



DELIBERA N. 504 del 02 Novembre 2022

Oggetto

Lavori di ristrutturazione del ponte sul fiumeOMISSIS..... – affidamento intervento di ristrutturazione antisismica del tratto golenale – art. 63, comma 2, lett. b) del d.lgs. 50/2016 e art. 57, comma 5, lett. a) d.lgs. 163/2006 - richiesta di parere.

AG 9/2022

Riferimenti normativi

Art. 57, comma 5, d.lgs. 163/2006

Art. 63, comma 2, lett. b) d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Codice dei contratti pubblici - Contratti pubblici – Appalto – Appalto di Lavori – Lavori complementari– procedura negoziata.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'Adunanza del 2 novembre 2022

Premessa

Con nota pervenuta in data 9 agosto 2022, acquisita al prot. n. 65550,OMISSIS..... ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine agli interventi di ristrutturazione del ponte sulOMISSIS..... indicati in oggetto.

Più in dettaglio, l'istante ha rappresentato che i lavori di ristrutturazione del ponte sulOMISSIS....., attualmente in corso di esecuzione, sono stati affidatiOMISSIS....., a seguito di procedura ad evidenza pubblica avviata con determina dirigenziale del 23 aprile 2015 n. 306 (appalto integrato); il contratto è stato stipulato in data 19 dicembre 2016, per un importo complessivo netto di € 24.773.016,14.

La predetta ristrutturazione del tratto in alveo, doveva essere progettata e realizzata unitamente alla ristrutturazione del tratto in golenale. Tuttavia, a causa dell'insufficienza di risorse finanziarie non è stato possibile procedere in tal senso. Recentemente, a fronte del reperimento di ulteriori fonti di finanziamento, è stato predisposto un progetto di fattibilità tecnica ed economica riguardante l'intervento di ristrutturazione antisismica del tratto golenale, approvato con decreto del Presidente della Provincia 2.8.2021 n. 91, per un importo stimato di € 14.250.000,00.

In previsione di tale intervento, è stato disposto, rispetto a quanto previsto dal contratto di appalto sopra indicato, stipulato con il R.T.I., lo stralcio di alcune opere non più necessarie e la sospensione, sino alla realizzazione del nuovo tratto in golenale, dell'esecuzione di altri interventi, quali la demolizione del vecchio ponte in alveo e l'allineamento del nuovo ponte in alveo al tratto golenale.

L'Amministrazione ha rappresentato quindi che con riferimento ai lavori di ristrutturazione del tratto golenale, l'appaltatore dell'intervento in corso, ritiene gli stessi suscettibili di affidamento diretto in suo

favore, ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, sussistendo la circostanza contemplata al n. 2) della norma, ossia perché nella fattispecie "la concorrenza è assente per motivi tecnici". Peraltro, quand'anche si individuassero altri operatori economici in possesso dei requisiti di qualificazione idonei per l'esecuzione delle opere, il ricorso al mercato non costituirebbe una "alternativa ragionevole" rispetto all'affidamento diretto dei lavori, tenuto conto del contesto operativo, caratterizzato da interferenze tecniche tra le opere riguardanti il tratto in alveo e quelle del tratto in golena del ponte.

Avendo laOMISSIS..... sollevato dubbi sulla soluzione indicata, l'appaltatore ha prospettato, in alternativa, l'affidamento diretto dei lavori al R.T.I. sulla base del disposto dell'art. 57, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 163/2006.

Tuttavia, posto che l'aumento del prezzo per l'esecuzione dei lavori eccederebbe il 50% del valore del contratto di appalto originario, la società medesima, al fine di contenere l'importo dei lavori entro detta percentuale, ha prospettato di ristrutturare il tratto in golena del ponte, stralciando in via definitiva, dal contratto di appalto originario, le opere consistenti nella demolizione del vecchio ponte in alveo e nell'allineamento del nuovo ponte in alveo al tratto in golena.

Sulla base di quanto rappresentato, occorre stabilire quindi se per l'esecuzione dei lavori di ristrutturazione del tratto in golena del ponte sulOMISSIS....., possa procedersi con un affidamento diretto in favore dell'appaltatore dei lavori in oggetto, in applicazione delle norme sopra richiamate, o se invece sia necessario ricorrere alla gara d'appalto.

