

20 Mag 2020

Appalti, gestire le varianti ai tempi del Covid: guida pratica per il Rup (e le imprese)

Roberto Mangani

In attesa delle annunciate modifiche al Codice dei contratti pubblici ci si interroga su quali siano gli spazi di manovra che la legislazione vigente consente per far fronte alle diverse situazioni di crisi in cui attualmente si trovano ad operare i committenti pubblici e gli operatori in relazione all'emergenza sanitaria. Tra le numerose esigenze collegate a tale emergenza vi può essere quella di modificare i contratti di appalto in essere, attraverso il meccanismo delle varianti, per far fronte alle mutate condizioni di operatività degli enti appaltanti. Peraltro nelle peculiari condizioni determinate dalla situazione emergenziale il ricorso alle varianti può risultare funzionale non solo in relazione all'ipotesi più comune, cioè quella delle varianti in aumento, ma anche per far fronte alla riduzione delle prestazioni previste nel contratto di appalto, e cioè le varianti in diminuzione. Questa seconda evenienza può ricorrere in particolare per gli appalti di forniture e di servizi.

È sufficiente pensare a tutti i servizi collegati all'attività scolastica (mense, trasporti, etc.) ma anche alle forniture strettamente connesse alle attività sospese (ad esempio negli uffici pubblici). Ma anche le varianti in aumento – in tutti i settori - possono essere funzionali alla risoluzione di problematiche contingenti, che i committenti pubblici hanno difficoltà ad affrontare in altro modo considerato da un lato l'urgenza di provvedere e dall'altro le ridotte condizioni di operatività. In questo contesto, può essere estremamente utile verificare quali siano, nel quadro normativo vigente, le condizioni per il legittimo ricorso alle varianti, e in particolare quali opportunità vi siano nell'ambito dei limiti e delle condizioni posti dal D.lgs. 50/2016. Sotto questo profilo il riferimento principale è rappresentato dall'articolo 106 del D.lgs. 50. Si tratta peraltro di una norma estremamente confusa e che ricomprende nel suo ambito fattispecie molto diverse tra loro. Lo sforzo interpretativo è quindi finalizzato ad estrapolare da questo articolo quelle specifiche previsioni che possono costituire un utile riferimento ai fini di definire limiti e condizioni per il ricorso alle varianti.

Il quinto d'obbligo

La prima disposizione che viene in considerazione è senza dubbio quella relativa al c.d. quinto d'obbligo, contenuta al comma 12. Essa prevede che la stazione appaltante possa disporre un aumento o una diminuzione delle prestazioni previste nel contratto di appalto nei limiti del quinto dell'importo originario. In questo caso l'appaltatore è obbligato ad eseguire ai medesimi patti e condizioni del contratto originario. Nonostante qualche dubbio interpretativo dovuto essenzialmente a un difetto di coordinamento, si deve ritenere che questa previsione rappresenti un elemento a sé stante, nel senso che va considerata in termini autonomi e quindi non collegata alle altre previsioni contenute nell'articolo 106. In sostanza, l'aumento o la diminuzione dell'importo del contratto nei limiti del quinto dell'importo originario è una possibilità cui le stazioni appaltanti possono ricorrere a prescindere dai limiti e dalle condizioni poste da altre disposizioni dello stesso articolo 106.

Si deve quindi concludere che, di fronte ad esigenze sopravvenute degli enti appaltanti che possano essere soddisfatte aumentando o diminuendo le prestazioni nei limiti del quinto dell'importo originario, la disposizione in esame offra la soluzione più rapida e più facilmente perseguibile.

Le varianti "minori"

Una seconda disposizione da prendere in considerazione è quella contenuta al comma 2. In base ad essa l'importo dei contratti può essere variato nell'ambito di un duplice limite quantitativo. Nello specifico l'importo della variazione: a) deve essere inferiore alle soglie comunitarie (...); b) in ogni caso, deve essere inferiore al 10% del valore iniziale del contratto per le forniture e i servizi ovvero al 15% per i lavori. Oltre a questi limiti quantitativi è indicato anche un limite qualitativo, nel senso che la modifica non deve alterare la natura complessiva del contratto. Al di là della genericità di quest'ultima condizione, si deve rilevare che l'effettiva utilità di questa previsione appare relativa. Il secondo dei limiti quantitativi indicati è infatti inferiore al 20%, per cui appare più agevole per l'ente appaltante ricorrere alla variante utilizzando la norma sul quinto d'obbligo. L'unica ipotesi in cui la previsione potrebbe avere un rilievo pratico è quella in cui l'ente appaltante, in sede di variante, intendesse modificare le condizioni del contratto originario. In questo caso non potrebbe ricorrere alla disposizione sul quinto d'obbligo, e tuttavia si deve ritenere che le nuove condizioni contrattuali dovrebbero comunque essere negoziate con l'appaltatore.

