



Autorità Nazionale Anticorruzione

Atto di segnalazione n. 4 del 13 febbraio 2019

Concernente gli obblighi di comunicazione, pubblicità e controllo delle modificazioni del contratto ai sensi dell'art. 106 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 112 del 13 febbraio 2019



Autorità Nazionale Anticorruzione

1. Premessa

Nell'esercizio del potere di segnalazione di cui all'art. 213, comma 3, lett. d), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito, "Codice") l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) intende formulare alcune proposte di modifica normativa, con particolare riferimento agli obblighi di comunicazione delle modifiche al contratto in corso di efficacia e al relativo regime sanzionatorio in caso di inadempimento, come disciplinati dal comma 8 e 14 dell'art. 106 del Codice.

2. Il quadro normativo di riferimento

Il comma 1 dell'art. 106, in linea con quanto disposto dall'art. 72 della direttiva europea n. 24/2014 e riprendendone quasi pedissequamente la formulazione letterale, disciplina le ipotesi di modifica del contratto in corso di esecuzione che non necessitano di una nuova procedura di affidamento, distinguendo le seguenti 5 fattispecie:

- a) modifiche contrattuali a prescindere dal valore monetario previste nei documenti di gara iniziali;
- b) lavori, servizi e forniture supplementari;
- c) varianti in corso d'opera propriamente dette, riferite a modificazioni rese necessarie a seguito di circostanze imprevedute e imprevedibili che non alterino la natura del contratto;
- d) sostituzione dell'aggiudicatario originario con un nuovo contraente, qualora ricorrano determinate circostanze (ad esempio, caso di morte o ristrutturazioni societarie);
- e) modifiche non sostanziali.

Per le modifiche di cui alle lett. b) e c) il legislatore ha fissato quale limite di aumento del prezzo il 50% del valore iniziale.

Il comma 2 contempla una ulteriore modifica del contratto in termini esclusivamente di importo. È infatti consentita la modifica del contratto (con la sola condizione che non modifichi la natura dello stesso) qualora la variazione sia contenuta nei limiti di valore della soglia di rilevanza comunitaria e del 10% del valore iniziale del contratto per i servizi e le forniture ovvero del 15% per i lavori. Nell'ambito delle stesse modifiche rientrano anche quelle per errore progettuale, nel rispetto dei medesimi limiti d'importo.

I commi 8 e 14 invece, in adempimento ai principi espressi dalla legge delega¹, disciplinano il regime di pubblicità e di controllo delle modifiche contrattuali da parte dell'ANAC, stabilendo modalità di

¹L'art. 1, lett. ee), della legge 28 gennaio 2016, n. 11, prevede l'introduzione di misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera, distinguendo in modo dettagliato tra variazioni sostanziali e non sostanziali, in particolare nella fase esecutiva e con specifico riferimento agli insediamenti produttivi strategici e alle infrastrutture strategiche private di preminente interesse nazionale di cui al comma 1 dell'articolo 1 della legge 21 dicembre 2001, n. 433 e successive modificazioni. Previsione che ogni variazione in corso d'opera debba essere adeguatamente motivata e giustificata unicamente da condizioni imprevedute e imprevedibili e, comunque, sia debitamente autorizzata dal responsabile unico del procedimento, con particolare riguardo all'effetto sostitutivo dell'approvazione della variazione rispetto a tutte le autorizzazioni e gli atti di



Autorità Nazionale Anticorruzione

comunicazione diverse e un diverso regime sanzionatorio in caso di inadempimento dei relativi obblighi.

In particolare, il comma 8 prevede che la stazione appaltante comunichi all'ANAC le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lettera b) (lavori, servizi e forniture supplementari) e al comma 2 (modificazioni contrattuali *de minimis* ed errori progettuali). In caso di mancata o tardiva comunicazione è prevista l'irrogazione da parte dell'Autorità di una sanzione amministrativa carico della stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo; la norma prescrive, inoltre, che l'Autorità pubblichi sulla sezione del sito Amministrazione Trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatore, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica.

Il comma 14 disciplina invece la comunicazione delle c.d. "varianti in corso d'opera" (quelle di cui al comma 1, lett. c), prevedendo anche in questo caso modalità distinte di comunicazione secondo l'importo della variante e il valore del contratto (sotto o sopra soglia). In particolare, per le varianti relative ad appalti e concessioni di importo inferiore alla soglia comunitaria e quelle di importo inferiore o pari al 10% dell'importo dell'originario affidamento relative agli appalti pari o superiori alla soglia comunitaria (prima periodo) è prevista la comunicazione da parte del RUP all'Osservatorio tramite le sezioni regionali.