A tal fine l'Amministrazione richiedente ha evidenziato quanto segue:

- Sulla percorribilità della procedura di cui all'art. 63, co. 2, lett. b), n. 2), del d.lgs. n. 50/2016, la richiedente sottolinea che l'appaltatore non è l'unico operatore sul mercato in grado di eseguire i lavori di cui trattasi. Tuttavia la norma, dopo avere indicato al punto 2) che l'affidamento diretto è consentito quando "la concorrenza è assente per motivi tecnici", aggiunge che "Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o *soluzioni alternative ragionevoli* ...". La disposizione sembra ampliare, nei casi considerati, le possibilità di affidamento diretto dei lavori, ritenendolo ammissibile non solo quando non vi siano altri operatori economici in grado di realizzare l'opera, ma anche nell'ipotesi in cui, pur essendovi più operatori economici disponibili, non esistano "soluzioni alternative ragionevoli". Nel caso di specie, secondo quanto rappresentato dall'istante, le connessioni tecniche esistenti tra i lavori del tratto in alveo e quelli del tratto in golena del ponte *non* sono tali da rendere impossibile e neppure estremamente più complessa l'esecuzione del nuovo intervento da parte di un diverso operatore economico, comportando, piuttosto, una maggiore articolazione dei lavori per la necessaria attività di coordinamento. L'unico vantaggio derivante dall'affidamento diretto dei lavori, è legato al fattore tempo, posto che la maggiore articolazione dei lavori, e il tempo necessario per l'esperimento della gara d'appalto, determinerebbero dei ritardi nell'ultimazione delle opere con piena funzionalità del ponte.

Alla luce di quanto evidenziato, è stato quindi chiesto se l'affidamento diretto dei lavori possa ritenersi legittimo, considerando la gara d'appalto una soluzione alternativa non ragionevole, per il fatto che il suo esperimento farebbe slittare, per il tempo corrispondente alla conclusione dell'iter procedimentale, l'ultimazione dei lavori e, così, la piena funzionalità del ponte.

- Sulla percorribilità della procedura di cui all'art. 57, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 163/2006 (affidamento diretto al contraente originario di lavori o servizi "complementari"), l'Amministrazione ha chiesto in primo luogo di verificare se al caso di specie sia applicabile, *ratione temporis*, tale disposizione o l'art. 106, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016 (riferito all'affidamento di lavori/servizi "supplementari"), trattandosi di gara bandita in data 23 aprile 2015.

In secondo luogo, quanto alle condizioni legittimanti l'affidamento diretto ex art. 57 del previgente Codice, l'istante ha manifestato dei dubbi sulla percorribilità di tale soluzione, posto che la ristrutturazione del

tratto in golena del ponte, è divenuta necessaria a seguito *non "di una circostanza imprevista"*, ma del reperimento di risorse finanziarie, la cui mancanza ne aveva impedito la progettazione e realizzazione con il contratto di appalto originario. È dubbia, per l'Amministrazione provinciale, anche l'applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016 e, in particolare, la qualificabilità dei lavori di ristrutturazione del tratto in golena del ponte, come "necessari" per il completamento dell'opera oggetto dell'appalto originario, trattandosi (i) di lavori che attengono ad un tratto diverso del ponte medesimo; (ii) la necessità di intervenire sul tratto in golena del ponte *era già stata avvertita prima della aggiudicazione* ma è divenuta concreta solo successivamente ad essa, a seguito del reperimento delle risorse finanziarie per la realizzazione dell'opera e "della determinazione, con le prove in sito svolte nel corso del 2019, di tensioni residue dei cavi di precompressione delle "stampelle" molto più basse di quanto non si ritenesse all'epoca della progettazione del tratto in alveo".

Quanto alle ulteriori condizioni di applicabilità delle norme richiamate, con specifico riguardo alla condizione relativa ai gravi inconvenienti/notevoli disguidi determinati dall'eventuale cambiamento del contraente originario, l'Amministrazione ha evidenziato che nel caso di specie, l'inconveniente configurabile in dipendenza di detto cambiamento sarebbe legato, come già evidenziato, al tempo necessario per l'esperimento della gara d'appalto per la scelta del contraente, determinandosi, in tal modo, uno slittamento dell'ultimazione dei lavori e della piena funzionalità del ponte, con il protrarsi delle ripercussioni negative sulla viabilità della zona. Occorre chiarire, quindi, anche in questo caso se lo slittamento dell'ultimazione dei lavori possa integrare un grave inconveniente/disguido, tale da giustificare l'affidamento diretto dei lavori al R.T.I. all'appaltatore originario, in luogo di una gara d'appalto per la scelta del contraente. Infine, in ordine alla ulteriore condizione posta dalle norme in esame, inerente l'importo dei lavori complementari/supplementari da contenersi nel limite del 50 per cento del valore del contratto iniziale, l'Amministrazione ha illustrato quanto proposto dall'appaltatore al fine di rispettare la predetta percentuale, ossia lo stralcio in via definitiva, dal contratto di appalto originario, delle lavorazioni relative alla demolizione del vecchio ponte in alveo e la traslazione del nuovo ponte in alveo per raccordarlo al tratto in golena. L'Amministrazione chiede, quindi, se tale soluzione possa ritenersi legittima, in considerazione del fatto che la stessa, pur con la realizzazione dei lavori complementari/supplementari, non otterrebbe comunque l'opera finita, vedendosi costretta, per la sua ultimazione, a bandire una gara per l'affidamento in appalto delle opere stralciate, quando l'affidamento diretto di lavori complementari/supplementari, sulla base della interpretazione delle norme ridette, pare volto proprio a favorire, ad agevolare il completamento funzionale dell'opera appaltata.

