



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

**Delibera n. 1203 del 23 novembre 2016**

**Oggetto:** Azienda Mobilità Trasporti s.p.a. di Verona – Appalto per la progettazione esecutiva, i lavori e la fornitura dei veicoli per la realizzazione di un sistema filoviario a guida vincolata per la città di Verona - possibilità di procedere ad una variante per la sostituzione dei veicoli filoviari e per il conseguente adattamento delle opere infrastrutturali - richiesta di parere.

**AG 48/2016/AP**

### **Art. 132 del d.lgs. 163/2006 – varianti contrattuali**

La possibilità di procedere a varianti contrattuali, nel caso contemplato dall'art. 132, comma 1, lett. b), del Codice è subordinata alla sussistenza delle seguenti circostanze: materiali, componenti e tecnologie innovativi, non esistenti al momento della progettazione; nuove tecnologie che determinano significativi miglioramenti della qualità dell'opera o sue parti; utilizzo delle nuove tecnologie che non altera l'impostazione progettuale (non deve trattarsi di variante sostanziale); tale utilizzo non comporta un aumento del costo. L'accertamento della sussistenza dei presupposti legittimanti il ricorso alla variante ex art. 132, comma 1, lett. b) è demandato alla SA (per i lavori la norma fa espresso riferimento al direttore dei lavori ed al rup); resta fermo che, come chiarito dalla norma, non può esservi alcun aumento di costo, posto che si tratta di una variante finalizzata a consentire l'utilizzo di innovazioni tecnologiche introdotte dopo la stipula del contratto, senza alterarne l'impostazione originaria.

### **Il Consiglio**

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Visto l'appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici;

### **Considerato in fatto**

Con nota pervenuta in data 8 novembre 2016 ed acquisita al prot. n. 164774, l'Azienda Mobilità e Trasporti s.p.a. (AMT spa) ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine all'appalto in oggetto, con specifico riferimento alla possibilità di procedere ad una variante in corso d'esecuzione, per la sostituzione dei veicoli filoviari e per il conseguente adattamento delle opere infrastrutturali, rispetto a quanto dedotto nel contratto d'appalto.

Più in dettaglio la società espone quanto segue.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

- Con deliberazione n. 28 del 26 giugno 2009 il CIPE ha approvato il “nuovo sistema filoviario a guida vincolata per la città di Verona”, finanziato ai sensi della l.n. 211/1992, per un costo di euro 143,053 mln (al netto dell’IVA), assegnando un contributo di euro 85,832 mln di euro, in termini di volume d’investimenti pari al 60% del predetto costo;
- in data 15 aprile 2010 è stata sottoscritta, tra il Comune di Verona e A.M.T. S.p.A., una convenzione mediante la quale l’Amministrazione comunale ha conferito alla propria partecipata le funzioni di stazione appaltante per la realizzazione dell’appalto in oggetto;
- con bando di gara pubblicato in G.U. del 10 maggio 2010, A.M.T. S.p.A. ha indetto un appalto-concorso per la progettazione definitiva, esecutiva, l’esecuzione dei lavori e la fornitura dei veicoli per la realizzazione di un sistema di trasporto pubblico di tipo filoviario per la città di Verona;
- tale procedura è stata aggiudicata (det. dir. n. 03/2011) - per un importo contrattuale pari ad euro 104.641.193,62, al netto del ribasso d’asta, oltre I.V.A. e compresi gli oneri della sicurezza - al R.T.I. con capogruppo il Consorzio Cooperative Costruzioni CCC soc. coop. (oggi Consorzio Integra soc. coop) e mandanti le società Balfour Beatty Rai S.p.A., Mazzi Impresa Generali Costruzioni S.p.A., So.Ve.Co. S.p.A., Alpiq Intec Verona S.p.A.; il relativo contratto è stato stipulato in data 5 settembre 2012, successivamente integrato e modificato con atto del 18 settembre 2014;
- il progetto prevede la fornitura di 37 mezzi filoviari di tipo “bimodale”, per l’importo complessivo di euro 40.626.000,00, corrispondente ad un prezzo per veicolo di euro 1.098.000,00;
- in data 25 novembre 2014, durante l’esecuzione del contratto, è intervenuto il fallimento dell’impresa mandante APTS Advanced Public Transport System B.V., che avrebbe dovuto fornire il veicolo bimodale proposto dall’A.T.I. in sede di gara, avente motore elettrico bifilare e motore ausiliario endotermico diesel per la marcia autonoma, nonché un sistema di accostamento automatico alle banchine di fermata (guida vincolata);
- a seguito del fallimento della APTS, in data 28 maggio 2015, la capogruppo ha provveduto, ai sensi dell’art. 37, comma 19, del. d.lgs. 163 del 2006, a sostituire la società fallita con il costituendo sub-raggruppamento tra le società Vossloh Kiepe e Carrosserie Hess, dichiarate in possesso dei requisiti tecnico-economici previsti dalla *lex specialis* di gara;
- unitamente all’indicazione della nuova mandante, è stata presentata anche una proposta per la sostituzione del veicolo filoviario offerto in gara (VDL APTS Citea SLFA/180), con un veicolo avente caratteristiche tecniche analoghe (ad eccezione del sistema di accostamento automatico in banchina); in particolare, è stato proposto un mezzo a propulsione bimodale (Vossloh Kiepe/Carrosserie Hess APU diesel, spinto da un motore elettrico alimentato da corrente a rete e, in mancanza, da un motogeneratore e gasolio). Inoltre, in alternativa, è stato proposto un veicolo bimodale completamente elettrico



