

Servizi di progettazione e compenso aggiuntivo: presupposti e limiti in caso di appalto a corpo

Cass. civ., sez. I, 23 settembre 2021, n. 25828

di Beatrice Armeli

“ L'ordinanza della Corte di cassazione del 23 settembre 2021, n. 25828 riporta uno dei numerosi casi di rivendicazione, da parte dell'affidatario, di un compenso ulteriore per attività ulteriori e/o diverse da quelle dedotte nel contratto, a seguito dell'espletamento di indagini propedeutiche alla progettazione stessa, che, però, è solita scontrarsi con la previsione contrattuale di un corrispettivo “fisso e invariabile”, per essere il contratto d'appalto stipulato “a corpo”. ”

1. Premessa

Frequentemente, negli appalti di servizi tecnici attinenti alla progettazione definitiva e/o esecutiva, l'affidatario si trova a compiere attività ulteriori e/o diverse da quelle dedotte nel contratto, a seguito dell'espletamento di indagini propedeutiche alla progettazione stessa. Infatti, anche a seconda del grado di approfondimento del primo livello progettuale confezionato dall'amministrazione, ai fini dell'esecuzione del contratto “a regola d'arte”, spesso l'affidatario è tenuto necessariamente a compiere prestazioni afferenti allo studio di fattibilità tecnica ed economica, constatando altresì l'indispensabilità, ovvero la maggiore utilità e convenienza, di opere maggiori, aggiuntive o differenti rispetto a quelle inizialmente stimate in sede di gara e aggiudicazione e che si vede, pertanto, chiamato a progettare. Da qui, la rivendicazione, da parte dello stesso, di un compenso ulteriore che, però, è solita scontrarsi con la previsione contrattuale di un corrispettivo “fisso e invariabile”, per essere il contratto d'appalto stipulato “a corpo”.

L'ordinanza che qui si richiama riporta giusto uno dei numerosi casi che il più delle volte – in verità – neppure giungono a giudizio, per ritrosia dell'operatore economico a salvaguardia del buon rapporto con la committenza, la quale – è facile intuirsi – non si dimostra alquanto incline a riconoscere il richiesto maggior compenso, proprio invocando la suddetta clausola negoziale.

2. Nel caso di specie

Una società di ingegneria, in proprio e quale mandataria capogruppo dell'ATI affidataria, agiva in giudizio nei confronti dell'ente aggiudicatore, chiedendo, *inter alia*, il pagamento del compenso spettante per attività ulteriori, in forza di un contratto di appalto di servizi, stipulato nel lontano 1999, avente ad oggetto la redazione del progetto definitivo ed esecutivo (oltre lo studio di impatto o di inserimento ambientale, nonché l'elaborazione del piano di sicurezza).

La pretesa non trovava accoglimento nei primi due gradi di giudizio.

In particolare, tra le argomentazioni sostenute dai giudici d'appello, si legge che: i) l'appalto prevedeva un corrispettivo fisso ed invariabile, per tutte le prestazioni oggetto del contratto; ii) il progetto preliminare era risultato, all'esito di CTU, fattibile e quello definitivo era risultato conforme alle previsioni normative al tempo vigenti; iii) il consulente aveva accertato che, rispetto alle opere originariamente stimate nel progetto preliminare, erano aumentate le opere da progettare – richieste dallo stesso committente – in quanto, durante la fase istruttoria del progetto, si erano resi necessari approfondimenti tecnici e geologici, nonché interventi di modifica ritenuti non prevedibili; iv) era onere dell'aggiudicatrice approntare le necessarie varianti e gli adeguamenti al progetto preliminare originariamente elaborato dalla stazione appaltante, al fine di assicurare un risultato progettuale utile ed adeguato alle normative nel frattempo intervenute; v) i lavori di progettazione aggiuntiva non erano dipesi da inadempienze del committente, ma dall'intervento di nuove norme e i tempi di esecuzione dell'opera di progettazione avevano risentito di quelli necessari per la valutazione e i nulla osta propedeutici all'ottenimento della valutazione di impatto ambientale, cosicché essi dovevano ritenersi compresi nell'alea contrattuale; vi) il patto derogatorio dei minimi tariffari, fissati nelle tariffe professionali, è ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità valido per la determinazione del corrispettivo per l'attività professionale esercitata in favore della p.a. e la clausola contrattuale specifica contenente la relativa pattuizione non poteva ritenersi nulla.

Avverso la sentenza d'appello, la società attrice proponeva dunque ricorso per Cassazione, formulando però censure che la Suprema Corte ha reputato inammissibili, dichiarando quindi tale anche il ricorso stesso. Ciò non ha tuttavia impedito alla Cassazione di ricordare taluni precedenti proprio in punto di corrispettivo per il caso di contratto d'appalto a corpo. La pronuncia merita quindi di essere segnalata, in particolare, perché, nel panorama dei contratti pubblici, affronta un caso di appalto, non già – come il più soventemente richiamato – contratto di lavoro di opera pubblica, bensì di servizi di ingegneria riguardanti la progettazione dell'opera stessa.