Infine, sempre in relazione alla condizione in esame, è stato evidenziato che con il progetto di fattibilità tecnica ed economica dell'intervento di ristrutturazione antisismica del tratto in golena del ponte, approvato con il decreto del Presidente della Provincia 2.8.2021 n. 91, il costo dell'intervento medesimo è stato stimato in Euro 14.250.000,00, risultando, così, contenuto nel limite del cinquanta per cento del valore del contratto iniziale. Tuttavia, a causa dell'aumento eccezionale dei prezzi dei materiali da costruzione, il costo del nuovo intervento eccederebbe detta percentuale (.....OMISSIS..... ha stimato il valore dell'intervento oltre Euro 17.000.000,00). L'istante chiede quindi se l'importo dei nuovi lavori possa essere determinato, tenendosi conto degli incrementi di costo previsti dall'art. 26 del D.L. n. 50/2022, con conseguente superamento della percentuale del 50% rispetto al valore del contratto originario.

Per quanto sopra,OMISSIS..... ha chiesto l'intervento dell'Autorità sulle questioni illustrate, al fine di stabilire se per la realizzazione dei lavori di ristrutturazione del tratto in golena del ponte sulOMISSIS....., possa procedersi con un affidamento diretto in favore del RTI aggiudicatario dell'appalto in oggetto, in applicazione delle norme richiamate, o se invece, occorra procedere con una procedura a evidenza pubblica per l'affidamento a terzi del predetto intervento.

Considerazioni

Al fine di rendere il richiesto parere, sembra opportuno definire, in primo luogo, la questione relativa alla disciplina applicabile all'appalto in esame, bandito con provvedimento del 23 aprile 2015.

Si richiama a tal fine l'art. 216, comma 1, d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale, fatte salve le eccezioni previste dal nuovo Codice, quest'ultimo trova applicazione «alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati *successivamente* alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte».

Come chiarito con Comunicato del Presidente dell'11 maggio 2016, le disposizioni del d.lgs. 163/2016 si applicano a tutti gli avvisi pubblicati entro il 19 aprile 2016, con una delle forme di pubblicità obbligatorie, e secondo le modalità indicate dall'art. 66 del d.lgs. 163/06 in combinato disposto degli artt. 122 e ss. Inoltre, «continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti anche nei seguenti casi: 1. affidamenti aggiudicati prima della data di entrata in vigore del nuovo Codice, per i quali siano disposti, fermo restando il divieto generale di rinnovo tacito e di proroga del contratto: il rinnovo del contratto o modifiche contrattuali derivanti da rinnovi già previsti nei bandi di gara; *consegne, lavori e servizi complementari*; ripetizione di servizi analoghi; proroghe tecniche – purché limitate al tempo strettamente necessario per l'aggiudicazione della nuova gara; varianti per le quali non sia prevista l'indizione di una nuova gara. (...). 2. procedure negoziate indette, a partire dal 20.4.2016, in applicazione degli artt. 56, comma 1, lett. a) e 57, comma 2, lett. a) del d.lgs. 163/06, nei casi, rispettivamente, di precedenti gare bandite in vigenza del d.lgs. 163/06 andate deserte a causa della presentazione di offerte irregolari o inammissibili e della mancanza assoluta di offerte, purché la procedura negoziata sia tempestivamente avviata. 3. (...); 4. Affidamenti diretti o procedure negoziate in attuazione di accordi quadro aggiudicati prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice; 4. Adesioni a convenzioni stipulate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice».

Deriva da quanto sopra che i contratti relativi a gare avviate prima del 19 aprile 2016 sono regolati in fase esecutiva delle norme del d.lgs. 163/2006 secondo le indicazioni fornite dal Comunicato citato.

Quanto sopra in conformità al «consolidato orientamento che, in materia di contratti pubblici afferma l'irrelevanza dello *ius superveniens* (Cons. St., Ad. Plen., 9/2011; più di recente Cons. St., V, 31/07/2019, n.5436; Cons. Stato, V, 7.6.2016, n. 2433; Cons. St., III, 1.9.2014, n. 4449), anche per quanto attiene la fase esecutiva dell'affidamento, ribadito anche dalla normativa transitoria che si è succeduta nel tempo: - l'art. 253 co. 1 D.Lgs. 163/2006 e l'art. 216 co. 1 D.Lgs. 50/2016 (recanti una disciplina transitoria) stabiliscono che le disposizioni contenute nei rispettivi decreti si applicano solo ai bandi e agli avvisi pubblicati successivamente all'entrata in vigore dei decreti stessi; (...)» (Delibera numero 1147 del 27 novembre 2019 - Fascicolo 2620/2019).

