

Appalto integrato: migliorie consentite entro i limiti del progetto a base di gara

Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2023, n. 2261

di Beatrice Armeli

“ La sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 6 marzo 2023, n. 2261 appare di interesse in una prospettiva *de iure condendo*, per colmare quelle lacune normative che continuano a persistere anche nel testo del nuovo Codice in ordine ai limiti di quelle innovazioni progettuali che è possibile, già a monte, apportare rispetto al progetto a base di gara. ”

1. Premessa

Come noto, l'appalto integrato si caratterizza per il contributo di idee nelle soluzioni progettuali da parte dell'appaltatore, a condizione che detto contributo avvenga nel rispetto dei profili strutturali e morfologici dell'opera pubblica delineata nelle linee essenziali nel progetto posto a base di gara. Pertanto, rispetto a quest'ultimo, il progetto predisposto dall'appaltatore non deve costituire un *aliud*, cioè un progetto differente¹.

È questo un principio immanente alla stessa disciplina dell'appalto integrato, sia esso c.d. "di secondo grado", quando oggetto di appalto – insieme ai lavori – è solo il progetto esecutivo (v. art. 59, comma 1-bis, d.lgs. 50/2016)², sia esso c.d. "complesso", quando oggetto di

appalto è anche il progetto definitivo da rapportarsi a quello di fattibilità tecnica ed economica (PFTE) a base di gara (v. art. 48, comma 5, d.l. 77/2021, conv. con modif. dalla l. 108/2021)³, con riguardo al quale, peraltro, è già stato precedentemente condotto il confronto tra le alternative progettuali nell'apposito documento di fattibilità (DOCFAP).

Principio che non può che confermarsi anche nella disciplina in divenire, pur conoscendo – evidentemente – nuove sfumature in ragione della prevista riduzione dei livelli di progettazione ai sensi dell'art. 41 dello schema del nuovo Codice. La progettazione in materia di lavori pubblici, si articolerà, infatti, in due livelli di

(1) V. ad esempio: TAR Lazio, Roma, sez. III, 27 agosto 2021, n. 9401.

(2) Come noto, in virtù di quanto previsto dall'art. 1, comma 1, lett. b), del d.l. 32/2019 (conv. con modif. dalla l. 55/2019), come modificato da ultimo dall'art. 52 del d.l. 77/2021 (conv. con modif. dalla l. 108/2021), tale modalità di appalto integrato diviene oggi possibile per qualsiasi tipologia di opera pubblica e non solo per quelle con (prevalente)

componente tecnologica o innovativa. Il divieto di appalto integrato risulta infatti attualmente sospeso fino al 30 giugno 2023, con lo scopo di perseguire una maggiore celerità e semplificazione delle procedure di aggiudicazione e quindi di rilanciare il settore economico degli appalti pubblici.

(3) Trattasi di una disciplina speciale per le opere afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e dal Piano Nazionale degli Investimenti Complementari (PNC), espressamente in deroga all'art. 59, comma 1, del d.lgs. 50/2016.

successivi approfondimenti tecnici: quello del progetto di fattibilità tecnica ed economica e quello del progetto esecutivo, che diventerà dunque secondo. L'art. 44, comma 1, dell'emananda normativa – nella sua versione attuale – prevede quindi che negli appalti di lavori, la stazione appaltante possa stabilire che il contratto abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato, precisando poi, al comma 5, che l'esecuzione dei lavori può iniziare solo dopo l'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto esecutivo.

In detto contesto, dunque, appare in effetti concreto il rischio di un notevole aumento dei costi in fase esecutiva, che spesso si accompagna anche ad un incremento dei tempi, a causa della ritardata definizione di problematiche progettuali, a carico dell'impresa, con elevata probabilità di varianti⁴. Eppure, in sede di offerta, in virtù del principio sopra ricordato, non possono che trovare spazio unicamente soluzioni migliorative rispetto al progetto a base di gara, la cui portata, per definizione, non può importare alcuna modifica progettuale. Secondo infatti l'indirizzo ampiamente condiviso dalla giurisprudenza amministrativa⁵, in sede di gara d'appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché:

- a) le prime possono liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'amministrazione;
- b) mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazio-

ne appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un *aliud* rispetto a quella prefigurata dalla amministrazione committente, eventualmente consentito in fase esecutiva secondo la disciplina prevista per le varianti in corso d'opera⁶.

