

ARTICOLO 120

Le modifiche contrattuali

Giulia Fabrizi

Codificato il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e del procedimento di rinegoziazione del contratto. Ampliata la portata delle varianti in corso d'opera se migliorative sotto il profilo tecnico-economico

L'art. 120 del Codice 2023 reca la disciplina delle modifiche contrattuali o varianti e si applica a partire dal 1° luglio 2023. Come verrà illustrato nel prosieguo, la nuova disposizione riproduce con alcune modifiche l'art. 106 del Dlgs 50/2016. In generale le principali modifiche che la novella legislativa ha apportato all'art. 106 del Dlgs 50/2016 attengono per un verso all'introduzione di una concezione unitaria di modifiche/varianti "sostanziali" (quindi vietate), che invece è assente nell'art. 106, sulla scia di quanto previsto dalle direttive europee. Per altro verso, l'art. 120 introduce:

- (i) una cd. procedimentalizzazione della rinegoziazione del contratto pubblico, in attuazione del principio anch'esso di nuova introduzione, di conservazione dell'equilibrio contrattuale previsto all'art. 9 del Codice 2023; e
- (ii) un ampliamento della portata delle varianti in corso d'opera, pur nei limiti fissati dal diritto europeo, al fine di realizzare un bilanciamento tra il rispetto dei principi di concorrenza e *par condicio* e le esigenze sopravvenute della stazione appaltante, come prescritto dal

pertinente criterio di cui alla lett. u), dell'art. 1, comma 1, della legge Delega relativo alla "ridefinizione della disciplina delle varianti in corso d'opera, nei limiti previsti dall'ordinamento europeo, in relazione alla possibilità di modifica dei contratti durante la fase dell'esecuzione".

Ricordiamo che l'ordinamento europeo prescrive che "la conciliazione fra principi di parità di trattamento e trasparenza, da un lato, ed esigenze di flessibilità, dall'altro, a condizioni specifiche e limitate, che non possono essere ulteriormente ampliate" passa per il rigido rispetto delle condizioni di un appalto come fissate nei documenti dello stesso, che possono prevedere margini di flessibilità individuati espressamente e riferiti a condizioni specifiche e limitate, che non possono essere ulteriormente ampliate (Corte di Giustizia, sentenza Finn Frogne del 7 settembre 2016, in C-549/14).

Nuova definizione di modifiche "sostanziali"

L'art. 120 del Codice 2023 introduce una definizione unitaria di "modifica sostanziale" che ricorre quando "altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e

l'operazione economica sottesa" e che, in conformità ai principi di concorrenza, parità di trattamento, trasparenza ed imparzialità, non è consentita in assenza di una nuova procedura di affidamento.

Diversamente l'art. 106 del Dlgs 50/2016 alternativamente definisce le modifiche "sostanziali" come quelle "che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro" (comma 1, lett. a)) oppure che alterano "la natura generale del contratto" (comma 1, lett. c)), oppure ancora che "alterano la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro" (comma 2).

Infine la disposizione specifica che "Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lett. e), quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti" (comma 4).

L'art. 120 reca invece una definizione unitaria di modifica "snaturante" (per citare la Relazione Illustrativa allo schema del Codice 2023) che si impernia sui concetti di "alterazione", "struttura del contratto" e