Per quanto sopra, la disciplina applicabile al contratto d'appalto in esame, con riguardo all'eventualità che rispetto ad esso vengano disposti affidamenti di servizi/lavori complementari o variazioni contrattuali, è quella contenuta nel d.lgs. 163/2006.

Sulla base di tali considerazioni, pertanto, in risposta al secondo quesito formulato dall'Amministrazione Provinciale, può affermarsi che nel caso di specie, al fine di verificare se al contraente originario possano essere affidati lavori o servizi "complementari" risulta applicabile, *ratione temporis*, l'art. 57, comma 5, del d.lgs. 163/2006 e non la disposizione dell'art. 106, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016 (riferito all'affidamento di lavori/servizi "supplementari"), trattandosi di gara bandita in data 23 aprile 2015.

Si richiama, quindi, ai fini sopra indicati, l'art. 57, comma 5, del d.lgs. 163/2006, ai sensi della quale il ricorso alla procedura negoziata è consentito (tra l'altro) «a) per i lavori o i servizi *complementari, non compresi*

nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni: a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento; a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale».

Dalla norma richiamata deriva quindi che la possibilità di esperire la procedura sopra descritta, è legata alla ricorrenza di *stringenti presupposti fissati dal legislatore*: imprevedibilità della circostanza sopravvenuta, non separabilità dei lavori o servizi complementari rispetto al contratto iniziale, valore non superiore al 50% del valore iniziale (parere AG 40/12 dell'11 aprile 2013). In particolare, «condizione necessaria per il ricorso a tale procedura, come si evince dalla lettera della norma sopra riportata, è che i servizi complementari siano divenuti *necessari in seguito ad una circostanza imprevista*» (delibera n. 106/2018 e parere AG 53/15/AP).

La sussistenza di tali presupposti deve essere accertata con estremo rigore dalla stazione appaltante, trattandosi di condizioni tassative di applicabilità della norma e facendo ricorso ad una interpretazione restrittiva della stessa.

Ciò in quanto, come chiarito dall'Autorità, «la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando prevista dall'art. 57 del d.lgs. n. 163/2006, ..., è una procedura da considerarsi di *carattere eccezionale* poiché determina una menomazione, necessitata, in quanto imposta da situazioni contingenti, ai fondamentali principi generali di pubblicità e di massima concorsualità, i cui presupposti, stabiliti dalla legge, *devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva* (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2015 n. 2272). L'ipotesi di cui all'art. 57, comma 5, lett. a), prevede la possibilità per le stazioni appaltanti – «dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre» - di ricorrere alla procedura ivi contemplata per lavori o servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera, a condizione che il valore di detti lavori o servizi non superi il 50 % dell'importo del contratto iniziale. Come chiarito dall'Autorità (deliberazione n. 26 del 23 febbraio 2011), ai fini del ricorso alla procedura *de qua*, possono ritenersi complementari quelle opere che da un punto di vista tecnico - esecutivo rappresentano una integrazione dell'opera principale, sì da giustificare l'affidamento e la relativa responsabilità costruttiva ad un unico esecutore» (parere AG 82/2015/AP).

Più in dettaglio (secondo i chiarimenti contenuti nel parere AG 19-2010) costituiscono *interventi aggiuntivi c.d. suppletivi*, da ascrivere nella categoria dei lavori contrattuali, quelli che, pur comportando modifiche al progetto, rientrano comunque nel piano dell'opera (es. variazioni di tracciato, di dimensione, forma, qualità dei lavori), a differenza di quelli extracontrattuali, i quali pur necessari per la completa esecuzione dell'opera in sé considerata, restano estranei al piano della stessa e *consistono in lavori/servizi aventi una propria individualità distinta da quella dell'opera/servizio originari e che integrano un'opera/servizio a sé stante* (es. strada di collegamento). Le caratteristiche descritte dall'art. 57 del Codice portano a concludere che i lavori/servizi complementari ivi contemplati, quanto a natura e funzione, si identificano con *i lavori/servizi suppletivi contrattuali* nel senso esplicito, con ciò legittimando solo per essi il ricorso alla procedura negoziata ivi contemplata. Opposte conclusioni, infatti, contrasterebbero apertamente con il contenuto della richiamata disposizione.

Quanto sopra «trova conforto nell'orientamento giurisprudenziale a tenore del quale possono ritenersi *complementari soltanto le opere che da un punto di vista tecnico costruttivo rappresentano*

un'integrazione delle opere principali, saldandosi inscindibilmente con esse, sì da giustificare l'affidamento ad un unico appaltatore (C.G.A. Sicilia 03/02/2000). Sempre la giurisprudenza ha parimenti chiarito l'impossibilità di fondare il presupposto della complementarietà sulla contemporanea esistenza di due cantieri nel medesimo luogo (Cort. Conti Sent. 152 del 22.11.93)» (delibera n. 387/2020 cit).

