DELIBERA N. 593
8 luglio 2020.

Oggetto

Fascicolo UVLA 4986/16 – Visita ispettiva presso ACEA S.p.A. e ACEA ATO 2 S.p.A. - modalità di gestione dei contenziosi in fase di esecuzione dei contratti di lavori, beni e servizi funzionali alla gestione del servizio idrico integrato

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

In data 3.5.2016 si è svolta la visita ispettiva presso ACEA S.p.A. e ACEA ATO 2 S.p.A. come da disposizione del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) n. 55064 del 6.4.2016 per lo svolgimento delle attività di "*acquisizione di puntuali elementi conoscitivi sui contenziosi derivanti dall'esecuzione dei contratti preordinati all'acquisizione di lavori, beni e servizi funzionali alla gestione del servizio idrico integrato e sulle modalità di gestione degli stessi contenziosi, nell'ottica della verifica delle modalità e delle tempistiche delle eventuali attivazioni, avvenute a partire dal 1° gennaio 2013, di procedimenti volti alla stipula di accordi bonari e di transazioni di cui agli articoli 240 e 230 del ex Codice, nonché degli eventuali maggior costi connessi e/o conseguenti alla gestione delle controversie nei termini sopra delineati*".

L'attività ispettiva è stata rivolta al contenzioso ancora pendente alla data dell'ispezione e su quello già definito dal 1 gennaio 2013 alla data del 19 aprile 2016.

Con nota prot. n. 0169568 del 16/11/2016 l'ufficio ispettivo, in ottemperanza al deliberato consiliare del 9 novembre 2016, trasmetteva all'ufficio UVLA per il seguito di competenza la relazione ispettiva e relativa documentazione acquisita dalla quale risultava che per n. 11 appalti, dei 38 considerati nel periodo di riferimento, il procedimento di risoluzione delle riserve era stato definito, per gli altri era ancora in corso o non attivato.

Con nota prot. n. 0091728 in data 15/11/2019 veniva trasmessa ad ACEA S.p.A. ed ACEA ATO 2 S.p.A. la comunicazione di Risultanze istruttorie con la quale si chiedevano altresì informazioni in merito ai contenziosi al tempo dell'ispezione ancora in essere.

Con nota assunta a prot. n. 0101239 del 17/12/2019 perveniva una prima risposta da parte della Stazione Appaltante; con nota assunta a prot. n. 0039513 in data 28/05/2020 pervenivano gli ulteriori elementi richiesti corredati dalla documentazione al completo.

Considerato in fatto

Gli appalti esaminati sono stati tutti avviati in vigenza del d.lgs 163/06.

ACEA ATO 2 si configura come impresa pubblica operante nei settori speciali e gestisce gli appalti di lavori servizi e forniture conformemente alla parte III del d.lgs. n.163/06, nel seguito codice.
Ai sensi dell'art. 206 comma 1 del codice ai contratti pubblici stipulati nell'ambito dei settori speciali si applicano, nella loro interezza, oltre alle norme della parte III, le norme di cui alle parti I, IV, e V del codice.
Per gli appalti ricorrenti la holding ACEA S.p.A. istituisce, a beneficio di ACEA ATO 2 e delle altre Società del Gruppo, Sistemi di Qualificazione in conformità all'art. 232. del d.lgs. n.163/06, con avviso redatto e pubblicato secondo le forme e modalità prescritte dal Codice.
In presenza di un Sistema di Qualificazione, le procedure di selezione - di importo superiore o inferiore alla soglia comunitaria - si configurano come procedure ristrette o negoziate a cui sono invitati tutti gli operatori economici iscritti alla data di indizione della gara.
Nei casi in cui, per la categoria merceologica indicata nella Richiesta di Acquisto, non sia previsto un Sistema di Qualificazione, la procedura viene indetta e gestita in conformità alla parte III del d.lgs. n. 163/06.
A valle del perfezionamento del contratto, la gestione del rapporto contrattuale nella sua interezza passa ad ACEA ATO 2 che si avvale, di norma, dei servizi di Direzione Lavori e gestione degli appalti in fase di esecuzione della società di ingegneria del Gruppo ACEA: ACEA ELABORI S.p.A.
La gestione del contenzioso, in fase pregiudiziale è svolta da ACEA ELABORI di concerto con la Committente ACEA ATO 2, secondo le norme di settore vigenti. In fase giudiziale la gestione è presa in carico dalla Funzione Affari Legali e Societari della Capogruppo ACEA S.p.A.