3. I principi di diritto richiamati in decisione

La Cassazione, rievocando quanto già chiarito con precedenti arresti¹, tiene a ripetere che **in tema di appalto di opere pubbliche a corpo o "a forfait", il prezzo convenuto è fisso ed invariabile, sicché, ove risulti rispettato dalle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1175 c.c., e dunque siano stati correttamente rappresentati dall'appaltante tutti gli elementi che possono influire sulla previsione di spesa dell'appaltatore, grava su quest'ultimo il rischio relativo all'ulteriore quantità di lavoro che si renda necessaria rispetto a quella prevedibile, dovendosi ritenere che la maggiore onerosità dell'opera rientri nell'alea normale del contratto, con conseguente deroga all'art. 1664 c.c.², senza che ciò comporti, peraltro, un'alterazione della struttura o della funzione dell'appalto, che non si trasforma quindi in un contratto aleatorio.**

In particolare, secondo i giudici di legittimità, **solo e soltanto quando il progetto dell'opera non individui compiutamente e dettagliatamente i lavori da realizzare ed il relativo costo, ovvero quando non siano correttamente rappresentati tutti gli elementi che possono influire sulla previsione di spesa dell'appaltatore, si può ritenere che la maggiore onerosità dell'opera non rientri nell'alea normale del contratto.** Così è, ad esempio, quando l'eccessiva onerosità dell'opera e la difficoltà di esecuzione della stessa dipenda dall'amministrazione, la quale, per negligenza o imperizia in sede di progettazione, ovvero per insufficienza di indagini tecniche o studi, abbia ingenerato nell'appaltatore un'erronea rappresentazione – che non avrebbe potuto

(1) V. Cass. civ., sez. I, 17 marzo 2015, n. 5262; Cass. civ., sez. I, 12 novembre 2014, n. 24165, proprio in relazione ad un appalto di servizio.

(2) Si ricorda che, ai sensi della disposizione codicistica citata, qualora, per effetto di circostanze imprevedibili, si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo e la revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo (v. comma 1). Inoltre, se, nel corso dell'opera, si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso (v. comma 2).

evitare usando la diligenza media richiesta dall'attività da lui esercitata – in ordine ai costi ed alle modalità di realizzazione dell'opera secondo le previsioni progettuali, creando dunque nell'esecuzione dell'opera margini di imprevedibilità³.

Sulla base di tali premesse, **nella specie**, la Corte – pur ritenendo il ricorso inammissibile – rileva come in sede di merito non fossero emerse, neppure dall'istruttoria espletata, inadempienze imputabili all'ente appaltante. Né si poneva una questione di eccessiva onerosità o di speciale difficoltà dei servizi prestati, trattandosi invece solo di **diversità della progettazione in relazione a maggiori opere rispetto a quelle originariamente stimate nel progetto preliminare, e ciò, in conseguenza anche della variazione della normativa**. Inoltre, osservano i giudici di legittimità, **il corrispettivo previsto era fisso ed invariabile e non rileva, in quanto non previsto dal contratto, il fatto che esso dovesse essere ancorato al valore presunto delle opere da progettare in fase di gara**, anche perché la determinazione forfettaria e presuntiva del compenso derivante dal bando è stata prevista proprio allo scopo di evitare una lievitazione dello stesso in sede di liquidazione finale. Non da ultimo, osserva la Corte con una conclusione in sostanza valevole anche alla luce del contesto normativo attualmente vigente, **stante la derogabilità dei minimi tariffari, non vi è alcun ostacolo a che il soggetto pubblico conferente l'incarico abbia contrattato liberamente con il professionista un corrispettivo forfettario inferiore alle tariffe degli onorari**, corrispettivo che il professionista stesso aveva piena facoltà di accettare o rifiutare.

4. Attività di progettazione aggiuntive e/o diverse da quelle contrattuali

Nella fattispecie sopra riportata, la pretesa ad un compenso aggiuntivo *“per attività ulteriori”* – giudizialmente disconosciuta in sede di merito, con conferma in ultima istanza – era stata ancorata, secondo quanto riporta l'ordinanza della Cassazione, ad una *“diversità della progettazione in relazione a maggiori opere rispetto a quelle originariamente stimate [...] nel progetto pre-*

liminare, in conseguenza anche della variazione della normativa”. Con le presenti note a margine si tenta ora di ampliare – pur senza esaurirlo – il novero dei **casi in cui l'affidatario di servizi di progettazione potrebbe trovarsi** – come descritto in premessa – **nella condizione di compiere attività ulteriori e/o diverse da quelle dedotte nel contratto**, interrogandosi sul proprio diritto al **riconoscimento di un compenso** proporzionalmente **aggiuntivo**, contestualizzando al tempo presente, nell'attuale quadro normativo, la ricerca di possibili soluzioni, **considerando il contratto d'appalto in questione stipulato “a corpo”**, proprio come nel giudizio qui menzionato.