Con l'ulteriore precisazione per cui il ricorso alla procedura di cui alla lett. a) dell'art. 57, comma 5, è ammesso per l'affidamento di servizi "complementari", da intendersi come prestazioni che completano il servizio originario, non per servizi "estensivi" dell'originario incarico, *del tutto diversi ed autonomi funzionalmente ed economicamente da quelli oggetto dell'originario affidamento*. La *ratio* dell'art. 57, comma 5, infatti, «è tale che il carattere di complementarietà dei servizi rileva sotto il profilo funzionale e non sotto il profilo della convenienza per l'Amministrazione ad avere un unico interlocutore per lo svolgimento di più servizi tra loro autonomi funzionalmente» (Cons. di Stato n. 5827/2014).

Pertanto, qualora non ricorrano le condizioni legittimanti il ricorso alla procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 5, lett. a) del d.lgs. 163/2006, da interpretarsi restrittivamente stante l'eccezionalità della procedura stessa nel senso sopra indicato, la stazione appaltante è tenuta ad espletare le *procedure ordinarie* per l'affidamento del contratto pubblico, secondo la disciplina attualmente in vigore, come dettata dal d.lgs. 50/2016.

Si osserva conclusivamente sul punto che la norma rimette alla responsabilità della stazione appaltante l'accertamento delle condizioni di applicabilità dell'art. 57, sopra richiamato, il cui esito deve essere riportato nella determina a contrarre, come prescritto dal comma 1 della disposizione, senza che l'Autorità possa sostituirsi alla stessa in tale delicato ed esclusivo compito.

Sotto tale profilo, tuttavia, al fine di fornire un orientamento all'Amministrazione richiedente sulla base degli elementi illustrati nell'istanza di parere, è possibile osservare quanto segue:

- a) Quanto alla sussistenza di una "circostanza imprevista" richiesta dalla norma, l'Amministrazione ha evidenziato che la ristrutturazione del tratto in golenale del ponte, è divenuta necessaria a seguito non "di una circostanza imprevista", ma a seguito del reperimento di risorse finanziarie, la cui mancanza ne aveva impedito la progettazione e realizzazione con il contratto di appalto originario. *Non sembra ricorrere quindi la circostanza dell'imprevedibilità*, trattandosi di interventi non derivati da circostanze non conosciute dalla SA, ma dei quali la stessa aveva già previsto la relativa realizzazione, prima dell'affidamento dell'appalto affidato al RTI.
- b) Non sembra sussistere nemmeno l'ulteriore condizione di applicabilità della norma, relativa ai lavori "necessari all'esecuzione dell'opera", posto che, secondo quanto evidenziato dall'Amministrazione, i lavori del tratto golenale attengono ad un tratto diverso del ponte medesimo, rispetto ai quali, peraltro, la necessità di intervenire era già stata avvertita prima della aggiudicazione, ma è divenuta concreta solo successivamente al reperimento delle risorse finanziarie.
- c) Quanto alla condizione prevista all'art. 57, co. 5, lett. a), n. a.1) [*"tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento"*], l'Amministrazione ha osservato che l'inconveniente configurabile in dipendenza dell'eventuale cambiamento dell'appaltatore, è legato solo al tempo necessario per l'esperimento della gara d'appalto per la scelta di un diverso contraente, determinandosi, in tal modo, uno slittamento dell'ultimazione dei lavori e della piena funzionalità del ponte. I lavori in questione, da quanto evidenziato dall'istante, sono separabili dall'opera principale, quindi "autonomi" rispetto ad essa e non "strettamente necessari al suo perfezionamento". Si tratta quindi di lavori "aventi una propria individualità distinta da quella dell'opera/servizio originari", secondo l'indirizzo dell'Autorità sopra richiamato. Peraltro, come evidenziato nella richiesta di parere, le connessioni tecniche esistenti tra i lavori del tratto in alveo e quelli del tratto in golenale del ponte

non sono tali da rendere impossibile e neppure estremamente più complessa l'esecuzione del nuovo intervento da parte di un diverso operatore economico, comportando, piuttosto, una maggiore articolazione dei lavori per la necessaria attività di coordinamento.

L'esigenza dell'affidamento dei lavori di ristrutturazione del tratto golenale all'attuale appaltatore deriverebbe pertanto, *non da esigenze funzionali dell'opera* ma dalla "convenienza" per l'Amministrazione ad avere un unico interlocutore per lo svolgimento di più lavori tra loro autonomi funzionalmente, per accelerarne l'esecuzione, in luogo di due affidamenti distinti. Invero, una simile motivazione, come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa sopra richiamata, non appare utile a giustificare l'applicazione della disposizione in esame, *per la quale il carattere di complementarità dei lavori/servizi deve rilevare sotto il profilo funzionale degli stessi e non della convenienza per l'Amministrazione.*