I contenziosi definiti mediante transazione con l'operatore economico hanno riguardato i contratti d'appalto denominati nella tabella acquisita in sede di ispezione, nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 31, F01. Per tutti è stata attivata la procedura di accordo transattivo prevista dall'art. 239 del d.lgs. n. 163/2006 tramite la quale si è giunti alla definizione del contenzioso in via extragiudiziale.
Dalla documentazione acquisita risultava che nel periodo di riferimento considerato i contratti d'appalto oggetto di contenzioso concluso o pendente erano n. 38 per quanto attiene ai lavori e n. 1 relativamente a fornitura con posa in opera e servizio di manutenzione. Di questi:

- per n. 11 contratti il contenzioso era stato definito mediante transazione;
- per n. 2 contratti la definizione del procedimento era da attivare;
- per n. 6 contratti il procedimento era in corso;
- per n. 14 contratti il procedimento non era stato ancora attivato;
- per n. 7 non si riteneva necessaria l'attivazione del procedimento.

Per i contratti per i quali era stato definito il contenzioso, di cui 10 per lavori, risulta in particolare:

- Appalto 1
  L'incremento percentuale complessivo a seguito della stipula dell'atto aggiuntivo è risultato pari al 61,69% rispetto all'importo in origine contrattualizzato.

- Appalto 2
  L'incremento percentuale complessivo a seguito di atto aggiuntivo è risultato pari al 30,43%. rispetto all'importo in origine contrattualizzato.

- Appalto 3
  L'incremento percentuale complessivo a seguito di atto aggiuntivo è risultato pari a 42,69% rispetto all'importo in origine contrattualizzato.

- Appalto 4
  L'incremento percentuale complessivo a seguito di atto aggiuntivo è risultato pari a 62,51% rispetto all'importo in origine contrattualizzato.

- Appalto 5
  L'incremento percentuale complessivo a seguito di atto aggiuntivo è risultato pari a 52,35% rispetto all'importo in origine contrattualizzato

- Appalto 6
  L'incremento percentuale complessivo a seguito di atto aggiuntivo è risultato pari a 31,61% rispetto all'importo in origine contrattualizzato.

- Appalto 7
  L'incremento percentuale complessivo a seguito di atto aggiuntivo è risultato pari a 46,17% rispetto all'importo in origine contrattualizzato.

- Appalto 8
  L'incremento percentuale complessivo a seguito di atto aggiuntivo è risultato pari a 68,62% rispetto all'importo in origine contrattualizzato.

- Appalto 9
  L'incremento percentuale con atto aggiuntivo è risultato pari a 69,98% rispetto all'importo in origine contrattualizzato.

- Appalto 31
  L'incremento percentuale con atto aggiuntivo è risultato pari a 30,29% rispetto all'importo in origine contrattualizzato.

Osservazioni e rilievi avanzati con la comunicazione di risultanze istruttorie

Con nota prot. n. 0091728 in data 15/11/2019 veniva trasmessa ad ACEA S.p.A. ed ACEA ATO 2 S.p.A. la comunicazione di Risultanze istruttorie con la quale venivano mossi i seguenti rilievi.

Pressoché tutti gli 11 appalti manifestano un incremento economico alquanto consistente rispetto all'importo originariamente contrattualizzato, che in qualche caso sfiora il 70%, e ciò principalmente a causa di perizie suppletive in corso d'opera;
nella maggior parte dei casi le riserve iscritte dall'impresa hanno superato il 10% dell'importo contrattuale, tuttavia in nessun caso risultano attivate procedure di accordo bonario essendo stati i contenziosi risolti ai sensi dell'art. 239 del codice. Al riguardo in sede di ispezione l'ACEA ha riferito che in generale le riserve sono state oggetto di valutazione e definizione all'interno del procedimento di approvazione di perizie di variante e suppletive resesi necessarie in fase di esecuzione dei relativi contratti.

I frequenti considerevoli incrementi degli importi dei contratti, a seguito di perizie suppletive in corso d'opera, mutando l'equilibrio economico degli stessi, possono configurarsi come modifiche "sostanziali", o comunque estremamente significative, dei medesimi con la conseguente distorsione della concorrenza.

In numerosi casi non risulta essere stato prodotto l'atto dal quale si rileva la preventiva valutazione, da parte del RUP, circa l'ammissibilità e non manifesta infondatezza delle riserve ai fini della verifica dell'effettivo raggiungimento del limite di valore del 10% dell'importo contrattuale; valore che, si ricorda, comporta la definizione del contenzioso con la procedura prevista dall'art. 240 del d.lgs. 163/2006 e s.m.i..

In diversi casi si è constatato che le relazioni del DL sulle riserve non sono state redatte con sufficiente sollecitudine.

Per taluni interventi le variazioni progettuali, recepite nelle perizie di variante, sono ascrivibili ad una inadeguata o incompleta attività di indagine e/o rilievi preliminari alla progettazione e hanno comportato anche maggiori oneri oggetto di mera transazione.