Mentre per i contratti pubblici di importo pari o superiore alla soglia comunitaria (secondo periodo) è previsto che le varianti eccedenti il 10% dell'importo originario del contratto, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture prioritarie, siano trasmesse dal RUP all'ANAC, unitamente a una serie di documenti.

Quest'ultima disposizione riproduce il contenuto dell'abrogato art. 37 del d.l. 90/2014, introdotto dal legislatore in funzione deterrente e allo scopo di attivare un sollecito intervento di vigilanza dell'Autorità, al fine di arginare il fenomeno della lievitazione del costo delle opere pubbliche. La norma trovava infatti inizialmente applicazione solo per i lavori e non anche per i servizi e le forniture come ora previsto dal nuovo Codice.

Il comma 14 stabilisce che nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera, essa esercita i poteri di cui all'art. 213, mentre, in caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e di trasmissione delle varianti, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 213, comma 13.

Infine, il comma 5 prevede un particolare regime di pubblicità per le modifiche di cui al comma 1, lett. b) (lavori e servizi e forniture supplementari) e lett. c) (modifiche rese necessarie per eventi

assenso comunque denominati e assicurando sempre la possibilità, per l'amministrazione committente, di procedere alla risoluzione del contratto quando le variazioni superino determinate soglie rispetto all'importo originario, garantendo al contempo la qualità progettuale e la responsabilità del progettista in caso di errori di progettazione e prevedendo, altresì, l'applicazione di uno specifico regime sanzionatorio in capo alle stazioni appaltanti per la mancata o tardiva comunicazione all'ANAC delle variazioni in corso d'opera per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.



Autorità Nazionale Anticorruzione

imprevisti e imprevedibili), imponendo l'obbligo della pubblicazione di un avviso in Gazzetta Ufficiale europea o nazionale, secondo il valore del contratto sopra o sotto soglia comunitaria.

3. Motivi della segnalazione e proposte di modifica normativa

Dall'insieme delle disposizioni sopra descritte emerge un quadro normativo estremamente disomogeneo e in parte ambiguo che potrebbe incidere sull'efficacia della norma.

L'art. 106 infatti, nel disciplinare gli obblighi di comunicazione all'ANAC delle modifiche contrattuali, contempla diverse finalità: trasparenza, pubblicità e controllo, ma i diversificati adempimenti previsti in ragione delle diverse tipologie di modifica del contratto appaiono non del tutto adeguati e proporzionati allo scopo e possono dunque rappresentare un onere eccessivo e ingiustificato per le stazioni appaltanti.

Si nota, inoltre, un disallineamento tra le puntuali disposizioni dell'art. 106 in merito alle modalità di comunicazione all'ANAC delle variazioni contrattuali e al regime sanzionatorio in caso di inadempimento, con quanto previsto, in generale, dall'art. 213 (commi 8, 9 e 13) sul funzionamento della banca dati sui contratti pubblici e sul ruolo dell'Autorità nell'attività di raccolta dei dati e delle informazioni rilevanti, mentre, per altri aspetti, il richiamo dell'art. 106 al medesimo art. 213 per l'ipotesi di variante in corso d'opera illegittima fa sorgere dubbi interpretativi in ordine all'effettivo regime sanzionatorio da applicare.

La presente segnalazione muove dunque dall'intento di semplificazione e di razionalizzazione del suddetto quadro normativo, allo scopo di ridurre gli oneri informativi a carico delle stazioni appaltanti assicurando, al contempo, l'acquisizione dei dati e delle informazioni necessarie a svolgere una efficace attività di vigilanza sul corretto utilizzo delle varianti e degli strumenti di modifica del contratto in corso di esecuzione, in conformità al principio di economicità efficacia e trasparenza.

Il regime di trasparenza

Prendendo in esame la prima delle criticità rilevate, si evidenzia che il comma 8 dell'art. 106 prevede un regime di trasparenza per le modifiche relative ai lavori, servizi e forniture supplementari e per le modifiche consentite entro determinati limiti quantitativi fissati dal comma 2, comprese quelle derivanti da errori progettuali, mediante la comunicazione e successiva pubblicazione sulla sezione del sito Amministrazione Trasparente dell'ANAC. Lo stesso regime di trasparenza, invece, non è previsto per le varianti in corso d'opera propriamente dette.

Al riguardo, se è certamente condivisibile l'esigenza di rendere pubblici e conoscibili a chiunque vi abbia interesse le variazioni del contratto rispetto alle iniziali previsioni progettuali, tale interesse dovrebbe riconoscersi per tutte le tipologie di modifica, non solo, quindi, quelle di cui al comma 1, lett. b), e al comma 2, ma anche quelle di cui al comma 1, lett. c), e al comma 14, ovvero per le varianti in corso d'opera propriamente dette, tanto più che quest'ultime sono in grado di incidere maggiormente sul costo iniziale del contratto; ragione per cui è anche previsto un particolare regime



Autorità Nazionale Anticorruzione

di vigilanza da parte dell'ANAC, oltre che un regime di pubblicità legale, ai sensi del comma 5 del medesimo articolo che, come sopra riportato, ne impone l'obbligo della pubblicazione di un avviso in Gazzetta Ufficiale europea o nazionale, secondo il valore del contratto sopra o sotto soglia comunitaria.

Si propone, pertanto, di estendere il regime di trasparenza anche alle modifiche contrattuali di cui al comma 1, lettera c), ovvero alle varianti in corso d'opera propriamente dette.

Per quanto riguarda, invece, le modalità di pubblicazione previste dalla norma, non può non evidenziarsi che l'indicazione della sezione Amministrazione Trasparente del sito istituzionale dell'ANAC appaia impropria e fuorviante per gli stessi *stakeholders*, considerato che le informazioni in questione si riferiscono all'attività di altre amministrazioni e non all'attività propria dell'Autorità.

Al riguardo, si propone di eliminare dalla norma il riferimento alla sezione Amministrazione Trasparente e di indicare, come sede di pubblicazione, una specifica sezione del sito istituzionale dell'ANAC, liberamente consultabile da tutti i cittadini, in cui saranno rese disponibili oltre a tutte le altre informazioni sui contratti, anche quelle relative alle modifiche di cui all'art. 106.

Tale modalità di pubblicazione, in alternativa a quella prevista dall'attuale comma 8 dell'art. 106, si ritiene sicuramente più funzionale alla trasparenza nel senso voluto dal legislatore, poiché consentirebbe, rispetto alla statica pubblicazione degli elenchi previsti dall'attuale formulazione della norma, la pubblicazione integrata di tutte le informazioni relative ad uno stesso contratto, ivi comprese quelle relative alle modificazioni contrattuali, consentendo di effettuare ricerche sulla base di criteri predefiniti, rendendo così più agevole, per i cittadini, il controllo sul costo effettivo del singolo appalto e sul corretto operato delle amministrazioni pubbliche nella fase esecutiva dei contratti.

Modalità di comunicazione e di trasmissione dei dati e dei documenti relativi alle modifiche contrattuali all'ANAC
Strettamente connesso al tema della pubblicazione è quello della trasmissione all'Autorità dei dati informativi relativi alle modifiche contrattuali.

Al riguardo, considerato che molte delle informazioni previste dall'art. 106 del Codice sono comunque già acquisite all'Osservatorio dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 213, comma 9, considerato altresì che quest'ultimo attribuisce all'ANAC il compito di definire le modalità di funzionamento dell'Osservatorio dei contratti pubblici nonché le informazioni obbligatorie, i termini e le forme di comunicazione che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori sono tenuti a trasmettere all'Osservatorio medesimo, si ritiene di interesse prioritario evitare sovrapposizioni di oneri informativi a carico delle stazioni appaltanti e omogenizzare il sistema di acquisizione dei dati informativi alla banca dati nazionale di contratti pubblici (BDNCP).

A tale scopo, si suggerisce di sostituire le puntuali indicazioni sulle modalità di comunicazione dei dati informativi e dei documenti relativi alle modifiche contrattuali contenute all'interno dell'art. 106 (comma 8 e comma 14) con l'espresso rinvio al citato art. 213, comma 9, ovvero con la precisazione



Autorità Nazionale Anticorruzione

che “l’Autorità, con propria deliberazione, individua, ai sensi dell’art. 213, comma 9, le informazioni rilevanti e le relative modalità di trasmissione delle informazioni previste dal comma 8 e dal comma 14 del medesimo art.106”.

La modifica della norma nel senso indicato consentirebbe all’Autorità, nell’ambito delle prerogative che le sono riconosciute in merito alla gestione della BDNCP, di organizzare al meglio i flussi informativi in un’ottica di completa digitalizzazione e di gestire l’attività di vigilanza sulle varianti in maniera più efficiente richiedendo solo la trasmissione dei dati necessari ad elaborare determinati indici di anomalia. Nella sostanza, la modifica della norma nel senso proposto porterebbe all’eliminazione dell’obbligo di invio della documentazione cartacea relativa alle varianti eccedenti il 10% dell’importo originario del contratto, per i contratti di importo pari o superiore alla soglia, con evidente effetto di semplificazione sia per le stazioni appaltanti che per la stessa Autorità (costretta, tra l’altro, a un’ulteriore attività di raccordo tra quanto comunicato tramite i sistemi informativi e quanto trasmesso in forma cartacea).

