Corso ASTM
per giovani professionisti
2° incontro in presenza

12 settembre2023
09:00 – 13:30

Normativa sui lavori pubblici:

L'esecuzione del contratto:

- **Riserve**
- **Varianti**

dott.ssa A. Lagorio

ASTM

Argomenti trattati

La disciplina dell'esecuzione del contratto (in particolare dei lavori)

- le riserve
- le modifiche del contratto

La disciplina dell'esecuzione del contratto (in particolare dei lavori)

Le riserve (art. 7 All. II.14 Nuovo Codice)

La ratio delle riserve

L'istituto della riserva per l'Amministrazione, ai sensi dell'art. 7 c. 1 dell'allegato II.14 al D.Lgs. 36/23, è lo strumento che consente una **costante verifica dell'eventuale lievitazione del costo e del tempo di esecuzione dell'opera**, il tutto mediante la verifica della Direzione Lavori.

Il nuovo quadro normativo non prevede però in capo alla D.L. l'onere di controdedurre nel Registro di contabilità le riserve dell'Appaltatore. La normativa infatti riprendendo il tenore dell'art. 9 del D.M. 49/18 si limita a prevedere che la D.L. debba gestire le contestazioni su aspetti tecnici e le riserve dell'Appaltatore attenendosi alla disciplina prevista nel Capitolato d'Appalto.

La riserva per l'Appaltatore è **uno strumento di conservazione di un diritto**, che può essere accertato anche in corso d'opera, senza interferire sull'esecuzione dei lavori, attraverso ben individuate procedure deflattive del contenzioso al ricorrere dei presupposti di legge (ad es. Collegio Consultivo Tecnico).

L'esecuzione dell'opera pubblica deve procedere incessantemente nel rispetto dei tempi contrattuali previsti non permettendo all'Appaltatore di interrompere l'esecuzione dei lavori a fronte di un pregiudizio cagionato da una condotta ritenuta inadempiente della Stazione appaltante alle proprie obbligazioni di legge o di contratto, **sempre che non sia compromesso l'equilibrio contrattuale** (principio garantito dall'art. 9 del D.Lgs. 36/23).

La disciplina dell'esecuzione del contratto (in particolare dei lavori)

Le riserve (art. 7 All. II.14 Nuovo Codice)

Natura delle riserve

Le riserve possono essere: **riserve contabili e riserve risarcitorie**.

Le prime costituiscono quelle domande esplicitate dall'Appaltatore **per lamentarsi dell'errata applicazione di un prezzo o della mancata contabilizzazione di lavori svolti.**

Le seconde attengono al risarcimento di un danno provocato dalla condotta della Stazione appaltante ritenuta dall'Appaltatore contraria alle disposizioni di legge e di contratto.

Le riserve contabili hanno una natura prettamente tecnica afferendo ad una diversa e più onerosa modalità di esecuzione di una specifica prestazione rispetto a quanto era previsto contrattualmente e contabilizzato dalla D.L. (contestazione determinazione Nuovo prezzo ritenuto incongruo dall'operatore economico).

Le riserve risarcitorie derivano da una circostanza imputabile a fatto o colpe della Stazione appaltante che abbia compromesso il percorso regolare di avanzamento dei lavori generando un danno economico in capo all'Appaltatore, coincidente con la sopportazione di costi non più proporzionati e remunerati dalla produzione e quindi dal corrispettivo. L'esecuzione dell'opera, infatti, deve procedere in adempimento ai termini sanciti per legge e contrattualmente rispetto a ciascuna fase o processo secondo la tempistica prevista dal cronoprogramma presentato ed approvato. Il tutto tenendo in considerazione che l'organizzazione degli interventi resta nella piena ed esclusiva disponibilità dell'Appaltatore.

La disciplina dell'esecuzione del contratto (in particolare dei lavori)

Le riserve (art. 7 All. II.14 Nuovo Codice)

Modalità e termini di esplicitazione delle riserve

Il comma 2 dell'art. 7 dell'all. II.14 indica i contenuti della riserva a pena di inammissibilità.

Le riserve sono iscritte a pena di decadenza ***sul primo atto dell'appalto idoneo a riceverle, successivo all'insorgenza o alla cessazione del fatto che ha determinato il pregiudizio dell'esecutore.*** *In ogni caso, sempre a pena di decadenza, le riserve sono iscritte anche* ***nel registro di contabilità all'atto della firma immediatamente successiva al verificarsi o al cessare del fatto pregiudizievole****, nonché* ***all'atto della sottoscrizione del certificato di collaudo*** *mediante precisa esplicitazione delle contestazioni circa le relative operazioni. Le riserve non espressamente confermate sul conto finale si intendono rinunciate.*

Le riserve devono essere formulate in modo specifico e indicare con precisione le ragioni sulle quali si fondano. In particolare, le riserve devono contenere a pena di inammissibilità:
a) la precisa quantificazione delle somme che l'esecutore ritiene gli siano dovute. La quantificazione della riserva è effettuata in via definitiva, senza possibilità di successive integrazioni o incrementi rispetto all'importo iscritto, salvo che la riserva stessa sia motivata con riferimento a fatti continuativi;
b) l'indicazione degli ordini di servizi, emanati dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione, che abbiano inciso sulle modalità di esecuzione dell'appalto;
c) le contestazioni relative all'esattezza tecnica delle modalità costruttive previste dal capitolato speciale d'appalto o dal progetto esecutivo;
d) le contestazioni relative alla difformità rispetto al contratto delle disposizioni e delle istruzioni relative agli aspetti tecnici ed economici della gestione dell'appalto;
e) le contestazioni relative alle disposizioni e istruzioni del direttore dei lavori o del direttore dell'esecuzione che potrebbero comportare la responsabilità dell'appaltatore o che potrebbero determinare vizi o difformità esecutive dell'appalto.

La disciplina dell'esecuzione del contratto (in particolare dei lavori)

Le riserve (art. 7 All. II.14 Nuovo Codice)

Modalità e termini di esplicitazione delle riserve sul conto finale

L'Appaltatore contrariamente a quanto accade nella prassi non ha l'onere di conferma e riproposizione delle riserve già esplicitate in contabilità nei SAL che si susseguono.

La legge impone solo ed esclusivamente all'Appaltatore di confermare sul conto finale, a pena di decadenza, le riserve esplicitate direttamente o riportate nel registro di contabilità durante l'esecuzione dei lavori. **In difetto le riserve saranno da intendersi definitivamente abbandonate**. La conferma delle riserve sul conto finale deve avvenire contestualmente alla firma del documento, entro il termine perentorio di 30 giorni della messa a disposizione del conto finale.

L'Appaltatore, all'atto della firma del conto finale, da apporre entro il termine di trenta giorni dall'invito del RUP a prenderne cognizione, **non può iscrivere domande diverse per oggetto o per importo da quelle formulate nel registro di contabilità durante lo svolgimento dei lavori.**

Concetto di fatto continuativo

Rispetto ai termini e modalità di esplicitazione delle riserve costituisce eccezione l'ipotesi in cui il pregiudizio patito dall'Appaltatore discenda dai c.d. **fatti continuativi ossia da eventi prodotti da una causa costante o da una serie causale di non immediata rilevanza onerosa**. Si intendono fatti continuativi gli avvenimenti il cui perdurare nel tempo ha in sé una carica dannosa non solo di carattere permanente ma suscettibile di essere apprezzata nel tempo per la sua potenzialità di produrre alterazioni sui lavori. **La giurisprudenza afferma che l'onere di iscrizione della riserva per i fatti continuativi diventa operativo non appena la potenzialità dannosa del fatto sia obiettivamente apprezzabile**, secondo i criteri della diligenza e buona fede **e l'Appaltatore disponga di dati sufficienti per segnalare** alla Stazione appaltante **le cause dell'evento** per lui pregiudizievole e il presumibile onere economico, **salvo poi precisare l'entità nelle successive registrazioni o in chiusura del conto finale**.

