



AUTORITÀ
NAZIONALE
ANTICORRUZIONE

Presidente

EAV S.r.l.

Al Responsabile Unico del Procedimento

Ing. [... OMISISS ...]

PEC: [... OMISISS ...]

Fasc. Anac n. 1377/2022

Oggetto

Procedura aperta (pubblico incanto) ai sensi dell'art. 55 del D.lgs. 163/2006 per la realizzazione delle opere civili della tratta ferroviaria Secondigliano Di Vittorio (stazione inclusa) della Metro Campania Nord Est S.r.l. (già Ferrovia Alifana e Benevento Napoli S.r.l.) tra le progr.ve km. 2+057,94 e 3+346,00 – CIG: 0086975E06 - Importo a base d'appalto € 72.183.010,49 – S.A. EAV S.r.l. - Nota di definizione ai sensi dell'articolo 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Nell'ambito del piano d'indagine annuale sulle varianti in corso d'opera, elaborato ai sensi dell'art. 24 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici relativamente alle comunicazioni obbligatorie inoltrate dalle stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 106, comma 14 del d.lgs. 50/2016, il Consiglio dell'Autorità, in esito agli approfondimenti preliminari svolti in merito all'appalto in oggetto, cui conseguiva l'acquisizione della nota della Stazione appaltante EAV di cui al protocollo dell'Autorità n. 17067 del 26.02.2021, nell'adunanza del 02.03.2022 deliberava di proseguire l'azione di vigilanza con l'avvio in senso formale del procedimento e con la conseguente attività istruttoria nei riguardi di n. 4 stazioni appaltanti.

Tra gli interventi selezionati è risultato ricompreso l'appalto avente ad oggetto "Procedura aperta (pubblico incanto) ai sensi dell'art. 55 del D.lgs. 163/2006 per la realizzazione delle opere civili della tratta ferroviaria Secondigliano Di Vittorio (stazione inclusa) della Metro Campania Nord Est S.r.l. (già Ferrovia Alifana e Benevento Napoli S.r.l.) tra le progr.ve km. 2+057,94 e 3+346,00".

In attuazione del predetto deliberato consiliare, con nota prot. n. 104902 del 14.12.2022 l'Autorità comunicava l'avvio dell'istruttoria nei riguardi della Stazione appaltante EAV S.r.l. e dell'impresa aggiudicataria [... OMISISS ...] ex art. 13 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, finalizzata ad approfondire la legittimità delle varianti progettuali intervenute in sede di redazione del progetto esecutivo e di quelle intervenute in corso d'opera, in relazione alla corretta applicazione ed alla sussistenza dei presupposti di cui all'art.132, comma 1 lett. a), b) e c), nonché al comma 3 del d.lgs. 163/2006, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, unitamente alle disposizioni di cui all'art.166 del d.P.R. 207/2010 ed all'art.10, comma 5 del Decreto Ministeriale 145/2000, assegnando il termine di trenta giorni per la presentazione di controdeduzioni e per il riscontro alle richieste informative, da far pervenire mediante relazione illustrativa corredata da relativa documentazione.

Con comunicazione acquisita al prot. n. 06075 del 24.01.2023, in ragione della proroga del termine concessa su istanza della stazione appaltante EAV S.r.l., perveniva il riscontro della stessa con il quale,



manifestando la propria disponibilità ad essere audita, veniva trasmessa una articolata relazione illustrativa e correlata documentazione a supporto.

L'avvio dell'istruttoria è stato disposto dall'Ufficio ai fini della verifica dell'anomalo andamento dei lavori in oggetto.

Con la predetta nota acquisita al protocollo dell'Autorità n. 17067 del 26.02.2021, la Stazione appaltante EAV effettuava la ricostruzione dell'iter di avanzamento dei lavori, rilevando preliminarmente che con la delibera dirigenziale n. 127/1999 l'esecuzione dei lavori tra le progressive chilometriche 2+057,94 e 4+107,00 veniva affidata con un primo appalto all'ATI [... OMISISIS ...] (mandataria) e [... OMISISIS ...] (mandante), per l'importo di euro 40.761.714,26 al netto del ribasso del 27,387%, cui seguirono sette consegne parziali a partire dal 15/10/1999 al 15/11/2001, con tempo utile per dare compiuti i lavori, come contrattualmente stabilito, in 600 giorni naturali e consecutivi dalla data di consegna dei lavori.

Negli anni successivi insorgevano poi numerose problematiche correlate alla definitiva messa a punto del progetto esecutivo, alla relativa copertura finanziaria ed alla necessità di acquisire le formali approvazioni a livello centrale e regionale di tali finanziamenti. Inoltre, in data 12/12/2006 tra [... OMISISIS ...] veniva sottoscritto un accordo con il quale si concordava la risoluzione consensuale del contratto.

La S.A. ulteriormente evidenziava che, a seguito dell'intervenuta risoluzione consensuale, con il secondo appalto, aggiudicato all'ATI [... OMISISIS ...], l'esecuzione dei lavori veniva limitata dalla stazione di Secondigliano (km. 2+057,940) alla stazione di Capodichino Di Vittorio (km. 3+346,000), comprese le due stazioni. L'affidamento risultava deliberato con la delibera n. 3 del 4/6/2008 per l'importo di euro 53.586.762,33 e il relativo contratto d'appalto (Rep. n. 7426) stipulato il 17/7/2008.

Pertanto, in attesa del completamento delle procedure espropriative, in data 11/3/2010 (cioè dopo oltre 21 mesi dalla data di aggiudicazione definitiva), il Direttore dei lavori provvedeva alla consegna parziale dei lavori, non comprendendo né le aree di sedime aeroportuali, né quelle delle rampe della perimetrale, non risultando dai documenti acquisiti successive consegne.

Il tempo utile per dare compiuti i lavori veniva pertanto stabilito contrattualmente in 16 mesi naturali e consecutivi dalla data di consegna dei lavori; non essendo intervenuta la consegna definitiva dei lavori, la data di ultimazione rimaneva quindi indeterminata.

Riguardo all'andamento dei lavori, l'appalto in esame risulta caratterizzato dalle stesse criticità realizzative, già sussistenti e non risolte in vigenza del precedente contratto, con l'ATI [... OMISISIS ...], mantenendo quindi con la nuova gara e la successiva stipula del contratto in argomento le medesime soluzioni progettuali influenzate sia dalla presenza delle interferenze in corrispondenza dell'area di piazza Di Vittorio, tra le opere in sotterraneo della linea metropolitana e quelle del raccordo terminale della "perimetrale di Scampia", sia dalla non disponibilità delle aree a causa delle difficoltà espropriative e relative attività procedurali dovute a insufficienze degli elaborati concernenti gli espropri.

Successivamente, in data 27 e 28 maggio 2013, l'ATI subentrata nel contratto notificava all'EAV ed alla Regione l'Atto di citazione, datato 27/5/2013, innanzi al Tribunale di Napoli – Sezione specializzata per le imprese, richiedente la risoluzione in danno del contratto per inadempimento ed il pagamento del risarcimento di euro 35.006.536,67.

Intervenuto l'atto ricognitivo e transattivo del 09/6/2017, che prevedeva il parere favorevole di EAV rispetto alla richiesta, da parte dell'ATI, di una variante a saldo invariato che contemplava l'utilizzo di orizzontamenti prefabbricati in luogo di quelli gettati in opera, nella galleria artificiale (da prog. 2+057 a prog. 2+362) e nella Stazione di Secondigliano, dette varianti venivano successivamente contrattualizzate mediante due distinti atti aggiuntivi rispettivamente intercorsi in data 30.01.2019 ed in data 30.07.2019.



Il medesimo art. 4 dell'atto ricognitivo del 09/6/2017 prevedeva, altresì, l'impegno di EAV a valutare una complessiva variante.

Dopo la firma dell'atto, i lavori venivano consegnati all'ATI [... OMISSIS ...] nell'aprile 2018, stimando un periodo di 14 mesi dalla consegna delle attività per risolvere alcune problematiche presenti, che necessitavano dello sviluppo di una variante progettuale ed in particolare, di tre problematiche distinte:

- studio di opportune modalità costruttive per sottopassare le fondazioni realizzate di spalla e pila della perimetrale di Scampia in corrispondenza del Viale Umberto Maddalena;
- modifica piano altimetrica della camera di ventilazione e dell'uscita di emergenza della Stazione Di Vittorio, necessarie per risolvere la suddetta interferenza;
- spostamento della camera di ventilazione al di fuori del sedime aeroportuale, oltre alla realizzazione dei "consolidamenti" in corrispondenza dei fabbricati posti nelle immediate vicinanze dei lavori e alla necessità di finalizzare un accordo di programma con le Autorità militari.

Le problematiche con le Autorità militari venivano positivamente superate a fine gennaio 2019 con la sottoscrizione di un verbale di reciproche concessioni.

Conseguentemente, EAV avviava la stesura di un progetto esecutivo di variante, poi finalizzato nel maggio del 2020. Contemporaneamente l'ATI presentava il progetto riguardante la variante migliorativa della stazione Di Vittorio.

I due progetti venivano quindi sottoposti all'esame tecnico ed economico di EAV, che li riteneva meritevoli di approvazione, e per la cui esecuzione risultava necessario prevedere un Atto Aggiuntivo, sottoscritto poi il 5 agosto 2020.

Riguardo allo stato dei lavori, veniva evidenziato dalla S.A. che lo stato di avanzamento contabile dei lavori a dicembre 2020, per soli lavori era di € 8.774.283,60 pari al 16% dell'importo lavori ante variante; con la variante, restavano quindi da eseguire lavori per € 59.740.350,37.

Riguardo al programma dei lavori, venivano riportate le previsioni secondo le quali le lavorazioni dovevano essere completate entro il primo semestre 2023.

EAV confermava inoltre, come da iniziale contratto del 2009, la responsabilità in capo all'appaltatore della conduzione degli espropri, asservimenti, occupazioni temporanee.

Alla luce delle criticità sopra evidenziate, veniva quindi avviato il procedimento al fine di verificare la legittimità delle predette varianti/atti aggiuntivi, in relazione alla corretta applicazione e alla sussistenza dei presupposti di cui all'art.132-comma 1 lett. a), b) e c), nonché al comma 3 del d.lgs. 163/2006, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, unitamente alle disposizioni di cui all'art.166 del d.P.R. 207/2010 e all'art.10 comma 5 del Decreto Ministeriale 145/2000, per le ragioni di seguito rappresentate.

In primo luogo, si è inteso approfondire l'intervenuto atto ricognitivo e transattivo del 09.06.2017, che prevedeva il parere favorevole di EAV rispetto alla richiesta, da parte dell'ATI, di una variante a saldo invariato che contemplava l'utilizzo di orizzontamenti prefabbricati in luogo di quelli gettati in opera, nella galleria artificiale (da prog. 2+057 a prog. 2+362) e nella Stazione di Secondigliano. Dette varianti venivano successivamente contrattualizzate mediante due distinti atti aggiuntivi (1 e 2) rispettivamente intercorsi in data 30.01.2019 ed in data 30.07.2019. L'art. 4 di tale atto ricognitivo prevedeva, altresì, l'impegno di EAV a valutare una complessiva variante.

Si è reso, pertanto, necessario verificare la legittimità delle varianti qualificate come migliorative, adottate con i primi due atti aggiuntivi, tenuto conto delle anomalie che sembravano derivare dal riconoscimento in sede transattiva di ulteriori lavorazioni da eseguire in variante, oltre che in relazione alla ricorrenza delle fattispecie legittimanti, di cui all'art. 132, comma 3, secondo periodo del codice, laddove risulta previsto che *"Sono inoltre ammesse, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate*



al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, sempreché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto"; ciò, in relazione al carattere sostanziale della variante in esame, laddove invece si contempla l'utilizzo di orizzontamenti prefabbricati in luogo di quelli gettati in opera, con la formulazione di nuovi prezzi. Peraltro, sussistono perplessità in ordine alla effettiva ricorrenza di "circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto".

Si è inteso, altresì, vagliare il successivo atto aggiuntivo n. 3 del 04.08.2020, afferente alla formalizzazione di una serie di varianti per un importo di Euro 17.093.603,30, motivate con riferimento all'applicazione dell'art. 132 del d.lgs. n. 163/2006, applicabile *ratione temporis*, in riferimento alla necessità di far fronte a esigenze derivanti da sopravvenute norme legislative e regolamentari e per rinvenimenti imprevisi, nonché all'adozione di varianti che *"...possano determinare, senza aumenti di costo, significativi miglioramenti dell'opera"*. Tali varianti risultano descritte con riferimento a: *"lavori relativi alle gallerie naturali da progr.va km 2+646,94 a progr.va km 3+ 176,996 e da progr.va km 3+ 176,996 a progr.va km 3+234,009; realizzazione della Stazione Di Vittorio da progr.va km 3+234,009 a progr.va km 3+350,009; camera di ventilazione a progr.va km 2+933,359; camera di compensazione a progr.va km 3+ 128,74; risoluzione dell'interferenza con lo scatolare esistente da progr.va km 2+860,90 a progr.va km 2+910,28 compresa l'opera di sostegno della pila esistente del Viadotto Perimetrale di Scampia"*, oltre a opere indicate come minori.

In primo luogo, si è reso necessario verificare i presupposti legittimanti in ordine alle richiamate *"cautele realizzative circa la presenza, attigua alla prevista galleria, delle fondazioni della perimetrale di Scampia"*, nonché *"lo spostamento dell'uscita della camera di ventilazione della Stazione di Vittorio, al di fuori del recinto aeroportuale, su proprietà EAV; la modifica planimetrico-dimensionale del pozzo ascensori e camera di compensazione laddove interferente con il rilevato della perimetrale di Scampia; la realizzazione dei "consolidamenti" in corrispondenza dei fabbricati posti nelle immediate vicinanze dei lavori"*, riferendosi a circostanze che appaiono invero rilevabili già in sede progettuale.

Ed ancora, sono state richiamate le motivazioni connesse alla intercorsa necessità di *"revisione del progetto inerente alla galleria naturale da progr. km 2+646,94 a progr. km 3+ 176,996 per l'adozione delle occorrenti cautele indotte dalla contiguità allo scavo delle fondamenta dei fabbricati latitanti e la realizzazione delle opere puntuali inerenti la camera di ventilazione sita alla progr.va km 2+933,359, la risoluzione dell'interferenza con il predetto scatolare esistente da progr.va km 2+860,90 a progr.va km 2+910,28 e la camera di compensazione sita alla progr.va km 3+128,74"*, a fronte della rilevanza delle interferenze in esame già in sede di progettazione, al di fuori del venire in rilievo di circostanze imprevisibili ed imprevedibili.

Infine, si è richiamata la motivazione correlata alla necessità di superamento delle difficoltà legate all'interferenza con le aree dell'aeroporto di Capodichino, risolta con le competenti Autorità militari nei sensi su esposti; interferenza anch'essa nota e non correlata a circostanze imprevisibili ed imprevedibili.

Peraltro, va osservato che l'ATI appaltatrice, anche a fronte delle richiamate criticità, risulta aver iscritto riserve per un importo complessivo pari ad Euro 24.812.468,98 oltre interessi legali e/o moratori e rivalutazione.

A tal fine, si richiedeva alla stazione appaltante di produrre la documentazione progettuale sottesa alle predette varianti e relativa documentazione a supporto, con particolare riferimento alle relazioni predisposte dal RUP ed i relativi quadri economici comparativi, nonché l'atto di validazione e verifica del progetto posto a base di gara ed i successivi atti di verifica/approvazione delle successive varianti; si richiedeva, altresì, di fornire un aggiornamento sullo stato d'avanzamento lavori, dando evidenza di eventuali problematiche ulteriormente, insorte, che ostacolavano il regolare andamento dell'appalto.

La stazione appaltante EAV riscontrava tale istanza, ricostruendo preliminarmente il complesso iter dell'appalto in oggetto, rammentando in particolare i fatti che avevano condotto alla stipula dell'atto



ricognitivo e transattivo del 29.6.2017 e dei successivi atti aggiuntivi, richiamandosi integralmente a quanto già rappresentato con la citata nota acquisita al protocollo dell'Autorità n. 17067 del 26.02.2021.

Al contempo, veniva resa informativa sullo stato di avanzamento dei lavori, riferendo come sopra evidenziato che gli stessi *"procedono nel sostanziale rispetto del cronoprogramma e saranno prevedibilmente conclusi entro la fine del prossimo anno"* e che *"... risulta che al 31.12.2022 sono già state effettuate lavorazioni per 23.091.901,15 euro a fronte di un importo approvato dei lavori pari a 68.514.633,33 euro già comprensivi del ribasso d'asta dunque per una percentuale pari al 33,7% dell'importo totale dei lavori appaltati"*.

In forza di quanto dedotto, nonché di quanto altresì riferito nella pregressa corrispondenza, la stazione appaltante EAV concludeva ribadendo *"la trasparenza e correttezza dell'operato della scrivente stazione appaltante, da sempre diretto alla tutela dei principi di Legalità nonché al perseguimento dell'Interesse Pubblico"*.

Preliminarmente, si evidenzia che l'istruttoria condotta dall'Autorità concerne gli atti successivi al Contratto di Appalto sottoscritto in data 17.7.2008 di affidamento dei lavori in esame, e quindi anche l'atto Ricognitivo e Transattivo del 29.6.2017, l'atto Aggiuntivo del 30.1.2019, il II Atto Aggiuntivo del 30.7.2019 ed il III Atto Aggiuntivo del 5.8.2020.

Tale istruttoria è finalizzata, in particolare, alla verifica del regolare andamento dei lavori e della legittimità *"delle varianti/atti aggiuntivi"* in relazione al corretto utilizzo, nelle fattispecie, dell'art. 132 D.Lgs. 163/2006 co. 1 lett. a), b), c) e co. 3, applicabile *ratione temporis*, unitamente alle disposizioni regolamentari collegate, con particolare riferimento agli artt. 161 e segg. del D.P.R. 207/2010 (Regolamento di esecuzione e attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

Con particolare riferimento alle controdeduzioni rese dalla stazione appaltante EAV ai rilievi formulati dall'Autorità ed alla correlata esigenza di verificare la legittimità delle varianti qualificate come migliorative, si rappresenta quanto segue.

PROBLEMATICHE RIGUARDANTI LE VARIANTI CONTENUTE NEL I E NEL II ATTO AGGIUNTIVO IN RELAZIONE ALLE PREVISIONI DELL'ART. 132 D.LGS. 163/06 E 162 CO. 4 DPR 207/2010.

Nel merito, la S.A. ha premesso che il riscontro riguarda il solo III Atto Aggiuntivo del 5.8.2020, atteso che *"sia l'Atto Aggiuntivo del 30.1.2019 (che il II Atto Aggiuntivo del 30.7.2019 sono entrambi estranei a tale trasmissione. Si tratta di contratti stipulati quasi due anni prima del III Atto Aggiuntivo, ormai quattro anni fa, che riguardano varianti proposte dall'appaltatore dirette a migliorare aspetti funzionali, elementi tecnologici e singole componenti del progetto (art. 162 co. 4 DPR 207/2010) che sono stati allegati al modulo per mere finalità di completezza informativa ..."*.

Per quanto concerne la verifica disposta da ANAC circa la paventata sussistenza di anomalie derivanti dal riconoscimento nell'atto transattivo del 2017 *"di ulteriori lavorazioni da eseguire in variante"*, la stazione appaltante ha riferito preliminarmente che *"la scrivente si limita a osservare che i due Atti Aggiuntivi hanno esclusivamente a oggetto l'utilizzo di orizzontamenti prefabbricati in luogo di quelli gettati in opera (nella Stazione di Secondigliano con l'Atto Aggiuntivo del 30.1.2019 e nella galleria artificiale con il II Atto Aggiuntivo del 30.7.2019), come da proposta dell'appaltatore di cui si faceva menzione già nell'Atto Ricognitivo e Transattivo del 29.6.2017"* e che *"Le modifiche oggetto dei due Atti Aggiuntivi sono soltanto una mera diversa modalità costruttiva della medesima opera (la stazione e le gallerie artificiali) e giammai prescrivono "ulteriori lavorazioni". Esse rappresentano una miglioria realizzativa in quanto determinano facilitazioni costruttive e riduzione dei tempi di esecuzione senza modificare l'oggetto contrattuale o determinare aggravii di costi"*.



Con particolare riferimento all'Atto Aggiuntivo del 30.1.2019 che contrattualizza la variante migliorativa nella Stazione di Secondigliano e fa seguito alla proposta dall'ATI [... OMISISS ...] di cui all'art. 4 dell'Atto Ricognitivo e Transattivo del 29.6.2017, EAV ha rappresentato che lo stesso *"contempla l'utilizzo di orizzontamenti prefabbricati in luogo di quelli gettati in opera, in continuità con la soluzione adottata per la realizzazione della stessa tipologia di interventi nel lotto contiguo"*, precisando ulteriormente che *"in punto di diritto, l'Atto Aggiuntivo alla lettera "O" del "Considerato" richiama l'art. 132 del D. Lgs. 163/06 che consente, tra le altre, le "varianti in corso d'opera che possano determinare, senza aumenti del costo, significativi miglioramenti dell'opera". L'utilizzo di elementi prefabbricati, secondo quanto dichiarato dall'Appaltatore, e condiviso dal RUP a pag. 3 della Relazione garantisce: - una migliore qualità dell'opera; - una sua maggiore durabilità; - una maggiore velocità realizzativa; - una significativa riduzione delle aree necessarie all'accantonamento dei materiali"*.

Al riguardo, la S.A. ha altresì evidenziato che *"Dall'analisi dei costi contenuta nella Relazione del RUP... si deduce, inoltre, che la variante proposta non comporta un incremento del complessivo prezzo dei lavori già previsti e contrattualizzati con l'ATI appaltatrice. Pertanto, la proposta di variante non ha richiesto una rivisitazione generale del quadro economico dell'appalto"* e che *"L'art. 3 dell'Atto Aggiuntivo dà quindi atto che la variante "non comporta alcun incremento dei costi e lascia inalterato l'importo dei lavori già contrattualizzato della Stazione di Secondigliano, ammontante al netto del ribasso a complessivi 6.678.673,39 euro oltre IVA", precisando ulteriormente che "L'atto aggiuntivo ha dunque ad oggetto una proposta dell'appaltatore diretta, a parità di costo, ad apportare modifiche, quindi varianti migliorative a singoli aspetti tecnologici e/o singole componenti del progetto senza riduzione della qualità dell'opera e con abbattimento dei tempi di esecuzione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 132 D.L.gs. 163/06 e art. 162 co. 4 DPR 207/2010 applicabili alla fattispecie ratione temporis"*.

Sul punto, la S.A. ha quindi concluso rilevando che *"L'utilizzo di orizzontamenti prefabbricati in luogo di quelli gettati in opera ad avviso della scrivente costituisce una mera soluzione migliorativa, una variante progettuale ex art. 132 D.L.gs. 163/06 e art. 162 co. 4 DPR 207/2010 che non richiedeva il requisito della imprevedibilità al momento della stipula del contratto"*.

In relazione al II Atto Aggiuntivo del 30.7.2019 che contrattualizza la variante migliorativa nelle gallerie artificiali da progr.va km 2+057,94 a progr.va km 2+172,50 e da progr.va km 2+318,90 a progr.va km 2+362,94 e nella camera di compensazione situata alla progressiva km 2+168,15, EAV ha rilevato che *"Anche in questo caso, la variante discende dalla proposta dall'ATI [... OMISISS ...] sulla base di quanto stabilito dall'art. 4 dell'Atto Ricognitivo e Transattivo del 29.06.2017 e contempla nelle gallerie artificiali e nella camera di compensazione l'utilizzo di orizzontamenti prefabbricati in luogo di quelli gettati in opera, in conformità della soluzione utilizzata per la realizzazione della stessa tipologia di interventi nel lotto contiguo"*, precisando ulteriormente che *"Anche il II Atto Aggiuntivo, in punto di diritto, alla lettera "P" del "Considerato" richiama l'art. 132 del D. Lgs. 163/06 applicabile ratione temporis il quale consente, tra le altre, le "varianti in corso d'opera che possano determinare, senza aumenti del costo, significativi miglioramenti dell'opera"* e che *"L'utilizzo di elementi prefabbricati, secondo quanto dichiarato dall'Appaltatore, condiviso dal RUP e richiamato nella Relazione garantisce: - una migliore qualità dell'opera; - una sua maggiore durabilità; - una maggiore velocità realizzativa; - una significativa riduzione delle aree necessaria all'accantonamento dei materiali"*.

In relazione a tale questione, la S.A. afferma altresì che *"L'atto aggiuntivo ha dunque ad oggetto una proposta dell'appaltatore diretta, a parità di costo, ad apportare modifiche, quindi varianti migliorative a singoli aspetti tecnologici e/o singole componenti del progetto senza riduzione della qualità dell'opera e*



con abbattimento dei tempi di esecuzione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 132 D.L.gs. 163/06 e art. 162 co. 4 DPR 207/2010 applicabili alla fattispecie ratione temporis", con richiamo a taluna giurisprudenza a supporto, concludendo che "Si può pertanto affermare che la modifica dell'opera contrattualizzata con l'atto aggiuntivo del 30.1.2019 (ma le medesime considerazioni valgono anche per il successivo, analogo II Atto Aggiuntivo del 30.7.2019) ai sensi e per gli effetti dell'art. 132 D.L.gs. 163/06 e dell'art. 162 co. 4 DPR 207/2010, è una mera soluzione migliorativa (miglioria o "variante progettuale migliorativa") che può sempre e liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara e oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico".

Per quanto concerne il Sub II) II Atto Aggiuntivo del 30.7.2019 che contrattualizza la variante migliorativa nelle gallerie artificiali da progr.va km 2+057,94 a progr.va km 2+172,50 e da progr.va km 2+318,90 a progr.va km 2+362,94 e nella camera di compensazione situata alla progressiva km 2+168,15, EAV rileva preliminarmente che *"Anche in questo caso, la variante discende dalla proposta dall'ATI [... OMISSIS ...] sulla base di quanto stabilito dall'art. 4 dell'Atto Ricognitivo e Transattivo del 29.06.2017 e contempla nelle gallerie artificiali e nella camera di compensazione l'utilizzo di orizzontamenti prefabbricati in luogo di quelli gettati in opera, in conformità della soluzione utilizzata per la realizzazione della stessa tipologia di interventi nel lotto contiguo". Analogamente a quanto sopra rappresentato, anche per tale atto aggiuntivo la S.A. evidenzia che "La modifica dell'opera contrattualizzata è una mera soluzione migliorativa (miglioria o "variante progettuale migliorativa") ai sensi e per gli effetti degli artt. 132 D.L.gs. 163/06 e 162 co. 4 DPR 207/2010 che può sempre e liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara e oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico" e che "L'utilizzo di orizzontamenti prefabbricati in luogo di quelli gettati in opera è mera soluzione migliorativa, variante progettuale ex art. 132 D.L.gs. 163/06 e art. 162 co. 4 DPR 207/2010 per cui non richiede il requisito della imprevedibilità al momento della stipula del contratto".*

Per quanto concerne, poi, le perplessità formulate in ordine al rispetto dell'art. 132 co. 3 D.L.gs. 163/06, il quale ammette la variante migliorativa solo allorché questa non abbia "carattere sostanziale" e sia conseguenza di "circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto", EAV argomenta estesamente al fine di dimostrare che *"vada esclusa la natura "sostanziale" delle varianti approvate con i due Atti Aggiuntivi i quali si limitano a introdurre soltanto una diversa soluzione progettuale di tecnica costruttiva, mentre restano affatto invariati i manufatti (la Stazione Secondigliano e le gallerie) sui quali le coperture vengono realizzate, con la posa di materiali prefabbricati, anziché a getto in loco. Peraltro, le circostanze che le varianti non producano alcun incremento dei costi ed una maggiore rapidità di esecuzione, inducono a escludere che le medesime abbiano leso i principi di concorrenza e parità di condizioni tra imprenditori", precisando ulteriormente che "Non vi è infatti dubbio che le diverse soluzioni progettuali adottate, anche qualora inserite nel bando di gara originario, per la loro assoluta neutralità e irrilevanza sotto l'aspetto sia tecnico che economico, non sarebbero state in grado di produrre l'effetto di richiamare eventuali ulteriori o diverse offerte".*

Nel merito delle predette varianti, si richiamano in primo luogo i 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", rilevando ulteriormente 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).

Nel caso di specie, si contempla l'utilizzo di orizzontamenti prefabbricati in luogo di quelli gettati in opera, con la formulazione di nuovi prezzi che, pur introducendo elementi migliorativi nell'opera, ingenerano comunque perplessità in ordine alla effettiva ricorrenza di *"circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto"*.

Parimenti, in ragione di quanto rilevato, non si rinviene l'accessorietà delle varianti in esame rispetto all'opera progettata e contrattualmente stabilita.

In tale contesto, l'impiego delle varianti in questione si ritiene introduca elementi di novità in difformità rispetto al progetto originario, dovendosi pertanto ritenere non pienamente comprovata la sussistenza dei presupposti legittimanti delle fattispecie di varianti in corso d'opera di cui all'art. 132, comma 3 del d.lgs. 163/2006.

PROBLEMATICHE RELATIVE ALLE VARIANTI CONTENUTE NEL III ATTO AGGIUNTIVO DEL 4.8.2020

Per quanto riguarda il III Atto Aggiuntivo del 4.8.2020 con il quale si contrattualizzano le varianti elencate nell'art. 4 lett. a), b) e c) dell'Atto Ricognitivo e Transattivo del 29.6.2017, nel riscontro fornito la stazione appaltante procede in primo luogo ad una articolata ricostruzione dell'iter che ha condotto all'adozione di tale atto, concludendo che detta variante *"si è resa necessaria per cause imprevedute ed imprevedibili al momento dell'affidamento del contratto, configurandosi per la fattispecie la previsione dell'art. 132 comma 1 lettera b) del D.lgs. 163/2006"*.

In relazione alla variante ex art. 132 co. 1 lett. b) D.lgs. 163/06 per Opere civili da progr.va km 2+646,94 a progr.va km 3+176,996, la stazione appaltante ricostruisce il decennale iter che ha condotto alla necessità di adottare una variante in corso d'opera, atteso che in relazione allo scatolare realizzato dal Comune di Napoli, *"solo a seguito di approfondimenti e indagini a mezzo di scavi e saggi in profondità eseguiti in corso d'opera presso le aree interessate, si è scoperto in modo del tutto inatteso e imprevedibile che lo scatolare interrato è in posizione differente da quella di progetto, traslato di circa 3 metri, in modo tale da interferire con il tracciato della ferrovia"*, precisando ulteriormente che *"Per risolvere l'interferenza, si sono resi necessari da un lato una modifica plano-altimetrica del tracciato ferroviario, e dall'altro un intervento strutturale di demolizione parziale dello scatolare interrato e un rinforzo strutturale delle pile di sostegno del viadotto"* e che *"La modifica del tracciato, seppur rientrando nelle aree di esproprio già definite ad eccezione di alcune opere di consolidamento, ha comportato anche lo spostamento dei manufatti a esso collegati con una ridefinizione delle posizioni e del loro progetto"*.