Anzitutto è opportuno ricordare che, nel contratto “a corpo”, il corrispettivo contrattuale si riferisce alla prestazione complessiva come eseguita e dedotta dal contratto (art. 3, comma 1, lett. *dddd*, d.lgs. 50/2016), per cui per le prestazioni a corpo **il prezzo offerto rimane fisso e non può variare in aumento o in diminuzione, secondo la qualità e la quantità effettiva dei servizi eseguiti** (art. 59, comma 5-*bis*, d.lgs. 50/2016). Si deve però a riguardo considerare che, solo **sulla base dell'immutabilità della prestazione principale, si può parlare di un'immutabilità del compenso a corpo**. Pertanto, quest'ultimo può subire variazioni, a seconda delle circostanze, qualora l'oggetto del contratto subisca a sua volta modifiche⁴. Inoltre, in considerazione della **previsione del c.d. “quinto d'obbligo”** di cui al comma 12 dell'art. 106 d.lgs. 50/2016⁵, se l'entità della prestazione (in variazione) è compresa entro i limiti del quinto in più o del quinto in meno (ovvero è di importo inferiore al 20%) dell'importo originario del contratto⁶, al compenso a corpo non può essere ap-

(4) CIANFLONE, GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, tomo II, Giuffrè, 2021, p. 2120.

(5) A norma del quale qualora, in corso di esecuzione, si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, la stazione appaltante può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario e l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto.

(6) In caso di più modifiche successive, si ha riguardo al valore del contratto iniziale aumentato del valore delle varianti precedentemente disposte, per cui il quinto destinato a funzionare da limite successivo è rapportato ad un importo che è maggiore rispetto a quello originario del contratto; CIANFLONE, GIOVANNINI, *op. cit.*, p. 1969.

(3) Cfr. Cass. civ., sez. I, 9 settembre 2011, n. 18559.

portata alcuna modifica e l'affidatario è obbligato ad eseguire le variazioni ricomprese nei predetti limiti, valutate ai prezzi di contratto. Viceversa, in caso di aumento o di riduzione oltre questi limiti (sempre purché ricorrano le altre condizioni di cui all'art. 106, commi 1 e 2⁷), potendo l'affidatario esigere una rinegoziazione delle condizioni contrattuali, anche la variazione del compenso a corpo formerà oggetto di pattuizione, in relazione all'influenza determinata dalla modifica apportata all'oggetto del contratto.

4.1 Prestazioni ulteriori di "progettazione preliminare"

Può dunque accadere (oltre al caso esaminato in cui si imponga la – diversa – progettazione di maggiori opere rispetto a quelle originariamente stimate, anche) che l'affidatario si trovi nella necessità di compiere attività tecnicamente indispensabili per la corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali relative alla progettazione definitiva/esecutiva, specie laddove la stazione appaltante abbia optato per l'accorpamento dei livelli di progettazione a norma dell'art. 23, comma 4, d.lgs. 50/2016 (ove infatti è previsto che "[è] consentita [...] l'omissione di uno o di entrambi i primi due livelli di progettazione, purché il livello successivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omissivo, salvaguardando la qualità della progettazione"). In detti casi, infatti, quand'anche nell'oggetto di affidamento siano ricomprese talune attività propedeutiche alla progettazione, non è escluso che l'affidatario si ritrovi a svolgere – proprio per salvaguardare la qualità della progettazione (come richiesto dalla legge e dal contratto) – prestazioni afferenti alla "progettazione preliminare" (QbI, come da Tavola Z-2, d.m. 17 giugno 2016) – ovvero al progetto di fattibilità tecnica ed economica – che non sono però esplicitate nella stima delle competenze tecniche.

In siffatta situazione, l'eventuale riconoscimento di un compenso aggiuntivo per le prestazioni rese passa inevitabilmente attraverso una modifica del contratto di appalto "a corpo". Infatti, solo nei limiti in cui, alla stregua dell'interpretazione del contratto, la prestazione da eseguirsi – che si crede aggiuntiva – sia corrispondente – ovvero inglobata – a quella pattuita,

il corrispettivo può e deve rimanere fisso ed invariabile. Diversamente, la previsione contrattuale secondo cui i servizi si intendono compensati a corpo, in misura fissa ed invariabile (generalmente intendendosi compresi nel prezzo tutti gli oneri e le alee a carico dell'affidatario per l'esecuzione a perfetta regola d'arte delle attività affidate), non vale ad escludere il riconoscimento economico per quelle prestazioni ulteriori rese necessarie proprio per l'esatta esecuzione delle attività affidate.

In particolare, per la modifica contrattuale, potrebbe invocarsi la disciplina relativa alle prestazioni supplementari (che trova i suoi riferimenti normativi nel comma 1, lett. b), in combinato disposto con il comma 7 – oltre al comma 12 – dell'art. 106 d.lgs. 50/2016). In altri termini, **potrebbe vagliarsi l'ipotesi di inquadrare come prestazioni supplementari quelle dovute per le attività afferenti al primo livello di progettazione che, per quanto assorbito nei successivi livelli di progettazione definitiva/esecutiva, richiede comunque l'esplicitarsi di talune specifiche prestazioni non esaurenti in quelle dedotte nel contratto** (anche con riguardo alle indagini propedeutiche alla progettazione).

Come noto, secondo quanto previsto dal citato art. 106 d.lgs. 50/2016, l'oggetto del contratto di appalto in essere (anche di servizi), può essere modificato senza necessità di bandire una nuova gara, pure in presenza di **prestazioni supplementari** al ricorrere delle condizioni *ex lege* previste. Il caso riguarda **non attività meramente aggiuntive di corredo**, bensì vere e proprie prestazioni ulteriori, funzionalmente connesse a quelle originarie dedotte in contratto, che si rendono necessarie – per ragioni sopravvenute rispetto all'aggiudicazione – al fine di assicurare proprio il servizio principale oggetto del contratto iniziale.