Ove l'importo della transazione ha superato il valore dei 100.000,00 euro, anche se la determinazione del Presidente o del Consiglio dell'Amministrazione di ratifica degli accordi e/o di approvazione delle perizie di variante, riporta in calce la preventiva sottoscrizione del soggetto proponente (il Responsabile) ACEA Elabori S.p.A. e delle competenti Unità interne ad ACEA proponenti la determinazione dagli atti trasmessi non si rileva in modo chiaro ed esplicito l'acquisizione del *".....parere preventivo o dell'avvocatura che difende il soggetto o, in mancanza, del funzionario più elevato in grado, competente per il contenzioso*" (art. 239, comma 2, d. lgs. n. 163/2006).

Per gli interventi per i quali risulta un'ultimazione dei lavori entro la fine dell'anno 2015, non risulta essere stata segnalata l'effettuazione del collaudo delle relative opere nei termini stabiliti dalle norme.

Si è rilevato il mancato adempimento agli obblighi informativi in relazione agli appalti riferiti alle procedure espletate i cui CIG non erano stati perfezionati dai responsabili dei procedimenti, nonché la

mancata acquisizione di CIG per pagamenti effettuati a seguito dell'entrata in vigore dell'obbligo di indicare il CIG ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari.

Con la comunicazione di risultanze istruttorie venivano infine richieste informazioni aggiornate in merito ai contenziosi che al tempo dell'ispezione risultavano ancora irrisolti con relativa documentazione di supporto.

Controdeduzioni della Stazione Appaltante

Alle contestazioni mosse la S.A. ha risposto come nel seguito sintetizzato.

1. Prioritariamente, con una lunga trattazione integrata da puntuali riferimenti giurisprudenziali, ACEA rilevando il lungo lasso temporale intercorso tra l'ispezione e l'inoltro della CRI ha evidenziato la presunta violazione del termine per la conclusione del procedimento previsto, ai sensi del Regolamento di Vigilanza pari a 180 giorni, con conseguente decadenza dello stesso posto che considera quale data di avvio del procedimento quella di comunicazione della visita ispettiva del 21 aprile 2016.

2. In secondo luogo ha rilevato l'Inammissibilità *dei rilievi ispettivi in quanto attinenti alla fase esecutiva di contratti aventi natura privatistica;* considera al riguardo che "*Stante la natura di 'ente aggiudicatore non amministrazione aggiudicatrice' di Acea AT02 S.p.A., l'attività contrattuale di quest'ultima non è interamente attratta alla disciplina dell'evidenza pubblica, ma solo in relazione alle specifiche disposizioni richiamate dall'art. 206 del d. lgs. n. 163/06: detto articolo ha cura di precisare che "nessun'altra norma della parte II, titolo I, si applica alla progettazione e alla realizzazione delle opere appartenenti ai settori speciali… Da tali coordinate normative discende il corollario secondo cui la fase esecutiva dei contratti di appalto affidati da Acea AT02 S.p.A. resta integralmente disciplinata dal diritto privato, fatta eccezione per due sole specifiche disposizioni richiamate nell'art. 206: l'art. 118 in materia di subappalto; l'art. 131 in materia di piani di sicurezza. Donde se ne ricava che gli appalti affidati da Acea AT02 S.p.A. sfuggono ai poteri di vigilanza ispettivi dell'Autorità, in relazione ai profili riguardanti le perizie di variante (o la stipula di atti aggiuntivi) e la gestione delle riserve: talché il primo dei due 'rilievi' mossi nella comunicazione deve ritenersi inammissibile per difetto di giurisdizione".*

3. In relazione alla contestata presunta distorsione della concorrenza in primo luogo la S.A. ha ritenuto non adeguatamente rappresentativo il campione statistico degli appalti considerati dall'ANAC, rilevando pertanto la "genericità" dell'affermazione; in secondo luogo ha considerato che "*rispetto ad un ammontare totale netto di lavori appaltati di € 210.929.805,01 sono state iscritte nei registri di contabilità riserve per un importo complessivo controverso di € 26.510.539, 13 (pari al 13, 13% del valore netto dei contratti)", di cui € 4.329.757,66 relativi al contenzioso definito mediante transazione (pari al 16,33 % del complessivo); a fronte di tale importo sono stati riconosciuti in sede di accordo transattivo € 1.228.660,44 (pari al 3,09% del valore netto dei contratti)"* rimarcando la marginalità dell'importo riconosciuto in sede di transazione *che smentisce in radice la contestazione dell'Autorità circa l'asserito incremento sistematico degli importi contrattuali.*

4. In relazione al contestato mancato ricorso all'istituto dell'accordo bonario, quale via ordinaria per la risoluzione delle controversie in corso d'opera al raggiungimento delle riserve di un importo pari al 10% del valore del contratto, la S.A. ha rappresentato che " *Autorevole dottrina ha avuto modo di evidenziare la piena alternatività tra accordo bonario e transazione dal tenore letterale della norma si evince che possono essere transigibili sia le vertenze risolvibili con l'accordo bonario, per le quali la transazione rappresenta uno strumento alternativo, sia le liti per le quali non è utilizzabile l'accordo bonario".*