Le varianti maggiori

Nell'ipotesi in cui la variante da introdurre fosse di importo superiore al 20% del contratto originario – e quindi non fosse consentito ricorrere né alla disposizione sul quinto d'obbligo né a quella esaminata al punto precedente – l'unica possibilità concretamente perseguibile appare quella di fare riferimento a quanto previsto dal comma 1, lettera c).

Quest'ultima disposizione stabilisce che si possano apportare varianti al contratto originario qualora ricorrano due condizioni: a) la variante si sia resa necessaria per circostanze imprevedute e imprevedibili per l'ente appaltante; b) non venga alterata la natura generale del contratto. Appare indubbio che l'attuale emergenza sanitaria si configuri come una circostanza impreveduta e imprevedibile, e che quindi per definizione debba considerarsi soddisfatta la prima condizione. Quanto alla seconda, sia pure nella vaghezza della formulazione utilizzata, si deve ritenere che possa apparire realizzata qualora non venga modificata la natura – cioè la tipologia - delle prestazioni oggetto del contratto, né le caratteristiche essenziali delle stesse. Sembrano quindi esserci significativi spazi di manovra per gli enti appaltanti per introdurre varianti in relazione a tale previsione. Occorre tuttavia operare due considerazioni. La prima è che, relativamente ai settori ordinari, vi è un limite di importo, poiché ai sensi del comma 7 la variante non può eccedere il 50% del valore del contratto originario. La seconda è che l'ipotesi in esame sembra valere esclusivamente per le varianti in aumento – e non anche per quelle in diminuzione – posto che il medesimo comma 7 fa esplicito riferimento, nel richiamare la previsione del comma 1, lettera c) a un aumento del prezzo, e non a una diminuzione dello stesso.

Le modifiche non sostanziali

Non appare invece di facile percorribilità l'ipotesi contemplata dalla lettera e) del comma 1, che consente di apportare al contratto in essere modifiche non sostanziali. Occorre infatti considerare che la definizione di quali siano le modifiche da considerarsi sostanziali – come tali non consentite - è contenuta al successivo comma 4, con una serie di previsioni molto articolate ed anche alquanto confuse. In particolare, la modifica, per essere considerata non sostanziale, in primo luogo non deve alterare in maniera considerevole gli elementi essenziali del contratto. Inoltre, non deve modificare in misura significativa le condizioni iniziali dell'appalto, nel senso

che se altri operatori avessero conosciuto le nuove condizioni avrebbero partecipato alla gara originaria. Infine, la modifica non deve alterare l'equilibrio economico del contratto a vantaggio dell'affidatario né estendere in maniera notevole l'ambito di applicazione dello stesso. Come si vede le condizioni indicate appaiono da un lato stringenti e dall'altro di non facile decifrazione né verifica. Tutte circostanze che rendono l'ipotesi delle modifiche non sostanziali poco attrattiva in una logica di intervento che vuole essere la più semplice e immediata possibile per far fronte a una situazione emergenziale.

La proroga dei contratti

Vi è infine un altro tema che occorre prendere in considerazione ed è quello della possibilità di proroga dei contratti in essere. Si tratta di un'esigenza che può essere particolarmente avvertita anche in considerazione delle difficoltà di avviare nuove gare, tenuto conto non solo degli ostacoli organizzativi ma anche della sospensione dei termini delle procedure che è stata disposta con i provvedimenti normativi. La previsione della proroga dei contratti è contemplata al comma 11, che tuttavia la circoscrive in maniera rigida stabilendo che questa possibilità è condizionata al fatto che sia stata preventivamente prevista nei documenti di gara. In mancanza dell'opzione di proroga nei documenti di gara - che è l'ipotesi ordinaria - l'unica possibilità che residua è quella che fa riferimento alla c.d. proroga "tecnica", individuata anche alla luce di un certo orientamento giurisprudenziale. Tale proroga è stata ritenuta ammissibile in circostanze eccezionali - quale è appunto l'emergenza sanitaria - per una sola volta e per un periodo di tempo limitato, che comunque non può essere superiore a quanto strettamente necessario per lo svolgimento della procedura di gara per la selezione del nuovo contraente. Questa proroga "tecnica" è stata ritenuta legittima in funzione della necessità di garantire il principio di continuità dell'azione amministrativa e sembra quindi trovare giustificazione proprio in relazione a situazioni emergenziali come quella in corso, che impongono di individuare tutti i possibili strumenti volti ad evitare che i committenti pubblici non possano far fronte allo svolgimento delle funzioni e delle attività di loro competenza.