- d) Con riferimento all'ulteriore condizione di applicabilità dell'art. 57, comma 5, lett. a) del d.lgs. 163/2006, legata al valore delle opere complementari [*"a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale"*] l'Amministrazione ha evidenziato che al fine di rispettare la percentuale del 50% dell'importo del contratto originario, richiesta dalla norma, l'appaltatore avrebbe proposto lo stralcio in via definitiva, dal contratto di appalto originario, delle lavorazioni relative alla demolizione del vecchio ponte in alveo e la traslazione del nuovo ponte in alveo per raccordarlo al tratto in golenale. A tal riguardo, oltre a ribadire la *tassatività* di tale condizione di applicabilità della norma, sembra utile rappresentare all'Amministrazione richiedente, che una simile soluzione potrebbe determinare una *modifica sostanziale alle condizioni di aggiudicazione dell'appalto iniziale* (in corso di esecuzione), dalla quale deriverebbe un *vulnus* ai principi indicati nell'art. 2 del d.lgs. 163/2006 (e ribaditi dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016), con particolare riferimento alla «libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità» (delibera n. 385/2016). Sembra opportuno osservare al riguardo che «le modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche *sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale* e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (v., in tal senso, sentenza 5 ottobre 2000, causa C337/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I8377, punti 44 e 46). La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può 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» (CGCE, sentenza 19 giugno 2008, resa nella causa C-454/06). Pertanto, con lo svolgimento della procedura di evidenza pubblica e con la conseguente cristallizzazione negli atti di gara, delle condizioni del contratto alla cui conclusione essa risulta preordinata, l'ente perde la disponibilità del contenuto del rapporto contrattuale che resta regolato inderogabilmente dalle risultanze della gara e perde correlativamente la capacità di convenire con la controparte condizioni diverse da quelle già esternate e conosciute dai partecipanti al confronto concorrenziale (in tal senso delibera n. 388/2017-AG 10/2017 e n. 610/2016, AG 21/2016/AP). Conseguentemente deve ritenersi non consentito apportare modifiche sostanziali ad un appalto in corso di esecuzione nel senso sopra indicato. Tale principio, oltre ad essere richiamato nel d.lgs. 163/2006 (artt. 56, 57, 132), è oggi confermato dal d.lgs. 50/2016 che, all'art. 106, nel disciplinare i casi in cui è ammesso procedere ad una modifica del contratto d'appalto, vieta di apportare variazioni in grado di alterare considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti.

Per quanto sopra, non appare conforme alle indicazioni del giudice comunitario e ai principi richiamati dall'art. 2 del d.lgs. 163/2006, la modifica del contratto d'appalto attualmente in corso di esecuzione, con le modalità indicate nella richiesta di parere, potendo tale modifica costituire una variazione sostanziale alle condizioni di aggiudicazione, non ammessa dall'ordinamento.

- e) Infine, sempre in relazione al costo dell'intervento, stimato dall'Amministrazione in Euro 14.250.000,00, e soggetto a nuova stima da parte dell'appaltatore (per oltre Euro 17.000.000,00), si ribadisce che trattandosi di una delle condizioni tassative per l'applicabilità dell'art. 57, comma 5, lett. a) del d.lgs. 163/2006, non appare consentito – pur in presenza dell'aumento eccezionale dei costi dei materiali da costruzione – derogare alla percentuale stabilita dalla norma.

Sotto altro profilo, deve evidenziarsi che la stima dell'importo dei lavori da affidare, non può essere rimessa ad un soggetto terzo rispetto all'Amministrazione aggiudicatrice (nella fattispecie l'appaltatore dell'opera principale), trattandosi di *funzione propria della stazione appaltante*. Ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. 163/2006, infatti «Il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, *valutato dalle stazioni appaltanti*». Allo stesso modo, la scelta della procedura da seguire per l'affidamento dei lavori è *funzione propria della stazione appaltante*, non delegabile a terzi (fatto salvo il ricorso ai soggetti normativamente previsti per lo svolgimento delle funzioni di committenza), tenuto conto delle esplicite previsioni del Codice, con particolare riferimento all'art. 54, che rimette alle stazioni appaltanti l'individuazione della procedura di aggiudicazione da esperire per la selezione del contraente.

Per tutto quanto sopra, viste le considerazioni svolte dall'Amministrazione richiedente sul caso di specie, come sopra sinteticamente illustrate, non sembrano sussistere nella fattispecie, per come descritta nell'istanza di parere, le condizioni legittimanti il ricorso alla procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 5, lett. a) del d.lgs. 163/2006 per l'affidamento dei lavori c.d. "complementari".

Si ribadisce, in ogni caso, che la norma rimette alla responsabilità della stazione appaltante l'accertamento in concreto delle condizioni di applicabilità dell'art. 57 citato, il cui esito deve essere riportato nella determina a contrarre.

Infine, quanto alla possibilità di applicare alla fattispecie in esame l'art. 63, co. 2, lett. b), n. 2), del d.lgs. n. 50/2016, quale "nuovo affidamento", non connesso in regime di complementarietà con i lavori oggetto dell'appalto in corso di esecuzione, quindi ricadente nella disciplina attualmente in vigore dettata dal nuovo Codice, si richiama preliminarmente la disposizione citata, ai sensi della quale è consentito ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione (tra l'altro) «b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici; 3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale. Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto».

Secondo l'Amministrazione istante la disposizione sembra consentire l'affidamento diretto dei lavori, non solo quando non vi siano altri operatori economici in grado di realizzare l'opera, ma anche nell'ipotesi in cui, pur essendovi più operatori economici disponibili, non esistano "soluzioni alternative ragionevoli". Pertanto l'istante ha chiesto all'Autorità di chiarire se tale affidamento diretto possa ritenersi legittimo nel caso di specie, nel quale, da un lato, le connessioni tecniche esistenti tra i lavori del tratto in alveo e quelli del tratto in golena del ponte non sono tali da rendere impossibile e neppure estremamente più complessa l'esecuzione del nuovo intervento da parte di un diverso operatore economico, dall'altro, la gara d'appalto

costituirebbe una soluzione alternativa "non ragionevole", per il fatto che il suo esperimento farebbe slittare, per il tempo corrispondente alla conclusione dell'iter procedimentale, l'ultimazione dei lavori e la piena funzionalità del ponte.

Al fine di dirimere tale dubbio interpretativo, si osserva che secondo la Relazione Illustrativa del nuovo Codice l'art. 63 è dettato «in recepimento dell'articolo 32 della direttiva 2014/24 e ai sensi dei criteri di delega di cui alle lettere l), q) punto 1, ii), che, nei casi e nelle circostanze indicate dall'articolo medesimo, le amministrazioni aggiudicatrici possano aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione, dandone conto con adeguata motivazione nel primo atto della procedura. La nuova disciplina risulta innovativa rispetto alla precedente nella parte in cui esclude la possibilità di ricorrere a tale procedura per i servizi complementari. Peraltro la nuova disposizione pur dove contempla le medesime fattispecie disciplinate dal previgente articolo 57 del codice del 2006, introduce maggiori cautele e garanzie prevedendo, ad esempio, la trasmissione alla Commissione europea di una relazione e nella misura strettamente necessaria e comunque *esclude la possibilità di far ricorso alla procedura nel caso in cui le circostanze invocate a giustificazione siano imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici*. In particolare la norma individua i casi in cui la procedura negoziata senza previa pubblicazione possa essere utilizzata nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, *nei casi in cui non si realizzi una reale situazione di concorrenza*, perché non è stata presentata alcuna offerta, oppure *quando vi sia un solo operatore economico in condizione di poter offrire le prestazioni oggetto dell'appalto* o comunque nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice (...)).».

Anche con riferimento alla disposizione sopra richiamata, deve essere ribadito il principio per cui la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, «riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, per cui la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, *da interpretarsi restrittivamente*, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza... (Cons. Stato, Sez. VI, 13.6.19, n. 3983 e Sez. III, 18.1.18, n. 310; v. anche Linee Guida Anac n. 8 e Corte UE, 8.4.08, in C-337-05); (...)» (TAR Lazio n. 12735/2019).

Per effetto della disposizione citata, pertanto, «è consentito alle stazioni appaltanti ricorrere alla procedura negoziata – e nel caso di unico operatore presente sul mercato all'affidamento diretto – se il bene oggetto della fornitura sia infungibile (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 8588; VI, 13 giugno 2019, n. 3983; III, 18 gennaio 2018, n. 310). In tale condizione, infatti, per l'assenza di mercato, lo svolgimento di una procedura di gara aperta alla concorrenza sarebbe un inutile spreco di tempo, contrastante con il principio di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997; V, 30 aprile 2014, n. 2255)» (Cons. di Stato n. 7239/2020).

Sul punto, come noto, è intervenuta l'Autorità con Linee guida n. 8 (Linee guida sulle procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando in caso di forniture e servizi ritenuti infungibili) nelle quali – oltre a ribadire il carattere di eccezionalità della procedura in esame – è stato evidenziato (tra l'altro) che l'onere di dimostrare che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga all'evidenza pubblica grava sulla stazione appaltante che deve verificare rigorosamente l'esistenza dei presupposti che giustificano l'infungibilità del prodotto o servizio che si intende acquistare. In altri termini, «la stazione appaltante non può accontentarsi al riguardo delle dichiarazioni presentate dal fornitore, ma deve verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso consultazioni di mercato, rivolte anche ad analizzare i mercati comunitari e/o, se del caso, extraeuropei. Neppure un presunto più alto livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a giustificare l'infungibilità. Si tratta, infatti, di elementi che, da soli, non possono condurre al ricorso alla procedura negoziata senza bando precludendo, in tal modo, ad altri potenziali concorrenti di

presentare offerte qualitativamente equipollenti se non superiori al presunto unico fornitore in grado di soddisfare certi standard».

La stessa Autorità ha inoltre sottolineato che «ai sensi del comma 6 dell'art. 63 del Codice la stazione appaltante deve verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso indagini di mercato, dando puntuale riscontro nella determina a contrarre degli esiti della consultazione preliminare di mercato e delle conclusioni che conducono a ritenere infungibile la fornitura o il servizio oggetto di affidamento» (delibera n. 268/2021 e n. 660/2018).

Dunque per quanto attiene all'art. 63, comma 2, lett. b), n. 2), del Codice sopra richiamato, il presupposto di applicabilità, come indicato nella Relazione Illustrativa, è rappresentato dall'assenza di una reale concorrenza (*"nei casi in cui non si realizzi una reale situazione di concorrenza"*), perché (tra l'altro) "non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli".

In tal senso, è quindi necessario il preventivo accertamento dell'effettiva infungibilità dell'opera, della fornitura o del servizio, dovendo per tale intendersi la rigorosa verifica dell'impossibilità di ricorrere ad altri operatori o a soluzioni alternative sul mercato di riferimento. In merito, le predette Linee Guida ANAC n. 8, come sopra evidenziato, chiariscono che "un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno" e che ai fini della valutazione dell'infungibilità, "neppure un presunto più alto livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a giustificare l'infungibilità. Si tratta, infatti, di elementi che, da soli, non possono condurre al ricorso alla procedura negoziata senza bando precludendo, in tal modo, ad altri potenziali concorrenti di presentare offerte qualitativamente equipollenti se non superiori al presunto unico fornitore in grado di soddisfare certi standard".

Sotto tale profilo, pertanto, non può essere ritenuto condivisibile l'assunto del richiedente, secondo il quale l'art. 63, comma 2, lett. b) consentirebbe l'affidamento diretto dei lavori, non solo quando non vi siano altri operatori economici in grado di realizzare l'opera, ma anche nell'ipotesi in cui, pur essendovi più operatori economici disponibili, non esistano "soluzioni alternative ragionevoli".

Invero la condizione dell'assenza di soluzioni alternative ragionevoli, secondo i chiarimenti dell'Autorità, deve essere valutata in relazione all'unicità del bene che si intende acquisire poiché non basta ai fini dell'infungibilità che un determinato bene garantisca semplicemente una maggiore efficienza.

Per quanto sopra, la norma – soggetta ad interpretazione restrittiva – non può essere invocata per consentire l'affidamento diretto ad un determinato operatore economico, sulla base dell'assunto per cui lo svolgimento della gara d'appalto costituirebbe una soluzione alternativa "non ragionevole", stante il tempo necessario per il suo espletamento, che determinerebbe un ritardo per la piena funzionalità del ponte.

La motivazione indicata dal richiedente, pertanto, non sembra consentire una deroga all'evidenza pubblica, secondo i canoni indicati dal citato art. 63 del Codice e le indicazioni fornite dall'Autorità.

Pertanto la stessa l'Amministrazione Provinciale evidenzia che i lavori da affidare potrebbero in ipotesi essere eseguiti da altri operatori (diversi dall'appaltatore dell'intervento indicato in oggetto), posto che le connessioni tecniche esistenti tra i due interventi non sono tali da rendere impossibile o più complessa l'esecuzione del nuovo intervento da parte di un diverso operatore economico.

Non ricorre quindi la condizione richiesta dall'art. 63 sopra richiamato, dell'impossibilità di ricorrere ad altri operatori economici o soluzioni alternative, nel senso indicato dall'Autorità, ma l'affidamento diretto dei lavori di ristrutturazione del tratto in golenza sarebbe giustificato essenzialmente dal risparmio di tempo.

Come indicato dall'Autorità nelle linee guida n. 8, ragioni di maggiore efficienza o migliore qualità del servizio/opera, non costituiscono motivazioni sufficienti per derogare all'evidenza pubblica ed applicare la speciale procedura disciplinata dall'art. 63, comma 2, lett. b) del Codice, quale norma di stretta e rigorosa interpretazione, applicabile ai soli casi di infungibilità del bene/servizio offerto, opportunamente accertati dalla stazione appaltante con indagini di mercato.

Dalle considerazioni che precedono, sulla base di quanto rappresentato dall'Amministrazione Provinciale, non sembrano sussistere nel caso di specie le condizioni legittimanti il ricorso alla procedura di cui al citato art. 63, comma 2, lett. b), del Codice.

Il Consiglio

Ritiene che:

- Nel caso esaminato, sulla base degli elementi forniti dall'Amministrazione richiedente, non sussistono le condizioni di applicabilità dell'art. 57, comma 5, lett. a) del d.lgs. 50/2016, né dell'art. 63, comma 2, lett. b) del d.lgs. 50/2016.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 03 novembre 2022

il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente