DELIBERA N. 844

21 ottobre 2020.

Oggetto

Fascicolo n. 0520/2020. Visita ispettiva, disposta ai sensi dell'art. 213, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016, presso la stazione appaltante ERSU di Ancona ora ERDIS MARCHE Presidio di Ancona, per il controllo dell'appalto inerente "*Lavori per il risanamento conservativo dell'immobile denominato 'B.P.' da adibire a residenza universitaria e servizi, sito in Ancona - via Oddo di Biagio e contermini*" (CIG 0590514B8E).

Visti il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ed il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori

Premessa

Con provvedimento del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione prot. n. 79442 del 9 ottobre 2019, è stata disposta un'attività ispettiva ai sensi dell'art. 213, comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., presso le competenti sedi della stazione appaltante ERSU di Ancona ora ERDIS MARCHE Presidio di Ancona, nonché di eventuali altri soggetti coinvolti nella realizzazione dell'appalto identificato con il CIG 0590514B8E avente ad oggetto "*Lavori per il risanamento conservativo dell'immobile denominato 'B.P.' da adibire a residenza universitaria e servizi, sito in Ancona -via Oddo di Biagio e contermini*", con la finalità dell'acquisizione di puntuali elementi conoscitivi e documentali sullo stato dell'opera ed in particolare in ordine al ritardo nella sua esecuzione, alle ragioni dell'eventuale mancato completamento o, se del caso, della rinuncia alla sua realizzazione.
In esecuzione del predetto mandato i designati Ispettori dell'Autorità hanno condotto le disposte visite ispettive nei giorni del 23 e 24 ottobre 2019, dando contezza degli esiti degli accertamenti condotti nella relazione finale del 31 dicembre 2019, sottoposta all'esame del Consiglio dell'ANAC nella seduta del 22.1.2020, deliberando la trasmissione degli atti al competente Ufficio per il seguito di spettanza.
In esito alla successiva deliberazione consiliare del 17 marzo 2020, che ha approvato la proposta di comunicazione delle risultanze ispettive, l'Autorità ha inviato la comunicazione delle risultanze ispettive ed avvio istruttoria all'ERDIS MARCHE con nota prot. n. 40958 del 04.06.2020, a cui ha fatto seguito il riscontro della medesima stazione appaltante con nota acquisita al prot. n. 64076 del 31.08.2020.

Considerato in fatto

Gli approfondimenti svolti in sede ispettiva hanno consentito in primo luogo di ricostruire la natura giuridica dell'Istituto destinatario dell'azione di vigilanza, quale Ente Regionale per il Diritto allo Studio Universitario di Ancona - ERSU di Ancona (ora ERDIS MARCHE Presidio di Ancona) che attua, in conformità agli obiettivi della programmazione nazionale e regionale, il diritto allo studio per l'Università degli Studi di Ancona secondo le finalità codificate dalla legge regionale 2 settembre 1996, n. 38,

contenente "Riordino in materia di diritto allo studio universitario", che è stata successivamente abrogata dalla legge regionale 20 febbraio 2017, n. 4, contenente "Disposizioni regionali in materia di diritto allo studio".

L'affidamento e la realizzazione dei servizi tecnici e dei lavori oggetto di verifica ispettiva si inseriscono a pieno titolo nell'ambito degli interventi di competenza istituzionale della suddetta stazione appaltante ERSU di Ancona (ora ERDIS MARCHE Presidio di Ancona), trattandosi di lavori concernenti il risanamento conservativo di un immobile da adibire a residenza universitaria e servizi.

Riguardo alla disciplina applicabile all'affidamento dei servizi tecnici e dei lavori pubblici oggetto di ispezione, è emerso che, in applicazione dell'art. 1, comma 1, lett. d) e art. 2 della legge regionale 18 maggio 2004, n. 13, agli ERSU si applicano integralmente le norme comunitarie, statali e regionali in materia di appalti pubblici, in quanto assimilati a tal fine alla Regione e, quindi, qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'art. 3, comma 25 del d.lgs. 163/2006, poi divenuto art. 3, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/2016.

In considerazione del protrarsi della durata della procedura per circa 14 anni (che è stata bandita solo nel 2011 a fronte di un progetto esecutivo approvato nel 2005, nonché per l'esecuzione del contratto di appalto stipulato nel 2013), la normativa specificamente applicabile all'affidamento dei servizi tecnici e dei lavori pubblici oggetto di ispezione è dapprima identificabile nel Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006. n. 163 e s.m.i., risultando poi applicabile il nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., per gli affidamenti intervenuti tra l'agosto 2016 ed il maggio 2017 a favore di ERAP MARCHE Presidio di Ancona in forza della sottoscrizione di Convenzioni tra i due enti.

In ordine all'inquadramento dell'appalto in esame, si rileva che i lavori hanno riguardato la realizzazione di un Progetto esecutivo redatto a cura dell'Università Politecnica delle Marche, e che lo stesso è stato approvato dalla stazione appaltante con Decreto Presidenziale n. 11 del 28.09.2005, prevedendo un importo di lavori pari ad Euro 9.250.431,92 ed un importo complessivo di spesa pari ad Euro 16.669.296,00, con una copertura finanziaria da assicurare mediante Cofinanziamento del M.I.U.R., ex legge n. 388/2000, approvato con D.M. 10/12/2004, per un importo pari ad Euro 6.118.328,00 e una quota a carico dell'ERSU di Ancona, per un importo pari ad Euro 10.550.968,00, per la quale era prevista la richiesta di mutuo presso la Cassa Depositi e Prestiti. In riferimento a tale richiesta di mutuo, nell'ambito del rapporto ispettivo è stato evidenziato che la Cassa Depositi e Prestiti, in seguito ad un lungo iter di verifica della fattibilità del finanziamento richiesto, ha rifiutato di concedere il finanziamento richiesto dall'Ente, giusta nota prot. ERSU n. 15007 del 10.10.2007. Da tale diniego ne è conseguito un nuovo piano di finanziario dell'intervento, in variante rispetto all'originario, realizzatosi, tra l'altro, mediante la contrazione di mutuo ipotecario perfezionato con contratto del 25.10.2010 con la Banca Marche S.p.A. per un importo pari ad Euro 8.351.771,44.

Riguardo alla procedura di affidamento dei lavori, è emerso che è stata indetta una gara ad evidenza pubblica - da espletarsi mediante procedura aperta ex artt. 3, commi 37, 54 e 55 del D.Lgs. n. 163/2006, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo totale posto a base di gara pari ad Euro 9.250.431,92 (comprensivo di oneri per la sicurezza, non soggetti a ribasso, per Euro 186.000,00) - con Bando pubblicato, tra l'altro, sulla GUUE del 14 gennaio 2011, aggiudicata in via definitiva dal CDA dell'ERSU di Ancona, con Delibera n. 15 del 30.06.2011, in favore dell'ATI C. (Capogruppo) – T.C. S.r.l. (Mandante), cui è conseguita la costituzione della Società Consortile, denominata B.P. S.C.A.R.L., con lo scopo di eseguire, per conto dell'A.T.I., i lavori appaltati.

In esito al contenzioso promosso innanzi al TAR Marche avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto dall'ATI terza classificata – in relazione al quale risulta emessa una prima sentenza n. 280/2012 del 12.04.2012 del TAR Marche per l'accoglimento del ricorso principale e per l'annullamento degli atti impugnati, nonché la successiva sentenza definitiva n. 8/2013 del 25.03.2013, tesa a riformare la sentenza di primo grado, con la conferma della legittimità della gara d'appalto

espletata e dell'aggiudicazione definitiva dei lavori all'A.T.I. C. S.r.l./T.C. S.r.l – risulta intervenuta la sottoscrizione del contratto in data 21.05.2013, con la previsione di un tempo utile per il completamento delle opere di 18 mesi, successivi e continui, decorrenti dalla consegna definitiva e totale.

In riferimento alla consegna dei lavori, nell'ambito del rapporto ispettivo risulta evidenziato che, nelle more della stipula del contratto di appalto, i lavori erano già stati parzialmente consegnati in via d'urgenza e sotto riserva di legge, a causa della grande vetustà del compendio immobiliare e delle sue precarie condizioni di conservazione, con i verbali parziali del 22.08.2011 e del 09.11.2011, poi successivamente sospesi a fa data dall'11.01.2012 e ripresi in data 08.05.2013 e consegnati in via definitiva con verbale del 15.07.2013.

