destinata ai lavori pubblici che costituiva un riferimento applicabile "in quanto compatibile". In realtà l'articolo 114 risulta solo parzialmente attuato in quanto il regolamento non prevede uno *ius variandi* specifico per i contratti misti di forniture e di servizi riguardo ai quali pertanto opera il "tradizionale" principio della prevalenza funzionale desumibile dall'articolo 14 del codice.

6. Le singole fattispecie: premessa

All'articolo 311 pertanto è affidata l'incombenza di definire le singole ipotesi in cui risulta ammissibile variare quanti/qualitativamente la prestazione del contratto. Le previsioni sono strutturate attraverso una semplice trasposizione delle prime tre ipotesi previste dall'articolo 132 del codice degli appalti per i lavori pubblici. Proprio l'operazione in parola, di semplice estensione di ipotesi calibrate sui lavori pubblici a settori così differenti, determina (determinerà) ovvi problemi applicativi/interpretativi favorendone, inutile nascondere, facili strumentalizzazioni ed estensioni anche arbitrarie (3). Evidenti problemi applicativi si pongono soprattutto per le ipotesi riportate nelle lettere b) e c) del secondo comma della norma in commento. Come si vedrà, si tratta di specifiche che sono state originariamente calibrate in funzione dei lavori pubblici, difficilmente utilizzabili soprattutto in relazione al dato di fatto che nell'ambito dei settori presi in considerazione insiste una forte eterogeneità. Si è in presenza – in relazione alle fattispecie concrete in cui è ammissibile lo *ius variandi* – di una disciplina che non tiene conto né della circostanza che, in generale, le prestazioni dei servizi e delle forniture sono completamente diverse dai lavori ma, in particolare, non emerge nessuna consapevolezza che si tratta di disposizioni che non consentono neanche di tener conto delle differenze profonde nell'ambito degli stessi servizi e/o delle stesse forniture. In questo senso le norme *de quo* sono, a sommo avviso, sicuramente inadeguate a disciplinare aspetti che potrebbero avere *patologiche* conseguenze (come tristemente noto) sull'erario pubblico.

7. Le fattispecie concrete

La prima fattispecie, di tipo generale, è collocata nella lettera a) del secondo comma dell'articolo 311. Il di-

rettore dell'esecuzione può chiedere all'appaltatore la variazione della prestazione del contratto "per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari". La generica situazione richiamata si riferisce ad una sopravvenuta nuova esigenza determinata da leggi e/o regolamenti non necessariamente appartenenti al settore degli appalti. Deve trattarsi di una variazione collegata non ad esigenze "omesse" in fase di predisposizione degli atti della gara anche perché que-

“ Il direttore dell'esecuzione può chiedere all'appaltatore la variazione della prestazione del contratto "per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari" ”

sto genererebbe un forte dubbio sulla legittimità della variazione e la perplessità che non si tratti, piuttosto, di ipotesi mascherate di affidamento diretto. La seconda ipotesi – lett. b) – riguarda l'ammissibilità di una variazione del contratto imposta da cause "impreviste e imprevedibili (...) o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento in cui ha avuto inizio

la procedura di selezione del contraente, che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità delle prestazioni eseguite". La previsione in realtà si riferisce a due distinte ipotesi. La prima riguarda il caso classico dell'esigenza impreveduta ed imprevedibile che comporta l'estensione della prestazione contrattuale. L'accertamento della causa da cui scaturisce l'esigenza e quindi la sua stessa certificazione è rimessa al responsabile unico del procedimento che, una volta acclarato quanto, provvederà – salvo il caso della coincidenza del ruolo nello stesso soggetto – a passare l'istanza e gli atti relativi al direttore dell'esecuzione. Inutile negare che la strutturazione dell'azione amministrativa, basata sul modello generale previsto per i lavori pubblici – se riferito ai servizi e forniture – risulta assolutamente sproporzionato ed eccessivo. Salvo voler ipotizzare un appalto di importo superiore alla soglia comunitaria. Appare evidente che in relazione alla ipotesi in argomento, sia probabile la tendenza all'abuso della specifica ed a una sua fisiologica estensione anche