La documentazione necessaria ad accertare la legittimità delle varianti verrebbe pertanto richiesta al momento in cui, sulla base degli indici di anomalia desunti dalla BDNCP o di altri elementi in possesso dell’Autorità, venga avviata un’attività di vigilanza, salva la possibilità per l’Autorità, mediante propria delibera, di mantenere l’invio documentale nelle more dell’aggiornamento dei sistemi informatici.

Il regime sanzionatorio

Come sopra esposto, l’art. 106 comma 8 del Codice prevede, per il caso di mancata o tardiva comunicazione delle modificazioni del contratto di cui al comma 1, lettera b) (lavori, servizi e forniture supplementari) e al comma 2 (modificazioni contrattuali *de minimis* ed errori progettuali) l’irrogazione, da parte dell’Autorità, di una sanzione amministrativa di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo, mentre, in caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e di trasmissione delle varianti, il comma 14 richiama la disciplina generale delle sanzioni amministrative per omesse comunicazioni all’Autorità di cui all’art. 213, comma 13, del Codice.

A parere dell’Autorità il diversificato regime sanzionatorio previsto per le modificazioni del contratto diverse dalle varianti in corso d’opera non appare supportato da adeguate motivazioni. Si noti, inoltre, che il comma 8 non determina il massimo edittale della sanzione applicabile e non indica espressamente il soggetto responsabile delle comunicazioni, diversamente da quanto previsto dall’art. 213, comma 13, applicabile alle varianti in corso d’opera.

La previsione di una specifica sanzione per il ritardo delle comunicazioni relative ai lavori servizi e forniture supplementari e alle modificazioni *de minimis*, inoltre, non appare in linea con le indicazioni espresse dalla legge delega (*cf.* nota 1) la quale, nell’esprimere la necessità di un apposito regime sanzionatorio per il ritardo delle comunicazioni delle variazioni in corso d’opera, ha fatto esplicito riferimento agli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, mentre l’ipotesi sanzionatoria contemplata dal comma 8 dell’art. 106 non fa nessuna distinzione di valore.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Si propone pertanto, di eliminare dall'art. 106, comma 8, la sanzione da ritardo e di sostituire la relativa disposizione con il rinvio alle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 213, comma 13, come previsto per il caso di omessa comunicazione delle varianti in corso d'opera.

I poteri dell'Autorità in caso di varianti illegittime

Il comma 14 (penultimo periodo) dell'art.106 prevede che nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità di una variante in corso d'opera esercita i poteri di cui all'art. 213.

La suddetta norma, nel disciplinare, in generale, i poteri dell'Autorità in materia di contratti pubblici, contempla, come sopra rilevato, anche un potere sanzionatorio. Pertanto, al fine di chiarire che l'eventuale accertamento, da parte dell'Autorità, di una variante contrattuale illegittima non costituisce una ulteriore fattispecie sanzionatoria (in aggiunta all'ipotesi di ritardo od omissione della comunicazione della variante stessa), si suggerisce di integrare la suddetta disposizione dell'art. 106 con il richiamo ai poteri di cui all'art. 213, comma 3 (relativi all'attività di vigilanza), e all'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter* (in merito al potere di impugnazione degli atti e provvedimenti relativi a procedure disciplinate dal Codice²), introdotti dall'articolo 52-*ter*, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla legge 21 giugno 2017, n. 96.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Approvato dal Consiglio nella seduta del 13 febbraio 2019

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 14 febbraio 2019

Il Segretario Maria Esposito

² Si precisa, al riguardo, che il regolamento ANAC del 18 giugno 2018, adottato ai sensi dell'art. 211, comma 1-*quater*, del Codice, che attribuisce all'Autorità il compito di individuare le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercitare il potere di impugnazione, indica espressamente gli atti di approvazione delle modifiche contrattuali e include tra le "gravi violazioni" che legittimano l'Autorità all'esercizio del potere di impugnazione, quella di atti che approvino varianti in corso d'opera che introducano modifiche sostanziali del contratto che avrebbero richiesto una nuova procedura di gara ai sensi degli artt. 106 e 175 del Codice.