5. Con riferimento alla mancata acquisizione del preventivo parere dell'avvocatura interna ad ACEA, o comunque del funzionario più alto in grado, sugli accordi transattivi di valore superiore a 100.000,00 euro, ACEA ha chiarito che *la strutturazione intercompany del Gruppo Acea alloca in società diverse, separandole e segregandole, funzioni che potrebbero (e normalmente sono) gestite all'interno del medesimo ente.* Conseguentemente " Le *transazioni sono state approvate dal Presidente di Acea AT02, all'esito di una istruttoria che ha visto la proposta (o comunque il concorso) della società di supporto tecnico Acea Elabori S.p.A., la previa acquisizione delle attestazioni degli uffici interni di Acea AT02 S.p.A., e - in quasi tutti i casi - la relazione riservata del Direttore dei lavori o dei Collaudatore; nonché con il dichiarato supporto della Funzione legale di Acea S.p.A.* ulteriormente specificando che *Tutte le transazioni oggetto di rilievi risultano adottate con il visto della Funzione Affari legali.*

6. In relazione al notevole aumento degli importi contrattuali degli appalti esaminati ha evidenziato che *Dato che gli atti aggiuntivi / perizie di variante dispongono lavorazioni ulteriori rispetto a quelle contrattuali, il relativo prezzo non può essere cumulato con quello delle riserve: ed infatti le prime configurano attività aggiuntive, che ACEA AT02 S.p.A. avrebbe dovuto necessariamente remunerare (quale che fosse stato l'esecutore) perciò il loro valore è estraneo alla consistenza delle riserve. Perciò, se si considera, più appropriatamente, il rapporto tra importo di transazione e riserve formulate, l'incidenza quantitativa diminuisce sensibilmente, denotandosi un accoglimento medio delle riserve in un range medio dal 20% al 30%...*

7. Con la seconda memoria la S.A. ha puntualmente controdedotto, con riferimento ad ogni appalto esaminato in sede ispettiva, in merito alla contestazione fatta dall'Autorità di aver apportato, di fatto, con perizie di variante modifiche sostanziali agli originari contratti che ne avevano notevolmente incrementato gli originari importi.

Ha rilevato al riguardo che la definizione di sostanziale, oltreché in numerose delibere e pareri ANAC, è in ultimo contenuta nell'art. 106, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo cui, una modifica è considerata sostanziale quando "*altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti*'. Ha rilevato che la norma prevede altresì le condizioni in presenza delle quali una modifica è considerata sostanziale ed ha affermato che "*nessuna delle modifiche intervenute negli appalti oggetto dell'attività ispettiva dell'Autorità presenta i caratteri di una illegittima variante sostanziale. trattandosi sempre di varianti rientranti in una fattispecie giuridica ammessa dal quadro normativo".*

Per ciascun appalto considerato in ispezione ACEA ha poi elencato, allegando documenti a supporto, i motivi di variante sostenendo che queste rientrano tutte nelle casistiche previste dall'art. 132 del d.lgs 163/06, trattandosi di lavorazioni necessitate da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto, ha rilevato altresì che molte di esse sono peraltro riconducibili anche alla fattispecie dei lavori complementari rispetto all'opera principale ai sensi dell'art. 221, comma 1, lett. f), d.lgs. 163/2006; per tali varianti, ha affermato la S.A., non sussiste alcun limite di importo.

Ha infine comunicato lo stato degli appalti per i quali risultavano ancora pendenti i contenziosi al tempo dell'ispezione alcuni dei quali sono stati intanto risolti con accordi transattivi altri sono ancora in essere (appalti 13, 15, 16, 21, 23, 27, 29, 33); per l'appalto 28 ha rilevato di aver proceduto alla risoluzione contrattuale per inadempienza dell'impresa.

Per quanto attiene alla mancata acquisizione del Codice Identificativo Gara degli interventi nn. 29. 30 e 31 ACEA ha dichiarato che avrebbe provveduto ad adempiere alle disposizioni contenute nella deliberazione dell'ex Avcp n. 4 del 7 luglio 2011, richiedendo il codice identificativo gara con procedura semplificata.

Considerato in diritto

Le note di controdeduzioni ricevute, come meglio esplicitato in seguito, hanno dato in parte conferma dell'improprio utilizzo da parte di ACEA degli istituti previsti dal codice dei contratti per la risoluzione dei contenziosi in fase di esecuzione dei lavori.

Analizzando nel merito le controdeduzioni della S.A. si rileva infatti quanto segue.

Preliminarmente in relazione alle lagnanze di cui al precedente **punto 1** si ritiene di chiarire, alla luce di quanto specificatamente previsto nel Regolamento di Vigilanza e nelle linee guida dell'attività ispettiva adottati dall'Autorità, che la data di invio della nota di comunicazione della visita ispettiva non coincide, come erroneamente ritenuto, con quella di avvio del procedimento di vigilanza.

Analogamente per quanto riguarda il **punto 2**, ovvero la presunta inammissibilità dei rilievi ispettivi in quanto attinenti alla fase esecutiva di contratti, si rinvia al puntuale esame dell'art. 213 del Codice dei Contratti d.lgs 50/161, e specificatamente del comma 3 lett. a) e del successivo comma 5.
In merito al presunto difetto di giurisdizione dell'ANAC in relazione ai profili riguardanti le perizie di variante (o la stipula di atti aggiuntivi) e la gestione delle riserve, già in sede di CRI era stato rilevato che «pur non essendo applicabile ai soggetti operanti nei c.d. settori speciali la specifica disciplina del codice in tema di varianti (art. 132), tuttavia per essi valgono comunque i principi generali in materia di concorrenza espressi all'art. 2»; ed infatti le contestazioni mosse dall'Autorità alla Stazione Appaltante non hanno riguardato gli aspetti specificatamente procedurali della gestione delle varianti, bensì la possibile natura "sostanziale" o, comunque, il ricorrere dell'estrema rilevanza economica delle stesse, come in molti dei casi considerati, con il conseguente rischio di violazione del principio di concorrenza, ambito questo che rientra negli specifici compiti dell'Autorità come previsti dal su richiamato art. 213 del codice.

In relazione al **punto 3** delle controdeduzioni di ACEA, specificatamente in merito alla "non rappresentatività" del campione statistico di appalti analizzato in sede di ispezione, l'affermazione può ritenersi condivisibile. Tuttavia vi è da dire che l'obiettivo dell'ispezione non era quello di effettuare una particolare indagine statistica sugli appalti della società - il che avrebbe presupposto la prioritaria adozione di specifiche modalità di campionamento ed analisi dei dati - quanto piuttosto, tramite una verifica *delle modalità e delle tempistiche delle eventuali attivazioni, avvenute a partire dal 1° gennaio 2013, di procedimenti volti alla stipula di accordi bonari e di transazioni di cui agli articoli 240 e 230 del ex Codice, nonché degli eventuali maggior costi connessi e/o conseguenti alla gestione delle controversie,* quello di rilevare eventuali discrasie interpretative/applicative del Codice dei contratti e, nel caso, indirizzare la S.A. ad una più corretta applicazione dello stesso.

In effetti la sussistenza di discrasie interpretative, e conseguentemente procedurali, al di là dello specifico esame dei singoli appalti comunque significativi ai fini dei rilievi mossi, appare comprovata dalle affermazioni stesse rese dalla S.A. nelle proprie note di controdeduzione nelle quali è stata, ad esempio, affermata la perfetta equipollenza tra transazione e accordo bonario (cfr. **punto 4**), con la conseguenza di ritenere che per la Stazione Appaltante, al raggiungimento di un importo delle riserve iscritte dall'impresa

[1] ex art. 6 comma 5 del d.lgs 163/06

pari al 10% dell'importo contrattuale, non sussista di fatto alcun obbligo di attivazione della procedura di accordo bonario.
È necessario al riguardo fornire alcuni elementi di chiarimento.

L'istituto della transazione di cui all'art. 239 del d.lgs 163/06, come è noto, è mutuato dal codice civile nel quale, all'art. 1965 comma 1, la transazione viene definita come "... il contratto con il quale le parti facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro". L'accordo bonario è invece un istituto che consente per gli appalti pubblici la risoluzione in via amministrativa delle riserve, istituto già previsto dalla legge generale sui lavori pubblici L. 109/94 e, successivamente, esteso nel d.lgs 163/06 con il recepimento delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/Ce anche ai servizi e alle forniture.

A chiarimento della differenza che sussiste tra i due istituti, oltre ai numerosi pronunciamenti dell'Autorità[2], può soccorrere il parere espresso dall'Avvocatura dello Stato (parere 07/10/2014-410698, al 19442/14, sez. VII, Avv. Ettore Figliolia)[3] che al riguardo così si esprime " *la transazione è espressione dell'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione, esercitata nel rispetto dello statuto dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, statuto dato non soltanto dal diritto comune ma anche dal diritto speciale che costituisce il risultato del processo normativo di adattamento della disciplina generale del codice civile alle tipiche esigenze afferenti all'azione amministrativa permeata dall'interesse pubblico, l'accordo bonario, viceversa, costituisce il risultato di un procedimento normativamente tipizzato ad iniziativa dell'appaltatore che, in quanto titolare di una posizione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento, vincola la committenza pubblica ad attivarsi per promuovere le procedure tutte per addivenire all'eventuale accordo bonario, senza possibilità quindi di sottrarsi alla compulsazione dell'appaltatore medesimo".*

Ne consegue che allorquando le riserve iscritte dall'appaltatore raggiungono il valore indicato dal Codice, pari al10% dell'importo contrattuale, la committenza è vincolata *ad attivarsi per promuovere le procedure tutte per addivenire all'eventuale accordo bonario, senza possibilità quindi di sottrarsi alla compulsazione dell'appaltatore medesimo.*
La procedura, per la quale il codice scandisce esatte tempistiche e modalità, prevede la prioritaria valutazione da parte del RUP dell'ammissibilità e non manifesta infondatezza delle riserve e, a seguito di un giudizio oggettivamente formatosi sulla base delle risultanze documentali a corredo delle riserve iscritte, l'eventuale riconoscimento economico all'appaltatore, ciò senza alcuna rinuncia di sorta da parte della S.A.