La disciplina dell'esecuzione del contratto (in particolare dei lavori)

Le modifiche al contratto (art. 120 Nuovo Codice)

La ratio delle modifiche al contratto

L'art. 120 del D.Lgs. 36/23 ha ripreso i principi contenuti nell'art. 106 del D.Lgs. 50/16 in tema di modifiche del contratto.

L'art. 120 da' rilevanza al concetto di modifica sostanziale quale limite alle modifiche al contratto come previsto dalla Direttiva Europea.

La finalità di tale scelta consiste nel limitare il ricorso a nuove procedure di affidamento, quando il contratto è in corso di esecuzione, se le modifiche da apportare al contratto siano di natura sostanziale e quindi tali da ritenere che le condizioni modificate avrebbero inciso sul risultato della procedura di gara nel caso in cui già fossero state parte della procedura iniziale.

Accanto al principio della natura sostanziale e non della modifica, la Direttiva ha previsto anche il concetto di circostanza imprevedibile considerata come circostanza imprevista e imprevedibile quella che, pur avendo l'Amministrazione preparato la gara con diligenza, non era prevedibile al momento in cui è stato aggiudicato l'appalto.

Le modifiche del contratto possono essere **oggettive** o **soggettive**.

La disciplina dell'esecuzione del contratto (in particolare dei lavori)

Le modifiche al contratto (art. 120 Nuovo Codice)

Aspetti innovativi dell'art. 120 del D.Lgs. 36/23 rispetto all'art. 106 del D.Lgs. 50/16

a) La revisione dei prezzi viene disciplinata dall'art. 60 a seguito del fenomeno dell'eccessivo incremento dei prezzi verificatosi in questo periodo.

b) Il comma 7 definisce la nozione di modifiche al progetto non sostanziali (proposte dalla stazione appaltante ovvero dall'appaltatore nel rispetto della funzionalità dell'opera) che: **(i) assicurino risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni; (ii) realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera**. **Tali modifiche sono sempre consentite** come stabilito al comma 5, **fermi i limiti derivanti dalle somme a disposizione del quadro economico.**

c) Eliminata per la Stazione appaltante la facoltà di stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche (riferita alle modifiche non sostanziali) in quanto i limiti quantitativi sono già contenuti nell'art. 120.

d) Il comma 9 stabilisce la facoltà della stazione appaltante di prevedere nei documenti di gara la possibilità di ordinare all'Appaltatore modifiche in aumento o in diminuzione fino alla concorrenza del quinto dell'importo del contratto, senza che l'Appaltatore possa far valere il diritto alla risoluzione del contratto. Il diritto potestativo della Stazione appaltante potrà essere esercitato solamente se previsto nei documenti di gara.

e) L' art. 120 non menziona l'errore progettuale.

f) L'art. 120 declina il principio introdotto dall'art. 9 del D.Lgs. 36/23 " *conservazione dell'equilibrio contrattuale*".

La disciplina dell'esecuzione del contratto (in particolare dei lavori)

Le modifiche al contratto (art. 120 Nuovo Codice)

Le modifiche oggettive

In tale categoria sono presenti quelle modifiche, consentite in corso di esecuzione senza necessità di ricorrere ad un nuovo affidamento, che incidono sull'oggetto del contratto. Il nuovo Codice ammette le seguenti diverse modifiche:

1. modifiche inserite, a prescindere dal loro valore monetario, in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara sempre che la struttura del contratto rimanga inalterata;
2. l'affidamento di lavori, servizi e forniture supplementari all'esecutore originario;
3. le varianti in corso d'opera sempre che la struttura del contratto rimanga inalterata e qualora giustificate da circostanze imprevedibili;
4. le modifiche il cui valore sia inferiore alle soglie di rilevanza europea **nonché** al di sotto del valore del 10% del contratto iniziale per servizi o forniture e del 15% per contratti di lavori, sempre che la struttura del contratto rimanga inalterata;
5. modifiche ritenute non sostanziali a prescindere dal valore economico;
6. modifiche in aumento o in diminuzione fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, se previste in specifiche clausole di gara.

