



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 1147 del 27 novembre 2019

Fascicolo 2620/2019

Oggetto: Metropolitana Automatica di *Omissis* – *Omissis*. 4° *addendum*. *Omissis*

Riferimenti normativi: art. 25 L. 109/94.

Parole chiave: varianti – riserve.

Non massimabile

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

Vista la legge 11 febbraio 1994 n. 109;

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e successive modificazioni;

Visto il Regolamento sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 5 ottobre 2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 241 del 16 ottobre 2018;

Considerato in fatto

Con nota del 5.4.2019 (prot. I 27968) e successiva integrazione del 16.6.2019 (prot. I 47740) *Omissis*, in qualità di contraente generale e concessionaria per la realizzazione e gestione della metropolitana automatica di *Omissis*, ha comunicato (ex art. 106 co. 14 D.Lgs. 50/2016) l’adozione di una variante contrattuale, in data 6.3.2019 con la stipula del 4° *addendum* al contratto quadro del 12.12.2005 (ai sensi dell’art. 106 co. 2 lett. b, D.Lgs. 50/2016).

La variante è intervenuta nell’ambito del contratto di riferimento stipulato il 25.1.2000 tra *Omissis* e il *Omissis*, avente ad oggetto servizi di ingegneria e la fornitura in opera di componenti tecnologici connessi alla performance del sistema della metropolitana di *Omissis*. Il contratto di riferimento prevedeva una specifica disciplina sia per la gestione delle riserve (art. 3.09) che in tema di riserve (art. 2.03).

In data 12.12.2005 era stipulato un accordo quadro (integrativo ed additivo del contratto di riferimento) avente ad oggetto il completamento di due tratte della metropolitana (*Omissis*). Seguivano, nel corso del tempo, diversi *addendum*, tra cui il 3° *addendum* stipulato in data 7.2.2013 (avente ad oggetto la realizzazione della tratta *Omissis*), con il quale:

- all’art. 4, si spostava il termine per la conclusione della tratta 4 al 30.10.2015, per lo slittamento della consegna delle opere civili e si prevedeva che la conclusione dovesse avvenire mediante consegna del *verbale complessivo di accettazione parziale* (VCAPS);

- all'art. 8, prevedeva un indennizzo mensile crescente in favore dell'appaltatore, ove la consegna del VCAPS fosse ritardata per causa *non imputabile* allo stesso.

In seguito a taluni ritardi nella consegna delle opere civili, *Omissis* iscriveva riserve per oltre € 10 milioni (nei vari SAL nel frattempo emessi); venivano quindi acquisite la relazione riservata del d.l. e le valutazioni del RUP, i quali si esprimevano sulla parziale fondatezza delle riserve (per un importo pari a circa € 1,4 milioni, in quanto, seppur tardivamente iscritte, i ritardi non erano imputabili a *Omissis* - cfr. relazione RUP del 14.2.2018, allegata alla memoria del 13.6.2019).

All'esito di articolate trattative, in data 6.3.2019, veniva stipulato il 4° *addendum* (all'A.Q. del 12.12.2005), nel quale il termine per la consegna del VCAPS slittava di 54 mesi (venendo fissato con al 17.4.2020) e si riconosceva l'importo di € 4.600.000,00, a titolo transattivo, a saldo e stralcio delle riserve iscritte da *Omissis* (punti 7 e 9 dell'*addendum*). In particolare, come evincibile dalla lettura del contratto, il citato importo è riferibile:

- a servizi supplementari di ingegnerizzazione, rispetto a quelli previsti nel 3° *addendum* (cfr. punto 4.iv-v del 4° *addendum*, per complessivi € 1.211.840,00);
- alla remunerazione di servizi di ulteriori ingegnerizzazione, slittati tra l'1.4.2014 e il termine presumibile dei lavori fissato al 17.4.2020, in conseguenza del ritardo nell'esecuzione delle opere civili (cfr. punto 4.i-ii-iii del 4° *addendum*, pari a € 3.034.160,00);
- a remunerare maggiori oneri sostenuti nella rinegoziazione dei contratti di fornitura, in conseguenza dei ritardi occorsi (cfr. punto 5 del 4° *addendum*, per € 544.000,00).

Inoltre a mente del punto 10 dell'*addendum* "*le parti concordano che l'Addendum 4 disciplina solo ed esclusivamente la compensazione economica del ritardo di 54 (cinquantaquattro) mesi che comportano il rinvio del VCAPS al 17 aprile 2020*".

L'Autorità, ricevuta la comunicazione, ha dapprima chiesto informazioni (ex art. 13 co. 4 reg. di vigilanza del 2018 - cfr. nota prot. U. 47357 del 12.6.2019), riscontrate dalla stazione appaltante, anche con documentazione integrativa (cfr. note prot. I. 47740 del 13.6.2019 e prot. I. 49117 del 18.6.2019). Successivamente è stato quindi avviato il procedimento di vigilanza volto ad accertare le criticità riscontrate nell'adozione della variante (cfr. nota prot. U. 57247 del 15.7.2019), contestando la riconducibilità delle prestazioni contrattualizzate (nel 4° *addendum*) all'alveo applicativo dell'art. 106, co. 1 lett. b) D.Lgs. 50/2016:

- *ratione temporis*, in quanto la variante afferisce a un contratto stipulato il 25.1.2000;
- in ragione del contenuto della variante, che pare avere ad oggetto soprattutto riserve iscritte dall'appaltatore in conseguenza di ritardi nella realizzazione delle opere.

La stazione appaltante, quindi, ha inviato alcune memorie integrative ed esplicative (prot. I. 64303 del 6.8.2019, prot. I. 73967 del 23.9.2019, prot. I. 73986 del 23.9.2019 e prot. I. 84590 del 25.10.2019) e, in data 24.9.2019, si è anche svolta un'audizione (ex art. 16 del reg. vigilanza).

Complessivamente, la stazione appaltante ha eccepito che:

- l'affidamento diretto dei servizi di ingegneria (in favore di *Omissis*) era situazione obbligata, visti i brevetti che coprono tali attività e, pertanto, non ci sarebbe stato alcun *vulnus* al principio di concorrenzialità (cfr. la memoria del 6.8.2019 e del 23.9.2019);
- solo una minima parte dell'importo contrattuale è imputabile a transazione, mentre la parte prevalente deve essere imputata ai nuovi servizi (ulteriori rispetto a quelli oggetto di pregressi accordi), giustificati anche dall'applicazione di nuove normative tecniche (come ad es., il d.lgs. 106/2017 che implicherebbe nuove e diverse attività di formazione del personale - cfr. memoria del 6.8.2019 e del 25.10.2019);

- l'art. 106 D.lgs. 50/2016 sarebbe applicabile *ratione temporis*, in quanto il contratto in esame è di durata e a prestazioni corrispettive, dovendosi pertanto applicare la normativa vigente al tempo dell'adozione dell'atto, nonché in quanto (l'art. 106) obbedisce meglio a criteri di trasparenza (cfr. p. 4-5 della memoria del 6.8.2019);
- l'operazione è legittima (anche ove ricondotta alla transazione), poiché sarebbe stato emesso il parere legale, ex art. 239 D.Lgs. 163/2006, a cura del dirigente competente, sentito il RUP (sia il parere legale che la determina dirigenziale non risultano in atti).

Considerato in diritto

In termini generali, nel caso in esame, vengono in rilievo gli istituti delle varianti e delle riserve (cfr. *amplius* sull'argomento Determinazione AVCP n. 5 del 30.5.2007).

Le varianti sono modifiche del progetto o delle pattuizioni contrattuali, alle quali è possibile ricorrere in ipotesi normativamente tipizzate (art. 25 L. 109/94); al di fuori di tali ipotesi, la pretesa dell'appaltatore di ottenere la refusione di maggiori costi sostenuti o il compenso per ulteriori prestazioni contrattuali assume la forma della riserva, che è gestita secondo strumenti specifici, quali l'accordo bonario, la transazione o altre ipotesi contrattualmente pattuite (come nel caso di specie).

Preliminarmente è opportuno affrontare il tema della normativa applicabile *ratione temporis*, in quanto il 4° *addendum* in esame (qualificato, dalla stazione appaltante, atto di variante) accede al contratto di riferimento stipulato in data 25.1.2000.

