

## **Una legislazione da Paperopoli**

### **(o della commedia delle varianti in corso d'opera)**

Si è già detto che la patria del diritto genera mostri giuridici. E' d'obbligo una correzione: non è più nemmeno in grado di generare mostri ma solo mostriciattoli.

Un autocarro 5 assi da 44 tonnellate esce dall'officina di riparazione, viene controllato da una pattuglia, il camionista se la cava con un'autocertificazione che si ammucchia polverosa in qualche ufficio e tutto finisce lì. Una biciletta esce dall'officina di riparazione, viene controllata da una pattuglia, il ciclista è invitato a presentare gli esami del sangue e l'analisi del DNA e, se si dimentica, gli viene comminato l'ergastolo. Una norma così potrebbe essere fatta solo a Paperopoli.

Il paradosso è che una norma simile è stata introdotta alla Camera dei deputati nella legge di conversione del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 (articolo 37). Riportiamone il testo:

*«Articolo 37. (Trasmissione ad ANAC delle varianti in corso d'opera)*

*1. Fermo restando quanto previsto in merito agli obblighi di comunicazione all'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture previsti dall'articolo 7 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, per gli appalti di importo **pari o superiore alla soglia comunitaria**, le varianti in corso d'opera di cui all'articolo 132, comma 1, lettere b), c) e d), del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto sono trasmesse, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento, all'ANAC entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza.*

*2. Per gli appalti di importo **inferiore alla soglia comunitaria**, le varianti in corso d'opera di cui all'articolo 132 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, sono comunicate all'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza dell'ANAC. In caso di inadempimento si applicano le sanzioni previste dall'articolo 6, comma 11, del citato codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006.»*

A criticare la produzione legislativa nemmeno ci si diverte più, è diventato deprimente ma a volte è inevitabile. La finalità della norma è chiara (almeno nelle dichiarazioni): evitare che i ribassi eccessivi o irragionevoli con i quali l'impresa si è aggiudicata il contratto, siano annullati recuperando le somme sacrificate virtualmente all'inizio mediante appunto le varianti, le quali per il *bla bla* giornalistico sono ormai sinonimo di corruzione. Ma, a parte la dubbia efficacia, la norma svela che chi l'ha scritta non ha alcuna idea di cosa siano le varianti né di quando queste siano patologiche. In realtà anche i sassi sanno che il rimedio arbitrario ai ribassi eccessivi non è fatto con il ricorso alle varianti ma con le "riserve" e i "riconoscimenti a collaudo".

#### **1. Il contrasto alla corruzione è solo apparente?**

Che sia tutta una commedia da buttare in pasto all'opinione pubblica è dimostrato dal fatto che la norma non riguarda le "grandi opere" (infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi e cosiddetta "legge obiettivo" di vecchia memoria; qualcuno si ricorderà la lavagna

di Vespa e della meteora Lunardi). L'articolo 132 del codice dei contratti infatti non si applica questi interventi, le cui varianti sono disciplinate dall'articolo 169. Eppure è in queste opere che si trova la "ciccia". Si dirà, ma queste opere sono soggette ad un diverso e più incisivo regime di vigilanza (CIPE [1] e Ministero delle infrastrutture); ebbene, l'esperienza non sembra deporre in senso positivo.

Lo stesso vale per i cosiddetti "settori esclusi" (contratti della difesa, contratti secretati, sponsorizzazioni ecc.) e per i cosiddetti "settori speciali" (energia, telecomunicazioni, ciclo idrico, trasporti, porti, aeroporti ecc.), ai quali non si applica l'articolo 132 del codice e, di conseguenza, la nuova norma sul controllo dell'ANAC sulle varianti.

Allora, che sia ignoranza o malafede (protendiamo per la prima ipotesi) è un fatto che non si è sentito ancora nessuno dire che le varianti maggiormente "a rischio" non sono soggette all'esame dell'ANAC.

## **2. Le varianti relative a lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.**

Le varianti relative a lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria (diverse da quelli di cui al paragrafo 1) vanno trasmesse all'ANAC entro 30 giorni dalla loro approvazione, a condizione che:

- a) ricadano in una delle fattispecie di cui all'articolo 132, comma 1, lettere b), c) e d), del Codice dei contratti; quindi non sono soggette alla trasmissione se ricadono nelle fattispecie lettera a) (esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni normative) o d) (errori od omissioni nel progetto esecutivo);
- b) siano di importo che eccede il 10% dell'importo originario del contratto; in caso di due varianti, ciascuna del 9%, tra le quali sussiste una soluzione di continuità, la lettera della norma lascia spazio per sottrarsi all'obbligo; probabilmente non sarà così, ma certo il dubbio è forte qualora, ad esempio, una variante riguardi la fattispecie ex lettera c) [2] e l'altra la lettera d); [3] senza contare che almeno una sottospecie della lettera b) non può, già di per sé, comportare aumenti di costo; [4]

Queste varianti vanno trasmesse unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del RUP. Il legislatore non ha accolto il suggerimento di ANAC di obbligare alla trasmissione del progetto esecutivo solo su richiesta specifica della stessa ANAC. [5]

L'ANAC c'ha però messo del suo richiedendo anche la trasmissione del "Quadro comparativo di variante" e del "Provvedimento definitivo di approvazione", ai quali la norma non accenna [6] (anche se il quadro comparativo dovrebbe essere un documento che integra invariabilmente la variante in corso d'opera).

---

<sup>1</sup> Si veda anche l'art. 36 del decreto-legge n. 90 del 2014.

<sup>2</sup> Presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale.

<sup>3</sup> Cause ex articolo 1664 del codice civile.

<sup>4</sup> Intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale.

<sup>5</sup> Audizione del Presidente alla Commissione Affari Costituzionali della Camera del 3 luglio 2014.

<sup>6</sup> Comunicato del Presidente del 16 luglio 2014.

Lo stesso “atto di validazione” non serve a nulla se non è corredato dai rapporti di verifica (ammesso che questi abbiano alle spalle un serio impegno, visto che una buona parte di tali verifiche si risolvono in formalità inutili o ridondanti). Del “Quadro comparativo di variante” si tratterà più oltre, unitamente al significato da attribuire alla condizione di “eccedente il 10 per cento dell’importo del contratto originario”.

Nessuno ha notato che “atto di validazione” e “progetto esecutivo” non sono fratelli siamesi: siccome l’atto di validazione riguarda solo i progetti posti a base di gara, per le procedure che non prevedono che il progetto esecutivo sia posto a base di gara [7] l’atto di validazione riguarda un livello progettuale precedente, comunque non esecutivo, mentre il progetto da trasmettere è quello esecutivo e quindi, per queste diverse procedure, non validato. Il legislatore forse ha confuso la validazione, che riguarda appunto solo il progetto posto a base di gara, a prescindere dal suo livello, [8] e la verifica che riguarda tutti i livelli progettuali. [9] In buona sostanza tutte le validazioni hanno a monte delle verifiche ma non tutte le verifiche confluiscono in una validazione. Per cui negli appalti diversi da quelli di sola esecuzione l’atto di validazione non ha alcun nesso logico con il progetto esecutivo, entrambi trasmessi all’ANAC con una utilità pratica vicina allo zero.

Non può sfuggire la curiosità di conoscere come si trasmetteranno, via posta elettronica certificata, queste mole di atti; anche dopo la trasmissione come faranno gli uffici dell’ANAC ad esaminare i files trasmessi; non meno problematica l’alternativa della trasmissione in forma cartacea, dal momento che progetti esecutivi “seri” per opere di tale importo possono essere costituiti da un minimo di un centinaio di elaborati, ma possono arrivare anche ad alcune migliaia di elaborati.

Nessun cenno invece al verbale di aggiudicazione o al contratto originario, che forse sono gli unici documenti propedeutici che possono in qualche modo contenere i sintomi delle patologie che si vogliono contrastare.

Nessuna sanzione è prevista per la mancata trasmissione, nulla è previsto qualora l’ANAC rilevi l’illegittimità della variante o, *an vedi mai*, la sua inopportunità, né quale rapporto sarà instaurato con la stazione appaltante. Perfino il servizio studi del Senato si è stupito della diversità di trattamento, con l’imposizione di sanzioni solo per le varianti relative ad appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria. [10]

Nulla è previsto per le conseguenze relative alle varianti che, al momento dell’intervento (quale? Come? Quando?) dell’ANAC saranno già state realizzate o in fase irreversibile di realizzazione. Dall’approvazione in 30 giorni, aumentati dai tempi di istruttoria dell’ANAC, si possono fare molte cose. Non è prevista (giustamente) alcuna sospensione all’efficacia del provvedimento di approvazione della variante.

Certo l’ANAC potrà (dovrà) trasmettere gli atti alla Corte dei conti se rileva ipotesi di danno erariale, e potrà (dovrà) trasmettere gli atti alla Procura della repubblica se rileva ipotesi di

---

<sup>7</sup> *Appalti integrati ex art. 53, comma 2, lettere b) e c) del Codice dei contratti, locazioni finanziarie ex art. 160-bis dello stesso Codice.*

<sup>8</sup> *Art. 55 del d.P.R. n. 207 del 2010.*

<sup>9</sup> *Art. 54, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010.*

<sup>10</sup> *Dossier n. 159 (agosto 2014), pagina 264: «Non sembrano invece previste sanzioni per l’inadempimento degli obblighi indicati al comma 1»; Note di Lettura, Dossier 196/2 (agosto 2014), pagina 27: «Si segnala che non sono invece previste sanzioni per l’inadempimento degli obblighi indicati al comma 1».*

reato; il risultato sarà aggiungere altre carrozze a treni che già arrancano faticosamente.

Che il tutto si traduca in un «*mero adempimento di carattere burocratico*» [11] è la conclusione più probabile, poi si colpirà qualcuno nel mucchio, a caso, qualche articolo di giornale e via.

### **3. Le varianti relative a lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria.**

Le varianti relative a lavori di importo inferiori alla soglia comunitaria, qualunque sia la fattispecie elencata all'articolo 132, comma 1, del codice (quindi anche quelle causate da innovazioni normative ed errori od omissioni nel progetto esecutivo), qualunque sia l'importo della variante, devono essere comunicate all'Osservatorio dei contratti pubblici. L'unica cosa in comune con le varianti maggiori del comma 1 è il termine per l'adempimento: 30 giorni dall'approvazione. Qui si coinvolge un altro carrozzone malfunzionante con una ennesima comunicazione.

Si noti che la "comunicazione" (comma 2) non significa "trasmissione" (comma 1), quindi non si capisce cosa comunicare se non i semplici estremi di approvazione della variante e, se presenti, la diversa distribuzione delle categorie con i diversi importi (necessaria ai fini del rilascio del certificato di esecuzione dei lavori).

Quindi qui siamo in presenza di "qualunque variante" di cui all'articolo 132, del codice, non solo quelle del comma 1, ma anche quelle di cui al comma 3, secondo e terzo periodo; si tratta pur sempre di varianti, ancorché minori, e il comma 2 della nuova norma rinvia all'intero articolo 132 del codice, senza la limitazione del comma 1.

Al contrario sono senz'altro escluse le "non varianti" di cui all'articolo 132, comma 3, primo periodo, del codice, che testualmente recita per queste «*Non sono considerati varianti ...*».

La mancata comunicazione all'osservatorio (e la tardiva comunicazione sarà considerata mancanza?) è colpita da una sanzione a carico del RUP fino a euro 25.822, elevata a euro 51.545 se sono forniti dati non veritieri. In realtà non c'è ragione perché nella comunicazione all'Osservatorio vi siano dati non veritieri. Al contrario dati non veritieri o opinabili (anche per diversità di interpretazioni o argomenti esposti in modo incolpevolmente equivoco) possono essere contenuti nella "apposita relazione del RUP" di cui al comma 1, ma tant'è, il comma 1 come si è visto non prevede sanzioni.

Un ulteriore inconveniente è l'importo discriminante tra il comma 1 e il comma 2, costituito dalla soglia comunitaria (per i lavori oggi 5.186.00 euro); se le parole non ingannano, tale soglia è riferita "all'importo dell'appalto"; il termine, per prassi costante, rinvia all'importo a base dell'affidamento e non all'importo del contratto. La conseguenza è che:

- a) un appalto da 5.185.000 euro ricade nella disciplina del comma 2, anche in presenza di una variante che raddoppia l'importo del contratto;
- b) un appalto da 5.186.000 euro, aggiudicato con un ribasso del 25%, quindi con un importo contrattuale inferiore all'ipotesi sub. a), ricade nella disciplina del comma 1, anche se con la variante superiore al 10 per cento non raggiunge la soglia comunitaria.