Sul punto, EAV conclude pertanto affermando che *"A fronte di quanto sopra descritto la scrivente ritiene di poter affermare che la variante si è resa necessaria per cause impreviste ed imprevedibili al momento dell'affidamento del contratto, configurandosi per la fattispecie la previsione dell'art. 132 comma 1 lettera b) del D.lgs. 163/2006"*.

Per quanto concerne la variante relativa alle Opere civili ex art. 132 co. 1 lett. b) D.Lgs. 163/06 da progr.va km 3+176,996 a progr.va km 3+234,009, la S.A. ha evidenziato che tale variante riguarda il tratto di galleria naturale che attraversa Viale Maddalena e la strada sopraelevata cd. "Perimetrale di Scampia", adottando in fase di scavo *"una tecnologia di protezione e consolidamento della volta differente da quella del progetto originale. Ciò al fine di ridurre o eliminare eventuali cedimenti differenziali superficiali che potrebbero produrre lesioni, inagibilità e quindi di interruzioni della circolazione ..."*.

In esito alle argomentazioni condotte, EAV conclude che *"appare evidente come la variante innanzi descritta sia conseguenza di cause impreviste e imprevedibili (la successiva realizzazione dell'Asse viario sopraelevato e la sua apertura al traffico prima della realizzazione della galleria) all'atto della stipula del contratto e per questo correttamente inquadrata nella Relazione del RUP e nell'atto aggiuntivo, nell'ambito della previsione dell'art. 132 co. 1 lett. b) del D.Lgs. 163/06"*.

Riguardo alla variante ex art. 132 co.3 Il periodo D.Lgs. 163/06 e art. 162 co. 3 D.P.R. 207/2010. Realizzazione della stazione Di Vittorio da progr.va km 3+234,009, EAV riferisce che *"La variante relativa alla realizzazione della stazione Di Vittorio pare non essere oggetto di rilievi da parte dell'Autorità sulla quale nulla eccepisce. Ciononostante, anche per questa variante la scrivente ritiene utile e opportuno in ogni caso relazionare, sia per completezza espositiva sull'intero intervento, sia perché essa resta comunque strettamente collegata e interconnessa ed è in parte conseguenza delle altre varianti al progetto e in particolare con la risoluzione delle problematiche sorte con l'Aeronautica Militare detentrica delle aree dell'aeroporto Militare di Capodichino dove viene realizzata la stazione "Di Vittorio", evidenziando infine che "La variante migliorativa rientra dunque nella fattispecie di cui all'art. 132 co. 3 secondo periodo D.Lgs. 163/06 nel combinato disposto con il co. 3 dell'art. 162 DPR 207/2010. È finalizzata al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità e trova ragione in obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute non previste e imprevedibili al momento della stipula del contratto"*.

In relazione alle varianti ex art. 132 co. 1 lett. b) D.Lgs. 163/06 relative alle Opere Civili della camera di ventilazione a progr.va km 2+933,359, della camera di compensazione a progr.va km 3+128,74 e della risoluzione dell'interferenza con lo scatolare esistente da progr.va km 2+860,90 a progr.va km 2+910,28 compresa l'opera di sostegno della pila del Viadotto Perimetrale di Scampia, EAV ha evidenziato che le stesse *"Sono strettamente collegate alla "Variante di Tracciato" e alla "Variante Strutturale" ..."* e che *"Attraverso queste varianti è stato ridefinito il tracciato plano-altimetrico della linea ferroviaria nella tratta tra la prog. 2+639 alla prog. 3+170 (cd. "Variante di Tracciato") e si sono modificate le opere strutturali di galleria e dei manufatti di linea (cd. "Variante Strutturale"). Come più volte ribadito, la realizzazione della strada sopraelevata "Perimetrale di Scampia" in modo parzialmente difforme con quanto in precedenza concordato con il Comune, è stata causata da interferenze impreviste e imprevedibili all'epoca della sottoscrizione del contratto di appalto", precisando al riguardo che "Valgono, dunque, tutte le considerazioni esplicitate ... in ordine alla irrinunciabilità della variante per cause impreviste ed imprevedibili al momento dell'affidamento del contratto. Pertanto, la variante rientra nella fattispecie dell'art. 132 comma 1 lettera b) del D.lgs. 163/2006"*.



Riguardo alle c.d. opere minori a loro volta consistenti in: Realizzazione di una viabilità alternativa per il traffico veicolare nelle adiacenze di Via Privata Detta Scippa; Polifora di sottobanchina della stazione "Secondigliano; Adeguamento delle opere strutturali della camera di compensazione posta in corrispondenza della scala di uscita della stazione "Secondigliano" lato Piscinola, alla pk. 2+172 ca., la S.A. richiama il mancato ricorrere di rilievi o perplessità da parte dell'Autorità in ordine alla loro legittimità, non argomentando ulteriormente sul tema.