Al riguardo giova richiamare un consolidato orientamento che, in materia di contratti pubblici afferma l'irrelevanza dello *ius superveniens* (Cons. St., Ad. Plen., 9/2011; più di recente Cons. St., V, 31/07/2019, n.5436; Cons. Stato, V, 7.6.2016, n. 2433; Cons. St., III, 1.9.2014, n. 4449), anche per quanto attiene la fase esecutiva dell'affidamento, ribadito anche dalla normativa transitoria che si è succeduta nel tempo:

- l'art. 253 co. 1 D.Lgs. 163/2006 e l'art. 216 co. 1 D.Lgs. 50/2016 (recanti una disciplina transitoria) stabiliscono che le disposizioni contenute nei rispettivi decreti si applicano solo ai bandi e agli avvisi pubblicati successivamente all'entrata in vigore dei decreti stessi;
- l'art. 357 co. 6 D.P.R. 207/2010 prevede espressamente che la disciplina contenuta nel regolamento (relativa alla fase di esecuzione dei contratti pubblici) non si applica ai contratti già stipulati alla data di entrata in vigore del regolamento stesso;
- l'art. 332 co.2 DPR 554/1999 (entrato in vigore in data 28.7.2000) prevede che “*Le disposizioni del regolamento che riguardano il modo o il contenuto delle obbligazioni del contratto si applicano ai contratti stipulati successivamente alla loro entrata in vigore*”.

Su tale ultima norma è intervenuta anche l'Autorità, con parere n. 54 del 7.12.2000, affermando che “*Con riferimento, invece, all'esecuzione del contratto e, in particolare, al contenuto ed alle modalità delle reciproche obbligazioni che ne derivano, il regolamento ha fatto applicazione del principio generale tempus regit actum, disponendo che gli stessi si ricollegano alla legge vigente al momento della stipulazione. Con la conseguenza che le nuove disposizioni del regolamento che riguardano il modo ed il contenuto delle obbligazioni contrattuali (titoli VIII e IX) si applicano ai soli contratti stipulati successivamente alla loro entrata in vigore. Per i contratti, invece, stipulati anteriormente al 28 luglio 2000 dovranno trovare ancora applicazione le disposizioni del pregresso ordinamento, ancorché diverse dalle norme ex novo introdotte dal regolamento generale.*”.

Quindi, la disciplina applicabile al contratto di riferimento in esame (stipulato in data 25.1.2000) e alle sue eventuali varianti deve essere quella in vigore al tempo dell'adozione del contratto di riferimento stesso (l. 109/94).

In senso contrario, non appare condivisibile l'eccezione della stazione appaltante che vorrebbe valorizzare taluni caratteri civilistici dell'appalto (e cioè che si tratta di contratto di durata, a prestazione corrispettiva) e con ciò vorrebbe individuare la disciplina applicabile in virtù della data di adozione dell'atto (di variante): la disciplina citata, infatti, ha una chiara natura pubblicistica ed imperativa, non derogabile dalle parti.

Passando al merito della vicenda, non è conducente il riferimento (della stazione appaltante) alla privativa o ai brevetti che coprirebbe i servizi di ingegneria oggetto della variante, in quanto l'esistenza di una privativa o di un brevetto non giustifica l'adozione di una variante bensì legittima l'attivazione di una procedura negoziata ai sensi dell'art. 63 co. 2 lett. b), n. 3 D.Lgs. 50/2016 (ex art. 24 co. 1 lett. a L. 109/94 e art. 41 co. 1 R.D. 827/1924, applicabili *ratione temporis*).

Per ammissione della stessa stazione appaltante, inoltre, il contenuto dell'*addendum* ha un ampio contenuto transattivo, in quanto volto a sanare pretese e maggiori servizi professionali (ingegneristici), che hanno dato luogo all'iscrizione di riserve dei documenti contabili, derivanti da un ritardo nell'esecuzione delle opere civili.

Infatti, la gestione del ritardo del VCAPS era prevista nel 3° *addendum* (del 7.12.2013) ed era sanzionata con sostanziose penali contrattuali in favore dell'appaltatore (art. 8 del 3° *addendum*); ciò ha determinato l'iscrizione di riserve sugli atti contabili, nelle quali l'appaltatore ha chiesto il ristoro dei maggiori costi e lavorazioni sostenuti in ragione del prolungamento dei tempi contrattuali. Su tali riserve si sono espressi sia il d.l. che il RUP (ritenendole in parte condivisibili) e, in tale contesto, è intervenuto il 4° *addendum* (oggi in esame) dall'inequivoco contenuto transattivo: infatti, le pattuizioni di cui al punto 4.i-ii-iii del 4° *addendum* (pari a € 3.034.160,00) e al punto 7, 9 e 10 dell'*addendum* sostanzialmente dilazionano i maggiori servizi professionali prestati dall'appaltatore in conseguenza del ritardo nella realizzazione delle opere civili e, nel contempo, prevedono la rinuncia dell'appaltatore alle riserve e all'applicazione delle penali contrattuali previste nel 3° *addendum*.