Al contrario, l'aliquota del 10% il cui superamento determina il controllo di cui al comma 1, è calcolata sull'importo del contratto, per cui la soglia convenzionale di "patologia" della

---

<sup>11</sup> Letterale: dall'audizione del Presidente dell'ANAC del 3 luglio 2014, citata.

variante pur incidendo maggiormente nel caso sub. a), non ricade sotto la disciplina della trasmissione all'ANAC prevista dal comma 1.

#### **4. Le varianti di "opportunità".**

L'articolo 132 del codice, riproduttivo dell'articolo 25 della legge Merloni, nella foga di legare le mani a tutti rischia, come accade spesso, di costringere l'amministrazione appaltante a buttare via il bambino insieme all'acqua sporca.

Fuori dalle ipotesi dell'articolo 132, può verificarsi che una o più varianti all'opera appaltata siano richieste in seguito a un mutato orientamento degli organi decisionali della stazione appaltante o a un mutato approccio della comunità alla quale l'opera è destinata.

Si tenga presente che la realizzazione di un'opera risponde a scelte discrezionali dell'amministrazione committente che, in presenza delle risorse necessarie e degli altri noti presupposti, non può essere chiamata a rispondere della opportunità di tali scelte. Appare quantomeno stravagante che un'amministrazione possa decidere pressoché liberamente se costruire una nuova scuola o un nuovo municipio o un nuovo ospedale o addirittura un'opera che si rivelerà sostanzialmente inutile (Gabanelli e Iacona insegnano, ma forse ai nostri eroi è più noto il Gabibbo), ma non possa decidere, una volta avviati i lavori, di aggiungere o spostare un'aula, organizzare una diversa distribuzione degli spazi o sostituire un reparto con un altro. Proviamo a fare due casi di scuola (i casi reali sono ben più numerosi):

- un'amministrazione comunale rinnovata, eletta con un programma elettorale che prevedeva la costruzione di una scuola, dopo essersi opposta all'amministrazione precedente che voleva costruire una casa di riposo, si trova con il cantiere iniziato e la sola struttura realizzata di quest'ultima opera;
- un'azienda ospedaliera, durante la costruzione (o ristrutturazione o adeguamento) del proprio nosocomio, su richieste o pressioni (legittime, basate su ragioni scientifiche o di opportunità favorevolmente apprezzabili) dei primari, dell'università o di una fondazione convenzionate (che magari apportano altre risorse), decide di rinunciare ad un reparto programmato, di sostituirlo, di ampliarlo o arricchirlo.

Ebbene, vi sono due soluzioni:

- 1) quella formalmente legalitaria, volendo ottemperare alla legge, conduce all'ultimazione dei lavori come progettati in origine, li collauda, ne progetta la ristrutturazione e trasformazione, appalta i nuovi lavori, con demolizioni, rifacimenti e integrazioni e, ciliegina sulla torta, l'opera sarà disponibile dopo molto più tempo; se la variante è vietata (non rientrando nel perimetro dell'articolo 132 del Codice), allora l'unica soluzione è questa, salvata la forma, ma amministratori e responsabili da biasimare;
- 2) agendo con buon senso (e senso del risparmio), ignorando l'articolo 132, è redatta una variante in corso d'opera, si proseguono i lavori nel senso previsto dalla variante e si raggiungono i propri obiettivi in tempi ragionevoli.

In realtà la Stazione appaltante avrebbe anche una terza soluzione: interrompere i lavori, recedere dal contratto, integrare il progetto e procedere con un nuovo appalto. In punta di diritto non sarebbe nemmeno una "variante in corso d'opera ai sensi dell'articolo 132 del codice dei contratti" ma un nuovo appalto, quindi sottratto agli obblighi di trasmissione all'ANAC. Si

tratta di una soluzione che, speriamo, nessuno voglia prendere in considerazione. [12]

In buona sostanza, l'amministrazione appaltante può cambiare idea? Oppure fatta una scelta questa è congelata fino alla conclusione dell'appalto?

Non pare che un'amministrazione possa essere costretta, nemmeno dalle limitazioni oggettive dell'articolo 132, a realizzare lavori che vengano a trovarsi in contrasto con la propria volontà, eventualmente formatasi o modificatasi successivamente all'appalto. Anche dopo la stipula del contratto infatti possono modificarsi o venire meno quelle condizioni che erano poste a base della realizzazione o verificarsi condizioni diverse rispetto a quelle considerate in sede di appalto. Certamente questo non significa che si possono operare varianti come se l'articolo 132 non esistesse, significa solo che questa norma dev'essere posta in relazione logica con tutto l'impianto legislativo e i principi generali dell'ordinamento, dove hanno almeno la stessa importanza la coerenza tra gli obiettivi che l'amministrazione si pone (dinamici e non necessariamente congelati dalla programmazione) e i mezzi per raggiungerli, la completezza dell'opera da realizzare, la sua reale utilità e rispondenza al pubblico interesse, considerati nella loro attualità, che possono essere diversi rispetto a quelli considerati in sede di progettazione o di appalto. Il possibile ricorso alla variante nei casi non contemplati dall'articolo 132, anche se eccezionale e straordinario, rimarrebbe comunque subordinato almeno alle seguenti tre condizioni:

- 1) puntuali e inoppugnabili motivazioni in ordine alle mutate condizioni che sono poste a base della modifica degli intendimenti dell'amministrazione, considerando anche le eventuali responsabilità contabili per i possibili maggiori oneri ovvero per gli oneri di una progettazione ed eventualmente di una esecuzione divenute inutili;
- 2) coerenza con la programmazione finanziaria;
- 3) salvaguardia degli interessi economici dell'impresa appaltatrice incolpevole, anche in termini di adeguamento delle condizioni contrattuali.

Per curiosità: una variante che non rientri nei parametri dell'articolo 132, sarà senz'altro arbitraria (visto che il comma 1 riporta l'avverbio "esclusivamente") anche se non necessariamente patologica, ma non dovrebbe essere né trasmessa all'ANAC (anche se di importo superiore al 10%) né comunicata all'Osservatorio. E' un paradosso? Può darsi, ma ai paradossi ormai siamo abituati. Non è forse un paradosso il DURC [13] se un'impresa con dipendenti in regola ma in ritardo nel pagamento di 101 euro di contributi viene esclusa dagli appalti e un'altra impresa con venti dipendenti "in nero" ottiene un DURC candido come la neve? O che le stazioni appaltanti siano obbligate a ricorrere a CONSIP o altri soggetti aggregatori anche quando possono dimostrare di poter spendere di meno? [14]

---

<sup>12</sup> *Almeno per l'onerosità del contenzioso con l'appaltatore, il riconoscimento del 10% sulle parti non eseguite fino ai 4/5 del contratto originario, i tempi necessari alla nuova aggiudicazione e via continuando.*

<sup>13</sup> *Altra bardatura burocratica unica nell'intero mondo occidentale e non.*

<sup>14</sup> *In tal senso la soppressione dell'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 9 del decreto-legge n. 66 del 2014 convertito dalla legge n. 89 del 2014, ad opera dell'art. 39, comma 3-bis, del decreto-legge n. 90 del 2014; anche se tale soppressione sembra inutile vista la sopravvivenza dell'art. 1, commi 1 e 7, della legge n. 135 del 2012, dell'art. 26, comma 3, della legge n. 488 del 1999 e dell'art. 1, comma 499 della legge n. 296 del 2006. Forse il legislatore a forza di modifiche su modifiche si è incartato e non riesce più a coordinare le varie disposizioni.*

## 5. Il limite del 10% di eccedenza rispetto al contratto: l'individuazione.

Si è detto che ai fini del comma 1, le varianti in corso d'opera devono essere di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto. Di primo acchito sembrerebbe che ciò significhi che vanno trasmesse le varianti che comportano una spesa maggiore, rispetto al contratto originario, di almeno il 10 per cento. Ma se l'intento è quello di "scoprire" le patologie, l'aumento di spesa contenuto nel 10 per cento non significa nulla essendo possibile introdurre indebiti vantaggi a favore dell'impresa anche sotto tale soglia rimanendo all'interno o al di sotto dell'importo del contratto.

Il termine "eccedenza" così come il termine di "variante" sono algebricamente neutri. Eccedere (e variare) può voler dire discostarsi in negativo o in positivo. Non ci si deve far trarre in inganno dalla prassi del noto «*Quadro comparativo risparmi eccedenze*» che accompagna normalmente una variante, dove per risparmi si intendono prestazioni effettuate in tutto o in parte in meno rispetto al preventivo e per eccedenze prestazioni effettuate in tutto o in parte in più, dove la differenza se a favore delle prime dà luogo ad una "variante riduttiva" e se a favore delle seconde ad una "variante suppletiva". Mentre l'importo variazione della spesa è costituito dalla differenza tra i due importi assoluti (o dalla somma algebrica dei due importi relativi), l'importo della variante è costituito dalla somma degli stessi importi assoluti. In altri termini, in un contratto pari a 100, una variante con "risparmi" di 8 ed "eccedenze" di 9, sarà una variante di 17, quindi eccedente il 10 per cento, questo quand'anche la maggiore spesa sia di  $(9 - 7) = 1$ . Nello stesso senso una variante con "risparmi" di 12 ed "eccedenze" di 5, sarà una variante di 17, quindi ancora eccedente il 10 per cento, questo quand'anche non solo non vi sia maggiore spesa ma addirittura un risparmio di  $(5 - 12) = -7$ .

In buona sostanza le parole «*le varianti ... di importo eccedente il 10 per cento*» (testuale) hanno un significato radicalmente diverso da «*le varianti che comportano una maggiore spesa eccedente il 10 per cento*» che potrebbe essere loro attribuito in una prima lettura.

E' noto a chi ha un cognizione della contabilità dei lavori pubblici, come arbitrari favori all'impresa (finalizzati al recupero dei ribassi eccessivi), fenomeno che secondo la vulgata dovrebbe essere contrastato dalla nuova norma, possono ben trovare collocazione in soppressione di lavorazioni non remunerative e introduzione di lavorazioni che garantiscono maggiori utili. Non è certamente necessario superare il 10 per cento della maggiore spesa affinché operatori disonesti possano sguazzare nel brodo delle varianti.

Un'ultima annotazione: se questo sarà il criterio, quasi tutti i contratti "a misura" balleranno il tango: è intrinseco a tale tipologia di contratti uno scostamento in più o in meno praticamente di tutte le lavorazioni, dal momento che fare un computo metrico preciso nelle opere a misura non è certo come dosare le componenti nelle preparazioni galeniche. Cosa succederà quando, a consuntivo, si scoprirà che le variazioni (in più e in meno) sono superiori al 10 per cento?

## 6. Il limite del 10% di eccedenza rispetto al contratto: il criterio del cumulo.

Qualunque sia il significato da attribuire all'aggettivo "eccedente" (e non è tanto semplice, come si è visto in precedenza), non è chiaro se due varianti, ciascuna di importo che "eccede" del 6 per cento l'importo del contratto originario, siano soggette alla trasmissione all'ANAC. Il buon senso suggerirebbe di sì, tuttavia se tra le due varianti vi è una oggettiva e sostanziale soluzione di continuità, la lettera della norma non pare imporre l'obbligo di trasmissione.

Lo stesso si potrebbe dire del concorso di due varianti, contemporanee ma imputabili a due

fattispecie diverse. Si noti che l'articolo 132 del Codice dispone che «*Le varianti in corso d'opera possono essere ammesse... **esclusivamente** qualora ricorra **uno** dei seguenti motivi...*»; come a dire che se ricorrono più motivi (tra quelli elencati all'articolo 132) si devono disporre più varianti, incardinate su più motivazioni (quelle pertinenti alle singole fattispecie). Questa appare senz'altro una tesi ardita, infatti si ritiene che l'articolo 37, comma 1, della nuova norma, vada interpretato nel senso che al raggiungimento del limite del 10 per cento concorrono le varianti che ricadono anche in più d'una delle ipotesi di cui al predetto comma 1, ovvero definite dall'articolo 132, comma 1, lettere b), c) e d), del decreto legislativo n. 163 del 2006. [15]

Tuttavia l'argomento è utilmente posto in rapporto alle varianti per le quali è la norma a non prescrivere la trasmissione all'ANAC, ovvero quelle di cui alle lettere a) ed e) del citato articolo 132, e, in parte, le varianti minori di cui al comma 3, secondo e terzo periodo. [16].

Infatti *quid juris* nel caso una variante sia ascrivibile (con le debite motivazioni) in parte alle cause di cui alla lettera a) (innovazioni normative) o alla lettera e) (errori od omissioni progettuali) e in parte alle cause richiamate dall'articolo 37, comma 1, della nuova norma, e solo il concorso di tutte le cause porta a superare la soglia del 10 per cento?

Qui non paiono sussistere dubbi: al limite del 10 per cento concorrono solo le varianti (o la parte di variante) riconducibile alle lettere b), c) e d). In disparte la necessaria distinzione motivazionale e la difficoltà (ma non l'impossibilità) di una opportuna distinzione contabile tra la parte di variante soggetta alla trasmissione all'ANAC e la parte estranea a tale adempimento, non sarà facilissimo dimostrare la correttezza del proprio comportamento in caso di contestazione circa la mancata trasmissione. Questo anche perché molto probabilmente diversi atti sono comuni alle diverse fattispecie (gli elaborati grafici di variante, l'atto di sottomissione o altro *addendum* al contratto, i quadri economici ecc.).

## **7. Inapplicabilità alle forniture e ai servizi.**

L'articolo 132 è all'interno del Titolo III della Parte seconda del codice, espressamente riservato ai lavori pubblici quindi, in astratto, non è applicabile ai contratti di forniture e servizi. E' vero che l'articolo 114, comma 2, dello stesso codice dispone che «*Il regolamento determina gli eventuali casi in cui, nei contratti relativi a servizi e forniture ... sono consentite varianti in corso di esecuzione, nel rispetto dell'articolo 132, in quanto compatibile*», ma ciò è una mera delega al regolamento e non è sufficiente a far ricadere la varianti nei settori dei servizi e forniture nel procedimento di cui all'articolo 37 del decreto-legge n. 90 del 2014. Tant'è vero che l'articolo 311 del d.P.R. n. 207 del 2010 descrive autonomamente le ipotesi di variante nei servizi e forniture (che incidentalmente coincidono in larga parte con l'articolo 132 del codice, circostanza che depone per la non applicabilità diretta di quest'ultima norma).

---

<sup>15</sup> Con l'eccezione "naturale" della seconda fattispecie di cui alla lettera b), ("intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare ... significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti") dal momento che questa deve essere "senza aumento di costo", salvo una più restrittiva lettura del termine "eccedente" come si è visto in precedenza.

<sup>16</sup> Non possono invece esserci confusioni con le modifiche di cui all'articolo 132, comma 3, primo periodo, dal momento che è la norma che le qualifica come "non varianti".



## 8. Altri casi particolari o dubbi.

Più problematica la possibile applicabilità alle concessioni. [17]

L'articolo 142, comma 3 del codice recita: «*Alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate nel presente capo, le disposizioni del presente codice*».

Qui devono essere distinti i due casi:

- 1) le concessioni aggiudicate dalla pubblica amministrazione o dagli organismi pubblici ai concessionari (contratti di concessione o contratti di primo livello);
- 2) gli appalti aggiudicati dai concessionari che non realizzano i lavori in proprio (contratti d'appalto o contratti di secondo livello) e che non sono amministrazioni aggiudicatrici.

Quanto al caso sub. 1), se in astratto l'articolo 132 appare applicabile, la cosa è un po' più complessa per le particolari caratteristiche delle concessioni. Le varianti previste sono di natura "costruttiva", mentre nelle concessioni l'oggetto del contratto è molto più articolato, avendo contenuti finanziari e gestionali (di servizi) di assoluto rilievo, spesso più rilevanti dei lavori. Inoltre non vi è un rapporto tra lavori e corrispettivo né l'entità delle varianti (ai lavori) di per sé comporta un maggior onere per l'amministrazione concedente. Chi ha un minimo di dimestichezza con l'articolo 143 del codice (e in particolare i commi 8 e 8-bis) non ha bisogno di molte altre spiegazioni.

L'equilibrio economico-finanziario della concessione, cardine dei relativi contratti, è una miscela inestricabile di condizioni (tecniche, prestazionali, finanziarie, progettuali, cronologiche, di gestione di rischi, assicurative ecc.) impossibili da ricondurre nello stretto alveo dell'articolo 132 del codice. Tanto che nelle concessioni le varianti spesso avvengono dopo il collaudo (quindi non sono più "in corso d'opera" e riguardano ben altro che i meri lavori). La trasmissione del progetto esecutivo originario, dell'atto di validazione e della variante (limitatamente alla parte "costruttiva" poiché varianti diverse, alla gestione, ai tempi ecc. non trovano rispondenza nell'articolo 132) non consentirebbe comunque di valutare né la legittimità né l'opportunità né l'adeguatezza della variante.

Quanto al caso sub. 2), la conclusione è agevole; è l'articolo 142, comma 4, del codice ad indicare le norme applicabili, tra queste non c'è il titolo III della parte seconda del codice (che comprende l'articolo 132). Ne consegue che le varianti in corso d'opera relative a questi contratti, disciplinati dagli articoli 146 e da 149 a 151, non sono soggette all'articolo 132 né agli obblighi di trasmissione o comunicazione introdotti dalla nuova norma.

Non paiono invece sussistere ostacoli all'applicabilità ai contratti di locazione finanziaria di cui all'articolo 160-bis del codice, sia perché sono indubbiamente "appalti di lavori" (così definiti al comma 1 dello stesso articolo), sia perché le varianti di cui all'articolo 132 sono pienamente compatibili con tale tipologia di contratti. Dei contratti di disponibilità di cui all'articolo 160-ter del codice non vale la pena di parlarne visto che sono numerosi quanto le dita delle mani di Capitan Uncino.

La norma non è invece applicabile alle opere di urbanizzazione a scumpo (o comunque

---

<sup>17</sup> Intese come concessioni di costruzione e gestione ex articolo 143 e seguenti del codice, anche mediante finanza di progetto ex articolo 153 dello stesso codice; sono invece estranee le concessioni di servizi di cui all'articolo 30 del medesimo codice.

realizzate da operatori privati quali obbligazioni nell'ambito di convenzioni urbanistiche o atti analoghi), così come non pare applicabile agli appalti affidati da:

- società con capitale pubblico che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza;
- soggetti privati che realizzano opere per le quali sia previsto un contributo pubblico in conto interessi o in conto capitale;
- concessionari di servizi, quando i lavori sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice;
- enti aggiudicatori dei settori speciali anche fuori dalle fattispecie di cui alla parte III del Codice dei contratti.

Per tutti questi appalti, l'articolo 34, comma 2, del Codice dei contratti, dispone che *«in relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo»*. Non paiono sussistere dubbi che le varianti in corso d'opera dell'articolo 132 del Codice, appartengano alla "fase di esecuzione".

## **9. Una triste conclusione.**

La triste conclusione è che per l'ennesima volta si introducono complicazioni inefficaci.

Così si potrà continuare a parlare nei *talk show* della corruzione da 60 miliardi di euro all'anno, cifra che mai nessuno ha detto come è stata misurata (solo: l'ha detto la Corte dei conti, che l'ha detto l'ISTAT, che l'ha detto la CGIA di Mestre [18], che l'hanno detto Stella e Rizzo, [19] che l'ha detto Report, che l'ha detto Il Sole 24 ore e via andare, ognuno si appoggia sull'altro in un circolo vizioso senza che nessuno sappia di cosa parla).

Se gli investimenti in opere pubbliche in Italia sono stati da un massimo di 44,1 miliardi nel 2004 ad un minimo di 27,7 miliardi nel 2013, si fa una certa fatica a credere che 60 miliardi annui di corruzione si trovino qui, in una frazione dei lavori pubblici disciplinata dall'articolo 132 del codice dei contratti. Se si obietta che nella cifra (ipotetica) vano compresi i lavori delle grandi opere, i servizi, le forniture, l'urbanistica, il commercio e l'intero mondo della pubblica amministrazione e delle società pubbliche o para-pubbliche, allora si deve avere il coraggio di dire che l'articolo 37 della nuova legge con la corruzione c'entra come i classici cavoli a merenda.

E se agli scandali della primavera del 2104 le finte vergini si sono chieste *«Ma come può essere successo a vent'anni da tangentopoli»* tra qualche anno, dopo nuove norme inutili, centralizzazioni degli appalti, [20] controlli immaginari, semplificazioni al contrario, sistemi informatici e banche dati che fanno rimpiangere i Borboni, fingeranno ancora di scandalizzarsi e chiedersi *«Ma come è potuto succedere»*.

---

<sup>18</sup> Non si è mai capito dove questa prende i dati di tutto e di tutti, neanche avesse una filiale a Medjugorie.

<sup>19</sup> Ben triste uno stato che fa finta di sopprimere le province perché l'hanno detto due giornalisti.

<sup>20</sup> Altra scoperta che non potrà che provocare danni.