Le prestazioni supplementari non devono dunque risultare in alcun modo incluse nell'appalto iniziale (non essendo state *ab origine* previste), ma divengono – nelle more dell'esecuzione del contratto – tecnicamente indispensabili per la corretta esecuzione dell'appalto. In altri termini: la prestazione supplementare costituisce una condizione necessaria affinché la prestazione principale oggetto dell'appalto possa essere eseguita ovvero possa essere eseguita correttamente⁸. Le presta-

(7) Cfr. Nota MIT, 2 luglio 2018, nonché, più recentemente, Comunicato ANAC, 23 marzo 2021.

(8) GAGGIOLI, *Le modifiche dei contratti pubblici durante il periodo di efficacia*, Maggioli, 2019, p. 40.

zioni ulteriori non sono pertanto “autonome” rispetto all’oggetto negoziale, il quale, anche con la modifica in estensione, rimane unitario.

Le condizioni che devono ricorrere cumulativamente affinché l’oggetto del contratto possa essere modificato con la previsione di prestazioni supplementari da parte dello stesso affidatario (senza necessità di bandire una nuova gara per i servizi ulteriori) sono:

- 1) l’impossibilità di natura economica o tecnica di procedere ad un cambio di contraente da parte della stazione appaltante (non è invece sufficiente la generica sussistenza di un vantaggio di tipo tecnico);
- 2) l’implicazione di notevoli disagi o di una consistente duplicazione dei costi, da parte della stazione appaltante, per l’indizione di una nuova procedura di affidamento;
- 3) la non eccedenza del 50% del valore del contratto iniziale, nel senso che la modifica per necessità di prestazioni supplementari è consentita, senza una nuova gara, se l’aumento del prezzo non supera la predetta soglia del 50% (condizione che opera nei soli settori ordinari)⁹, con la precisazione che detta limitazione si applica al valore di ciascuna modifica¹⁰.

In base alla lettera di legge, la possibilità di apportare modifiche all’oggetto del contratto per prestazioni supplementari non è – di per sé – condizionata al mantenimento (ovvero non alterazione) della “*natura generale del contratto*” stesso, come invece espressamente si richiede per gli altri casi, ammettendosi così – quantomeno – che l’aggiunta di prestazioni supplementari possa anche apportare una “*modifica sostanziale*” al contratto originario (come in effetti, per definizione, comporta, in modo più o meno considerevole a seconda dei casi). La modifica al contratto di appalto per prestazioni supplementari deve essere comunque adeguatamente pubblicizzata dalla stazione appaltante (art. 106, comma 5), nonché comunicata all’ANAC (art. 106, comma 8). Nello specifico, per l’ottenimento di un compenso aggiuntivo, ai fini (a monte) dell’**ammissibilità della modifica contrattuale con il riconoscimento di quelle attività propriamente afferenti alla “progettazione pre-**

liminare” quali prestazioni supplementari, dovrebbe anzitutto darsi atto che si tratti di attività tecnicamente indispensabili per la corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali e che la relativa necessità sia sopraggiunta rispetto all’aggiudicazione. In sostanza, occorrerebbe provare la loro indispensabilità e connessione con le attività contrattuali (propedeutiche alla progettazione e/o) di progettazione definitiva/esecutiva. Indispensabilità, in particolare, che deve risultare non preventivata in sede di gara, supponendosi la sufficienza di quanto dedotto nell’oggetto dell’affidamento, ai fini dell’esecuzione a regola d’arte del contratto. Quanto poi agli ulteriori presupposti, qualora in effetti risulti l’accorpamento dei tre livelli di progettazione, un cambiamento del contraente ben potrebbe risultare impraticabile per motivi tecnici, il che però non esonera la stazione appaltante a motivare la modifica anche adducendo motivi economici ovvero giustificando in termini di consistenti difficoltà, nel rispetto delle condizioni di legge, le quali, come già esposto, non sono alternative (ferma la soglia del 50% nei termini suindicati per i settori ordinari).

4.1.1 Riconoscimento di un maggiore corrispettivo

Una volta **riconosciute** – nei suddetti termini – **le prestazioni ulteriori, inizialmente non identificate, non si può allora non riconoscere altresì il corrispettivo dovuto per le stesse**, ricordandosi a riguardo quanto espressamente statuito dall’ANAC nelle proprie Linee guida n. 1 (“*Indirizzi generali sull’affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria*”), ove si legge che “[A]l fine di garantire il **principio dell’equo compenso [...], al professionista non possono essere richieste prestazioni ulteriori rispetto a quelle a base di gara, che non sono state considerate ai fini della determinazione dell’importo a base di gara**” (parte III, punto 2, p. 8). Talvolta, peraltro, è lo stesso contratto a prevedere testualmente che il corrispettivo per eventuali ulteriori prestazioni professionali aggiuntive debba essere determinato facendo riferimento al d.m. 17 giugno 2016, con applicazione del ribasso offerto in sede di gara, risolvendosi in tal modo anche la questione relativa alla determinazione del compenso di siffatte prestazioni, incidenti o meno in misura superiore al 20% del valore del contratto iniziale¹¹.

