Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 573 DEL 13 giugno 2018

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Comune di Grumo Appula – Appalto integrato lavori di realizzazione n. 4 centri di raccolta differenziata finanziati con fondi eco tassa – Importo a base di gara: euro 1.053.283,49 - S.A.: Comune di Grumo Appula in qualità di centrale di committenza per i Comuni di Altamura, Gravina in Puglia e Grumo Appula

PREC 132/18/L

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 23063 del 13 marzo 2018, il Comune di Grumo Appula ha richiesto all'Autorità di valutare la legittimità della revoca parziale dell'aggiudicazione della gara in epigrafe, limitatamente alla porzione di contratto avente ad oggetto uno dei quattro centri di raccolta la cui localizzazione è stata mutata rispetto a quanto originariamente previsto nel bando di gara. Ne conseguirebbe una riduzione dell'oggetto del contratto alla realizzazione di tre centri di raccolta rispetto ai quattro originariamente previsti nel bando.

La stazione appaltante ha altresì prospettato, come soluzioni alternative la cui percorribilità è rimessa alla valutazione dell'Autorità, la revoca integrale dell'aggiudicazione ovvero la stipula dell'originario contratto di appalto relativo alla realizzazione dei quattro centri di raccolta, come invocato dall'aggiudicataria.

A seguito dell'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 43433 del 22 maggio 2018, I.CO.BE. Srl, aggiudicataria della gara in ATI con Daniele Ambiente S.r.l., con nota acquisita al prot. n. 44963 del 25 maggio 2018, ha evidenziato che la variazione della localizzazione del centro di raccolta sito nel territorio del Comune di Altamura, deliberata in data 3 aprile 2015, ha lasciato sostanzialmente invariato il progetto definitivo posto a base di gara approvato con delibera del 3 settembre 2015 e che il TAR Puglia-Bari, con le sentenze n. 593/2017 e 594/2017, ha decretato la piena legittimità della gara e la piena compatibilità degli atti di localizzazione impugnati con la possibilità di realizzazione dei lavori aggiudicati. I.CO.BE. Srl ha quindi concluso negando la sussistenza dei presupposti indicati dalla stazione appaltante per procedere alla revoca totale o parziale della gara.

Con nota acquisita al prot. n. 44336 del 24 maggio 2018, il Comune di Grumo Appula, ad integrazione di quanto argomentato nell'istanza di precontenzioso, ha rappresentato che, in occasione di un tavolo tecnico convocato il 28 aprile 2017 per verificare e chiarire tutti gli aspetti tecnico-amministrativi inerenti la nuova localizzazione e in particolare la sua immediata cantierabilità e la sua sostituibilità senza maggiori oneri rispetto al sito originario nonché la preventiva accettazione dell'aggiudicataria alla sue esecuzione senza riserve e maggiori oneri, I.CO.BE. Srl non ha posto alcun problema tecnico sulla esecuzione dell'intervento sul diverso

lotto individuato dal Comune di Altamura riservandosi l'accettazione della variazione della localizzazione; l'istante ha quindi concluso che deve ritenersi che «a lotti di analoga superficie e caratteristiche orografiche e di accessibilità e logistica, corrispondono analoghi costi realizzativi, prescindendo dalla localizzazione».

Ritenuto in diritto

La questione sottoposta all'Autorità attiene all'ammissibilità e ai limiti della modifica dell'oggetto del contratto dopo l'aggiudicazione della gara.

Al riguardo, il principio ribadito, anche a livello eurounitario dalla Corte di Giustizia, è quello secondo cui non è possibile apportare al contratto modifiche che lo rendano sostanzialmente diverso dal contratto originariamente messo a gara.

Sul punto, la Corte di Giustizia nella sentenza 7 settembre 2016 resa nella causa C-549/14 si è espressa nel senso che «il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale» (par. 28). E ancora: «In linea di principio, una modifica sostanziale di un appalto pubblico dopo la sua aggiudicazione non può essere apportata in via di trattativa privata tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario, ma deve dare luogo a una nuova procedura di aggiudicazione vertente sull'appalto così modificato (v., per analogia, sentenza del 13 aprile 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punto 42).