La disciplina dell'esecuzione del contratto (in particolare dei lavori)

Le modifiche al contratto (art. 120 Nuovo Codice)

Lavori supplementari

Il nuovo Codice conferma la previsione dell'affidamento diretto al contraente originario di lavori, servizi e forniture supplementari non previsti nell'appalto iniziale, senza necessità di nuova gara, solamente qualora vi sia la ricorrenza simultanea e non alternativa di due condizioni qualitative:

(i) la modifica risulti impraticabile per motivi economici e tecnici,

(ii) comporti per la Stazione appaltante notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi,

sempre nel rispetto del limite quantitativo non superiore al 50% del contratto iniziale come stabilito dal comma 2.

La disciplina dell'esecuzione del contratto (in particolare dei lavori)

Le modifiche al contratto (art. 120 Nuovo Codice)

Le varianti in corso d'opera

La norma definisce **varianti in corso d'opera quelle dovute a modifiche rese necessarie per effetto di circostanze imprevedibili** (è stato eliminato il termine impreviste) per la Stazione appaltante, tra le quali rientrano quelle dovute a nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti sopravvenuti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti.

Le varianti in corso d'opera non devono, ai sensi del comma 1, **alterare la struttura del contratto o dell'Accordo Quadro e l'operazione economica sottesa agli stessi e sotto il profilo quantitativo le stesse sono ammesse qualora le modifiche non comportino un aumento di prezzo superiore al 50% del contratto iniziale**.

Si ritiene che le varianti in corso d'opera possono rientrare anche tra le ipotesi di modifica del contratto non sostanziali, infatti si possono includere tra le modifiche non sostanziali quelle che "*realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera (le varianti c.d. migliorative adottate anche su eventuale proposta dell'Appaltatore*)". **Tale interpretazione fa salvi i limiti che il comma 6 identifica rispetto alla natura di modifica sostanziale**.

Art. 120 comma 6: *"La modifica è considerata sostanziale quando altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 3, una modifica è considerata sostanziale se si verificano una o più delle seguenti condizioni:*
a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o di accettare un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;
b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
d) un nuovo contraente sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti dal comma 1, lettera d)".

La disciplina dell'esecuzione del contratto (in particolare dei lavori)

Le modifiche al contratto (art. 120 Nuovo Codice)

Il comma 13 dell'art. 120 dal punto di vista formale prevede per le diverse ipotesi di modifica del contratto che le stesse debbano essere autorizzate dal RUP rinviando per la specifica disciplina di dettaglio all'all. II.14 il quale ricalca la normativa previgente.

In particolare l'art. 5 1. prevede che "*il direttore dei lavori fornisce al RUP l'ausilio necessario per gli accertamenti in ordine alla sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 120 del codice e propone al RUP le modifiche, nonché le varianti dei contratti in corso di esecuzione e relative perizie di variante, indicandone i motivi*" inoltre prevede al comma 2 "*Con riferimento ai casi indicati dall'articolo 120, comma 1, lettera c) (varianti in corso d'opera), del codice, il direttore dei lavori descrive la situazione di fatto ai fini dell'accertamento da parte del RUP della sua non imputabilità alla stazione appaltante, della sua non prevedibilità al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori e delle ragioni per cui si rende necessaria la variazione*".