Pertanto, la gestione di richieste o pretese dell'appaltatore attivate mediante iscrizione di riserve (derivanti da maggiori o ulteriori prestazioni cui è chiamato l'appaltatore in conseguenza di fatti a questi non imputabili) non può avvenire mediante la redazione di un atto di variante, ma deve avvenire mediante gli ordinari strumenti previsti in via normativa o contrattuale, ove presenti (come nel caso di specie). Peraltro, l'art. 3.09 del contratto di riferimento del 25.1.2000 dispone una specifica disciplina della gestione delle riserve e, in tal senso, già si erano espressi, sia il d.l. che il RUP.

In caso di situazione mista, in cui una parte delle pretese o delle richieste dell'appaltatore sia ascrivibile a riserve e ed altra parte a varianti, la diversità strutturale e operativa degli istituti suggerisce di redigere distinti atti negoziali.

Con riferimento invece ai servizi professionali supplementari (indicati soprattutto nei punti 4.iv-v del 4° *addendum*, per complessivi € 1.211.840,00), deve dubitarsi della effettiva sussumibilità della fattispecie all'art. 106 co.2 lett. b) D.Lgs. 50/2016. Ciò sia per le motivazioni legate alla normativa transitoria già esposte, sia perché anche tali prestazioni sono state pattuite in conseguenza di ritardi (nell'esecuzione delle opere civili) non imputabili all'appaltatore e, quindi, a compensazione di un danno occorso a quest'ultimo. Peraltro, dagli atti contrattuali prodotti non emerge la connessione tra tali prestazioni e la normativa sopravvenuta (D.Lgs. 106/2017, come riferita dalla

stazione appaltante) e, comunque, avrebbe giustificato una variante ex art. 106 co. 1 lett. c) D.Lgs. 50/2016 (e non attivando la lett. b) dell'art. 106 citato).

Difficilmente percorribile, infine, è la tesi dell'assorbimento eccepita dalla stazione appaltante (secondo la quale la natura di variante, siccome prevalente, avrebbe assorbito anche le pattuizioni transattive). Fermo che le prestazioni transattive sembrano essere prevalenti, tale interpretazione non legittima comunque l'adbicazione, in via negoziale, alle norme pubblicistiche in rilievo (in materia di riserve e varianti).

Pertanto, ove non sia possibile ricondurre tali prestazioni supplementari alla disciplina delle riserve (al pari degli altri servizi di ingegneria sopra menzionati), la valutazione in ordine alla disciplina applicabile alle varianti deve essere svolta alla luce delle prescrizioni normative tipizzate, *ratione temporis* applicabili (art. 25 L. 109/94) o negoziali (gli artt. 2.03 e 3.06 del contratto di riferimento del 25.1.2000, ad esempio, recano una specifica disciplina sulle varianti).

Da ultimo, deve darsi atto della circostanza (non comprovata in sede istruttoria) che la stazione appaltante ha affermato di aver rispettato le prescrizioni in materia di transazione, facendo precedere il 4° *addendum* dall'acquisizione di un parere legale, ad opera del Dirigente competente e sentito il RUP (cfr. memoria del 25.10.2019).

In tema di transazione in procedimenti avviati prima dell'introduzione dell'istituto ad opera dell'art. 239 del d.lgs. n. 163/2006, si deve ricordare ad ogni modo come questa Autorità abbia avuto modo di affermare “*L'amministrazione, in linea generale, può, pertanto, addivenire ad una transazione con l'appaltatore per dirimere controversie insorte in sede di esecuzione del contratto, fermo restando che la particolare natura giuridica del rapporto instaurato tra le parti, sorto a seguito di procedura di scelta del contraente soggetta al regime pubblicistico, impone precisi limiti alla possibilità di modificare il contenuto delle rispettive prestazioni*” (cfr. Deliberazione n. 56 del 03/12/2008 o anche Deliberazione n. 10 del 19/03/2008).

Tutto ciò premesso e considerato,

Delibera

di ritenere, ai sensi dell'art. 12 co. 1 lett. b) e 24 del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 4.7.2018, il 4° *addendum* adottato in data 19.3.2019 tra *Omissis* e il *Omissis* non conforme alla esposta normativa.

La stazione appaltante è altresì invitata a comunicare all'A.N.AC. le determinazioni al riguardo assunte, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente delibera, ai sensi dell'art. 22 co. 2-3 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici. La richiesta è formulata ai sensi dell'art. 213, co. 13 del d.lgs. 50/2016.

Il presente provvedimento è pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 dicembre 2019.

Il Segretario *Rosetta Greco*