Infine, per quanto concerne le opere compensative e mitigative sull'area militare oggetto della realizzazione della stazione "Di Vittorio", la stazione appaltante ha inteso ripercorrere sinteticamente i fatti che hanno caratterizzato il rapporto con l'Aeronautica Militare, evidenziando al riguardo che *"prima della sottoscrizione del verbale preliminare del 19/01/2019 e poi della scrittura definitiva del 29.1.2020, la Stazione Appaltante non poteva conoscere né ipotizzare la necessità di effettuare ulteriori lavori in area aeroportuale, atteso che, come da progetto sia originario che di variante, era prevista - in alternativa - solo la corresponsione di un'indennità monetaria"*, precisando ulteriormente che *"Per quanto sopra, la variante è riconducibile all'art. 132 comma 3 secondo periodo del D.Lgs. n. 163/06, attraverso il ricorso alla procedura negoziata con lo stesso Appaltatore delle OO.CC. cui le opere sono affidate, alle condizioni di cui all'art. 57 comma 5 lettere a. 1) e a.2) del d.lgs. n. 163/06"* e che *"Le opere, inizialmente non previste nel Contratto di Appalto e non prevedibili, si sono rese necessarie solo a seguito del perfezionamento degli accordi con il Demanio Militare conclusi con lo scopo di consentire la realizzazione della Stazione Di Vittorio"*.

Nel merito, la stazione appaltante EAV giustifica le varianti sopra richiamate in ragione del ricorrere di cause impreviste ed imprevedibili al momento dell'affidamento del contratto.

Invero, nel caso in esame emergono elementi di perplessità quanto meno in ordine alla riconducibilità a tali cause per la variante ex art. 132 co. 1 lett. b) D.Lgs. 163/06 per Opere civili da progr.va km 2+646,94 a progr.va km 3+176,996 ed alle correlate varianti ex art. 132 co. 1 lett. b) D.Lgs. 163/06 relative alle Opere Civili della camera di ventilazione a progr.va km 2+933,359, della camera di compensazione a progr.va km 3+128,74 e della risoluzione dell'interferenza con lo scatolare esistente da progr.va km 2+860,90 a progr.va km 2+910,28 compresa l'opera di sostegno della pila del Viadotto Perimetrale di Scampia, laddove viene affermato che *"solo a seguito di approfondimenti e indagini a mezzo di scavi e saggi in profondità eseguiti in corso d'opera presso le aree interessate, si è scoperto in modo del tutto inatteso e imprevedibile che lo scatolare interrato è in posizione differente da quella di progetto, traslato di circa 3 metri, in modo tale da interferire con il tracciato della ferrovia"*.

In riferimento alla imprevedibilità del ritrovamento dello scatolato interrato in posizione differente rispetto a quella prevista, si richiama il disposto di cui all'art. 17 e seguenti del d.P.R. 207/2010 in tema di progettazione, laddove viene stabilito che tra la documentazione progettuale devono essere inclusi accertamenti ed indagini storiche, archeologiche, ambientali, topografiche, geologiche, idrologiche, idrauliche, geotecniche e sulle interferenze e relative relazioni ed elaborati grafici atti a pervenire ad una completa caratterizzazione del territorio ed in particolare delle aree impegnate.

Si precisa che dette disposizioni regolamentari emanano dalle previsioni contenute nell'art. 18, comma 2, lett. a) del previgente Regolamento d.P.R. 554/99, che analogamente prescrivevano la necessità di effettuare, sulle aree interessate dall'intervento, le indagini necessarie quali quelle geologiche, geotecniche, idrologiche, idrauliche e sismiche e sono redatti le relative relazioni e grafici.

Nel caso di specie, risulta invero difficile ritenere che la macroscopica difformità venuta in rilievo non era accertabile in sede progettuale, in esito all'effettuazione delle necessarie indagini atte a rilevare possibili sottoservizi e/o interferenze. Infatti, si ritiene che l'esecuzione di un'adeguata campagna di indagini

avrebbe consentito di rilevare le caratteristiche ostative alla realizzazione dell'opera per come poi cantierata, consentendo di ritenere non comprovato il presupposto della non prevedibilità in sede progettuale.

In tale contesto, si rileva comunque che, come evidenziato dalla stazione appaltante, gli eventi patologici che hanno gravato su detto appalto ne hanno di certo condizionato la fase realizzativa.

Altresì, si prende atto di quanto rappresentato in ordine al fatto che i lavori *"procedono nel sostanziale rispetto del cronoprogramma e saranno prevedibilmente conclusi entro la fine del prossimo anno"* e che al 31.12.2022 risultavano già effettuate lavorazioni per una percentuale pari al 33,7% dell'importo totale dei lavori appaltati.

In base a quanto sopra rappresentato il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 13 settembre 2023, ha disposto la comunicazione della definizione del procedimento ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di vigilanza in materia di contratti pubblici, ritenendo non pienamente comprovata la sussistenza dei presupposti legittimanti delle fattispecie di varianti in corso d'opera di cui all'art. 132 del d.lgs. 163/2006, con particolare riferimento alla configurabilità di circostanze/rinvenimenti sopravvenuti caratterizzati dalla imprevedibilità di cui alle lettere b) e c) del citato articolo, nonché in relazione al disposto di cui al punto 3, secondo capoverso del medesimo articolo in relazione al ricorrere di varianti finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, sempreché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. Ciò, a fronte del venire in evidenza di una possibile carenza di indagini e rilievi da svolgersi nella fase progettuale, cui sono conseguiti maggiori oneri e maggior tempo contrattuale rispetto a quello previsto dal contratto originario.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente