

Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Comunicato del 17 marzo 2015

Art. 37, decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 convertito in legge n.114/2014 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari). Riordino e aggiornamento delle modalità di trasmissione all'A.N.AC. delle varianti in corso d'opera.

1. Premessa

L'art.37, dl 90/2014, convertito con modificazioni in legge 114/2014, ha introdotto l'obbligo di trasmissione all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) delle varianti in corso d'opera dei contratti pubblici di lavori. In ordine a tali obblighi l'ANAC ha pubblicato vari comunicati riassumibili come segue:

- primo comunicato del 16.7.2014
(pubblicato in vista dell'entrata in vigore del dl 90/2014, che prevedeva l'invio indifferenziato delle varianti senza il filtro di alcuna soglia, entro 30 gg dal provvedimento di approvazione)
- secondo comunicato del 17.9.2014
(pubblicato prima della conversione in legge del dl 90/2014, che prevedeva l'invio selezionato delle varianti secondo varie soglie e condizioni, sempre entro 30 gg dal provvedimento di approvazione)
- terzo comunicato del 7.11.2014
(pubblicato per estendere, ex art.176, co.5, lett.a, del codice, l'obbligo della trasmissione agli interventi del contraente generale per le varianti introdotte da “forza maggiore”, “sorpresa geologica”, “prescrizioni di legge sopravvenute”, “richieste di Enti terzi - es. CIPE, interferenze” -, “varianti comunque richieste dal Soggetto Aggiudicatore”)

Le varianti pervenute a tutt'oggi hanno posto in evidenza la necessità di rivisitare e aggiornare i precedenti comunicati per varie finalità: dalla completezza della documentazione allegata alla trasmissione, all'estensione della trasmissione ad alcuni tipi di varianti nell'appalto integrato, alle informazioni sul contenzioso che interferisce con le varianti stesse (in merito agli accordi bonari vale già l'obbligo di trasmissione all'Autorità in forza del Comunicato della soppressa Avcp del 4.6.2001). E' inoltre necessario fornire brevi indicazioni sul valore appropriato da attribuire alle trasmissioni di varianti cd. “non pertinenti”, cioè qualora non ricorrano le soglie di valore e le altre condizioni che fanno sorgere l'obbligo della trasmissione ad ANAC ex art.37 della legge 114/2014.

Si sono altresì evidenziati adempimenti, soprattutto del responsabile del procedimento, generalmente poco aderenti al dato normativo recato nel dPR 207/2010 per quanto attiene alle varianti.

I primi esiti dell'esame delle varianti pervenute (grosso modo fino a settembre 2014) sono stati riportati nel comunicato del 24.11.2014 cui si rinvia per maggiori approfondimenti. Il presente comunicato sostituisce i tre comunicati dinanzi riportati.

2. Completezza e coerenza della documentazione da trasmettere

Una prima necessità è quella di assicurare la chiarezza e la coerenza delle informazioni e degli atti da trasmettere. E' emerso che sovente i dati non sono facilmente desumibili dalla documentazione e non sempre risultano chiaramente organizzati, quando non risultano carenti o assenti. Anche perché, soprattutto in taluni settori, la documentazione è organizzata secondo procedure e modelli che si discostano da quelli previsti dal regolamento di attuazione del codice dei contratti.

Per ovviare a tali disfunzioni è stato predisposto un "modulo di trasmissione" (All.I) in modo che le informazioni salienti richieste dall'art.37, della l.114/2014 e dai precedenti comunicati (qui confermati) siano già estratte, controllate e raccolte in elenchi prima della trasmissione. E' altresì necessario che ciascuna comunicazione contenga essa stessa in allegato l'elenco generale della documentazione con eventuali codici di lettura e consultazione; lo stesso elenco si troverà nel supporto informatico e ogni documento elettronico recherà un nome idoneo a identificarne i contenuti. Ogni CIG (con relativo CUP) dovrà essere oggetto di una distinta trasmissione di variante secondo il modello in All.I, salvo i CIG aggiuntivi per le varianti che superano il quinto d'obbligo (cfr. sito ANAC: "Tracciabilità dei flussi finanziari". "Aggiornamento al 21 maggio 2014". Punto A39), compreso il CUP se presente.