Per tutti gli 11 appalti analizzati in sede di ispezione, tranne per il n. 2 e il n. 3, l'importo delle riserve iscritte risultava superiore al limite del 10% dettato dalla norma e tuttavia per nessuno di essi risulta sia stata attivata la procedura di accordo bonario.
Le controdeduzioni rese dalla società danno conferma della non corretta interpretazione dell'art. 240 del d.lgs 163/06 attestandone di fatto l'inottemperanza.

Chiarisce ancora l'avvocatura con il parere sopradetto che "*muta del tutto nella transazione l'approccio della Amministrazione alla problematica delle controversie negli appalti pubblici: nell'ottica di deflazionare*

2 Parere AVCP - AG 40/13 del 26.9.2013; Deliberazione n. 56 del 03/12/2008; Deliberazione n. 10 del 19/03/2008
3 http://avvocaturastato.it/files//file/Rassegna/2014/rassegna_avvocatura_2014_luglio_settembre.txt

il contenzioso, la committenza risolve la lite attuale o potenziale addivenendo all'"aliquid datum aliquid retentum" pur cosciente della effettiva consistenza dei propri diritti, e, parimenti, analoga condotta pone in essere l'appaltatore, entrambi non volendo affrontare l'alea del giudizio"; ed altresì l'Autorità con proprio parere AG 40/13 del 26.9.2013 ha così definito i termini di applicazione dell'art. 239: " *la giurisprudenza contabile ha chiarito (cfr. deliberazione Corte dei conti, sez. reg. di controllo per la Lombardia 1116/2009/PAR) che, ai fini dell'ammissibilità della transazione, è necessaria l'esistenza della res litigiosa, cioè di una controversia giuridica (e non di un semplice conflitto economico) che sussiste o può sorgere quando si contrappongono pretese confliggenti di cui non sia possibile a priori stabilire quale sia giuridicamente fondata. Presupposto della transazione è, quindi, la prospettazione esternata di configgenti posizioni giuridiche in ordine alla situazione in contestazione che serve ad individuare le reciproche concessioni.*
Inoltre, la transazione è valida solo se ha ad oggetto diritti disponibili (art. 1965, comma 2, cod.civ.) e cioè, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, quando le parti hanno il potere di estinguere il diritto in forma negoziale. È nulla, quindi, la transazione nel caso in cui i diritti che formano oggetto della lite sono sottratti alla disponibilità delle parti per loro natura o per espressa disposizione di legge (art. 1966, co. 2 cc)".

Ciò posto dall'analisi della documentazione acquisita sulle transazioni stipulate per gli appalti sopra considerati non sempre si evincono con chiarezza le *reciproche concessioni* proprie dell'istituto della transazione.

Nell'appalto 1, ad esempio, dalla delibera di approvazione della transazione a firma del Presidente di ATO 2 risulta che a fronte delle richieste dell'impresa di oltre 200.000 euro sia stata riconosciuta *a titolo transattivo* la *somma complessiva di Euro 30.000,00 oltre IVA,* nulla esplicitando in merito alla eventuale "*concessione*" della controparte, ovvero di ACEA.

Nel caso dell'appalto 8[4] nella determinazione del Presidente n. 222 del 22.09.2014 di *Approvazione della Perizia di Variante e Suppletiva n. 1 e ratifica dei maggiori lavori disposti dal Responsabile del Procedimento* si legge quanto segue: "*nella esplicitazione delle riserve l'Impresa, considerato che l'importo delle riserve risulta superiore al 25% dell'importo contrattuale, ha avanzato domanda di attivazione del Bonario Componimento" ai sensi dell'art.240 del D.lgs 163/2006 e ss.mm.ii per un rapido riconoscimento delle riserve; [...] a seguito di trattative intervenute tra le parti, per la bonaria definizione di dette riserve, l'impresa ha convenuto di rinunciare a tutte le riserve iscritte,* - che ammontavano ad € 565.536,06 - *dietro il corrispettivo netto forfettario ed omnicomprensivo pari a € 150.000,00, valutato riconoscendo all'Impresa parte degli oneri richiesti per il tempo della sospensione lavori a fronte dell'affidamento dei maggiori lavori di cui alla Perizia di Variante e Suppletiva n.1 [...]"*, perizia suppletiva di importo, al lordo del ribasso di gara, pari a € 1.557.400,18, e che l'impresa si è offerta di realizzare con l'applicazione di un'ulteriore sconto economico del 6%, rispetto al ribasso già offerto in sede di gara pari al 24,24%.

Parrebbe rilevarsi nello specifico caso in esame che le *reciproche concessioni* si siano sostanziate nell'accettazione da parte dell'impresa di una somma inferiore a quella richiesta *a fronte dell'affidamento dei maggiori lavori di cui alla Perizia di Variante e Suppletiva n.1.*

[4] Analoga situazione si verifica nell'appalto 4 dove, come riportato nella determinazione di approvazione del Presidente n. 03 del 14.01.16 di approvazione della variante, le riserve dell'impresa pari a 700.000 euro circa vengono risolte in via bonaria riconoscendo alla stessa un importo di 240.000 euro e *a fronte dei maggiori lavori di cui alla perizia n. 2.*

Orbene se, come dichiarato negli atti nonché da ACEA nelle proprie note di controdeduzione, i lavori aggiuntivi di cui alla perizia suddetta obbedivano alle previsioni di cui all'art. 221 comma 1 f) del codice, essi erano necessari e da norma avrebbero dovuto essere affidati al medesimo imprenditore che aveva eseguito l'appalto iniziale, non costituendo pertanto per quest'ultimo una reale contropartita; qualora invece i lavori suppletivi fossero stati ritenuti separabili dall'appalto iniziale, sostanziandosi dunque nell'affidamento di altro appalto, come pure parrebbe potersi rilevare dall'ulteriore sconto offerto dall'appaltatore, allora essi non potevano essere oggetto di transazione.
Infatti *la conclusione di un accordo transattivo tra amministrazione aggiudicatrice ed appaltatore al fine di tacitare le pretese avanzate da quest'ultimo in sede giurisdizionale in cambio di un nuovo affidamento di lavori, determina un grave vulnus agli equilibri concorrenziali. Le procedure di affidamento sono, infatti, rigorosamente soggette alla normativa comunitaria e nazionale a tutela della libera concorrenza e non possono essere oggetto di scambi transattivi in termini di "affidamento lavori/rinuncia alle liti"* (Deliberazione AVCP n. 10 del 19/03/2008).
In un caso o nell'altro **si registra una distorta applicazione dell'istituto della transazione di cui all'art. 239 del d.lgs 163/06.**

Per quanto riguarda la mancata acquisizione del parere dell'avvocatura, ovvero del funzionario più alto in grado, sugli accordi transattivi stipulati di importo superiore a 100.000 euro (**punto 5**) si prende atto dei chiarimenti forniti in ordine alla strutturazione complessiva del Gruppo Acea e della rappresentata articolazione dei processi operativi e relative competenze con la conseguente evenienza che "tutti gli accordi transattivi sono stati stipulati, previa applicazione delle prescritte procedure contrattuali ed aziendali", procedure che prevedono altresì *il dichiarato supporto della Funzione legale di Acea S.p.A.*, e che possono ritenersi pertanto in linea con i dettami della norma.

Per quanto attiene gli incrementi di costo complessivi degli appalti considerati (**punti 6 e 7**), e la possibile natura sostanziale delle varianti in corso d'opera, quanto asserito da ACEA non appare del tutto condivisibile. Il codice dei contratti nella sua attuale formulazione, d.lgs 50/16, recependo la normativa comunitaria dir. 24/2014/UE, ha chiarito all'art. 106 quali siano le modifiche di natura sostanziale: "*Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lettera e), quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti.*" Dal punto di vista quantitativo per i settori ordinari è stabilito in ogni caso un limite di importo alle varianti pari al 50% del valore iniziale del contratto, mentre per i settori speciali tale limite, anche nel nuovo impianto normativo, non è previsto.

Tuttavia al di là di dell'assenza esplicita di limiti, **non può sussistere neppure per i settori speciali una estensione illimitata della possibilità di apportare varianti all'originario contratto poiché ciò si porrebbe in contrasto con i principi di concorrenza e par condicio posti a fondamento delle direttive comunitarie da cui la norma discende**.

Nel caso in esame ACEA ha sottolineato che le varianti suppletive in corso d'opera sono tutte legittime poiché rientrano nelle casistiche previste dal codice; in particolare esse originerebbero tutte da cause impreviste e imprevedibili al momento della progettazione. La direttiva comunitaria (24/2014/UE) precisa che il concetto di eventi imprevedibili si riferisce a circostanze *che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice*; come rappresentato in sede di CRI in diversi appalti è stato riscontrato, invero, che le varianti apportate in parte discendono da rinvenimenti in corso d'opera quali interferenze con i sottoservizi

esistenti, cavità sotterranee, difficoltà operative dei mezzi d'opera per strade rivelatesi troppo strette, evenienze queste che sembrano potersi prevenire con una più *diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale,* e dunque una più accurata valutazione dello stato dei luoghi del progetto posto in gara.

Al verificarsi di tale evenienza l'attuale codice all'art. 106 comma 2 prevede quanto segue:
"I contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto al comma 1, senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice, se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori:
a) le soglie fissate all'articolo 35;
b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e fornitura sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali. Tuttavia la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche. Qualora la necessità di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudichino in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, essa è consentita solo nei limiti quantitativi di cui al presente comma, ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni."
Il suddetto ultimo limite, ancorché non esplicitamente previsto in tali termini nel d.lgs 163/06 in vigenza del quale sono stati avviati gli appalti in esame, manifesta tuttavia come in caso di carenze progettuale i margini di modifica siano notevolmente più ridotti poiché maggiore è il rischio di apportare correttivi al progetto che possono alterare *considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti."*

Nel rammentare che esula dalle finalità della presente indagine la specifica analisi tecnica delle problematiche che hanno condotto la S.A. a redigere le perizie di variante - laddove la stessa e, conseguentemente la documentazione acquisita, era rivolta all'analisi di possibili criticità amministrative correlate alle transazioni/accordi bonari - sembra opportuno richiamare l'attenzione della Società ad una più accurata progettazione anche al fine di limitare il frequente ricorso a perizie di variante che, altresì, in molti casi comportano ritardi nell'esecuzione delle opere e contenziosi con l'appaltatore.

A titolo meramente esemplificativo si consideri l'appalto 3. Trattasi di un appalto integrato avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori per la "Realizzazione di un nuovo impianto per il trattamento delle acque dì lavaggio (back-wash) provenienti dalla sezione di biofiltrazione dell'impianto di depurazione Roma Sud", l'importo a base d'asta era pari ad € 6.990.000,00; l'appalto veniva aggiudicato con un ribasso del 37,63% e dunque per un importo contrattuale netto pari a € 4.446.212,00. Una prima perizia di variante risulta già approvata in sede di redazione da parte dell'impresa del progetto esecutivo per un importo suppletivo netto pari a circa Euro1.533.000.
Trattasi di una perizia che, come indicato negli atti, apporta modifiche/integrazioni al progetto definitivo posto a base di gara e che dunque, modifica le originarie condizioni di gara costituendo un vulnus per la concorrenza e ciò a prescindere dalla tipologia delle variazioni apportate.
Successivamente, in corso d'opera, risulta approvata una seconda perizia di variante suppletiva originata, come riportato negli atti, *dalle numerose interferenze con le canalizzazioni elettriche esistenti* e *dalle problematiche emerse relative all'adeguamento dei quadri MCC esistenti nei locali quadri degli edifici della biofiltrazione,* e che ha portato a lavorazioni aggiuntive e maggiori oneri per un importo pari a netti € 364.862,77 oltre ad una proroga di più di 200 giorni.
Non può non rilevarsi come le suddette evenienze manifestino una non adeguata accuratezza e diligenza

nella redazione del progetto che è stato posto in gara; esso infatti ha presentato carenze tali da comportare la necessità di modifiche già prima della stesura dell'esecutivo; il rinvenirsi in corso d'opera di numerose interferenze *con le canalizzazioni elettriche esistenti può* ricondursi poi ad una non accurata valutazione dello stato dei luoghi.
Come osservato in sede di CRI evenienze similari si registrano anche in altri appalti sopra considerati (nn.1,5,8,12).

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 1 luglio 2020

DELIBERA

di rilevare:

- Il mancato rispetto da parte della Stazione Appaltante dei disposti di cui all'art. 240 del d.lgs 163/06 in relazione alla mancata attivazione della procedura di accordo bonario al raggiungimento della soglia del 10% del valore del contratto con riferimento all'importo delle riserve apposte dall'impresa esecutrice sui registri contabili;

- la distorta applicazione, con riferimento ad alcuni contratti, dell'istituto della transazione di cui all'art. 239 del d.lgs 163/06.

Si richiama altresì ACEA S.p.A. ad effettuare una più accurata redazione dei progetti da porre in gara con particolare riferimento ad una più attenta e puntuale valutazione dello stato dei luoghi e delle opere oggetto di intervento, al fine di scongiurare il frequente ricorso alla redazione di varianti in corso di realizzazione e l'affidamento di opere suppletive/complementari che, per entità e/o tipologia, possono alterare le originarie condizioni di gara e così potenzialmente costituire un vulnus per la concorrenza.

Dà mandato all'Ufficio Vigilanza Lavori di trasmettere la presente delibera ai responsabili di ACEA S.p.A., ACEA ATO2 S.p.A., e ACEA Elabori S.P.A. affinché pongano in atto per il futuro, ciascuno per quanto di competenza, i dovuti interventi correttivi in relazione alle criticità sopra rilevate.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 luglio 2020

Per il Segretario verbalizzante Maria Esposito
il Segretario Generale Angela Lorella Di Gioia