Anche l'Autorità, in tema di varianti in corso d'opera, ha osservato nella determinazione n. 1/2001 (ancorché con riferimento alla disciplina delle varianti in corso d'opera prevista dalla l. 109/1994, ma sostanzialmente confermata dal d.lgs. 163/2006), che «La variante, infatti, ha come necessario punto di riferimento e parametro di raffronto il progetto: le relative modifiche non possono, quindi, essere tali da snaturarlo. Se le parti realizzano un'opera totalmente diversa, la disciplina del rapporto non può più essere individuata nel primitivo contratto di appalto, bensì nel successivo negozio giuridico, (...). In tal caso, si compie un'opera necessariamente diversa da quella oggetto del precedente contratto. In definitiva, la variante deve avere carattere accessorio rispetto all'opera progettata e contrattualmente stabilita».

L'Autorità ha altresì osservato che la connotazione di "sostanzialità" o meno di una variante deve essere determinata caso per caso, con riferimento alle modifiche intervenute, alla natura delle lavorazioni e all'incidenza delle stesse sul progetto originario, nonché ai costi ed ai tempi della modifica (parere sulla normativa AG4/2011), precisando che la modifica di un contratto in corso di validità deve ritenersi "sostanziale" qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di

offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata (deliberazione n. 610/2016, AG21/2016/AP, deliberazione n. 103/2012; parere sulla normativa AG43/09; deliberazione n. 1203 del 23 novembre 2016 - parere sulla normativa AG 48/2016/AP).
In particolare, aderendo a quanto espresso dalla giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Campania, Sez. I, n. 1654/2002), l'Autorità ha ritenuto che non esiste un'elencazione squisitamente tecnica delle modifiche ad un progetto da considerare varianti "sostanziali". L'evenienza di una variante sostanziale non va, infatti, legata ai singoli aspetti tecnici delle modifiche progettuali apportate, bensì agli effetti che tali variazioni avrebbero potuto avere, se già presenti o comunque note, sulle offerte fatte dagli altri concorrenti che al tempo hanno partecipato alla gara d'appalto. Ciò in quanto vanno salvaguardati i principi di concorrenza e parità di condizioni che altrimenti risulterebbero lesi dal mutamento sostanziale, per importo o entità, del progetto dell'opera posto a base della gara ad evidenza pubblica (deliberazione n. 40 del 20 gennaio 2016; deliberazione n. 103 del 5 dicembre 2012).

Nel caso in esame, il Comune di Altamura, accogliendo le richieste della cittadinanza, ha deliberato di mutare l'ubicazione dei due centri di raccolta situati nel proprio territorio comunale - variazione che poi è stata ridotta ad un solo centro raccolta con successiva delibera (delibera GC n. 7 del 6 luglio 2015) - «al fine di garantire una migliore fruizione dei servizi sul territorio comunale delocalizzando gli impianti all'estrema periferia dell'abitato» (delibera GC n. 58 del 3 aprile 2015).
Nelle more, la gara bandita in data 12 settembre 2014 avente ad oggetto la progettazione esecutiva e la realizzazione di quattro centri di raccolta differenziata, tra cui anche quello oggetto della delibera di variazione della localizzazione, veniva aggiudicata all'ATI I.CO.BE. Srl - Daniele Ambiente S.r.l..
A seguito della mutata localizzazione, il Comune di Altamura, con delibera GC n. 24 del 3 settembre 2015, ha approvato il nuovo progetto definitivo relativo al centro raccolta localizzato nella nuova area "dello stesso importo complessivo di euro 300.000,00".
Con successiva nota del 25 settembre 2015, il RUP ha ritenuto la proposta di variante localizzativa ammissibile in quanto riconducibile alle circostanze di cui all'art. 132, lett. b), del d.lgs. n. 163/2006, «come cause impreviste e imprevedibili riguardanti aspetti giuridici relativi al bene oggetto di progetto emersi dopo la chiusura del progetto sulla base di azioni di contestazione della titolarità intraprese da privati». Successivamente, sulla scorta di un parere reso da un legale incaricato dall'Unione Comuni Alta Murgia (UNICAM) che ha ritenuto la variante localizzativa una modifica sostanziale, la stazione appaltante ha avviato il procedimento di revoca parziale dell'aggiudicazione (nota prot. n. 2022 del 15 febbraio 2017).

Nelle more, la legittimità della variazione della localizzazione è stata vagliata dal giudice amministrativo sotto il profilo della idoneità urbanistica della zona (avente destinazione produttiva D/1 nel pr.g. del Comune di Altamura) ad accogliere il centro raccolta rifiuti: con le sentenze n. 593/2017 e n. 594/2017 il TAR Puglia ha respinto il ricorso di imprenditori proprietari di società o aziende produttive site nella zona interessata ritenendo che non esiste incompatibilità tra i centri raccolta rifiuti differenziata e le zone urbanistiche con destinazione produttiva D e che l'amministrazione ha correttamente riconosciuto prevalenza agli interessi dell'intera collettività ad avere i centri raccolta rifiuti localizzati in aree industriali artigianali di tipo D in quanto meglio servite dalla rete viaria di scorrimento urbano in maniera da facilitare l'accesso sia alle autovetture e ai piccoli mezzi degli utenti che ai mezzi pesanti per il conferimento agli impianti di recupero/smaltimento, rispetto agli interessi privatistici facenti capo ad una cerchia ristretta di soggetti interessati al valore economico dei fondi finitimi. Le richiamate pronunce, tuttavia, non hanno invero statuito sulla legittimità della gara.

Alla luce di quanto sopra, ferma restando la facoltà di revocare l'intera procedura, che resta rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante che la esercita nel rispetto dell'art. 21-*quinques* della l. n. 241/1990, si ritiene che lo stralcio dal contratto del centro di raccolta delocalizzato, considerato che esso da solo vale 300.000,00 euro a fronte di un contratto complessivo di 1.053.283,49 euro, rappresenti una modifica sostanziale del contratto. Alla stregua dei parametri sopra ricordati, pare infatti potersi affermare che l'eliminazione di uno dei quattro centri di raccolta previsti originariamente nel contratto inciderebbe significativamente sul progetto originario, che risulterebbe ridimensionato in modo non trascurabile sotto il profilo dell'importo, tanto da far ritenere probabile che, se nota già in fase di gara, avrebbe sollecitato l'interesse alla partecipazione di altri operatori economici (rispetto a quelli che hanno effettivamente partecipato) o comunque avrebbe consentito la formulazione di offerte diverse. Il rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento porta dunque a ritenere inammissibile lo stralcio dal contratto del centro di raccolta la cui localizzazione è stata variata.
Per converso, sulla base degli elementi emersi dall'istruttoria sembra meritare una opposta valutazione la variante localizzativa. In base a quanto dichiarato dalla stazione appaltante, le due aree (quella originariamente individuata e quella scelta successivamente) sarebbero di analoga superficie e caratteristiche orografiche e di accessibilità e logistica e ad esse corrisponderebbero analoghi costi realizzativi. Ciò trova conferma nella delibera di approvazione del progetto definitivo redatto a seguito della nuova localizzazione nella quale si prende atto che detto nuovo progetto ha lo stesso importo complessivo (300.000,00 euro) di quello relativo al centro di raccolta destinato all'area precedentemente individuata. L'invarianza dei costi e l'analogia delle

caratteristiche morfologiche e di accessibilità e logistica delle due aree inducono a ritenere che la variante localizzativa in discorso non incida in modo sostanziale sul progetto nel suo complesso e che pertanto possa essere apportata senza violare i principi di concorrenza e parità di trattamento.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- lo stralcio dall'oggetto del contratto del centro di raccolta la cui localizzazione è stata variata non è conforme alla normativa di settore perché costituisce una modifica sostanziale del contratto;
- la variante localizzativa è conforme alla normativa di settore perché non è una variante sostanziale.

Raffaele Cantone

Depositata presso la Segreteria del Consiglio in data 26 giugno 2018

Il Segretario, Maria Esposito