Riguardo all'andamento dei lavori, nel rapporto ispettivo, risulta evidenziato che Il sito ha subito negli anni variazioni volumetriche di rilevante entità che, secondo quanto riferito dalla stazione appaltante, hanno reso inevitabile la scelta di redigere alcune Perizie di Variante, alcune delle quali hanno inevitabilmente aggravato i costi di realizzazione degli interventi, provocando inoltre diverse sospensioni e riprese dei lavori di cantiere. In tale contesto è stata evidenziata l'intervenuta formalizzazione della Perizia di Variante n. 1, in riduzione, approvata con Delibera del CDA dell'ERSU di Ancona n. 18 del 25.09.2013 per un importo in detrazione pari ad Euro 852.427,00 lordi, senza modifica del tempo contrattuale, nonché della Perizia di Variante n. 2, suppletiva, relativa alla zona Bar/Caffetteria, approvata con Delibera del CDA dell'ERSU di Ancona n. 19 del 25.09.2013, per un importo suppletivo netto di Euro 84.352,69, che, come riferito dalla stazione appaltante, si è resa necessaria a fronte del rinvenimento di situazioni statiche precarie, sia a livello fondale che in elevazione, relativamente al corpo edilizio ex Chiesa, senza concessione di prolungamento del tempo contrattuale. A tale due perizie di variante, sono succedute la Perizia di Variante n. 3, suppletiva generale, approvata con Delibera del CDA dell'ERSU di Ancona n. 43 del 18.12.2013, per un importo suppletivo netto riferito di Euro 896.502,03, ma in realtà pari a Euro 1.083.611,00 come risulta dal testo della citata Delibera n. 43/2013, resa necessaria per adeguare le previsioni progettuali (risalenti al 2005) allo stato di fatto, così come risultante anche a seguito dei diversi crolli intervenuti nel tempo e delle conseguenze di un sisma che ha colpito l'area, senza prolungamento del tempo contrattuale, nonché la Perizia di Variante n. 4, suppletiva per un importo suppletivo lordo di Euro 1.830.180,46, approvata con Delibera del CDA dell'ERSU di Ancona n. 30 del 10.11.2014, per la quale risulta riferito nel rapporto ispettivo che la perizia si è resa necessaria, in quanto la Soprintendenza BB.PP. delle Marche, vista la complessità dell'opera e le continue variazioni, ha sospeso l'efficacia dell'autorizzazione a suo tempo concessa in relazione al Progetto Esecutivo del 2005, comportando la redazione di nuovi elaborati progettuali in conformità alle direttive della Soprintendenza BB.PP. delle Marche, con rivisitazione architettonica su porzione del Complesso, in particolare nell'area del Chiostro, con un prolungamento di gg. 90 del tempo contrattuale prestabilito. Infine risulta evidenziata la redazione della Perizia di Variante n, 5, relativa al Progetto di ridimensionamento e completamento dei lavori, come da Progetto Esecutivo redatto da ERAP Marche, approvato con Decreto Commissariale n. 19 del 30.03.2017, con la determinazione di un nuovo importo contrattuale in Euro 10.517.016,16 netti e il prolungamento temporale del tempo contrattuale pari a giorni 594, naturali e consecutivi, risultando l'avvenuta certificazione del completamento dei lavori alla data del 31.10.2019.

Considerato in diritto

Come rilevato nei precedenti paragrafi, l'accertamento ispettivo condotto nei riguardi della ERSU di Ancona ora ERDIS MARCHE Presidio di Ancona, per il controllo dell'appalto inerente "Lavori per il risanamento conservativo dell'immobile denominato B.P da adibire a residenza universitaria e servizi, sito in Ancona - via Oddo di Biagio e contermini" ha consentito di rilevare una serie di anomalie, oggetto

di contestazione nei riguardi della predetta stazione appaltante, con l'acquisizione delle relative controdeduzioni, ritenendosi confermabili i seguenti profili.

1) *Anomalie dei tempi di realizzazione dell'opera.*

Il primo profilo di contestazione ha riguardato l'anomalo andamento dei lavori e la macroscopica sproporzione tra la durata dei lavori contrattualmente prevista (540 giorni equivalenti a 18 mesi dalla stipula del contratto) e la durata effettiva di oltre 6 anni circa, a fronte delle sospensioni intervenute e della rideterminazione del tempo utile concesso con le varianti, in forza dei n. 2 Atti di Sottomissione intervenuti in data 19.11.2014 e in data 29.09.2017, nei seguenti termini:

~ gg. 540, di cui al contratto originario di appalto (giorni equivalenti ai mesi 18 indicati nel contratto);

~ gg. 90, di cui al primo Atto di Sottomissione alla 4' Perizia di Variante, approvata con Delibera del CDA dell'ERSU di Ancona n. 30 del 10.11.2014;

~ gg. 594, di cui al secondo Atto di Sottomissione alla 5^ Perizia di Variante a firma ERA.P Marche, approvata con Decreto Commissariale n. 19 del 30.03.2017; per un totale complessivo di giorni 1.224.

Con le controdeduzioni rese l'Ente committente ha ritenuto di giustificare la tempistica adottata, dando evidenza, come rilevato nelle premesse, di avere fatto riferimento a circostanze *"non previste né prevedibili "ab initio" hanno senz'altro contribuito a creare quella divergenza tra i tempi effettivi di realizzazione del restauro conservativo del B.P. e quelli preventivati*", afferenti a presunte complessità derivanti dallo "*stato di conservazione del bene e dal valore anche storico del compendio immobiliare*", anche in riferimento alle prescrizioni della Soprintendenza, con il richiamo anche al contenzioso giurisdizionale.

In riferimento a tali controdeduzioni va in primo luogo precisato che la durata effettiva dei lavori, protrattasi per oltre 6 anni, risulta calcolata a far data dalla consegna definitiva dei lavori del 15.7.2013, senza tener conto della durata del contenzioso. Anche con riferimento alle richiamate necessità occorse per lo stato di conservazione del bene e del valore storico del compendio immobiliare, pare potersi rilevare che trattasi di circostanze rilevabili e prevedibili "ab initio", senza fare riferimento a fatti sopravvenuti.

Pertanto, quanto rilevato dall'Ente committente non si ritiene idoneo a confutare il profilo della macroscopica durata, confermandosi la sussistenza di una evidente sproporzione tra la durata dei lavori in origine contrattualmente prevista e la durata effettiva degli stessi.

2) *Criticità generali delle perizie di variante n. 1, n. 2, n. 3 e n. 4 e aggravio dei costi.*

Ulteriori profili di criticità, rilevabili dagli atti acquisiti, hanno riguardato le perizie di variante n. 1, n. 2, n. 3 e n. 4 sotto diversi aspetti. In particolare, in merito alla legittimità delle prime quattro perizie di variante e all'aumento dei costi dell'opera ad esse conseguente, nell'ambito della contestazione delle risultanze istruttorie, è stato prospettato che le suddette perizie sono risultate prive di una verifica di ammissibilità che indichi in base a quale norma del d.lgs. 163/2006 e s.m.i., applicabile ratione temporis alle varianti medesime, esse siano legittimamente ammissibili, in relazione alla mancanza di riferimenti ai commi dell'art. 132 del citato d.lgs., concernente le varianti in corso d'opera, e/o all'art. 205 del medesimo decreto legislativo, concernente le varianti per i lavori pubblici relativi ai beni culturali, a cui sono ascrivibili i lavori oggetto di ispezione.

E' stato ulteriormente prospettato nell'ambito delle contestazioni il manifestarsi di errori progettuali, a cui hanno fatto seguito perizie di variante per un ammontare superiore al 20% dell'importo contrattuale originario pari a Euro 7.771.446,68 al netto dell'IVA, che avrebbero dovuto comportare la risoluzione del contratto di appalto, secondo il disposto dell'art. 132, comma 4 del d.lgs. 163/2006 e s.m.i., stante la grave criticità rappresentata dalla presenza di errori progettuali e dal suddetto elevato ammontare delle varianti, come peraltro rilevato dal RUP pro tempore. Tuttavia la stazione appaltante, nonostante gli elevati costi raggiunti, ha deciso di proseguire con il contratto di appalto in essere, senza compiere le

adeguate valutazioni di ammissibilità della variante medesima con riferimento ai pertinenti artt. 132 e 205 del D.Lgs. n. 163/2006 in materia di varianti in corso d'opera.

