



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Provincia Regionale di Enna

22/07/2015

AG 52/2015/AP

Oggetto: Provincia Regionale di Enna – Appalto integrato per la ricostruzione del tratto della S.P. “Panoramica” 28 crollato nel febbraio 2009, per il consolidamento e il miglioramento sismico dei viadotti esistenti e per il risanamento degli altri tratti – variazione dello stato dei luoghi a seguito di ulteriore crollo - richiesta di parere

In esito a quanto richiesto con nota acquisita al protocollo n. 74238 dell'11 giugno 2015 relativamente alla possibilità di procedere alla stipula del contratto d'appalto integrato, avviando immediatamente dopo, con ordine di servizio da impartire all'ATI aggiudicataria, le procedure della variante progettuale in corso d'opera nell'ambito della somma aggiudicata, si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 22 luglio 2015, ha approvato le seguenti considerazioni.

L'istituto della variante in corso d'opera risponde all'esigenza di introdurre in un progetto in corso di esecuzione variazioni non previste dal contratto e che danno luogo ad alterazioni del prezzo d'appalto. Lo *jus variandi* può essere legittimamente esercitato nei soli casi tassativamente previsti dall'art. 132 d.lgs. 163/2006. I rigorosi limiti entro cui la norma lo circoscrive sono finalizzati a garantirne la coerenza con il generale principio di immodificabilità dell'oggetto del contratto, secondo il quale le modifiche o le estensioni apportate all'oggetto del contratto dopo l'aggiudicazione o dopo la stipula sono illegittime perché comportano la violazione delle direttive comunitarie e delle norme nazionali che dispongono l'obbligo della gara pubblica a garanzia della concorrenza, della *par condicio* tra i partecipanti, della correttezza e della trasparenza della condotta della stazione appaltante.

Ciò posto, preme evidenziare che le varianti in corso d'opera si apportano tramite perizia di variante o suppletiva, accompagnata da un atto di sottomissione o da un atto aggiuntivo al contratto principale sottoscritti dall'esecutore in segno di accettazione (art. 161, comma 4, d.P.R. 207/2010).

Si tratta di atti che accedono, presupponendone l'esistenza, ad un contratto principale che, nel caso di specie, non è ancora stato stipulato; e che, si ritiene, ormai non potrebbe più essere stipulato così come messo a gara, perché non più coerente, in ragione delle circostanze sopravvenute, con lo stato di fatto alla base del progetto e, dunque, non più rispondente alle esigenze dell'amministrazione.

Vale inoltre la pena evidenziare che, da quanto emerge dalla dichiarazione dell'ATI aggiudicataria allegata al verbale di constatazione dello stato dei luoghi, le variazioni al progetto posto a base di gara che il recente crollo comporterebbe sembrano essere di non scarsa entità, ritenuto che una parte non irrilevante (16%) dei lavori originariamente rientranti nell'oggetto del contratto non risulta più



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

realizzabile e che, per contro, deve essere eseguito un ammontare di nuovi lavori di almeno pari entità (visto che sarebbero realizzabili con le economie derivanti dalle opere non più eseguibili). Oltre a ciò occorre considerare che il contratto che l'ATI aggiudicataria si è detta disponibile a stipulare allo stesso prezzo di aggiudicazione non comprenderebbe una serie non trascurabile di lavori - il paramento esterno delle spalle e delle pile crollate e soprattutto la sistemazione del versante interessato dall'intervento con la piantumazione e il sistema di deflusso delle acque superficiali - che sarebbero dunque stralciati dal progetto originale.

L'insieme delle richiamate variazioni - lavori non più realizzabili, lavori nuovi e lavori stralciati - appare ad un primo sommario esame suscettibile di dare luogo a modifiche progettuali di non scarsa importanza, idonee con ogni probabilità a condurre ad un esito diverso della procedura selettiva (diverso aggiudicatario e/o diverso prezzo di aggiudicazione).

Come chiarito dalla Corte di Giustizia, infatti, allorché le modifiche introdotte dalla committente incidano a tal punto sulle caratteristiche dell'appalto che, se fossero state previste nella gara originariamente indetta, avrebbero potuto comportare, anche in astratto, un diverso esito della procedura, sia con riferimento alla valutazione di altre offerte, sia in relazione alla possibilità per altri concorrenti di partecipare alla gara medesima, vi è la necessità di indire una nuova gara (C-454/06 Sentenza della Corte, Sez. III, 19 giugno 2008).

Alla luce delle richiamate considerazioni, si ritiene che, nel caso in esame, il ricorso alla variante in corso d'opera non sia conforme alla vigente normativa, stante la mancata stipula del contratto principale, e che, tanto più, non sia legittima alcuna variazione apportata al contratto in sede di stipula poiché in piena violazione dei principi comunitari di concorrenza, trasparenza e *par condicio*.

Ne consegue la necessità che la stazione appaltante indichi una nuova gara con la quale rinnovare il confronto competitivo su nuove basi.

Ciò posto, non sfugge tuttavia come codesta Provincia debba fare fronte con estrema urgenza ad una situazione che appare avviata ad un progressivo deterioramento e come sia indispensabile evitare che i tempi imposti dai termini delle procedure delle gare ad evidenza pubblica compromettano ulteriormente le condizioni della "Panoramica".

Allo scopo si ritiene invocabile, l'art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. 163/2006 che consente l'affidamento di lavori (oltre che di servizi e forniture) tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti non è compatibile con i tempi imposti dalle procedure con pubblicazione di bando.

Si tratta, come è noto, di una procedura da considerarsi di carattere eccezionale poiché determina una menomazione, necessitata, in quanto imposta dalla situazione contingente, ai fondamentali principi generali di pubblicità e di massima concorsualità possibile delle procedure aperte, i cui presupposti, stabiliti dalla legge, devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva (Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2015 n. 2272).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Nel caso in esame, oltre all'evidente situazione di estrema urgenza derivante dalle precarie condizioni della strada, si ritiene possa ritenersi integrata anche l'ulteriore condizione di non imputabilità alla stazione appaltante delle circostanze invocate a giustificazione dell'estrema urgenza, in quanto, come emerso dagli atti, la mancata tempestiva sottoscrizione del contratto - e il conseguente mancato avvio dei lavori - sono dipesi da eventi (contenziosi, mancata produzione della documentazione necessaria alla stipula da parte dell'aggiudicatario) non addebitabili all'amministrazione.

Il ricorso alla procedura negoziata può ritenersi giustificato nei limiti indicati all'art. 57 e la ricorrenza dei presupposti a sostegno dell'applicabilità della norma devono essere oggetto di rigorosa applicazione da parte della stazione appaltante.

Il Presidente
Raffaele Cantone