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

- (Vossloh Kiepe/Carrosserie Hess full electric, con motore elettrico bifilare per i tratti di linea serviti dalla trazione elettrica ed a batteria per i tratti in marcia autonoma);
- la SA ha sottolineato al riguardo che:
    - il veicolo proposto *non* è munito – come quello offerto in gara - del dispositivo di accostamento automatico in banchina di tipo magnetico, trattandosi di tecnologia coperta da privativa industriale dell'impresa fallita, dunque, non reperibile da parte di altro fornitore; si tratta quindi di sistema non disponibile su veicoli diversi da quelli offerti dalla mandante fallita;
    - in base alla *lex specialis* di gara, tale aspetto non costituiva un requisito di ammissibilità dell'offerta ma solo un criterio di valutazione della stessa e comunque, in concreto, non è stato tale dispositivo a determinare la prevalenza dell'offerta del R.T.I. aggiudicatario;
    - la propulsione “full electric” resa possibile dai progressi tecnologici sopravvenuti negli ultimi anni nel campo delle batterie, appare una soluzione migliorativa rispetto alla propulsione bimodale, quanto a minore impatto ambientale;
    - al fine di valutare l'adeguatezza tecnica ed economica della proposta sostitutiva, la SA ha incaricato una commissione tecnica che in data 21 gennaio 2016, in apposita relazione conclusiva, ha affermato che il veicolo Apu diesel “*risponde alle caratteristiche tecniche del capitolato di appalto*” ed è conforme alle normative nazionali e comunitarie attualmente in vigore; la proposta economica di acquisto e di gestione è congruente e in linea rispetto a quanto previsto nell'importo di contratto; b) ha espresso “*parere favorevole alla soluzione Full Electric*”, in ragione delle caratteristiche prestazionali e delle ricadute ambientali, comportando minor inquinamento atmosferico e acustico;
    - la variante non comporterebbe un aumento del prezzo dell'appalto;
    - l'eventuale risoluzione del contratto in essere comporterebbe la definitiva perdita della quota di finanziamento statale riconosciuta per la realizzazione del progetto ed esporrebbe la società ad un probabile contenzioso da parte dell'attuale ATI aggiudicataria, anche per il risarcimento di tutti i danni patiti in relazione alla perdita della commessa.
  - L'ipotesi di procedere ad una variante contrattuale relativa al nuovo veicolo filoviario, con il conseguente e limitato adeguamento delle opere infrastrutturali (al fine di adeguare l'altezza e la forma delle banchine al nuovo mezzo), è contestata dalla concorrente classificata seconda in gara (società Rizzani De Eccher, capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con mandanti Gemmo S.p.A., Solaris Bus & Coach S.A. e Sicea S.p.A.), la quale ritiene non percorribile la sostituzione della mandante fallita e chiede alla SA di risolvere il contratto d'appalto e di procedere allo scorrimento della graduatoria, con nuova aggiudicazione in suo favore;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

- il C.d.a. della società istante, sulla base di apposito parere legale e tenuto conto degli elementi sopra indicati (in ordine alla percorribilità della variante), in data 19 maggio 2016, ha deliberato di accogliere la proposta di sostituzione del veicolo previsto nel contratto con il nuovo veicolo Vossloh Kiepe/Carrosserie Hess “Full electric”, subordinatamente all’approvazione da parte del Comune di Verona ed al rilascio di parere favorevole del Ministero. Tali pareri favorevoli sono stati resi, rispettivamente, in data 30 maggio 2016 (Delibera di Giunta n. 227/2016) e in data 2 settembre 2016 (nota prot. n. 5767/2016 del MIT).

Alla luce di quanto sopra, la AMT s.p.a. chiede all’Autorità di esprimere avviso in ordine alla possibilità di procedere alla variante contrattuale relativa al nuovo veicolo filoviario, con conseguente adeguamento delle opere infrastrutturali, come sopra descritta.

### **Ritenuto in diritto**

Al fine di rendere il richiesto parere, si osserva preliminarmente che l’appalto sopra descritto è disciplinato *ratione temporis* dal d.lgs. 163/2006 e, pertanto, occorre fare riferimento alla disciplina ivi prevista sia in ordine al fallimento della mandante del RTI aggiudicatario di un contratto pubblico sia in ordine alle varianti in corso di esecuzione.

Quanto al primo aspetto si rappresenta che ai sensi dell’art. 37, comma 19, del d.lgs. 163/2006 «in caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire».

La disposizione è riferita alla fase successiva all’aggiudicazione e contempla l’ipotesi del fallimento di una delle mandanti del RTI aggiudicatario durante l’esecuzione del contratto. In tale evenienza la norma consente alla capogruppo di decidere se indicare un’altra impresa in sostituzione della mandante fallita, in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, ovvero proseguire l’esecuzione dei lavori residui direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché in possesso dei requisiti occorrenti per l’esecuzione delle prestazioni ancora da svolgere.

Si tratta di una disposizione di natura speciale, poiché costituisce deroga al divieto di modificazione soggettiva dei componenti dei raggruppamenti di imprese partecipanti a procedure ad evidenza pubblica. Come chiarito dall’Autorità, infatti, il divieto di modificazione soggettiva dei componenti dei raggruppamenti di imprese, sancito dall’art. 37, comma 9, del d.lgs. 163/2006, la cui inosservanza determina l’annullamento dell’aggiudicazione o la nullità del contratto (art. 37, comma 10), vige sia durante la fase di aggiudicazione della gara sia dopo la stipula del contratto d’appalto, fatte salve le eccezioni di



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

cui ai commi 18 e 19 dell'art. 37 del medesimo decreto legislativo (fallimento, morte, interdizione, inabilitazione del mandatario o del mandante e casi previsti dalla normativa antimafia) (Deliberazione n. 39 del 22/04/2009 e più diffusamente parere sulla normativa AG 13/2016/AP).

Anche la giurisprudenza ha inteso le disposizioni dei commi 18 e 19 in esame, come riferite ad ipotesi eccezionali «che riguardano situazioni indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara e che trovano giustificazione nell'interesse della stazione appaltante alla continuazione della gara o dell'appalto affidato» (Cons. Stato Sez. V, 2 marzo 2015, n. 986); «la ratio dei commi 18 e 19 dell'articolo 37 del d.lgs. 163 del 2006 risponde evidentemente alla esigenza di garantire gli operatori economici che partecipano a gare pubbliche in formazione soggettivamente complessa dagli eventi (fallimento o, se imprenditore individuale, morte, interdizione, inabilitazione, fallimento ovvero anche nei casi previsti dalla normativa antimafia) che possono colpire gli altri componenti del raggruppamento (il mandatario o uno dei mandanti), minimizzando i rischi di perdita della commessa pubblica aggiudicata» (TAR Campania Napoli sez. I 3 giugno 2013 n. 2867).

Dunque, sulla base delle previsioni dell'art. 37, comma 19, in caso di fallimento di una mandante del RTI la SA non è tenuta ad annullare la gara, ma può proseguire il rapporto contrattuale con lo stesso aggiudicatario, purché la capogruppo provveda alla sostituzione della mandante fallita con altra impresa in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, ovvero decida di proseguire l'esecuzione dei lavori residui direttamente o a mezzo degli altri mandanti in possesso dei predetti requisiti.

Deriva da quanto sopra che nel caso in esame, nel quale si è verificato, in corso di esecuzione del contratto d'appalto, il fallimento di una delle mandanti, in conformità alle previsioni del citato art. 37, la capogruppo ha provveduto alla sua sostituzione con altro operatore economico (un sub-raggruppamento) in possesso dei requisiti occorrenti per l'esecuzione delle prestazioni richieste (come evidenziato nella nota di richiesta parere).

Passando ad analizzare la percorribilità della variante in corso d'esecuzione consistente nella sostituzione del veicolo filoviario offerto in gara, contemplante un sistema di accostamento automatico alle banchine di fermata di tipo magnetico, con altro "analogo" ma privo di tale sistema di accostamento automatico e del conseguente adeguamento delle opere infrastrutturali (adeguamento dell'altezza e della forma delle banchine al nuovo mezzo), nel sottolineare che tale valutazione rientra nella piena responsabilità della SA, si osserva quanto segue.

In via preliminare, in tema di varianti, sembra opportuno sottolineare che – come osservato dall'Autorità (determinazione n. 1/2001, ancorché con riferimento alla disciplina delle varianti in corso d'opera prevista dalla l. 109/1994, ma sostanzialmente confermata dal d.lgs. 163/2006) - «non ogni modificazione può ritenersi espressione della naturale esecuzione



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

dell'appalto, con conseguente applicazione dei criteri già previsti contrattualmente per la disciplina del rapporto. La variante, infatti, ha come necessario punto di riferimento e parametro di raffronto il progetto: le relative modifiche non possono, quindi, essere tali da snaturarlo. Se le parti realizzano un'opera totalmente diversa, la disciplina del rapporto non può più essere individuata nel primitivo contratto di appalto, bensì nel successivo negozio giuridico, anche se quest'ultimo non rechi patti diversi su alcuni degli aspetti essenziali del contratto. In tal caso, si compie un'opera necessariamente diversa da quella oggetto del precedente contratto. In definitiva, la variante deve avere carattere accessorio rispetto all'opera progettata e contrattualmente stabilita; altrimenti si è in presenza non di una modificazione del progetto, ma di un nuovo contratto».

L'Autorità ha altresì osservato che la connotazione di "sostanzialità" o meno di una variante nel settore dei contratti pubblici deve essere determinata caso per caso, con riferimento alle modifiche intervenute, alla natura delle lavorazioni e all'incidenza delle stesse sul progetto originario, nonché ai costi ed ai tempi della modifica (parere sulla normativa AG4/2011), aggiungendo che 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).

Anche la giurisprudenza (TAR Lazio Roma sez. II bis 15 aprile 2013, n. 3801) ha sottolineato in proposito che occorre distinguere le varianti (consentite) in corso di esecuzione dalla rinegoziazione (non consentita). A questa stregua, le modifiche del contratto sono vietate nella misura in cui abbiano attitudine a mutare in modo significativo il regolamento negoziale, conducendo alla realizzazione di opere differenti rispetto a quelle poste a base di gara. Infatti «le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di appalto devono ritenersi equivalenti ad una nuova aggiudicazione quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (Corte giustizia CE Grande Sezione, 13 aprile 2010, n. 91).

Dunque le modificazioni che possono essere apportate con atti aggiuntivi ad un appalto già aggiudicato, trattandosi di mere varianti contrattuali, sono solo quelle che non mutano la fisionomia del contratto, dovendosi altrimenti far ricorso per l'aggiudicazione dei nuovi lavori/servizi ad una nuova procedura concorsuale.

A tal riguardo si sottolinea che il legislatore ha ristretto fortemente e individuato in maniera tassativa i casi in cui è possibile procedere alle varianti dei contratti in corso d'esecuzione.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

L'art. 132 del d.lgs 163/2006, infatti, dispone che le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, *esclusivamente* qualora ricorrano i motivi di cui al comma 1, lett. a) – e). Sono quindi considerate ammissibili le varianti giustificate da: a) non prevedibili sopravvenienze derivanti da disposizioni legislative (jus superveniens); b) cause impreviste e imprevedibili da accertarsi nei modi stabiliti dal regolamento o sopravvenute acquisizioni tecniche (intervenuta possibilità di utilizzo di materiali, componenti) e tecnologiche (tecnologie non esistenti al momento della progettazione) idonee a procurare sensibili miglioramenti all'opera, *senza aumento dei costi e alterazione dell'impostazione progettuale*; c) necessità derivante da peculiarità dei beni su cui si interviene (ipotesi tipica: rinvenimento geologico che importa impreviste modalità di lavorazione); d) casi previsti dall'art. 1664, co. 2, codice civile, i.e. sopravvenienza geologica, idrica o simili; e) manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione.

Con riferimento specifico ai contratti di servizi e forniture l'art. 114, comma 2, del Codice ha demandato al regolamento di at

tuazione la disciplina delle ipotesi di varianti in corso di esecuzione. In particolare, il citato art. 114 stabilisce che «il regolamento determina gli eventuali casi in cui, nei contratti relativi a servizi e forniture, ovvero nei contratti misti che comprendono anche servizi o forniture, sono consentite varianti in corso di esecuzione, nel rispetto dell'articolo 132, in quanto compatibile». A sua volta l'art. 311 del d.p.r. 207/2010 prevede che la stazione appaltante non può richiedere alcuna variazione ai contratti stipulati, se non nei casi di seguito previsti: a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari; b) per cause impreviste e imprevedibili accertate dal responsabile del procedimento o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento in cui ha avuto inizio la procedura di selezione del contraente, che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità delle prestazioni eseguite; c) per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni o dei luoghi sui quali si interviene, verificatisi nel corso di esecuzione del contratto. La disposizione aggiunge (comma 5) che l'esecutore è obbligato ad assoggettarsi alle variazioni sopra indicate alle stesse condizioni previste dal contratto (e fino alla concorrenza del quinto del prezzo complessivo del contratto).

Dunque l'art. 311 del Regolamento sostanzialmente recepisce, per i contratti di servizi e forniture, la disciplina in tema di varianti dettata dall'art. 132 del Codice per i lavori.

Tale ultima disposizione, come già evidenziato, individua in modo tassativo i casi in cui è possibile ricorrere alle varianti in corso d'opera. In particolare – per quanto rileva ai fini del presente parere - il comma 1, dispone che le varianti in corso d'opera possono essere ammesse (anche) lett. b) «per cause impreviste e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

regolamento, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale (...)». La possibilità di procedere a varianti nel caso contemplato dall'art. 132, comma 1, lett. b), è dunque subordinata alla sussistenza delle seguenti circostanze:

- materiali, componenti e tecnologie innovativi, non esistenti al momento della progettazione;
- nuove tecnologie che determinano significativi miglioramenti della qualità dell'opera o sue parti;
- utilizzo delle nuove tecnologie che non altera l'impostazione progettuale (non deve quindi trattarsi di variante sostanziale nel senso sopra esplicitato);
- tale utilizzo non comporta un aumento del costo.

L'accertamento della sussistenza dei suindicati presupposti legittimanti il ricorso alla variante ex art. 132, comma 1, lett. b) è demandato alla SA (per i lavori la norma fa espresso riferimento al direttore dei lavori ed al rup). Resta fermo che, come chiarito dalla norma, in tal caso non può esservi *alcun aumento di costo*, posto che si tratta di una variante finalizzata a consentire l'utilizzo di innovazioni tecnologiche introdotte dopo la stipula del contratto, senza alterarne l'impostazione originaria.

Al fine di verificare se nel caso di specie sussistono le condizioni legittimanti il ricorso alla variante in corso d'opera ex art. 132 del Codice, sopra illustrata, si osserva che la SA – nella nota di richiesta parere - ha sottolineato che il veicolo offerto dalla mandante che ha sostituito l'impresa fallita, presenta caratteristiche *analoghe* a quello oggetto dell'offerta aggiudicataria, ad eccezione del sistema di accostamento automatico alle banchine di fermata di tipo magnetico, coperto da privativa industriale della mandante fallita. Dunque anche nell'eventualità di una ripetizione della gara, tale sistema non potrebbe formare oggetto di offerta da parte di nessun operatore economico, in quanto nella sola disponibilità di quest'ultima.

La stessa SA ha evidenziato che la commissione incaricata di valutare l'adeguatezza tecnica ed economica della proposta sostitutiva, ha affermato che il veicolo offerto "risponde alle caratteristiche tecniche del capitolato d'appalto" e che "la proposta economica di acquisto e di gestione è congruente e in linea rispetto a quanto previsto nell'importo di contratto". A ciò si aggiunga che il suindicato sistema di accostamento automatico in banchina, in base alla *lex specialis* di gara, non costituiva un requisito di ammissibilità dell'offerta ma solo un criterio di valutazione della stessa e che tale dispositivo non ha determinato la prevalenza dell'offerta del R.T.I. aggiudicatario [In particolare, l'ATI aggiudicataria (che ha offerto tale sistema) ha conseguito, per l'offerta tecnica, un punteggio di 626,2619 ed un punteggio complessivo di



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

926, 2165, mentre la seconda classificata (che ha offerto un veicolo privo di tale sistema) ha ottenuto un punteggio tecnico di 260, 2619 ed un totale di 517,5687; pertanto il predetto sistema di accostamento automatico non è stato determinato per l'aggiudicazione dell'appalto posto che, anche scorporando il relativo punteggio, l'ATI resterebbe prima in graduatoria (verbale di gara del 1° aprile 2011 e parere legale allegato all'istanza)].

Da quanto sopra, deriva che la variante *de qua* non sembra costituire una modifica sostanziale del contratto, non ammessa dalla disciplina di settore, secondo l'illustrato orientamento dell'Autorità e della giurisprudenza, in quanto non incidente su aspetti fissati negli atti di gara, ma sembra costituire una modifica delle condizioni contrattuali nei limiti consentiti dalla disciplina di riferimento.

In particolare, la fattispecie sembra rientrare nell'ipotesi di cui all'art. 132, comma 1, lett. b) – ossia tra le modifiche del contratto derivanti dall'«*intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale (...)»*.

Ciò in quanto, come evidenziato dalla stessa SA, l'impossibilità di reperire sul mercato un veicolo provvisto del sistema di accostamento automatico, dovuto al fallimento della mandante titolare della privata industriale, quale causa imprevista e imprevedibile ai fini dell'art. 132, determina la possibilità per la SA di accettare un veicolo alternativo a quello previsto in contratto, purché con le caratteristiche tecniche conformi alle previsioni della *lex specialis*.

Inoltre, il ricorso ad un veicolo con propulsione “full electric”, derivante da progressi tecnologici *sopravvenuti* negli ultimi anni nel campo delle batterie, appare una *soluzione migliorativa* rispetto alla propulsione bimodale, quanto a minore impatto ambientale. Dunque, in conformità alle previsioni della disposizione in commento, tale nuova tecnologia, non disponibile al momento della progettazione, comporta significativi miglioramenti nella qualità del veicolo e del servizio; inoltre, come sottolineato nella nota di richiesta parere, la variante non *altera l'impostazione progettuale*, posto che i veicoli sono stati ritenuti (da apposita commissione tecnica) rispondenti alle caratteristiche tecniche del capitolato d'appalto; infine, come riferito dall'istante, la variante stessa *non* comporta un aumento dei costi dell'appalto.

Alla luce di quanto sopra, nel ribadire che la valutazione in ordine al ricorso a varianti contrattuali rientra nella piena responsabilità della SA, si osserva che nella fattispecie – secondo quanto evidenziato nell'istanza di parere - la sostituzione del veicolo filoviario, con conseguente adeguamento delle opere infrastrutturali (adeguamento dell'altezza e della forma delle banchine al nuovo mezzo), nei termini descritti, sembra rientrare nell'ipotesi di variante di cui all'art. 132, comma 1, lett. b) del Codice, cui rinvia anche l'art. 311 Reg., sussistendo le



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

condizioni richieste dalla norma per procedere ad una modifica del contratto in corso di esecuzione per sopravvenuti progressi tecnologici, nel senso sopra indicato.

A ciò occorre aggiungere che la SA, anche in un'ottica di bilanciamento degli interessi coinvolti, ha evidenziato che l'eventuale risoluzione del contratto in essere comporterebbe la definitiva perdita della quota di finanziamento statale riconosciuta per la realizzazione del progetto ed esporrebbe la società ad un probabile contenzioso con l'ATI aggiudicataria, anche per il risarcimento di tutti i danni patiti in relazione alla perdita della commessa.

Pertanto la SA, ai fini del ricorso alla variante ex art. 132 del Codice, ha proceduto anche ad una valutazione complessiva della vicenda, ritenendo l'eventuale risoluzione contrattuale quale ipotesi non percorribile sotto il profilo dell'economicità e del buon andamento dell'azione amministrativa, potendo esporre l'Amministrazione stessa a notevoli costi derivanti dalla perdita di finanziamento e dall'eventuale contenzioso con l'aggiudicataria.

In base a quanto sopra considerato,

### **Il Consiglio**

approva la presente deliberazione.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 novembre 2016

Il Segretario, Maria Esposito