In particolare, nell'ambito della contestazione delle risultanze ispettive, si prospettava, anche solo con il riferimento al richiamo alla perizia di variante n. 4, il superamento del 20% dell'importo contrattuale, a fronte di un importo della stessa pari a Euro 1.830.180,46 rispetto all'importo contrattuale pari a Euro 7.771.446,68 al netto dell'IVA, rilevandosi che la sua ammissibilità non è stata valutata dalla stazione appaltante ai sensi dei citati artt. 132 e 205 del d.lgs. 163/2006 e s.m.i, bensì è stato ritenuto applicabile – senza fornire adeguate motivazioni nel merito – quanto previsto dall'art. 57, comma 5, lettera a.2 del decreto legislativo medesimo, con conseguente decisione di proseguire con il contratto di appalto in essere con l'ATI aggiudicataria e l'Impresa esecutrice e di procedere altresì, ai sensi dell'art. 163 del D.P.R. 207/2010, alla determinazione ed approvazione di nuovi prezzi non contemplati nel contratto

Sotto tali profili, la stazione appaltante ha ritenuto, in primo luogo, di rilevare l'assenza di motivi di inammissibilità per le varianti n. 2 e 3, di importo suppletivo rispettivamente pari ad Euro 84.352,69 ed Euro 896.502,03, deducendo che *"…. in entrambi i casi assolutamente inferiore al 1/5 dell'importo contrattuale*", senza fornire specifiche controdeduzioni in ordine alla riconducibilità delle stesse ad errori/omissioni progettuali.

Solo con riferimento alla variante n. 4, la stazione appaltante ha fatto riferimento, riguardo all'autorizzazione della Soprintendenza, alla sospensione dell'efficacia *"…dell'autorizzazione a suo tempo concessa in relazione al Progetto Esecutivo del 2005*", rilevando che "*sono dunque stati redatti nuovi elaborati progettuali in conformità alle direttive della Soprintendenza BB.PP. delle Marche, con rivisitazione architettonica su porzione del complesso, in particolare nell'area del chiostro*", ritenendo di escludere la riconducibilità delle varianti connesse alle prescrizioni della Soprintendenza ad errori progettuali. In riferimento al superamento del limite del 20% dell'importo contrattuale, la stessa stazione appaltante, sempre con riferimento alla perizia di variante n. 4, ha fatto presente "*che l'importo della stessa, pari ad Euro 1.830.180,46 è al lordo……., mentre l'importo netto, applicando il ribasso d'asta del 17,999% e detraendo gli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso per Euro 32.427,56, è pari ad Euro 1.506.602,92 che incide per una percentuale del 19,39 % sull'importo contrattuale*", concludendo pertanto, sulla sua ammissibilità.

Le considerazioni dell'Ente non si ritengono condivisibili, rilevandosi, in primo luogo, in particolare, che in data 23 maggio 2013, all'atto della realizzazione dei lavori in fondazione, il DL evidenziava al RUP la "*non rispondenza delle previsioni progettuali allo stato di fatto, con conseguente aumento di spesa per la voce fondazioni, aumento che si cercherà di recuperare se e dove possibile nel corso dei lavori*". Inoltre, il documento istruttorio allegato alla delibera n. 30 del 10.11.2014, che approva proprio la perizia di variante n. 4, rappresenta che "*Purtroppo il progetto, forse anche a causa delle difficoltà di accesso al momento della sua redazione, si è rilevato essere basato su rilievi non rispondenti allo stato di fatto, sia per le misure dei manufatti esistenti ma, soprattutto, per la presunzione dei locali utilizzabili, laddove invece esiste solo terreno in sito mai scavato. Ciò ha comportato la perdita di volumetrie supposte, che non possono essere ricavate perché lo scavo al di sotto delle fondazioni esistenti sarebbe da un lato estremamente oneroso, dall'altro pericoloso per la stabilità dell'edificio*", confermando la riconducibilità delle variazioni ai prospettati errori/carenze progettuali. A tale riguardo si richiama il comma 6 dell'art. 132 del previgente codice, secondo cui "*ai fini del presente articolo si considerano errore o omissione di progettazione l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle norme di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali*" e l'esplicito richiamo ad inadeguate valutazioni delle situazioni di fatto.

Altrettanto non condivisibili si ritengono le considerazioni tese ad escludere il superamento del limite del 20% ai fini dell'ammissibilità delle varianti per errore progettuali. Come è noto l'art. 132 del d.lgs. 163/2006, applicabile *ratione temporis*, nel disciplinare le varianti di cui al comma 1, lett. e), riguardanti

"…. il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione;" al comma 4 prevede che "*Ove le varianti di cui al comma 1, lettera e), eccedano il quinto dell'importo originario del contratto, il soggetto aggiudicatore procede alla risoluzione del contratto e indice una nuova gara alla quale è invitato l'aggiudicatario iniziale*".

Nel caso in esame, al di là delle considerazioni svolte dalla Stazione appaltante in riferimento all'intervenuta redazione della perizia n. 1 concernente una variazione in detrazione per un importo pari a Euro 852.427,00 - a fronte dell'avvenuta esecuzione in regime di somma urgenza, al di fuori del contratto d'appalto, attingendo a fondi separati, di lavori già previsti a carico dell'affidamento nel Q.T.E. del progetto, attinenti alla messa in sicurezza dei luoghi - sono tre le varianti che si ritengono riconducibili a carenze progettuali, di cui alla perizia di variante n. 2, ammontante ad a Euro 84.352,69, alla perizia di variante n. 3, per un importo pari a Euro 1.083.611.00, oltre alla perizia n. 4, per la quale la stazione appaltante deduce un importo netto pari ad 1.506.602,92, inferiore da sola alla soglia del 20%.

Orbene, tali ultima circostanza si ritiene irrilevante a fronte delle pregresse varianti e dell'importo complessivo idoneo al superamento del quinto d'obbligo del contratto, tenendo, peraltro, presente il principio espresso dall'Autorità, in occasione della definizione delle modalità della trasmissione all'ANAC della documentazione afferente alle varianti in corso d'opera per le finalità di vigilanza e della determinazione del limite del 10% dell'importo contrattuale, in applicazione dell'allora vigente art. 37 comma 1 legge n. 114/2014, ritendo vigente l'obbligo a carico delle stazioni appaltanti "*per le varianti plurime relative ad un medesimo appalto, qualora il loro importo complessivo superi il 10% dell'importo contrattuale; in tal caso, il termine di 30 giorni decorre dall'approvazione della variante che determina il superamento della soglia del 10%"* (cfr. Comunicato del 17 settembre 2014) ritenendosi applicabile l'esigenza di cumulo anche in riferimento al limite di ammissibilità per le varianti per errori e/o omissioni progettuali. Peraltro, si osserva che l'esigenza di evitare gli incrementi eccedenti il quinto dell'importo originario del contratto ricollegabili a errori progettuali, nell'ottica di contenere i costi dell'opera e la rilevanza della variazione stessa, evitando un uso distorto dello ius variandi, resta invariata sia a fronte di un'unica variante che nell'ipotesi di più varianti eventualmente connesse al rilevamento progressivo di errori progettuali.

Anche a voler prescindere da tale rilievo, merita comunque osservare che l'ammissibilità della variante n. 4 non è stata valutata dalla stazione appaltante ai sensi dei citati artt. 132 e 205 del d.lgs. 163/2006 e s.m.i., bensì è stato ritenuto applicabile – senza fornire adeguate motivazioni nel merito – quanto previsto dall'art. 57, comma 5, lettera a.2 del decreto legislativo medesimo, con conseguente decisione di proseguire con il contratto di appalto in essere con l'ATI aggiudicataria e l'Impresa esecutrice e di procedere altresì, ai sensi dell'art. 163 del D.P.R. 207/2010, alla determinazione ed approvazione di nuovi prezzi non contemplati nel contratto.

Il suddetto inquadramento giuridico operato dalla stazione appaltante risulta erroneo laddove il predetto articolo 57, comma 5, lett. a) del d.lgs. 163/2006 disciplina i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, prevedendone l'ammissibilità al ricorrere di determinate condizioni, intendendosi per lavori complementari quei lavori aventi natura extracontrattuale, cioè quelli che di fatto costituiscono opere ulteriori rispetto a quelle originariamente previste nel contratto.

Le ipotesi di cui alla quarta perizia di variante in esame non si ritengono, invece, riconducibili al predetto disposto normativo, trattandosi di maggiori opere resesi necessarie per realizzare l'oggetto contrattuale originariamente previsto, tenuto conto di quanto precisato dalla stessa stazione appaltante nel corso dell'istruttoria, in riferimento alla necessità di redazione di nuovi elaborati progettuali in conformità alle direttive della Soprintendenza medesima, con rivisitazione architettonica su porzione del Complesso, in particolare nell'area del Chiostro, con la sottoscrizione di un primo Atto di Sottomissione in data 19.11.2014, con il quale è stato altresì concesso un prolungamento di 90 giorni del tempo contrattuale prestabilito.

Con riferimento infine alla quinta perizia di variante, relativa al Progetto di ridimensionamento e completamento del complesso B.P. - come da Progetto esecutivo redatto dall'ERAP Marche, approvato con Decreto Commissariale n. 19 del 30.03.2017 per un impegno complessivo di spesa di Euro 19.027.708,94 di cui Euro 10.517.016,16 per lavori, dei quali Euro 5.154.633,09 già realizzati al 17° SAL emesso in data 29.07.2016 - che ha comportato un prolungamento del termine contrattuale pari a 594 giorni, è stato evidenziato che, come emerge dalla Relazione Tecnica Illustrativa allegata, il numero dei posti letto è diventato di n. 88 rispetto ai n. 144 per i quali il MIUR aveva erogato il finanziamento sulla base del Progetto esecutivo originario; inoltre, il progetto esecutivo presentato al MIUR ha subito variazioni di non trascurabile entità, come evidenziate nel decreto commissariale n. 19 del 30.03.2017 che ha approvato il progetto di ridimensionamento e completamento delle opere, rilevandosi che le "*variazioni volumetriche hanno comportato la necessità di redigere perizie di varianti che, oltre ad aggravare economicamente il progetto, hanno anche comportato una riduzione delle cubature rispetto a quelle sulla base delle quali il MIUR ha erogato il finanziamento per i 144 posti letto ipotizzati*", riferendo inoltre di "*ulteriori variazioni strutturali..*", prospettando la configurabilità di una variante che ha alterato in maniera sostanziale il progetto originario e, quindi, i contenuti del contratto di appalto in essere.

Sul punto la S.A. ha ritenuto di contestare i rilievi, in ragione in primo luogo, a sostegno della continuità del progetto originario, della conferma del finanziamento del MIUR, sia pure in forma ridotta laddove "*Il finanziamento è così passato dagli originari Euro 6.118.328,00 alla minor somma di Euro 5.353.994,79 a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto (tenuto conto del ribasso d'asta), per poi ridursi ulteriormente ad Euro 4.510.830,55 in conseguenza del Progetto di ridimensionamento dell'opera…"* , con l'ulteriore rilevazione, tra l'altro, "*Nel suo complesso, l'incidenza dell'aumento complessivo dell'importo contrattuale (dal contratto originario al conto finale) è pari al 35,33%, senza cambiamenti nelle categorie delle opere (OG2 e OG11), e senza aggiunte di nuove categorie*".

Le considerazioni non sembrano assumere rilevanza, al di là della conferma del finanziamento, tenuto, invece, conto dell'incidenza dell'aumento contrattuale complessivo rilevato dalla stessa Stazione appaltante pari al 35,33%, da valutare in relazione al ridimensionamento dell'intervento e della cubatura, idoneo a rilevare una variazione sostanziale, tenuto peraltro conto di quanto rilevabile dall'atto di sottomissione del 29.9.2017, ove si riferisce del "*concordamento di numero 196 nuovi prezzi..*"., considerate peraltro le ulteriori significative variazioni in più o in meno subite dalle varie voci di prezzo previste in contratto, così come modificatesi a seguito delle diverse varianti intervenute in corso d'opera, ritenendosi invece irrilevanti le considerazioni prospettate dalla S.A. sull'invariabilità delle categorie di qualificazione OG2 e OG11, che, in quanto generali, afferiscono, per lo più, alla specificità del bene immobile e al valore culturale, e dunque ritenendosi non utilizzabili per valutare l'incidenza delle variazioni.

A tale riguardo si richiamano anche dei pronunciamenti resi dall'Autorità, con riferimento alle disposizioni previgenti, secondo cui "*La variante deve essere accessoria rispetto all'opera progettata e contrattualmente stabilita, in quanto, al contrario, si avrebbe non una modificazione del progetto, bensì un nuovo contratto (cfr. Determinazione Autorità n. 1/2001); il carattere di "sostanzialità" della variante nel settore dei contratti pubblici, va stabilita caso per caso, con riferimento alle modifiche intervenute, alla natura delle lavorazioni ed all'incidenza delle stesse sul progetto originario, nonché ai costi e ai tempi della modifica. Nel caso specifico, la variante è definita "non sostanziale" e, quindi, tale da non determinare una novazione oggettiva del rapporto contrattuale, laddove le modifiche, pur prevedendo un diverso utilizzo del complesso, lascino pressoché invariate le caratteristiche edilizie dello stesso*" e che *"…. dal punto di vista della lex specialis, la 'non sostanzialità' delle modifiche apportate in sede tecnica al progetto deve comportare modifiche assolutamente non manifestamente rilevanti alle norme del Contratto e del Capitolato Speciale d'Appalto*" (cfr. parere ex AVCP AG 4/2011 9 giugno 2011). Ed ancora *"….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)" (Delibera ANAC n.573 del 13 giugno 2018).

Alla luce di quanto esposto, pertanto, tenuto conto delle variazioni strutturali e volumetriche intervenute, del tempo concesso per il completamento del progetto (594 giorni) superiore all'originario termine di 540 giorni previsti per la realizzazione dell'appalto con la rideterminazione di un tempo contrattuale complessivo pari a 1.224 giorni, nonché dell'importo dei lavori rideterminato a seguito delle varianti complessivamente in euro 10.517.016,16 (rispetto all'importo originario del contratto pari ad Euro 7.771.446,68), tenuto conto comunque delle variazione quantitative delle voci di prezzo previste originariamente e dell'introduzione dei predetti nuovi prezzi, si ritiene che la nuova configurazione del complesso B.P. in esito al complesso delle varianti intercorse assuma la connotazione di una variazione sostanziale del progetto originario, conducendo alla realizzazione di opere differenti rispetto a quelle poste a base di gara.

Infine, in relazione alle varianti intercorse, nell'ambito della comunicazione delle risultanze istruttorie, si è rilevato che il calcolo del costo delle opere in variante è stato effettuato con applicazione del Prezziario regionale dell'anno 2013, mentre i prezzi contrattuali sono riferiti al Prezziario regionale dell'anno 2005. I prezzi del Prezziario regionale 2013 da verifiche effettuate a campione dall'allora RUP sono risultati più alti.

Sul punto si prende atto di quanto riferito dalla Stazione appaltante, in sede di controdeduzioni, in ordine all'intercorso aggiornamento della contabilità con l'utilizzazione dei prezzi contrattuali, a rettifica del precedente errore, laddove risulta precisato, tra l'altro, che *"...ad errore sanato, la contabilità è proseguita utilizzando i prezzi da contratto per le opere previste dal Progetto ed invece per le opere non previste l'Elenco Prezzi 2011 (data di stipula del contratto)*".

3) *Illegittimità delle Convenzioni che affidano direttamente ad ERAP MARCHE Presidio di Ancona la progettazione esecutiva di ridimensionamento e completamento dell'intervento di ristrutturazione del B.P., la direzione dei lavori e i connessi servizi tecnici*

Ulteriore profilo di contestazione, rilevato nell'ambito della comunicazione delle risultanze istruttorie, ha riguardato la prospettazione di profili di illegittimità delle Convenzioni che affidano direttamente ad ERAP MARCHE Presidio di Ancona la progettazione esecutiva di ridimensionamento e completamento dell'intervento di ristrutturazione del B.P., la direzione dei lavori e i connessi servizi tecnici.

A tale riguardo, si evidenzia che, come evidenziato negli esiti ispettivi, in considerazione delle problematiche relative alle variazioni strutturali intervenute nel tempo - con i conseguenti maggiori oneri a carico dell'appalto - e dell'annullamento in autotutela di tutti gli incarichi conferiti al D.L. R.M., si è reso necessario procedere all'elaborazione di una nuova configurazione del complesso B.P., per poi procedere all'affidamento di un nuovo incarico di Direzione dei Lavori per il completamento dell'opera.

Per l'esecuzione di queste attività è emerso che l'Ente procedente si è avvalso di ERAP MARCHE, affidando con una prima Convenzione, sottoscritta in data 02.08.2016, l'incarico della progettazione esecutiva di ridimensionamento e completamento dell'intervento denominato "Ristrutturazione B.P.", comprensiva del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione dei lavori.

Con la seconda Convenzione, sottoscritta in data 25.05.2017, sono stati affidati ad ERAP MARCHE i servizi tecnici professionali per la Direzione dei Lavori e la gestione dell'appalto, il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione dei lavori, la contabilità degli stessi, le pratiche di legge e l'assistenza al cantiere ed ai collaudi.

Dal testo delle disposizioni delle due Convenzioni in esame emerge chiaramente la volontà della stazione appaltante ERSU di Ancona di affidare direttamente ad ERAP MARCHE le prestazioni ivi individuate, dei servizi di progettazione e di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, da un lato, e di direzione lavori ed altre attività tecniche connesse, dall'altro lato, impegnando l'ERAP ad avvalersi a tal fine sia delle prestazioni professionali specializzate dei propri tecnici interni, sia di professionisti esterni ed obbligando, in quest'ultimo caso, il suddetto Ente regionale affidatario ad utilizzare, per l'affidamento di incarichi professionali esterni, le procedure previste dal D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., applicabile ratione temporis.

È, altresì, espressamente stabilito che le somme corrisposte ad ERAP MARCHE per lo svolgimento di detti servizi tecnici sono relative sia alle prestazioni eventualmente affidate ai professionisti esterni, sia al rimborso dei costi sostenuti dall'ERAP avvalendosi del proprio personale specializzato.

In ordine a tale circostanza, è emerso che la stazione appaltante ha motivato giuridicamente i suddetti affidamenti diretti ad ERAP MARCHE tramite Convenzioni, ricordando, in primo luogo che sia l'allora ERSU di Ancona (oggi ERDIS MARCHE Presidio di Ancona) sia l'ERAP MARCHE sono Enti strumentali della Regione Marche, con il richiamo all'art. 21, comma 5, lett. b) e comma 6 della Legge Regionale Marche n. 36 del 15.12.2005, intitolata "Riordino del sistema regionale delle politiche abitative", così come modificato dall'art. 22 della Legge Regionale Marche n. 45 del 27.12.2012, nonché all'art. 24, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50/2016, ove si prevede che "*le prestazioni relative alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva ed esecutiva di lavori e nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei Lavori Pubblici sono espletate … c) dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi, per legge*".

Tale ricostruzione non si ritiene condivisibile, osservando che, con riferimento all'applicazione del sopra riportato art. 21, comma 5, lett. b) della Legge Regionale Marche n. 36/2005 e s.m.i. - nel rilevare preliminarmente che la suddetta norma regionale deve essere necessariamente interpretata ed applicata nel pieno rispetto di tutte le disposizioni statali del d.lgs. 50/2016 e s.m.i., applicabili ratione temporis alle Convenzioni in esame e dei connessi principi a tutela della concorrenza - tale disposto consente propriamente all'ERAP MARCHE di svolgere, a favore di enti pubblici e privati, "*la prestazione di servizi tecnici per la gestione delle gare di appalto, per la programmazione, progettazione ed attuazione di interventi edilizi ed urbanistici con divieto di subappalto dei servizi stessi*", non prevedendo la possibilità di assumere la funzione di stazione appaltante su delega della stazione appaltante interessata, né di subappaltare eventuale servizi affidati al medesimo.

In tale contesto, si prospetta pertanto una inammissibile delega di funzioni pubblicistiche all'ERAP, che l'art. 39 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. (come, peraltro, il previgente art. 33, commi 1 e 3 del d.lgs. 163/2006) consente solo alle centrali di committenza, vietando espressamente che, al di fuori di tali centralizzazioni, un soggetto diverso dalla stazione appaltante interessata possa avviare e gestire il procedimento volto all'affidamento di un contratto pubblico.

Peraltro, è stato osservato che la fattispecie in esame presenta la peculiarità che l'ERAP deve non solo gestire la procedura di affidamento, ma curare anche la stipula dei contratti di appalto dei servizi tecnici di cui trattasi ("senza che nessun rapporto, sotto qualsiasi profilo, venga perciò ad istaurarsi tra l'ERSU e tali tecnici", come previsto dall'art. 6, comma 1 della Convenzione 02.08.2016 e dall'art. 5, comma 1 della Convenzione 25.05.2017) e vigilare sulla loro corretta esecuzione, rispondendone in proprio all'ERSU di Ancona, che provvede a liquidare le competenze in virtù delle Convenzioni stipulate tra i due Enti.

Inoltre, anche riguardo all'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 24, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50/2016 e s.m.i., si osserva che la ratio di tale disposizione è stata già ampiamente approfondita da questa Autorità, ancorché con riferimento all'identica previgente disposizione dell'art. 90, comma 1, lett. c) del d.lgs. 163/2006, nella Deliberazione n. 47 del 3 maggio 2012, che a sua volta ha richiamato sul

punto l'avviso espresso dall'Autorità nella Determinazione n. 7/2010, contenente le linee guida da seguire nel caso di accordi tra amministrazioni. A tale riguardo si richiama quanto ivi previsto, laddove, in riferimento al caso in cui un ente si procuri il bene di cui necessita per il conseguimento degli obiettivi assegnati, a fronte del pagamento del rispettivo prezzo, è stato precisato che *"…. in questa situazione, sia che ci si rivolga ad un privato, sia che ci si rivolga ad un soggetto pubblico, è difficile sostenere l'applicabilità dello schema della collaborazione, atteso che si è di fronte ad uno scambio tra prestazioni corrispettive che risponde alla logica del contratto e che perciò richiede, in assenza di altre circostanze esimenti, l'espletamento di una gara pubblica*" e che "*Le argomentazioni riportate trovano riscontro in alcune sentenze del giudice amministrativo (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, n. 1791 del 21 luglio 2010) secondo cui "difetta l'interesse comune nell'accordo interamministrativo quando un'amministrazione ha inteso acquisire da un'altra amministrazione un servizio di proprio esclusivo interesse verso corrispettivo……. La presenza di un corrispettivo è dunque da considerarsi quale elemento sintomatico della qualificazione dell'accordo alla stregua di appalto pubblico, da assoggettare alla relativa disciplina secondo le prescrizioni del codice degli appalti.*"

L'orientamento dell'Autorità e della giurisprudenza comunitaria e nazionale ha trovato ulteriore sostanziale conferma nella disciplina dettata dall'art. 5, comma 6 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. – applicabile alle Convenzioni in esame ratione temporis – che indica in maniera tassativa i seguenti limiti, entro i quali detti accordi possono essere conclusi affinché possa ritenersi legittima l'esenzione dal Codice, prevedendo che: "*6. Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione*".

Riguardo all'applicazione di tale articolo, contestata nell'ambito della comunicazione delle risultanze istruttorie - evidenziando che dalle premesse delle suddette Convenzioni non si evince che l'Ente regionale affidatario dei servizi tecnici di cui trattasi, che può effettuare per legge tali servizi anche nei confronti di soggetti privati, svolge sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione – la S.A., nelle controdeduzioni ha avuto modo di chiarire che "*ERAP non svolge sul mercato aperto alcuna attività. I proventi derivanti dalle attività di cui ai commi 5 e 6 della Legge Regionale n. 36/2005, riferiti al triennio 2013-2015 (antecedente alla sottoscrizione delle due convenzioni con l'allora ERSU di Ancona ora ERDIS Marche) sono comunque ben inferiori al limite del 20% delle attività interessate dalla cooperazione, come può evincersi dai dati di bilancio …*", dandosi evidenza che i "*proventi per attività tecnica per Euro 5.027.786,29, di cui conto terzi solo Euro 524.392,26, pari al 10,4%, per attività svolte in favore di altre Amministrazioni".*

Al di là di tali considerazioni, resta comunque da osservare che non risultano conformi ai principi in materia le disposizioni contenute nelle citate Convenzioni, che regolano i movimenti finanziari tra i due enti regionali che hanno sottoscritto le suddette Convenzioni, in quanto gli stessi non si configurano come mero ristoro delle spese sostenute – in ossequio ai parametri giurisprudenziali di riferimento ed ai principi espressi nella medesima direttiva 24/201/UE (art. 1, par. 6) – ma sono calcolati secondo il criterio del costo necessario alla produzione del servizio reso da uno dei due enti a favore dell'altro, assumendo le caratteristiche di un corrispettivo, in aderenza allo schema tipico dei contratti di diritto comune ex art. 1321 c.c.

Valga a tale riguardo il richiamo alla fattura n. 25 del 20.11.2018, emessa da ERAP MARCHE per un importo di Euro 91.979,19, IVA esclusa, per "competenze tecniche progettazione e DL inerenti il recupero/risanamento conservativo immobile B.P. da adibire a residenza universitaria – Ancona - Via Di Biagio - Scosciacavalli. Convenzioni 02.08.2016 e 25.07.2017- 1ˆacconto", laddove il relativo pagamento

non è motivato quale rimborso delle spese sostenute e documentate da ERAP MARCHE, ma a titolo di competenze delle prestazioni tecniche rese, dando atto che le stesse sono state eseguite regolarmente e risultano conformi a quanto stabilito dalle parti contrattuali.

Sotto tale profilo, l'Ente committente, nelle proprie controdeduzioni ha ritenuto di osservare l'esiguità degli importi richiesti rispetto agli onorari corrispondenti per le prestazioni di progettazione, calcolati secondo il DM 17.06.2016, senza comunque fornire dimostrazione della corrispondenza tra l'importo riconosciuto e la relativa copertura di tale costo sostenuto.

Per completezza, si rappresenta infine che la natura di Ente strumentale della Regione Marche, riconosciuta all'ERSU di Ancona dall'art. 7, comma 2 della legge regionale n. 38/1996 e asserita nelle Convenzioni in esame anche per l'ERAP MARCHE Presidio di Ancona, non è di per sé sufficiente a legittimare i suddetti affidamenti diretti. A tal fine, infatti, sarebbe necessario che la Regione Marche esercitasse su entrambi gli Enti regionali in questione il c.d. controllo analogo, che costituisce una forma di controllo molto più stringente di quello che la Regione esercita sui propri Enti strumentali. Solo in tal caso, infatti, si configurerebbe l'ipotesi del c.d. in house providing orizzontale, di cui all'art. 5, comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., che sussiste quando il soggetto che affida l'appalto e quello affidatario, tra i quali non sussiste una relazione in house, nemmeno indiretta o a cascata, sono ambedue in relazione in house con un terzo soggetto che esercita il controllo analogo su entrambi.

In relazione a tale profilo, la stazione appaltante, nelle proprie controdeduzioni ha ritenuto di rilevare il controllo regionale sugli enti, riferendo al riguardo che "*Di fatto, la Regione Marche nomina gli amministratori ed i vertici burocratici di tali Enti, vigila sull'attività e sugli atti e, se del caso, ha il potere di annullamento delle determinazioni prese da tali Enti*" e che "*La loro strumentalità e dipendenza comporta che la Regione Marche possa istituire, modificare e addirittura, sopprimere tali Enti, che di fatto sono articolazioni della complessiva organizzazione amministrativa regionale, alla stregua delle altre strutture interne, da cui si differenziano per avere attribuita una loro autonomia amministrativa e contabile, così voluta per renderne l'azione, nei settori di pertinenza, maggiormente efficace*".

In relazione a tali considerazioni, merita osservare che, riguardo alla possibilità di configurare il rapporto tra la Regione Marche e l'ERSU come relazione in house, si osserva che l'ERSU è un ente strumentale controllato dalla Regione Marche, rilevandosi tuttavia l'esistenza di disposizioni all'interno della legge regionale n. 38/1996 sopra citata in tema di "Riordino in materia di diritto allo studio universitario", nonché di specifiche disposizioni contenute nello Statuto della stazione appaltante ERSU di Ancona, che declinano più dettagliatamente l'autonomia gestionale ed amministrativa riconosciuta in via generale agli ERSU e, tra questi, all'ERSU di Ancona. Tali disposizioni consentono di escludere che il controllo esercitato dalla Regione Marche sulle dinamiche gestionali dell'ERSU sia così penetrante da potersi ritenere che l'ERSU costituisca una longa manus della Regione medesima e che detto controllo sia qualificabile come analogo a quello esercitato sui propri servizi, caratteristica propria degli organismi in house.

A tale riguardo, l'art. 26 della legge regionale n. 38/1996 (abrogata dall'art. 22, comma 2, lettera d), L.R. 20 febbraio 2017, n. 4, a decorrere dal 24 febbraio 2017), applicabile ratione temporis, attribuiva agli ERSU il compito di istituire e gestire per gli studenti strutture abitative in forma di residenza o di collegi universitari, riconoscendo agli stessi il potere, "*in caso di insufficienti strutture proprie*", di stipulare convenzioni con enti pubblici e privati per la fornitura del servizio abitativo in strutture idonee, rimettendo così sostanzialmente agli ERSU la scelta della forma gestionale del servizio medesimo, con proprie strutture istituite ad hoc o tramite convenzioni.

In modo ancora più marcato ed incisivo sotto il profilo dell'autonomia decisionale riconosciuta in merito all'ERSU rispetto alle direttive regionali, il citato art. 24 dello Statuto dell'ERSU di Ancona rimette espressamente al Consiglio di Amministrazione dell'Ente *"la facoltà di individuare le forme di gestione più idonee tra quelle consentite dalla legge*", prevedendo peraltro che la gestione del servizio possa essere perseguita non solo tramite la stipula di convenzioni con enti pubblici e privati - come stabilito dall'art.

26 della legge regionale n. 38/1996 - ma anche tramite "*forme di collaborazione (...) o consorzio con altri enti pubblici o soggetti privati o con associazioni o cooperative di studenti*".
Lo stesso art. 37 della legge regionale n. 38/1996 prevedeva che "*Gli ERSU possono utilizzare le strutture abitative e di ristorazione per convegni, congressi e attività affini, comprese quelle di orientamento, culturali e di turismo, organizzati direttamente o tramite convenzioni con soggetti pubblici*" e che "*Gli ERSU possono altresì stipulare con le università e le scuole di ogni ordine e grado, nonché con altri soggetti pubblici, convenzioni, allo scopo di garantire il servizio di ristorazione*".
La stipula di dette convenzioni è ammessa a due condizioni: le convenzioni devono prevedere la copertura totale dei costi dei servizi a carico del terzo contraente e non possono comportare riduzione e/o intralcio nell'erogazione dei servizi agli studenti. La norma regionale in esame non fissava limiti "quantitativi" all'utilizzo di dette strutture per le attività da essa indicate, ma solo il limite "qualitativo" che detto utilizzo non riduca e/o intralci l'erogazione dei servizi agli studenti, che, si ricorda, costituisce l'autentico fine istituzionale degli ERSU. È soltanto previsto che gli ERSU trasmettano alla Giunta regionale un apposito rendiconto delle attività svolte ai sensi della norma in questione, con l'indicazione anche quantitativa dei servizi.
Alla luce di quanto esposto, si rileva che le disposizioni della citata legge regionale n. 38/1996, a cui si deve fare riferimento per valutare la configurabilità del controllo esercitato dalla Regione Marche nei riguardi dell'ERSU di Ancona, e quelle contenute nello Statuto dell'ERSU stesso consentono di escludere, quantomeno per tale Ente regionale, che il controllo esercitato sul medesimo dalla Regione Marche sia qualificabile come analogo a quello esercitato sui propri servizi, caratteristica propria degli organismi in house, stante l'autonomo e ampio potere decisionale riconosciuto all'ERSU di Ancona e la sua attitudine ad esprimere una vocazione commerciale che rende precario il controllo della Regione. Pertanto, non essendo quanto meno l'ERSU di Ancona in relazione in house con la Regione Marche, non sussistono, anche sotto tali profili, i presupposti per ritenere legittimi i suddetti affidamenti diretti ai sensi del citato art. 5, comma 3 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i.
In conclusione, gli affidamenti diretti dei servizi tecnici ad ERAP MARCHE Presidio di Ancona non si ritengono rispettosi della normativa vigente, né degli indirizzi interpretativi forniti da questa Autorità e dalla giurisprudenza sopra richiamati, risultando pertanto distorsivi della concorrenza, trattandosi di importi, peraltro in acconto, superiori alla soglia di Euro 40.000,00, al di sotto della quale è consentito l'affidamento diretto (ex art. 36, comma 2, lett. a) del d.lgs. 50/2016 e s.m.i.).

4) Irregolarità del raggruppamento aggiudicatario, con riferimento all'associazione per cooptazione dell'impresa T.C. sia in fase di partecipazione alla gara sia, in via derivata, nella successiva fase di esecuzione del contratto d'appalto.
Ulteriore profilo di anomalia, evidenziato nella comunicazione delle risultanze istruttorie, ha riguardato il profilo della partecipazione dell'impresa T.C. e la riconducibilità della medesima all'istituto dell'associazione per cooptazione.
A tale riguardo si evidenzia che, dagli atti acquisiti durante gli accertamenti ispettivi, è emerso quanto riferito dal RUP della stazione appaltante nel precisare che l'A.T.I. aggiudicataria C./T.C. aveva natura di "associazione per cooptazione", ai sensi dell'art. 92, co. 5 del D.P.R. 207/2010, applicabile ratione temporis alla fattispecie.
Come è noto, l'istituto della cooptazione prevede un'ipotesi derogatoria al sistema legale stabilito per l'accesso al mercato delle commesse pubbliche di lavori, contravvenendo al criterio di stretta correlazione che deve sussistere necessariamente tra il sistema di qualificazione e la sfera esecutiva, laddove si consente ad un'impresa in possesso di una qualsiasi attestazione SOA, anche diversa per categorie e classifiche da quella richiesta dal bando di gara, di essere indicata come esecutrice di lavori, seppur nel limite del 20% del valore dell'appalto.

A tale riguardo, si evidenzia che l'Autorità ha precisato che l'impresa cooptata "*può eseguire i lavori, ma non assume lo status di concorrente; essa, di conseguenza, non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto e, quindi, non deve (e, in realtà, neppure può) dichiarare la propria quota di partecipazione al raggruppamento temporaneo*" (cfr. Delibera A.N.AC. n. 228 del 1 marzo 2017, che richiama anche la determinazione A.V.C.P. n. 4 del 10 ottobre 2012, punto 7.1.1).

In tal senso è anche l'orientamento prevalente della giurisprudenza, secondo cui "*il soggetto cooptato non acquista lo status di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto, non riveste la posizione di offerente (prima) e contraente (dopo) e non presta garanzie; infine non può né subappaltare, né comunque affidare a terzi la propria quota dei lavori*" (cfr. C.d.S., sez. V, 27 agosto 2013, n. 4278; C.d.S., sez. V, 17 marzo 2014, n. 1327; C.d.S., sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344; TAR Lazio-Roma, sez. I, 5 dicembre 2014, n. 12288; TAR Toscana, sez. I, 13 gennaio 2015, n. 53; TAR Lombardia-Brescia, sez. II, 26 gennaio 2015, n. 156; C.d.S., sez. V, 14 aprile 2016, n. 1492; TAR Lazio-Roma, sez. I, 16 giugno 2016, n. 6922; TAR Liguria-Genova, sez. I, 22 giugno 2016, n. 637; TAR Campania-Salerno, Sez. I, 23 febbraio 2017, n. 312).

Nella comunicazione delle risultanze istruttorie, veniva evidenziato che dall'esame della documentazione acquisita agli atti è risultato in primo luogo che le domande di partecipazione alla gara sono state presentate da C. in qualità di "*capogruppo di una associazione temporanea di imprese*" e da T.C. in qualità di "*mandante di una associazione temporanea di imprese*", compilando, ciascuna impresa, il relativo modulo di ammissione predisposto dalla stazione appaltante. Solo nella sezione dedicata alla partecipazione in caso di raggruppamenti o consorzi, entrambe le istanze dei suddetti operatori economici recano il riferimento all'impresa T.C. quale mandante "*ai sensi dell'art. 95, comma 4, del DPR 554/99 e s.m.i*", relativo quest'ultimo all'istituto della cooptazione.

Peraltro, nelle rispettive domande di ammissione, l'impresa C. ha dichiarato una quota di esecuzione pari all'80% dei lavori, senza distinzione tra categoria prevalente OG2 e categoria scorporabile OG11, e l'impresa T.C. ha dichiarato la quota residuale di esecuzione pari al 20%, anch'essa con riferimento generico alle categorie di lavorazioni previste in appalto, entrambe affermando la volontà di subappaltare l'esecuzione delle seguenti lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente OG2: - demolizioni e scavi; - impiantistica; - opere edili, senza tuttavia indicarne in maniera specifica le relative percentuali. Si osserva, inoltre, che l'offerta tecnica è stata presentata e sottoscritta congiuntamente dall'impresa mandataria C. e dall'impresa mandante T.C. e che ai fini della dimostrazione della qualificazione necessaria per l'esecuzione dei lavori, l'impresa C. ha allegato alla domanda di partecipazione l'attestato n. ./00 rilasciato dalla SOA UNISOA in data 15.3.2011, con le seguenti categorie e classifiche: OG1 IV – OG2 VI – OG11 IV e OS21 II, mentre l'impresa T.C. ha allegato il proprio attestato n. ./01, rilasciato dalla SOA ITALSOA in data 19.1.2010, con le seguenti categorie e classifiche: OG1 IV – OG2 I – OG6 II – OG11 II e OS21 I.

Successivamente all'aggiudicazione definitiva, le imprese C. e T.C. hanno dapprima costituito un'A.T.I. ordinaria con atto notarile del 26.07.2011, in cui non si fa alcuna menzione dell'associazione di T.C. per cooptazione ai sensi dell'art. 92, comma 5, del D.P.R. 207/2010. Al contrario, l'atto costitutivo riporta semplicemente la seguente dicitura: "*le predette società C. e T.C. si sono rese aggiudicatarie del predetto incarico e intendono quindi riunirsi in una associazione temporanea d'impresa*", con la ripartizione delle seguenti quote di partecipazione associativa: C. all'80% e T.C. al 20%. Alla suddetta ripartizione percentuale delle quote partecipative corrisponde, peraltro, un'analoga distribuzione, in capo alle due imprese riunite, delle spese sostenute "*in ragione delle categorie di lavori eseguite per l'appalto*".

L'art. 6 del citato atto costitutivo segnala in maniera ancor più chiara la natura ordinaria dell'A.T.I.: vi si legge, infatti, che "*le società C. e T.C. in persona dei loro legali rappresentanti sono responsabili solidalmente nei confronti dell'Ente che ha bandito la gara d'appalto, ai sensi dell'art. 37, comma 5, del d.lgs. del 12 aprile 2006 n. 163 e successive modifiche ed integrazioni*". Ebbene, il richiamato art. 37, comma 5, del d.lgs. 163/2006 sancisce la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante solo per i concorrenti

che acquisiscono lo status di mandatario e di mandante nel raggruppamento temporaneo, senza inclusione di ulteriori imprese eventualmente associate per cooptazione.

Da quanto rilevato emergerebbe, pertanto, che le imprese C. e T.C. abbiano realizzato un'indebita commistione tra due distinti istituti: quello del raggruppamento temporaneo di imprese e quello della cooptazione; alla luce di tale antinomia l'ammissione delle due imprese C. e T.C. e la successiva aggiudicazione dell'appalto a loro favore sembrano non conformi alla normativa di settore, oltre che lesive del principio di par condicio dei concorrenti.

Tra l'altro, l'esibizione da parte della stazione appaltante delle polizze fidejussorie, prodotte dal raggruppamento di imprese in fase di partecipazione e di aggiudicazione, conferma la natura del soggetto partecipante in qualità di ATI, in quanto sia la garanzia provvisoria, sia quella definitiva sono riconducibili anche all'impresa T.C., quale partecipante all'ATI.

Al riguardo, pertanto, tenendo presente l'obbligo di corrispondenza tra i requisiti di qualificazione posseduti e la quota di lavori da eseguire, secondo la ripartizione interna al raggruppamento, si osserva che in base alle categorie e classifiche SOA possedute al momento della partecipazione alla gara (OG2-I e OG11-II), appare evidente che l'impresa T.C. non avesse i requisiti di qualificazione necessari per l'esecuzione del 20% dell'appalto, con riferimento ai lavori sia della categoria prevalente OG2 sia della categoria scorporabile OG11.

Basti pensare che l'importo complessivo dei lavori a base d'asta era pari a € 9.250.431,92 e che il 20% di tale importo corrisponde a € 1.850.086,384. Nel rispetto del criterio di necessaria corrispondenza fra quote di qualificazione e quote di esecuzione, tutt'al più l'impresa T.C. avrebbe potuto eseguire, nei limiti della propria qualificazione, lavori in OG2 fino a € 309.873,60 e lavori in OG11 fino a € 619.748,40, per un importo complessivo pari a € 929.622,00.

Pertanto, se l'impresa T.C. avesse partecipato alla gara d'appalto in qualità di mandante dell'AT.I., non avrebbe potuto eseguire i lavori nella misura del 20%, non essendo qualificata per una classifica pari ad almeno 1/5 dell'importo dei lavori a base d'asta.

Ferme restando le predette considerazioni sulla mancanza di requisiti per assumere il ruolo di mandante da parte dell'impresa T.C., non specificamente contestate dalla stazione appaltante, merita comunque osservare per completezza che, pur volendo riconoscere in via astratta la possibilità del ricorso all'istituto della cooptazione, si osserva altresì che nel caso di specie ci si riferisce ad un appalto per il quale è espressamente richiesta la qualificazione nella categoria OG2 (restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali), ricadente pertanto nell'ambito delle disposizioni recate dal Capo III - Appalti nel settore dei beni culturali di cui al d.lgs. 50/2016, il quale all'art. 146, comma 1 espressamente recita "*In conformità a quanto disposto dagli articoli 9-bis e 29 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, per i lavori di cui al presente capo è richiesto il possesso di requisiti di qualificazione specifici e adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento*". Alla luce di tale principio, appare difficilmente prospettabile l'applicazione della cooptazione al fine di demandare l'esecuzione di lavori afferenti ai beni culturali ad imprese prive della necessaria qualificazione.

Sotto tale profilo, la stazione appaltante ha ritenuto di osservare la mancata applicabilità al caso di specie del citato articolo 9-bis del d.lgs. 42/2004, asserendo che "*In particolare, al momento della presentazione dell'offerta l'impresa T.C. non era qualificato per eseguire il 20% dei lavori di cui alla coptazione prevista, ma a quella data non era in vigore l'articolo 9bis del D.Lgs 42/2004*" ed aggiungendo che "*Successivamente alla Determina di affidamento l'impresa T.C. ha reperito le qualificazioni per eseguire i lavori nella categoria OG2 come è possibile dedurre dalle SOA allegate … che recano data 28.5.2012, pertanto, al momento della sottoscrizione del contratto, nonché, si ripete, prima dell'entrata in vigore dell'art. 9bis del Codice dei Beni Culturali, l'impresa T.C. aveva le qualificazioni per eseguire i lavori come da contratto stesso*".

Le considerazioni della S.A. non risultano condivisibili, posto che la previsione sopra richiamata, di cui all'art. 146, comma 1 del d.lgs. 50/2016 ha sostanzialmente riprodotto l'art. 201, comma 4 del previgente codice d.lgs. 163/2006, il quale espressamente prevedeva che "*Per l'esecuzione dei lavori indicati all'articolo 198, è sempre necessaria la qualificazione nella categoria di riferimento, a prescindere dall'incidenza percentuale che il valore degli interventi sui beni tutelati assume nell'appalto complessivo*", valendo il richiamo all'art. 198 del predetto codice, in riferimento alla disciplina degli appalti di lavori pubblici concernenti i beni mobili e immobili e gli interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale. Pertanto, rilevato che già al momento dell'affidamento definitivo alla citata impresa, avvenuto con Delibera n. 15 del 30.06.2011, risultava vigente la prescrizione in tema di qualificazione obbligatoria sui beni culturali, ne consegue che l'impresa T.C., priva dei requisiti di qualificazione necessari per l'esecuzione del 20% dell'appalto riferito a lavori afferenti ai beni culturali, di cui alla categoria prevalente OG2, non risultava comunque in possesso dei requisiti necessari per partecipare all'esecuzione dei lavori in veste di cooptata, a nulla valendo la qualificazione conseguita successivamente alla partecipazione alla procedura.

Infine, dagli esiti ispettivi è emerso che con nota prot. ERSU n. 15475 del 23.12.2016, C. ha comunicato formalmente al medesimo Ente appaltante di aver dato in affitto ad I. il ramo di azienda *de quo*, trasmettendo in allegato una copia del relativo contratto e che in data 06.12.2016, il Consorzio I. ha assegnato alla T.C., sua consorziata dall'aprile del 2016, l'incarico dell'esecuzione della quota di lavori acquisita in forza del contratto di affitto di ramo di azienda, comunicando la nomina all'Ente con nota prot. ERSU Ancona n. 474 del 19.01.2017. Al riguardo si richiama l'orientamento dell'Autorità in tema di partecipazione dei consorzi stabili, confermato dalla giurisprudenza secondo cui, come rilevato da ultimo con Delibera n. 822 del 26 settembre 2019, "*Da qui l'assunto che la regola del cumulo alla rinfusa dei requisiti di partecipazione, espressa per i consorzi stabili e le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori, non può trovare applicazione per gli appalti di lavori nel settore dei beni culturali entrando altrimenti in contrasto con la disposizione inderogabile di cui all'art. 146, comma 2, d.lgs. 50/2016. Quindi, si conferma l'orientamento dell'Autorità secondo cui la specifica qualificazione richiesta da un bando di gara per l'esecuzione di lavori nel settore dei beni culturali può essere utilizzata soltanto dal soggetto che quei lavori abbia eseguito con la conseguenza che, nel caso di partecipazione di un consorzio stabile a una procedura di gara, a prescindere dalla qualificazione del consorzio, la qualificazione richiesta debba essere comunque posseduta dall'impresa designata per l'esecuzione del contratto*". Alla luce dell'intercorso subentro del Consorzio nel contratto d'affitto di ramo d'azienda e della conseguente designazione della consorziata T.C. ai fini dell'esecuzione dei lavori in esame, è stato richiesto all'Ente, nell'ambito della comunicazione delle risultanze istruttorie, di voler documentare le verifiche condotte in ordine al possesso dei requisiti speciali in capo all'impresa consorziata designata per l'esecuzione dei lavori d'appalto.

A tale riguardo, nulla viene precisato dalla stazione appaltante, rilevandosi comunque il possesso in capo all'impresa T.C. della qualificazione nella categoria OG2 per la classifica IV-bis, con riferimento alla data di stipula del contratto d'affitto di ramo d'azienda (successivamente incrementata nella classifica V), che non risulta idonea a coprire la qualificazione richiesta per l'esecuzione dell'80% dell'intero importo contrattuale spettante alla mandataria C. e al subentrato Consorzio I. laddove già solo il bando di gara, al netto delle successiva varianti in corso d'opera, prevedeva in OG2 la classifica VI, per un importo di lavori riconducibile alla medesima categoria pari ad euro 7.185.516,56, successivamente destinato ad incrementarsi, il cui 80% parrebbe non soddisfatto con il possesso della classifica IV bis o della classifica V.

Tutto ciò considerato e ritenuto, in esito all'istruttoria espletata nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 ottobre 2020

DELIBERA

- di ritenere sussistente il ricorrere di profili di anomalia nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto, evidenziabili in primo luogo in un anomalo andamento dei lavori, in riferimento all'estrema durata dell'appalto, nonché in relazione al non corretto inquadramento delle varianti intervenute ai sensi degli artt. 132 e 205 del d.lgs. 163/2006, confermandosi anche il profilo attinente alla variazione sostanziale del progetto originario, a fronte della rilevanza della modifica dei termini essenziali dell'appalto, riferibili alla quantità, qualità ed importo dei lavori, ai tempi della loro esecuzione;
- di ritenere l'intercorso affidamento diretto ad ERAP MARCHE Presidio di Ancona della progettazione esecutiva di ridimensionamento e completamento dell'intervento di ristrutturazione del B.P., la direzione dei lavori e i connessi servizi tecnici, non coerente con i presupposti normativi e con le indicazioni giurisprudenziali in materia, con particolare riferimento alla violazione dell'art. 39 del d.lgs. n. 50/2016 e alla violazione dei limiti posti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale e dalle pronunce di questa Autorità agli accordi di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici;
- infine, in riferimento all'ammissione del raggruppamento aggiudicatario, di ravvisare la non corretta applicazione dell'istituto dell'associazione per cooptazione dell'impresa T.C. e la carenza dei requisiti in capo alla medesima per la partecipazione alla procedura in qualità di mandante;
- di inviare, a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori, la presente deliberazione alla ERDIS MARCHE, presidio di Ancona, con invito alla stessa a comunicare, entro 30 giorni dal ricevimento, le valutazioni condotte, nonché le eventuali iniziative assunte.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 ottobre 2020

Per Il Segretario verbalizzante Maria Esposito
Rosetta Greco