La recente sentenza del Consiglio di Stato, che qui si propone, ritorna sull'argomento e, ancorché non introduca elementi di discontinuità rispetto all'orientamento ormai consolidato⁷, appare di interesse in una prospettiva *de jure condendo*, non foss'altro per colmare quelle lacune normative che continuano a persistere anche nel testo del nuovo Codice in ordine ai limiti di quelle innovazioni progettuali che è possibile, già a monte, apportare rispetto al progetto a base di gara. Limiti che, verosimilmente, saranno di maglie più larghe nel passaggio da tre a due livelli di progettazione, nel senso che l'offerta progettuale (specie laddove il progetto esecutivo sia oggetto di appalto insieme ai lavori, con conseguente – già anticipato – confronto diretto con l'impresa esecutrice) dovrà essere in grado di massimizzare il progetto di base, valorizzandolo entro le linee essenziali già tracciate, mediante l'apporto delle migliori consentite, e proiettandolo nella fase esecutiva. Sarebbe proprio la "lunghezza" di questa distanza tra i (futuri) due livelli di progettazione ad amplificare – perlomeno potenzialmente – il rischio di proporre varianti migliorative anziché semplici migliorie.

(6) Per una disamina tra varianti migliorative e varianti non conformi al progetto posto a base di gara, cfr.: Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2018, n. 6121; sulla non fattibilità tecnica della soluzione progettuale dell'offerente a causa della previsione di varianti non consentite, v.: Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2019, n. 1749.

(7) Da una rassegna di sentenze amministrative in tema di distinzione tra varianti (non consentite) e migliorie (ammesse), rispetto ai progetti posti a base di gara, emerge infatti un indirizzo interpretativo univoco. Oltre alle sentenze già citate, cfr. anche: Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2021, n. 5447; Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio 2021, n.1080; Cons. Stato, sez. III, 20 maggio 2020 n. 3205; Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2020, n. 2969; Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2019, n. 6793; Cons. Stato, sez. V, 14 settembre 2018, n. 5388; Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 269.

(4) V. anche: *Memoria OICE*, in audizione presso la Commissione VIII Ambiente, del 26 gennaio 2023.

(5) *Ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 21 settembre 2022, n. 8123; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2021, n. 4754; Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2873; Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1097; Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2019, n. 374.

2. La sentenza del Consiglio di Stato

2.1. Il caso

Con riguardo ad una procedura aperta ex artt. 59, comma 1-bis e 60 del d.lgs. 50/2016, indetta per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'RTI secondo classificato impugnava il provvedimento di esclusione disposto nei suoi confronti e, con successivi motivi aggiunti, l'aggiudicazione in favore della prima classificata innanzi al TAR, il quale respingeva il ricorso, ritenendo del tutto legittima l'esclusione del RTI dalla procedura di gara "per aver proposto una variante sostanziale al progetto definitivo non ammessa dalla *lex specialis*". In sostanza, la proposta progettuale veniva giudicata del tutto diversa ed alternativa rispetto alle strutture oggetto del progetto definitivo posto a base di gara, configurandosi, in ragione delle modifiche strutturali e funzionali del progetto, in tutto e per tutto come "variante" e non come semplice "miglioria", non ammissibile ai sensi del disciplinare di gara.

L'RTI soccombente proponeva dunque appello, ritenendo che *lex specialis*, pur vietando varianti al progetto a base di gara, avrebbe tuttavia ammesso, "erigendola ad implicita eccezione, la possibilità di apportare allo stesso modifiche e innovazioni in funzione del miglioramento tecnico e prestazionale degli elementi di valutazione". In particolare, dal disciplinare sarebbe espressamente risultata la possibilità di apportare modifiche ed innovazioni al progetto posto a base di gara "anche a mezzo di innovazioni tecniche e costruttive".