E' stata inoltre integrata la documentazione volta a contestualizzare la variante rispetto all'arco temporale del contratto. Da qui la necessità di produrre il verbale di consegna e di sospensione dei lavori (qualora sussista), le proroghe, ecc. Ciò vale anche rispetto alla progressione dei lavori: occorre quindi allegare lo stato di avanzamento dei lavori emesso prima della variante e/o la valutazione dei lavori comunque contabilizzati sebbene non sia stato eventualmente possibile trasferire il maturato economico in apposito SAL.

E' inoltre emerso che il responsabile del procedimento (RP), al quale compete l'accertamento delle cause delle varianti, nella "apposita relazione" di cui al co.1, art.37, legge 114/2014, riprende acriticamente le motivazioni espresse dal direttore dei lavori, facendo venire meno il rigore dell'accertamento. La detta relazione del RP deve invece dare puntuale evidenza del percorso logico seguito per accertare autonomamente le cause della variante e del corredo documentale sul quale è basato l'esame motivato dei fatti (cfr. art.161, co.1, dPR 207/2010). Ciò dopo aver ricostruito le precedenti fasi del procedimento, dalla progettazione, all'affidamento, all'evoluzione dei quadri economici, alle Conferenze dei servizi e alle prescrizioni impartite dagli Enti tenuti a esprimersi ai sensi della normativa vigente, fino alle principali vicissitudini occorse durante l'esecuzione.

Segnatamente, si richiama l'attenzione sulla qualità degli adempimenti assegnati al RP in tema di varianti (cfr. art.161, co.7, DPR 207/2010). Per le fattispecie di variante della lett.b), comma 1, art.132, d.lgs. 163/2006, il RP è tenuto ad accertare: la non imputabilità delle cause della variante alla stazione appaltante, la non prevedibilità al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori ecc. (cfr. art.161, co.8, DPR 207/2010). Per le fattispecie di variante della lett.c), comma 1, art.132, d.lgs. 163/2006, il RP è tenuto ugualmente a verificare (e descrivere) la natura e le caratteristiche delle cause (o evento) in relazione alla natura del bene (specificità); è tenuto altresì a esprimersi in ordine alla prevedibilità o meno del "rinvenimento" causa della variante, nella fase di progettazione, individuando anche a quale livello di progetto sia riconducibile l'eventuale mancata previsione. Il RP dovrà altresì esprimersi sulla completezza e adeguatezza dei dati e degli accertamenti preliminari in situ, dei sondaggi, degli studi interdisciplinari, delle prove, delle ricerche, del censimento delle interferenze, delle cave disponibili, degli impatti rilevanti, e di ogni altro dato occorrente per una progettazione di qualità (cfr. DPR 207/2010, art.15 e ss.); in sostanza, metterà in relazione le cause della variante con le eventuali inadeguatezze dei dati e delle ricerche e studi preliminari utilizzati per la progettazione, in tutti i livelli della stessa.

Dovranno essere altresì allegati gli eventuali pareri di Enti terzi - organi deliberanti a qualsiasi titolo, centrali dello Stato o territoriali, ecc.- che abbiano avuto un ruolo causale sulla variante, nonché gli eventuali ulteriori accertamenti e indagini necessarie alla progettazione definitiva o esecutiva. In tale contesto, il RP valuterà le motivazioni di eventuali disarmonie tra gli esiti della Conferenza dei servizi e i pareri in seguito rilasciati dai medesimi Enti. Indicherà altresì gli eventuali pareri sulla variante da parte del progettista, del verificatore, del collaudatore in corso d'opera, del soggetto a supporto e dell'alta sorveglianza sui lavori, qualora siano stati espressi.

Nella relazione del RP, se del caso, si valuteranno anche i rapporti tra la variante oggetto di trasmissione e le "varianti migliorative" proposte in fase di offerta ex art.76 del d.lgs. 163/2006; sarà altresì valutata la relazione tra la variante e l'adeguatezza della progettazione delle interferenze. Analogamente saranno illustrate dal RP le ragioni che non hanno consentito, eventualmente, al verificatore (e quindi al validatore) di riconoscere preventivamente le carenze progettuali divenute in seguito causa della variante oggetto di trasmissione.

Infine, il RP fornirà adeguate motivazioni per i lavori della variante che fossero già stati eseguiti, fornendone un'adeguata valutazione ecc.

3. Ambito di applicazione dell'obbligo di trasmissione

Le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere all'ANAC la documentazione di cui all'art.37, comma 1, legge n.114/2014, qualora:

- l'importo dell'appalto a base di gara sia superiore alla soglia comunitaria di cui all'art.28 del d.lgs. n.163/2006;

- la variante sia superiore al 10 % dell'importo del contratto originario..

Le stazioni appaltanti, in applicazione dell'art. 6, comma 9, del d.lgs. 163/2006, sono tenute alla trasmissione all'ANAC della documentazione di cui all'art. 37, comma 1, legge n.114/2014, anche nei seguenti casi:

- a) nel caso in cui il superamento del 10% sia determinato dal cumulo di più fattispecie di variante, purché almeno una sia riconducibile a quelle individuate dal primo comma dell'art.37 legge n. 114/2014 (ad esempio, ex art. 132, comma 1, lett. b) e art 132, comma 3, secondo periodo, ovvero, ex art. 132, comma 1, lett. c), e art.205 del d.lgs. 163/2006);
- b) nei contratti misti con prevalenza di servizi o di forniture, nella misura in cui la variante riguardi l'esecuzione di lavori e l'importo dei lavori stessi (a base di gara) sia superiore alla soglia comunitaria;
- c) per le varianti relative ad appalti nei settori speciali o relative ad interventi emergenziali sottoposti a deroga;
- d) per le varianti ripetute relative ad un medesimo appalto, qualora, ferme restando le altre soglie e condizioni, il loro importo complessivo superi il 10% dell'importo originario del contratto; in tal caso, il termine di 30 giorni decorre dall'approvazione della variante che determina il superamento della soglia del 10% del contratto originario.

4. Ulteriori chiarimenti sulla trasmissione delle varianti nei settori speciali

Sono pervenute varie richieste di chiarimenti all'ANAC circa l'obbligo di comunicazione delle varianti per in contratti disciplinati nella Parte III, d.lgs. 163/06. Segnatamente, sono state rappresentate le difficoltà di comunicare le varianti ricadenti nell'art.37, comma 1, della legge 114/2014, attraverso il sistema SIMOG, con le modalità indicate all'art.7, co. 8, del codice e nel comunicato della soppressa AVCP del 4.4.2008 (cfr. anche seguente n.7).

Al riguardo occorre chiarire che:

- non sussiste alcun obbligo di comunicazione delle varianti in corso d'opera nei settori speciali, ai sensi dell'art. 37, co. 2, legge 114/2014, per il tramite del sistema SIMOG; ciò in quanto la comunicazione di siffatte varianti non è prevista all'art.7, co.8, del codice;
- l'obbligo di comunicazione delle varianti nei settori speciali è stato invece introdotto al punto 3, lett. c), del comunicato ANAC del 17.9.2014 (qui confermato) ed è assolto dal RP con la trasmissione della variante all'Ufficio Vigilanza Analisi Varianti alla luce dell'ALLI.

Gli importi e le altre condizioni che fanno sorgere l'obbligo di trasmissione all'ANAC sono le medesime dei settori ordinari.

5. Obbligo di trasmissione delle varianti del Contraente Generale

Sono soggette all'obbligo di trasmissione ad ANAC le varianti in corso d'opera inerenti i contratti del Contraente Generale che ai sensi dell'art.176, comma 5, lett.a), d.lgs. 163/2006, sono a carico del medesimo Contraente Generale. L'obbligo della trasmissione ricorre per le seguenti fattispecie per le quali il Contraente Generale è tenuto all'applicazione del d.lgs. 163/2006: *“forza maggiore, sorpresa geologica o sopravvenute prescrizioni di legge o di enti terzi o comunque richieste dal soggetto aggiudicatore”*.

L'obbligo della trasmissione delle varianti in corso d'opera è subordinato al verificarsi delle medesime soglie d'importo dell'appalto (pari o superiore alla soglia comunitaria) e della variante (eccedente il 10 % del contratto originario), nonché della ricorrenza delle altre condizioni indicate per i settori ordinari.

6. Estensione dell'obbligo di trasmissione a: transazioni, accordi bonari, varianti negli appalti integrati prima dell'inizio dei lavori e lavori complementari

Per disporre di un quadro completo dell'aumento di spesa, si rende necessario includere con la trasmissione della variante anche gli atti relativi alle transazioni o accordi bonari rispettivamente ex artt.239 e 240 del codice, eventualmente espletati prima della variante. La trasmissione di quest'ultimi non costituisce un nuovo adempimento perché gli accordi bonari devono essere trasmessi all'Autorità in forza del comunicato della soppressa Avcp del 4.6.2001 (pur mancando un termine per l'adempimento). In breve, qualora l'accordo bonario sia stato già trasmesso, sarà sufficiente fornire i riferimenti della trasmissione già effettuata; diversamente si trasmetterà unitamente alla variante.

Si rende altresì necessario acquisire le varianti che ricorrono negli appalti integrati di cui all'art.53, comma 2, lett. b) e c), del codice, nella fase che precede la consegna dei lavori. Nondimeno, anche tali varianti sono da ascrivere alla categoria delle “varianti in corso d'opera” ex art.37 della legge 114/2014, giacché il contratto (di progettazione ed esecuzione) risulta in corso di esecuzione. Di conseguenza andranno altresì prodotti l'attestato di validazione a cura del RP del livello di progettazione posto a base di gara e uno o più rapporti di verifica in relazione alla procedura di selezione (cfr. art.168 e art.169, dPR 207/2010).

Analogamente saranno da trasmettere le informazioni relative alle procedure di affidamento dei lavori complementari di cui all'art.57, comma 5, del d.lgs. n.163/2006.

L'obbligo di trasmissione per tali varianti è sottoposto alle medesime soglie di riferimento dei valori e alle altre condizioni che operano per tutti i settori, se applicabili.

7. Coordinamento con gli obblighi di comunicazione all'Osservatorio in forza di precedenti comunicati della soppressa AVCP

In considerazione del rinvio operato al comma 1 dell'art. 37 legge n. 114/2014 all'art.7, comma 8 del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) e del disposto del secondo comma dell'art. 37, si precisa che:

- a) Per le varianti aventi le caratteristiche di cui al comma 1, dell'art. 37, legge n. 114/2014 (di importo superiore al 10% del valore del contratto originario, relative ad appalti di importo a base di gara superiore alla soglia comunitaria) i dati sintetici devono essere comunicati all'Osservatorio dei Contratti Pubblici, in conformità ai Comunicati del Presidente della soppressa AVCP del 4 aprile 2008, del 14 dicembre 2010 e del 22 ottobre 2013;
- b) In relazione agli appalti di valore a base di gara superiore alla soglia comunitaria, per le varianti non soggette all'applicazione dell'art. 37 comma 1 legge n. 114/2014, in quanto di importo inferiore al 10% dell'importo contrattuale, valgono gli obblighi di comunicazione all'Osservatorio dei Contratti Pubblici in osservanza ai Comunicati della soppressa AVCP sopra citati;
- c) Per le tipologie di varianti non contemplate dall'art. 37, comma 1, legge n. 114/2014 (varianti ex art. 132, comma 1, lett. a e lett.e nonché comma 3, secondo periodo, nonché ex art.205 del d.lgs. 163/2006) i dati sintetici devono essere comunicati all'Osservatorio dei Contratti Pubblici, in conformità ai Comunicati della soppressa AVCP sopra citati;
- d) Con riguardo agli adempimenti prescritti dal comma 2, art. 37, legge n. 114/2014, al fine di armonizzare le presenti disposizioni con i Comunicati della soppressa AVCP del 4 aprile 2008 e seguenti, si specifica quanto segue:
 - i. L'obbligo di comunicazione all'Osservatorio dei Contratti Pubblici dei dati sulle varianti si intende assolto mediante la compilazione delle scheda variante del sistema informativo, nei limiti e con le modalità indicate all'art. 7, co. 8, del d.lgs. 163/2006 e nei Comunicati della soppressa AVCP del 4 aprile 2008 e ss.;
 - ii. Resta immutata la soglia minima di € 40.000,00 a base di appalto stabilita nel Comunicato della soppressa AVCP del 22 ottobre 2013, superata la quale le varianti devono essere comunicate all'Osservatorio; permane, altresì, la ripartizione delle competenze stabilita dai precedenti comunicati in materia di raccolta dei dati tra Osservatorio centrale e Sezioni regionali;
 - iii. Il termine temporale per la comunicazione dei dati della variante, indicato in 60 giorni nei precedenti Comunicati della soppressa AVCP, è ridotto a 30 giorni in conformità al disposto dell'art. 37 legge n. 114/2014.

8. Il modulo per la trasmissione delle varianti

Il modulo di trasmissione delle varianti (All.I) è stato predisposto per due finalità: da un lato rendere più leggibili documentazioni approntate con le più varie modalità, come anche accennato al n.2, dall'altro per facilitare lo stesso Responsabile del procedimento nella selezione degli atti da trasmettere (punto11). La chiara identificazione degli allegati, consentirà inoltre di svolgere più correttamente i processi di analisi delle varianti.

La trasmissione degli atti indicati al punto 11 del modulo è da intendersi tassativa, salvo per alcune voci non necessariamente richieste dalla variante e definite nei relativi riquadri “*se pertinenti?*”; come dinanzi indicato, le più rilevanti discendono direttamente dal comma 1, art.37, legge 114/2014, mentre varie altre sono state introdotte con i precedenti Comunicati di ANAC e qui confermate.

Gli allegati dovranno essere trasmessi in apposito supporto informatico il cui invio ad ANAC, per esigenze di processamento, dovrà essere contestuale alla nota di trasmissione.

9. Effetti della trasmissione

Le varianti che non rientrano negli obblighi di trasmissione indicati nel presente comunicato saranno di norma considerate ai fini statistici o dei piani di vigilanza, salvo casi specifici. Per evitare trasmissioni non pertinenti, si raccomanda un'attenta valutazione delle soglie (importo a base di gara, variante/i superiore/i al 10 % rispetto al contratto originario) e delle altre condizioni che fanno insorgere l'obbligo di trasmissione.

In ogni caso, la trasmissione delle varianti non costituisce acquiescenza di ANAC alla variante stessa né solleva il RP, il direttore dei lavori, l'operatore economico, la stazione appaltante o soggetto equivalente, dalle rispettive responsabilità disciplinate dalle norme vigenti.

10. Organo cui compete la trasmissione della documentazione

Il soggetto cui compete la trasmissione delle varianti nei casi previsti dall'art.37 della legge 114/2014 nonché dal presente Comunicato, è il Responsabile del procedimento (o di figura equivalente nei settori derogati dall'art.10 del d.lgs. 163/2006 quali i settori speciali, i concessionari non amministrazioni aggiudicatrici, ecc.), che ne risponde ai sensi dell'art. 6, comma 11, del d.lgs. 163/2006.

Il presente comunicato modifica il Comunicato del Presidente della soppressa AVCP del 4.8.2008, limitatamente al tempo d'invio all'Osservatorio delle “schede” di variante che si riduce da sessanta a trenta giorni; sostituisce altresì i Comunicati del Presidente dell'ANAC del 16 luglio 2014, del 17.9.2014 e del 7.11.2014.

Raffaele Cantone