Allo stesso modo il comma 3 prevede che "*in tutti i casi in cui siano necessarie modifiche del progetto, anche ai sensi dell'articolo 120, comma 7 (modifiche non sostanziali), del codice, il direttore dei lavori, acquisito il parere del progettista, redige una relazione motivata contenente i presupposti per la modifica, sulla cui fondatezza si esprime il RUP per sottoporla all'approvazione della stazione appaltante. Gli eventuali costi per la progettazione delle modifiche devono trovare capienza nell'invarianza del quadro economico".*

La disciplina dell'esecuzione del contratto (in particolare dei lavori)

Le modifiche al contratto (art. 120 Nuovo Codice)

Le modifiche soggettive

L'art. 120 contiene disposizioni che riguardano le modificazioni soggettive stabilendo i criteri e le condizioni affinché il mutamento dei soggetti appaltatori possa considerarsi legittimo.

In particolare il **primo comma lett. d) dell'art. 120** dispone che il contratto può essere modificato senza ricorrere ad una nuova procedura di affidamento: "*se un nuovo contraente sostituisce l'aggiudicatario a causa di una delle seguenti circostanze:*

1) *le modifiche soggettive implicanti la sostituzione del contraente originario sono previste in clausole chiare, precise e inequivocabili nei documenti di gara;*
2) *all'aggiudicatario succede, per causa di morte o insolvenza o a seguito di ristrutturazioni societarie, che comportino successione nei rapporti pendenti, un altro operatore economico che soddisfi gli iniziali criteri di selezione, purché ciò non implichi ulteriori modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 124;*
3) *nel caso in cui la stazione appaltante assume gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori".*

Le ipotesi di modificazioni soggettive sono limitate a cause interne della struttura dell'Appaltatore, non incidenti sulla struttura essenziale del contratto e quindi non in grado di alterare gli equilibri concorrenziali sottesi alla procedura ad evidenza pubblica.

Le ipotesi elencate dall'art. 120 hanno natura tassativa, non essendo consentite modifiche soggettive che non rientrano nelle fattispecie citate.

Il nuovo Codice rispetto al precedente ha solo previsto aspetti di raccordo e nominalistici stabilendo inoltre una lex specialis all'art. 124.

La disciplina dell'esecuzione del contratto (in particolare dei lavori)

Le modifiche al contratto (art. 120 Nuovo Codice)

Le modifiche della durata del contratto

La normativa in materia di appalti vieta il rinnovo e la proroga dei contratti al fine di scongiurate affidamenti reiterati al medesimo soggetto al fine di garantire la tutela della concorrenza.

Il nuovo Codice prevede ipotesi tassative per le quali la durata del contratto può essere modificata senza ricorrere ad una nuova gara.

In particolare il comma 10 dell'art. 120 stabilisce che il contratto pubblico è sempre modificabile nel caso in cui sia prevista nel bando o nei documenti di gara iniziali un'opzione di proroga, escludendo la previsione contenuta nel D.Lgs. 50/16 secondo cui "*la proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente*". L'Appaltatore dovrà eseguire le prestazioni agli stessi patti e condizioni del contratto o, se previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato se più favorevoli per la Stazione appaltante.

Il comma 11 dell'art. 120 prevede inoltre che è ammessa la c.d. proroga tecnica in casi eccezionali nei quali risultino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto consentendola per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura. In quest'ultimo caso è prevista solo la possibilità che vengano applicati i prezzi, i patti e le condizioni del contratto originale.

La disciplina dell'esecuzione del contratto (in particolare dei lavori)

Le modifiche al contratto (art. 120 Nuovo Codice)

Obblighi di comunicazione

La disciplina degli obblighi di comunicazione prevista dal D.Lgs. 50/16 in tema di modifiche del contratto in corso di esecuzione era quella di alcuni obblighi di comunicazione all'ANAC, la stessa è stata trasfusa nell'allegato II.14 nei commi 11 e 12 dell'art. 5 con una disciplina parzialmente diversa.

In particolare le modificazioni al contratto di cui ai commi 1 lett. b) e 3 dell'art. 120 sono sempre comunicate dal RUP all'ANAC a prescindere dal valore, in secondo luogo è stato eliminato l'obbligo di comunicazione all'Osservatorio per le modifiche di lieve entità.

Grazie dell’attenzione

Dott.ssa Antonella Lagorio

ASTM