(9) V. Parere MIMS, 28 luglio 2021, n. 983, ove si precisa che per “prezzo” va inteso il corrispettivo totale di appalto.

(10) Nel senso che viene escluso un meccanismo di sommatoria dell’importo delle modifiche successive: GAGGIOLI, *op. cit.*, p. 41.

(11) Naturalmente, sul presupposto che già le prestazioni

La conclusione cui si giunge parrebbe essere peraltro in linea con il pensiero giurisprudenziale espresso nella pronuncia qui annotata. Del resto, è la stessa **Cassazione** a precisare che quando il progetto (*n.d.r.* a base di gara) non sia compiuto e dettagliato, ovvero quando non siano stati correttamente rappresentati tutti gli elementi che possono influire sulla previsione di spesa, anche a causa di negligenza o imperizia dell'amministrazione in sede di progettazione, ovvero per insufficienza di indagini tecniche o studi, si può in effetti ritenere che **l'intervenuta maggiore onerosità non rientri nell'alea normale del contratto**, essendosi ingenerata nell'appaltatore un'erronea rappresentazione – inevitabile con l'impiego della diligenza da lui esigibile – in ordine ai costi ed alle modalità esecutive. Da qui il conseguente **necessario superamento della soglia fissa ed invariabile del prezzo fissato a corpo**.

4.2 Modifica dell'ID Opere nello svolgimento del servizio di progettazione

Altro caso è quello in cui l'attività di progettazione sia diversa rispetto a quanto inizialmente previsto. Si è già dato conto di come, nella pronuncia di Cassazione sopra richiamata, detta diversità sia stata ravvisata nelle *"maggiori opere rispetto a quelle originariamente stimate [...] nel progetto preliminare, in conseguenza anche della variazione della normativa"*. Con il fatto però che il contratto era stato stipulato a corpo, e dunque il prezzo offerto doveva rimanere fisso, senza poter variare in aumento o in diminuzione, un maggior proporzionale compenso è stato disconosciuto, anche sulla scorta della considerazione che, nel contratto, nessuna clausola esplicitava che il prezzo stesso dovesse essere ancorato al valore presunto delle opere da progettare, così come determinate in fase di gara. Ma, *quid iuris* qualora le **opere da progettare** non siano (semplicemente) "maggiori" (ovvero "in più"), bensì **"diverse" per destinazione funzionale, pur appartenendo alla medesima categoria ab origine determinata nei docu-**

contrattuali siano determinate sulla base del c.d. Decreto Parametri citato. Con la sottoscrizione del contratto, contenente una clausola di tale tenore, l'affidatario ha infatti accettato che (anche) qualunque ulteriore prestazione professionale aggiuntiva (che importi una modifica eventualmente pure superiore al quinto dell'importo iniziale) sarà così determinata.

menti di gara? Ovviamente, per l'affidatario, la questione si pone soprattutto **quando il grado di complessità associato al "nuovo" ID Opere sia più elevato** (come, ad esempio, implica il passaggio da S.03 a S.06, nell'ambito della categoria "Strutture", riportata in Tavola Z-1, d.m. 17 giugno 2016). Vero è che l'invarianza del prezzo dell'appalto a corpo resta ferma non solo in relazione alla quantità, ma anche alla qualità dei servizi eseguiti. Tuttavia, è altrettanto vero – come sopra già osservato – che detto limite viene a cadere nella misura in cui l'oggetto del contratto risulti alterato, perché solo sulla base dell'immutabilità della prestazione principale, si può parlare di un'immutabilità del compenso a corpo. Anche in tal caso, allora, **per la revisione della stima delle competenze tecniche e quindi del corrispettivo pattuito, occorre a monte indagare l'ammissibilità di un cambio di destinazione funzionale delle opere da progettare in variante**. Si tratterebbe, in effetti, di una **variante in corso d'esecuzione** che, per ritenersi ammessa a norma dell'art. 106, comma 1, lett. c), d.lgs. 50/2016 (da leggersi sempre in modo integrato con il comma 7 e il comma 12 della medesima disposizione) deve rispettare tutte le seguenti condizioni (anche in questo caso, dunque, cumulative):

- 1) la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione;
- 2) la modifica non altera la natura generale del contratto (ugualmente a quanto previsto nel caso di clausole di rinegoziazione);
- 3) l'eventuale aumento di prezzo, determinato dalla modifica, non eccede il 50% del valore del contratto iniziale (ugualmente a quanto previsto nel caso di prestazioni supplementari, restando sempre una condizione che opera nei soli settori ordinari).

Tra le *"circostanze impreviste e imprevedibili"* rientrano, a titolo esemplificativo e non esaustivo, la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari. Pare peraltro essere stata proprio la sopravvenienza della nuova normativa una, almeno, delle cause determinative delle "maggiori opere" nel caso giurisprudenziale esaminato. Poiché, tuttavia, l'elencazione delle fattispecie che possono considerarsi circostanze eccezionali (determinanti varianti contrattuali), è meramente esplicativa (e non tassativa), la stazione appaltante può legittimamente disporre una variante in corso d'esecuzione anche al ricorrere di ulteriori ipotesi (come quelle richiamate dalla disciplina previgente). L'unica con-

dizione inderogabile è che si tratti di fatti non solo *ab origine* non previsti, ma che neppure avrebbero potuto essere previsti dalla stessa stazione appaltante, secondo il suo livello “superiore” di conoscenza.

Il secondo limite imposto dalla normativa, ovvero che la variazione non alteri la natura del contratto in essere, è generica al punto da risultare indefinita e dunque non chiara¹², soprattutto nella misura in cui la stessa si intenda tenere distinta dalla condizione, diversa nella terminologia, prevista per il caso di ulteriori ipotesi di modifiche contrattuali che, per essere ammesse devono risultare “non sostanziali”. Si crede comunque che la modifica sostanziale, di per sé, può non essere sufficiente ad alterare la natura generale del contratto, che invece si verifica ogniqualvolta la prestazione venga stravolta al punto di renderla diversa da quella oggetto di appalto (cfr. Considerando n. 9 della Direttiva 2014/24/UE, che parla di “sostituzione” dei servizi oggetto dell’appalto “con qualcosa di diverso”). Conseguentemente, allora, la variante, determinata da circostanze imprevedute e imprevedibili, risulta ammessa – fermo il limite del 50% nei settori ordinari – anche qualora importi una modifica sostanziale al contratto (secondo la definizione riportata dall’art. 106, comma 4, del Codice), sempreché detta modifica, per quanto sostanziale (perché incidente sull’ambito applicativo negoziale e/o sul contenuto di diritti e obblighi dei contraenti), non alteri la natura generale del contratto stesso. Peraltro, anche la modifica al contratto di appalto per varianti in corso d’opera deve essere adeguatamente pubblicizzata dalla stazione appaltante (art. 106, comma 5, del Codice), ugualmente a quanto previsto per il caso di prestazioni supplementari. Si osserva inoltre come il d.lgs. 50/2016 non disciplini le varianti cc.dd. “migliorative”, che possono risultare necessarie all’amministrazione per una migliore soddisfazione dell’interesse pubblico, né l’ipotesi in cui le variazioni comportino categorie di lavorazioni non previste. Alla luce di quanto previsto dal d.m. 7 marzo 2018, n. 49 (Regolamento recante “Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell’esecuzione”), 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), restando entro il limite generale fissato dall’art. 1661, comma 2, c.c. (applicabile in via suppletiva), secondo cui le variazioni 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 gara (Delibera ANAC, 31 maggio 2016, n. 610).

Vero è che dette fattispecie si attagliano al caso dell’appalto di lavori, mentre non si rinviengono disposizioni dettate specificatamente per il caso di appalto di servizi tecnici (specie con riguardo all’affidamento di servizi di progettazione). Cionondimeno, le medesime considerazioni debbono valere in entrambi i casi, alla luce del fatto che, con il d.lgs. 50/2016, il legislatore ha accorpato nell’art. 106 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 progettuali (su cui v. *infra*).

Si precisa inoltre che le predette variazioni (incidenti in un qual modo sulle classi/categorie) non sfociano in “lavori extra-contrattuali” (ovvero, *mutatis mutandis*, in “servizi extra-contrattuali”), pur prevedendo nuove/diverse strutture (ovvero, *mutatis mutandis*, la progettazione di nuove/diverse strutture), nella misura in cui le stesse si impongano 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 scopo¹³.

Venendo ora al dunque, nella misura in cui si accetti di aderire all’opzione interpretativa che rifiuta una perfetta sovrapposizione tra “modifica che altera la natura generale del contratto” e “modifica sostanziale” – per come definita dal citato comma 4 dell’art. 106 – (nel senso che la prima tipologia di modifica può inglobare la seconda, ma non si esaurisce in essa, avendo una portata maggiore), allora, nel caso prospettato di **variazione dell’ID Opere**, la modifica all’oggetto del contratto potrebbe realizzarsi attraverso una **variante in corso di esecu-**

(12) Cfr. GAGGIOLI, *op. cit.*, p. 48.

(13) Cfr. CIANFLONE, GIOVANNINI, *op. cit.*, p. 1977.

zione (fermo il limite del 50% dell'importo originario del contratto), considerando che:

- un cambio di destinazione funzionale (e quindi di ID Opere), pur nell'ambito della stessa categoria *ab origine* prevista nel Disciplinare di gara e poi nell'oggetto del contratto di affidamento (come il passaggio da S.03 a S.06), importa indubbiamente una modifica sostanziale del contratto, incidendo sul suo ambito applicativo, ma non pare essere tale da alterare la natura del contratto stesso (che resta un contratto pubblico di affidamento di progettazione);
- la medesima modifica neppure altera la natura dell'opera che si richiede di progettare (che resta nell'ambito delle "Strutture"), nel rispetto dunque del sopra rilevato limite generale fissato dal codice civile, il quale trova applicazione vista assenza di norme *ad hoc* contenute nella disciplina speciale, per effetto del richiamo operato dall'art. 30 d.lgs. 50/2016 (ai sensi del quale: "alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile");
- tra le circostanze eccezionali determinative di variante – attualmente non tipizzate esaustivamente dal legislatore – possono quindi ben rientrare, a titolo di esempio, anche le ipotesi descritte nel codice civile, che nel previgente sistema venivano peraltro espressamente richiamate (cfr. art. 132 d.lgs. 163/2006 e art. 1664, comma 2, c.c.), le quali si riferiscono, tra l'altro, a "difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione", supponendo per esempio che, nel caso ipotizzato, siano proprio queste le cause da cui scaturisca il cambio dell'ID Opere.

In sostanza, dunque, **una variazione della destinazione funzionale, nell'ambito della medesima categoria dell'opera da progettare ("Strutture"), sarebbe ammissibile**, non (tanto e non) solo laddove si dimostri che essa sia "migliorativa", quanto piuttosto **nella misura in cui si riscontri che la stessa, non alterando in maniera sostanziale le categorie di lavori inizialmente previste, né importando notevoli modificazioni della natura dell'opera da progettare, risulti necessaria ai fini dell'esecuzione del contratto a regola d'arte.**

Tuttavia, un limite di ammissibilità alla variante potrebbe essere ravvisato nel carattere "imprevisto e

imprevedibile" che deve obbligatoriamente connotare la circostanza da cui origina la necessità di modifica. Premesso che 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, salvo quanto si sta per dire per il caso di errore od omissione progettuale.

Secondo infatti quanto espressamente previsto dall'art. 106, comma 2, del codice, 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 ivi previsti per le modifiche cc.dd. "sotto-soglia".

Tuttavia, l'ANAC, nelle FAQ sulle varianti, aggiornate al 26 marzo 2021, precisa che **assumono la connotazione di varianti in corso d'opera (oltre alle modifiche derivanti da circostanze impreviste 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 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 codice¹⁴. 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 impreviste 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 configura come meramente facoltativa.

Si precisa inoltre che, secondo quanto previsto dall'art. 106, comma 10, del codice, si considerano "errore o omissione di progettazione":

- 1) l'inadeguata valutazione dello stato di fatto;
- 2) la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione;
- 3) il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta;
- 4) 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 non disciplinato invece il caso di carenze del progetto di fattibilità tecnica ed economica / progetto definitivo per il caso di affidamento di un servizio di progettazione definitiva / esecutiva. In generale, può certo affermarsi come l'aspetto progettuale sia un dato di riferimento imprescindibile che, se errato, può determinare l'esigenza di una variazione del contratto, anche di servizi, non facendo il legislatore alcuna distinzione, ma anzi – come sopra già rilevato – accomunando la disciplina delle modifiche e variazioni

del contratto di appalto di lavori, servizi e forniture. Orbene, prendendo ancora a riferimento il caso prospettato, ove oggetto di affidamento è la progettazione definitiva/esecutiva, comprese talune attività propedeutiche alla progettazione con esclusione però delle prestazioni afferenti alla "progettazione preliminare" (pure necessarie per la salvaguardia complessiva della qualità della progettazione), è evidente come, nella sostanza, all'affidatario si richieda, a monte, l'elaborazione di un progetto di fattibilità tecnica ed economica, specie laddove, oltre all'indagini propedeutiche, si esiga anche un'analisi costi benefici tra più soluzioni progettuali alternative.

Ciò dovrebbe quindi **provare la sussistenza di "carenze progettuali"** – che, in particolare, potrebbero essere ricondotte ad un'inadeguata valutazione dello stato di fatto *ex ante*, se non addirittura a una violazione delle regole di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali (v. art. 106, comma 10, citato) – le quali però non vengono "colmate" mediante la puntuale previsione contrattuale di tutte le prestazioni esigibili, lasciando dunque scoperte – ovvero fuori dal "corpo" del contratto – quelle comunque necessarie per la perfetta esecuzione ed altresì determinative del cambio di destinazione funzionale delle opere da progettare. Se così è, allora, si ravvisano gli estremi per il ricorrere della fattispecie di cui al comma 2, lett. b), dell'art. 106 sopra menzionato. E, nulla ostando affinché la disposizione trovi applicazione anche con riguardo ad un appalto di servizi, giocoforza si può invocare l'operatività nel caso di specie.

Pertanto, se, in sede di gara, si è stabilito che la progettazione oggetto di affidamento afferisce, *inter alia*, alla classe/categoria S.03, non può escludersi il sopravvenire di un'evenienza che muti la destinazione funzionale dell'opera, pur nell'ambito della stessa categoria, nell>ID S.06.

In conclusione, un cambio di destinazione funzionale, e quindi dell>ID Opere, comunque nell'ambito della medesima categoria *ab origine* indicata, prospettato quale soluzione che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici, all'esito non solo delle attività contrattuali di indagine, ma anche delle attività supplementari di primo livello progettuale, a riscontro di carenze proprio di "progettazione preliminare", è ammissibile, dando luogo a una

(14) In tal senso: GAGGIOLI, *op. cit.*, p. 62.

variazione del contratto in corso di esecuzione. In particolare, qualora detta modifica importi il superamento delle soglie stabilite dal comma 2 dell'art. 106 d.lgs. 50/2016, troverà applicazione la disciplina prevista per le "varianti in corso d'opera" ai sensi del comma 1, lett. c) del medesimo articolo, senza però necessità di provare la sopravvenienza, rispetto all'aggiudicazione, di circostanze impreviste e imprevedibili per la stazione appaltante, come ammesso dalla stessa ANAC (sempre purché l'aumento di prezzo dovuto alla modifica non superi il 50% del valore del contratto iniziale, per il caso dei settori ordinari).

4.2.2 Riconoscimento di un maggiore corrispettivo

Ammessa allora la variante in corso d'esecuzione per modifica dell'ID Opere, con formale approvazione del RUP, anche qui, come prima, una revisione del compenso professionale non è da escludere. È vero che, in generale, nel caso di appalto a corpo, la somma determinata resta fissata ad un prezzo per ogni categoria di lavoro considerata. E, infatti, il corrispettivo è da intendersi fisso, invariabile e senza alcuna possibilità di aumento in ragione delle modifiche che possono subire gli importi delle opere ricadenti nelle classi e categorie, risultanti dalla contabilità finale. La stessa Cassazione, nell'ordinanza n. 25828/2021, ha escluso che il corrispettivo potesse essere ancorato al valore presunto delle opere da progettare in fase di gara. Tuttavia, **i medesimi giudici di legittimità basano espressamente questa invariabilità del corrispettivo al fatto che siano stati correttamente rappresentati dalla stazione appaltante tutti gli elementi che possono influire sulla previsione di spesa dell'affidatario, riconoscendo al contempo come la maggiore onerosità non possa rientrare nell'alea del contratto, dovendo quindi essere riconosciuta e compensata, per il caso di imperizia in sede di progettazione da parte dell'amministrazione, o anche solo per insufficienza di indagini tecniche o studi, tali da ingenerare nell'affidatario un'erronea rappresentazione – non riconoscibile *ex ante* – in ordine ai costi e dunque al corrispettivo dovuto.** Il che si coglie in modo intuitivo proprio nell'esempio ipotizzato, dove si è appunto parlato di errori e omissioni di progettazione, per cui un conto è se si progetta un'opera in aderenza alle classi/categorie *ab*

origine predeterminate; altra questione è invece se l'opera deve essere progettata – per quelle "carenze progettuali" – in modo "strutturalmente" diverso, in aderenza a un ID Opere differente da quello inizialmente considerato.

Infatti, rispetto a quanto prospettato dal Disciplinare prima e dal contratto poi, un cambio di destinazione funzionale dell'opera non è una semplice soluzione migliorativa che liberamente si esplica in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni dai documenti "preliminari" forniti in sede di gara e di aggiudicazione, né configura semplici integrazioni, precisazioni e migliorie finalizzate a rendere il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante. Piuttosto, venendo a sostanziersi in modifiche per la cui ammissibilità, come spiegato, è necessaria una previa autorizzazione di variante da parte del RUP, oggettivamente **si pone la necessità di riparametrare il compenso sulla base del nuovo ID Opere, ove a monte la variante stessa venga approvata.**

Del resto, anche nei contratti d'appalto stipulati a corpo, per il caso in cui l'affidatario ritenga che le modalità esecutive comportino oneri più gravosi di quelli previsti dal contratto, tali da comportare la determinazione di un nuovo prezzo o uno speciale compenso, sovente si ritrova un'espressa clausola negoziale ove si esige che l'affidatario stesso formuli, con comunicazione scritta, le proprie eccezioni prima di dar corso all'esecuzione del servizio cui le eccezioni si riferiscono.

Pare allora legittima, oltre che equa (ed eventualmente conforme alle previsioni contrattuali), una riparametrazione del corrispettivo che tenga conto del diverso grado di complessità (G) e del differente parametro (Q) di incidenza (nell'esempio, in relazione alla classe/categoria S.06 anziché S.03), secondo quanto previsto dalla Tavola Z-1 e dalla Tavola Z-2, allegate al d.m. 17 giugno 2016, sulla base della medesima modalità di calcolo già impiegata. **Il corrispettivo deve infatti essere commisurato al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione** (come evidenziato dalla stessa ANAC nel medesimo passaggio sopra citato delle Linee guida n. 1).

L'accortezza che deve avere l'affidatario consiste nel dare formale comunicazione scritta in merito alla necessità di cambio di destinazione funzionale dell'ope-

ra da progettare (così da sollecitare l'avvio dell'iter di approvazione della variante da parte del RUP, ove la stazione appaltante ne ravvisi i presupposti), prima di dar corso all'attività di progettazione dell'opera secondo un ID Opere differente da quello inizialmente previsto. Diversamente, infatti, la stazione appaltante potrebbe eccepire di non aver preventivamente approvato la variante, non solo senza riconoscere alcun maggiorato compenso, ma altresì contestando la difformità dell'attività di progettazione compiuta rispetto a quanto convenuto e dedotto in contratto.

5. Conclusioni

Alla luce della disamina condotta, dovrebbe essere chiaro che la determinazione del prezzo "a corpo" non esclude il riconoscimento di un compenso professionale aggiuntivo in conseguenza di modifiche contrattuali formalmente e specificatamente approvate dalla stazione appaltante, per tutti i casi in cui la maggiore onerosità non rientri nell'alea del contratto, assumendo, per l'affidatario *in primis*, un carattere di imprevedibilità. La Cassazione lo conferma.