2.2. La decisione

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, anzitutto premette alcune precisazioni sul quadro regolatorio della procedura di gara, al fine di chiarire che:

- l'appalto integrato c.d. "di secondo grado", disciplinato dall'art. 59, comma 1-bis, del d.lgs. 50/2016, prevede che il concorrente presenti un progetto esecutivo sulla base del progetto definitivo già realizzato dall'amministrazione, con la conseguenza che il potere "ideativo" e "propositivo" dei concorrenti è circoscritto entro i limiti definiti dal livello progettuale posto a base di gara;
- a questo proposito il disciplinare della gara di cui si discute, con previsioni progressivamente più anali-

tiche: i) ha dapprima ammesso la generale possibilità di apportare modifiche al progetto posto a base di gara "a mezzo di innovazioni tecniche e costruttive"; ii) per poi precisare che la facoltà innovativa avrebbe potuto giustificare "esclusivamente" "miglioramenti" al progetto definitivo posto a base di gara "senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste e senza che comportino uno stravolgimento dell'ideazione sottesa al progetto stesso"; iii) ed infine ha espressamente escluso la possibilità di presentare "varianti progettuali" che si "sostanzino in modifiche strutturali e funzionali del progetto", aggiungendo che "la differenza tra soluzioni migliorative e varianti apportate dall'impresa al progetto posto a base di gara riposa sull'intensità e sul grado delle modifiche introdotte dal concorrente";

- nello stesso disciplinare si è precisata anche la non ammissibilità di un'offerta tecnica che "comporti l'acquisizione di nuovi atti di assenso o in violazione delle prescrizioni imposte con gli atti di assenso acquisiti sul progetto".

Tanto premesso, il Collegio rileva poi che il decisivo elemento di divergenza strutturale rispetto al progetto posto a base di gara è emerso nella soluzione tecnica proposta dal RTI ricorrente, in quanto basata su un sistema del tutto differente da quello contemplato nel progetto definitivo. Questa modifica, come emerso anche nel verbale della Commissione, risulta con tutta evidenza tanto dalla relazione tecnica presentata che dagli elaborati grafici e dal computo metrico a corredo della stessa; computo, peraltro, per la quasi totalità variato rispetto a quanto dettagliato dal progetto.

Dunque, la differenza strutturale tra il progetto posto a base di gara e quello proposto si appunta sulla differente soluzione tecnica sottesa alla scelta progettuale effettuata dall'RTI ricorrente. Trattasi, in particolare, di una soluzione progettuale diversa rispetto al progetto definitivo posto a base di gara per conformazione, dimensione, costituzione, laddove invece il disciplinare è risultato del tutto univoco nell'ammettere i soli "miglioramenti" e nell'escludere la possibilità di presentare "varianti progettuali" che si "sostanzino in modifiche strutturali e funzionali del progetto" definitivo posto a base di gara. Il dato testuale, infatti, non ha mai fatto riferimento al concetto di "variante", ma solo a quello di "miglioria", in quanto nel suo *incipit* ha richiamato le "misure atte a garantire le migliori soluzioni tecniche

ingegneristiche” correlate ai diversi ambiti nei quali le stesse sono ammesse.

Ebbene, per i giudici di Palazzo Spada, l'espressione *“migliore soluzione tecnica”* sembra alludere alle proposte incrementali del livello di qualità tecnica dell'intervento, mentre non pare possa essere intesa come clausola abilitante interventi modificativi dei caratteri essenziali del progetto a base di gara. Le modifiche apportate dal RTI appellante alterano invece i caratteri strutturali e funzionali della costruzione riportata nel progetto definitivo. Dunque, l'elemento di innovatività introdotto dall'RTI in questione è tracinato nell'alterazione di un'idea progettuale essenziale (come tale ritenuta dalla stazione appaltante), in quanto afferente alla stessa *“tipologia”* strutturale dell'opera da realizzare, mentre gli ambiti tecnici aperti ad apporti migliorativi avrebbero dovuto indirizzare i contributi ideativi dei concorrenti su aspetti settoriali, più o meno significativi, ma comunque tali da non implicare una rivisitazione *funditus* del modello progettuale concepito dalla stazione appaltante.

Determinante, dunque, risulta essere la clausola del disciplinare che ha rimesso alla stazione appaltante l'individuazione della *“differenza tra soluzioni migliorative e varianti”*, legittimandola sulla base di un criterio di giudizio (del tutto discrezionale) fondato sulla *“intensità”* e sul *“grado”* delle modifiche introdotte dal concorrente. Questa gradazione di *“intensità”* è d'altra parte la stessa che – nel formante interpretativo giurisprudenziale – viene ritenuta decisiva per discernere le soluzioni migliorative dalle varianti, sull'assunto per cui *“le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante; in tale prospettiva le proposte migliorative consistono pertanto in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come*

integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste”.

In definitiva, la lettura della legge di gara proposta da parte appellante appare per il Collegio, per un verso, oggettivamente forzata nella dilatazione che essa postula del concetto di *“miglioria tecnica”* ammessa; e, per altro verso, incapace di rendere conto delle plurime (e, nella specie incontestate) disposizioni del disciplinare che, oltre ad avvertire i concorrenti circa l'inammissibilità di varianti progettuali tali da implicare *“modifiche strutturali e funzionali del progetto”*, hanno affidato alla stazione appaltante l'individuazione del *discrimen* *“tra soluzioni migliorative e varianti”*, ancorando tale confine alla valutazione della *“intensità”* e del *“grado”* delle modifiche introdotte rispetto al progetto definitivo.

3. Contenuti, limiti e valutazioni della proposta migliorativa

Alla luce di quanto sopra, dunque, le proposte migliorative consistono in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste.

La medesima giurisprudenza amministrativa ha avuto altresì occasione di precisare che la valutazione delle offerte tecniche, come pure delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta quanto alla sua efficienza e alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante, costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica⁸, con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta⁹.

(8) Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853.

(9) Cons. Stato, sez. III, 14 novembre 2017, n. 5258; Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072.

Il criterio di valutazione, di per sé, è in grado quindi di accogliere una descrizione molto ampia delle soluzioni migliorative ammissibili, lasciando un ampio margine di valutazione tecnica riservata alla commissione giudicatrice che incontra un limite specifico solo nell'assicurare che la soluzione progettuale migliorativa contempra quanto espressamente richiesto dalla stazione appaltante.

4. Le (diverse) varianti migliorative

Chiarito dunque che le proposte migliorative, in quanto tali ammesse, differiscono dalle varianti progettuali, le quali, se introdotte in fase esecutiva, importano, per loro natura, una modifica al contratto, ammissibile entro i limiti e alle condizioni della disciplina positiva, appare ora opportuno, in conclusione e a completamento della disamina qui condotta, orientare lo sguardo verso la normativa di prossima emanazione, proprio in tema di varianti progettuali, a raffronto con quella attualmente in essere.

In particolare, la norma di riferimento è il nuovo art. 120, il quale, riproducendo con modifiche l'attuale art. 106 del d.lgs. 50/2016, ammette la possibilità di modificare il contratto di appalto, purché risultino inalterate la struttura dello stesso e l'operazione economica sottesa, *“per le varianti in corso d'opera, da intendersi come modifiche rese necessarie in corso di esecuzione dell'appalto per effetto di circostanze imprevedibili da parte della stazione appaltante”*¹⁰, precisando altresì che “[r]

ientrano in tali circostanze nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti sopravvenuti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti”. Ai sensi del comma 2, in detti casi, il contratto può essere modificato solo se l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50 per cento del valore del contratto iniziale e in caso di più modifiche successive, la limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Poiché peraltro a norma del comma 5 *“[s]ono sempre consentite, a prescindere dal loro valore, le modifiche non sostanziali”*, il comma 7 del medesimo art. 120 chiarisce che non sono considerate sostanziali le modifiche al progetto, proposte eventualmente anche dallo stesso appaltatore, con le quali, nel rispetto della funzionalità dell'opera: a) si assicurino risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni; b) si realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera.

A dispetto del nuovo Codice, che (invero) meramente le menziona, il d.lgs. 50/2016 non disciplina le varianti cc.dd. “migliorative”, che possono risultare necessarie all'amministrazione per una migliore soddisfazione dell'interesse pubblico. Alla luce di quanto previsto dal d.m. 7 marzo 2018, n. 49¹¹, dette variazioni devono ritenersi comunque ammesse, purché non abbiano l'effetto di alterare in maniera sostanziale il progetto o le categorie di lavori (cfr. in particolare art. 8)¹², restando entro il limite generale fissato dall'art. 1661, comma 2, c.c. (applicabile in via suppletiva), secondo cui le variazioni

(10) La circostanza deve essere imprevedibile per il soggetto pubblico. Infatti, per l'esatto intendimento della stessa occorre avere riguardo *“a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile”*: cfr. Considerando n. 109 della Direttiva 2014/24/UE. In sostanza, occorre chiedersi se la stazione appaltante avrebbe potuto prevedere o meno quella determinata circostanza, causativa della variante, utilizzando la propria diligenza (che, in quanto tale, deve intendersi come “diligenza qualificata”, superiore a quella “media”). In caso di risposta affermativa (che, in ultima battuta, deve essere attestata dalla stessa stazione appaltante), la prospettata modifica al contratto di appalto,

attraverso una variante in corso di esecuzione, sarebbe da escludersi.

(11) Regolamento recante *“Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione”*.

(12) Le variazioni incidenti in un qual modo sulle classi/categorie non dovrebbero comunque sfociare in *“lavori extra-contrattuali”* (ovvero, *mutatis mutandis*, in *“servizi extra-contrattuali”* in fase progettuale), pur prevedendo, ad esempio, nuove/diverse strutture (ovvero, *mutatis mutandis*, la progettazione di nuove/diverse strutture), nella misura in cui le stesse si impongano non già come mere varianti migliorative, quanto piuttosto come necessarie per la completa e migliore esecuzione dell'opera, ovvero per la realizzazione della stessa a regola d'arte, rientrando le modifiche importate pur sempre nel piano dell'opera, in quanto serventi a meglio assicurarne la rispondenza rispetto al suo scopo.

non possono importare notevoli modificazioni della natura dell'opera. Come rilevato anche dall'ANAC, pertanto, le modifiche dell'opera sono vietate nella misura in cui abbiano attitudine a mutare in modo significativo il regolamento negoziale, conducendo alla realizzazione di opere differenti rispetto a quelle poste a base di gara¹³. L'art. 5, comma 10, dell'Allegato II.14¹⁴ del nuovo Codice precisa – a conferma – che “[l]e varianti migliorative, proposte nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 120 del codice, non alterano in maniera sostanziale il progetto né le categorie di lavori”, sulla premessa, contenuta nel precedente comma 3, che “[g]li eventuali costi per la progettazione delle modifiche devono trovare capienza nell'invarianza del quadro economico”.

Vero è che dette fattispecie si attagliano al caso dell'appalto di lavori, mentre non si rinvencono disposizioni dettate specificatamente per il caso di appalto (anche) di servizi tecnici (con riguardo all'affidamento del servizio di progettazione unitamente ai lavori). Cionondimeno, le medesime considerazioni debbono valere in tutti i casi, alla luce del fatto che il legislatore ha accorpato nell'art. 106 del d.lgs. 50/2016, così come nell'art. 120 del nuovo Codice, una medesima disciplina riguardante le variazioni per lavori, servizi e forniture. Il che comporta anche che, pure per l'appalto di servizi, possono introdursi varianti scaturite da errori od omissioni nel progetto a base di gara, le quali, evidentemente, si distinguono dalle varianti migliorative sopra menzionate. A tale riguardo, tuttavia, se da un lato l'Allegato II.14 si propone di colmare le lacune di disciplina nel Codice vigente a proposito di istituti fondamentali della fase di esecuzione dell'appalto, tra i quali le varianti in corso d'opera, dall'altro lato si nota come, nel nuovo Codice, non venga riprodotta la previsione di cui all'attuale art. 106, comma 2, del d.lgs. 50/2016 in tema di omissione o errore progettuale. In proposito, attualmente, è previsto che l'omissione o l'errore progettuale (pregiudicanti in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione) possono dare luogo a una modifica contrattuale solo nel rispetto dei limiti quantitativi fissati per la modifica dei contratti sotto-soglia. L'ANAC, nelle FAQ sulle varianti, aggiornate al 26 marzo 2021, ha

comunque precisato che assumono la connotazione di varianti in corso d'opera (oltre alle modifiche derivanti da circostanze imprevedibili e imprevedibili) anche le modifiche derivanti da errori od omissioni del progetto esecutivo (sempre purché pregiudicanti, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua realizzazione), quando il valore della modifica eccede i limiti quantitativi previsti dal predetto art. 106, comma 2, ossia: è sopra-soglia comunitaria e superiore al 10% del valore iniziale del contratto (di servizi).

Pertanto, da un lato, il tenore letterale della legge, sino ad oggi in vigore, autorizza a ritenere che qualora l'errore o l'omissione di progetto non dovessero rimanere contenuti nelle predette soglie economiche, tali inadempienze, non potendo dare luogo a una modifica del contratto di appalto, potrebbero legittimare una risoluzione dello stesso ai sensi dell'art. 108, comma 1, lett. b), del d.lgs. 50/2016. Dall'altro lato, invece, l'ANAC (pur esprimendosi in un documento avente natura non vincolante) fa confluire le modifiche sopra-soglia indotte da errori od omissioni progettuali nell'alveo delle varianti in corso di esecuzione. In tal caso, parrebbe che la ricorrenza di errori od omissioni afferenti al progetto sostituisca la condizione relativa alle “circostanze imprevedibili e imprevedibili”, fermo invece restando il duplice limite che la modifica (necessaria) indotta dalle carenze progettuali non alteri la natura generale del contratto e non ecceda il 50% del valore del contratto iniziale (per i settori ordinari). Pare che la soluzione all'apparente contrasto debba ravvisarsi nella discrezionalità della stazione appaltante, considerando che la risoluzione contrattuale prospettata a riguardo dal citato art. 108 si configuri come meramente facoltativa.

Nonostante, peraltro, il nuovo Codice non contempli più la modifica del contratto per il caso di errore od omissione di progettazione, lo stesso si è premurato di definire, *sub* art. 3, comma 1, lett. r), dell'Allegato I.1¹⁵ cosa debba intendersi per “errore o omissione di progettazione”, riprendendo pari pari quanto previsto dal comma 10 del sopra citato art. 106¹⁶, ovvero:

(13) Delibera ANAC, 31 maggio 2016, n. 610.

(14) “Direzione dei lavori e direzione dell'esecuzione dei contratti. Modalità di svolgimento delle attività della fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità”.

(15) “Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti”.

(16) L'art. 42 dell'Allegato I.7 (“Contenuti minimi del quadro esigenziale, del documento di fattibilità delle alternative progettuali, del documento di indirizzo della progettazione, del progetto di fattibilità tecnica ed economica e del

- a) l'inadeguata valutazione dello stato di fatto;
- b) la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione;
- c) il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta;
- d) la violazione delle regole di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali.

Anche in tal caso, è evidente come la previsione faccia implicito riferimento al progetto esecutivo posto a base

di gara nel caso di appalto di lavori, restando invece non disciplinato il caso di carenze del progetto di fattibilità tecnica ed economica (o progetto definitivo) per il caso di affidamento di un servizio di progettazione (definitiva o) esecutiva. Ad ogni modo, può certo affermarsi come l'aspetto progettuale sia un dato di riferimento imprescindibile che, se errato o incompleto, non può che esigere l'introduzione di una vera e propria variante prescindente da qualunque connotato migliorativo.

progetto esecutivo”) prevede soltanto che la validazione del progetto, di cui all'art. 42, comma 4, del Codice, non esime il concorrente che partecipa alla procedura per l'affidamento dell'appalto o della concessione di lavori pubblici dalle responsabilità inerenti errori od omissioni progettuali.