(3) Conseguenze che, proprio la normativa dello *ius variandi* dei lavori pubblici stabilita negli anni '90, ha cercato fortemente di contenere.

a situazioni in cui le cause che determinano l'esigenza di una prestazione quantitativamente differente siano in realtà prevedibili con un minimo sforzo di diligenza. Risulta facilmente rinvenibile nella prassi una pratica di estensione della prestazione contrattuale molto simile alla proroga del contratto che si estrinseca nella mera prosecuzione del contratto anche al fine di consentire l'espletamento della gara per l'individuazione del nuovo offerente. Totalmente differente risulta l'ulteriore ipotesi – compresa nella fattispecie in esame – relativa alla possibilità di utilizzare “materiali, componenti e tecnologie” oggettivamente non reperibili all'atto dell'indizione del procedimento di affidamento. La norma del regolamento lega indissolubilmente la necessità della nuova componente alla sua capacità di apportare “significativi miglioramenti nella qualità delle prestazioni eseguite” purché il tutto avvenga – e ciò appare singolare – “senza aumento di costo”. In questo caso, si ritiene che incombenza di stabilire la possibilità del significativo miglioramento costituisca competenza non del responsabile unico del procedimento ma del direttore dell'esecuzione. La circostanza, ovviamente, che l'utilizzo delle nuove componenti debba avvenire senza aumento di costo chiarisce in primo luogo che si tratta di “commessa” affidata allo stesso esecutore del contratto (e non di componenti acquisibili da altri) e che questi debba consentire la variazione compensata solamente dal predefinito prezzo di contratto. Con la terza ipotesi, il legislatore cambia completamente prospettiva. Se con le prime due specifiche questi si rivolge ad esigenze indotte da circostanze sopravvenute ante procedura di gara di affidamento, con la specifica – omologa, come le altre, a quelle previste per i lavori pubblici – innestata nella lettera c) del comma in commento, il legislatore si riferisce alla esigenza di una variazione determinata da accadimenti (eventi) relativi alla “natura e alla specificità dei beni o dei luoghi” in cui viene eseguito il contratto, **verificatisi** “nel corso di esecuzione”. Situazioni quindi che dovranno essere certificate dal direttore dell'esecuzione

“ La variazione della prestazione è giustificata anche per cause “impreviste e imprevedibili o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti all'inizio della procedura di selezione del contraente, che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti”

ne e che vengono generate dal compimento dei vari adempimenti di esecuzione del contratto in relazione a dati oggettivi riguardanti la stessa prestazione o il luogo di esecuzione. Anche nell'ipotesi in commento si potrebbe pensare alla esecuzione di un servizio o di una fornitura che esige una variazione della prestazione nel momento in cui viene eseguita. Si deve ritenere che possano consistere in *adattamenti* richiesti all'appaltatore e necessari per meglio soddisfare la propria obbligazione.

Si pensi ad un servizio di pulizia che durante l'esecuzione deve essere adeguato al mutamento – per eventi oggettivi – dei luoghi nei quali viene svolto. L'ipotesi è chiaramente residuale e si pone come norma di chiusura per evitare che la stazione appaltante si trovi sprovvista di strumenti legittimi che consentano una variazione della prestazione. Nelle ipotesi appena rammentate (come si evidenzia nel quarto comma della norma in commento) “la stazione appaltante può chiedere all'esecutore una variazione in aumento o in diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza di un quinto del prezzo complessivo

previsto dal contratto”. La formulazione generica implica di specificare attori e soggetti del procedimento. Si può ritenere che segnalata l'esigenza e quantificata dallo stesso direttore dell'esecuzione, la richiesta vera e propria possa essere effettuata da questi previa abilitazione ovvero con eventuale adozione dell'impegno speso. L'impegno in parola è necessario perché le variazioni in argomento sono ammissibili – e quindi questa è l'ulteriore condizione legittimante – entro un quinto del prezzo complessivo quindi da intendersi comprensivo anche di oneri della sicurezza. L'appaltatore è tenuto alla accettazione ed è chiamato, infatti, alla sottoscrizione di un apposito atto di sottomissione “agli stessi patti, prezzi e condizioni del contratto originario senza diritto ad alcuna indennità ad eccezione del corrispettivo relativo alle nuove prestazioni”. In ogni caso l'esecutore non potrà mai discostarsi dal praticare le condizioni previste nel contratto (quinto comma).

8. Le variazioni oltre il quinto

L'ultimo periodo del quarto comma dell'articolo 311, secondo una *modus operandi* generale che coinvolge anche le norme omologhe dei lavori pubblici, prevede, limitatamente ai casi oggettivi di variazione previsti al comma 2 appena richiamati, anche il caso di uno *ius variandi* con un impegno finanziario **superiore ad un quinto** del prezzo complessivo del contratto. In questo caso sarà necessario avere il consenso dell'appaltatore e sarà altresì indispensabile procedere alla stipula di uno specifico atto aggiuntivo al contratto. La possibilità, a lungo discussa, se ritenere ammissibile uno *ius variandi* per importi superiori ad un quinto del contratto ha trovato una più compiuta disciplina in tema di lavori pubblici. A tale riguardo il comma 13 dell'articolo 161 puntualizza che "se la variante, (...) supera tale limite il responsabile del procedimento ne dà comunicazione all'esecutore che, nel termine di dieci giorni dal suo ricevimento, deve dichiarare per iscritto se intende accettare la prosecuzione dei lavori e a quali condizioni; nei quarantacinque giorni successivi al ricevimento della dichiarazione la stazione appaltante deve comunicare all'esecutore le proprie determinazioni. Qualora l'esecutore non dia alcuna risposta alla comunicazione del responsabile del procedimento si intende manifestata la volontà di accettare la variante agli stessi prezzi, patti e condizioni del contratto originario. Se la stazione appaltante non comunica le proprie determinazioni nel termine fissato, si intendono accettate le condizioni avanzate dall'esecutore". La fissazione di una più rigida procedura risulta ossequiosa delle particolari situazioni e della delicatezza dei lavori pubblici. Per i settori in commento invece, come annotato, il compilatore del regolamento si limita a fissare una cornice operativa preoccupandosi, in modo scontato e pleonastico, dell'esigenza di una formalizzazione del previo consenso dell'appaltatore. Il procedimento appena sintetizzato, nell'indicazione normativa, in realtà allude ad un autentico procedimento di affidamento diretto di prestazioni. Costituisce, in sostanza, una autentica ipotesi di estensione contrattuale e quindi, come da richiamo

contenuto nell'inciso iniziale del comma in commento, è soggetta ad un rigorosa certificazione quanto alla sua fattibilità ed alla riconducibilità alle prescrizioni previste nel microsistema normativo caratterizzato dagli articoli 310 e 311. Ciò equivale a dire che l'esercizio dello *ius variandi* anche nell'ipotesi da ultima richiamata per importi superiori al limite del quinto, esige che la decisione risulti fondata su oggettive motivazioni riconducibili a (vere) esigenze sopravvenute ed in particolare alle fattispecie previste nel comma 2 dell'articolo 311 appena richiamate. Pertanto anche nel caso specifico lo *ius variandi* non si può estrinsecare in una mera estensione

“ Lo *ius variandi* per importi superiori al limite del quinto, esige che la decisione risulti fondata su oggettive motivazioni riconducibili a (vere) esigenze sopravvenute ”

di prestazione contrattuale fine a se stessa o decisa al di fuori di un contesto di accadimenti non prevedibili in fase di avvio della procedura. È da ritenersi che, se anche il periodo in commento non lo indica espressamente, la copertura finanziaria debba essere reperita nell'ambito della somma destinata all'intervento (espressamente previsto per le variazioni nell'ambito di un quin-

to). Induce una risposta in questo senso la riflessione sulle conseguenze possibili se si ammettesse uno *ius variandi* consentito quasi *ad libitum* al direttore dell'esecuzione svincolato da qualsiasi necessità di ancoraggio di tipo oggettivo e/o funzionale all'ottenimento della migliore prestazione possibile.

9. Le variazioni "non sostanziali"

Ulteriori contingentamenti all'azione della stazione appaltante, nell'esercizio dello *ius variandi*, sono previsti nell'articolato comma 3 della norma in commento. Nel caso di specie il Regolamento consente "nell'esclusivo interesse della stazione appaltante, le varianti, in aumento o in diminuzione, **finalizzate al miglioramento o alla migliore funzionalità** delle prestazioni oggetto del contratto, a condizione che tali **varianti non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto**". La specifica quindi, è costruita come la classica norma di chiusura che

comprende tutte quelle micro ipotesi difficilmente sintetizzabili dal legislatore. In primo luogo, secondo ovvia ed inutile precisazione, la variazione non potrà mai essere disposta a vantaggio dell'esecutore ma deve avvenire nel solo interesse della stazione appaltante; deve avere la finalità di migliorare la prestazione o le funzionalità di questa purché fondate da oggettive esigenze dovute ad accadimenti non prevedibili *ante* stipula del contratto. Si tratta, pertanto, nel caso di specie, di acclarare tutta una serie di elementi che comunque possono venire "distorti" ed è proprio per questo che, con il penultimo periodo del comma, il compilatore del regolamento impone che la variazione **non potrà mai avere un valore economico superiore ad un quinto dell'importo "originario" del contratto**. Esprime una ulteriore necessità di limitare l'esercizio dello *ius variandi* la specifica, da non sottovalutare, secondo cui il riferimento del quinto riguarda il prezzo originariamente fissato con la gara e non quello eventualmente già variato. La delicatezza dell'appendice in commento, rispetto alle previsioni generali - consentite anche oltre un quinto dell'importo del contratto - emerge dalla puntualizzazione stabilita a chiusura del comma per cui tutte queste varianti "sono approvate dal responsabile del procedimento ovvero dal soggetto competente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante". La disposizione quindi, capovolgendo l'impostazione di partenza per cui le variazioni sono disposte dal direttore dell'esecuzione, **riporta la prerogativa in capo al coordinatore gene-**

rale del procedimento amministrativo. L'articolo 311 si conclude con la previsione relativa a quelle modifiche, si direbbe, *fisiologicamente* dovute dall'esecutore del contratto. In tal senso il comma 6 rammenta che "in ogni caso l'esecutore **ha l'obbligo** di eseguire tutte quelle variazioni di **carattere non sostanziale** che siano ritenute opportune dalla stazione appaltante e che il direttore dell'esecuzione del contratto abbia ordinato, a condizione che non mutino sostanzialmente la natura delle attività oggetto del contratto e non comportino a carico dell'esecutore maggiori oneri". Anche

nel caso di specie, come emerge dalla semplice lettura, rimane ferma la preoccupazione del legislatore di contingentare anche questo tipo di modifiche *fisiologiche* prevedendo una propedeutica valutazione sull'opportunità ed il previo ordine all'esecutore da parte del direttore dell'esecuzione. Nel caso di specie quindi, il legislatore non richiama espressamente la necessità della preventiva approvazione ma la valutazione sull'opportunità dello *ius variandi*. Tale attenuazione nel *lessico* utilizzato è pro-

tabilmente riconducibile alla circostanza che queste variazioni non debbono comportare spese e, pertanto, dovrebbero concretare interventi minimi ed ovvi per una più *efficace* esecuzione della prestazione. Assolutamente pleonastico appare il richiamo finale contenuto nel periodo di chiusura secondo cui le variazioni non devono avere una incidenza sostanziale sulla natura delle attività oggetto del contratto.

“ L'esecutore ha l'obbligo di eseguire tutte le variazioni di carattere non sostanziale che siano ritenute opportune dalla s.a. e che il direttore dell'esecuzione abbia ordinato, a condizione che non mutino la natura delle attività e non comportino maggiori oneri a carico dell'esecutore ”