



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Delibera n. 686 del 28 giugno 2017

OGGETTO: Richiesta di parere prot. n. 18233 del 03/02/2017 presentata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Segretariato Generale – Struttura di missione per gli anniversari di interesse nazionale

AG 15/17/AP

Affidamento di servizi di progettazione – Estensione dell’oggetto contrattuale

Nel caso di appalto avente ad oggetto la progettazione preliminare e definitiva, l’affidamento della progettazione esecutiva integrerebbe una modifica contrattuale di natura “sostanziale” consistente in prestazioni dotate di una loro individualità tale da giustificare un nuovo affidamento a valle di una procedura di gara ad evidenza pubblica e non percorribile attraverso l’istituto della variante in corso di esecuzione di contratto nei casi previsti dalla normativa di settore.

Art. 114, comma 2, d.lgs. 163/2006 – Art. 311, comma 2, d.P.R. 207/2010

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 50/2016

Visto l’appunto dell’Ufficio Precontenzioso e Pareri

Considerato in fatto

Con la richiesta di parere prot. ANAC n. 18233 del 03.02.2017, la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Segretariato Generale – Struttura di missione per gli anniversari di interesse nazionale - solleva un quesito concernente la possibilità di modificare, ampliandolo, l’oggetto del contratto in corso di esecuzione sottoscritto in data 21.09.2016 con la Politecnica Ingegneria ed Architettura Società Cooperativa (R.T.P. mandataria), consistente nella prestazione di servizi di progettazione preliminare, definitiva e di allestimento multimediale degli spazi museali, da restituire anche in formato Building Information Modeling (B.I.M.), comprensivo della direzione dei lavori, del coordinamento della sicurezza, per l’esecuzione dei lavori di restauro conservativo del Sacratio Militare di Cima Grappa e valorizzazione degli edifici annessi, degli apprestamenti militari, della ex base nato e delle relative aree contermini (art. 252, d.P.R. 207/2010).

La Presidenza del Consiglio dei Ministri domanda se sia possibile modificare il contratto in corso di validità con l’inserimento anche della progettazione esecutiva, comprensiva della direzione lavori, per il



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

nuovo importo che ne dovesse derivare, da affidare all'articolazione di professionisti della Politecnica Ingegneria ed Architettura Società Cooperativa (R.T.P. mandataria), senza una nuova procedura di affidamento.

Circostanze impreviste e imprevedibili nel frattempo intervenute giustificerebbero la modifica contrattuale, derivanti dalla sopravvenienza del nuovo Codice dei contratti pubblici e, in specie, dell'art. 106, comma 1, lett. c), n. 1, d.lgs. 50/2016, tenuto conto che la modifica può intervenire in quanto l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50% del valore del contratto iniziale come prevede l'art. 106, comma 7, d.lgs. 50/2016.

L'istante osserva che, ai tempi della predisposizione del bando di gara, pubblicato in data 12.08.2015, l'intenzione dell'amministrazione aggiudicatrice era di procedere, successivamente, all'indizione di una procedura di gara per l'affidamento in appalto integrato *ex art.* 53, comma 2, lett. b), d.lgs. 163/2006, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei relativi lavori. Ad avviso dell'istante tale possibilità non risulta più percorribile in ragione dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti pubblici che, da una parte, in linea generale e fatte salve talune eccezioni, ha vietato l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori (art. 59, d.lgs. 50/2016), dall'altro ha previsto che la progettazione definitiva ed esecutiva siano preferibilmente assegnate allo stesso progettista al fine di garantire omogeneità e coerenza al procedimento (art. 23, comma 12, d.lgs. 50/2016).

Pertanto, con il quesito sollevato, è ipotizzata la possibilità di affidare alla Politecnica Ingegneria ed Architettura Società Cooperativa anche la progettazione esecutiva in coerenza con il principio di continuità richiamato anche nelle linee guida ANAC n. 1/2016 (punto 2 rubricato "Continuità nella progettazione e accettazione progettazione svolta") e ai sensi dell'art.106, comma 1, lett. c), d.lgs. 50/2016.

Al raggruppamento di professionisti aggiudicatari della progettazione preliminare e definitiva sarebbe affidata anche la direzione dei lavori per l'eventuale importo che ne dovesse derivare nell'ottica di rafforzamento della continuità dell'attività progettuale, tenuto conto che il direttore dei lavori è, tra l'altro, preposto al controllo tecnico, contabile e amministrativo affinché i lavori siano eseguiti in conformità al progetto esecutivo.

L'istante rileva, in particolare, che il sopravvenuto divieto normativo di ricorrere all'appalto integrato e la mancata modifica del contratto in corso di validità comporterebbe la necessità di attivare due distinte gare, una di affidamento del servizio della progettazione esecutiva e una di affidamento dell'esecuzione dei lavori, con allungamento dei tempi di consegna dell'opera non preventivati né preventivabili dall'amministrazione al momento della programmazione.

Infine, l'istante evidenzia che i lavori oggetto dell'attività di progettazione e direzione rientrano nel programma degli interventi connessi alla commemorazione del centenario della prima guerra mondiale 2014-2018, sono finanziati dalla legge n. 147/2013 che all'art. 1, comma 308 prevede lo stanziamento per la realizzazione di interventi urgenti per la messa in sicurezza, il restauro e il ripristino del decoro dei "Luoghi della Memoria", i quali devono essere consegnati ultimati entro il 2018 come stabilito da cronoprogramma parte integrante della progettazione definitiva.

In riscontro al quesito sollevato si osserva quanto segue.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Ritenuto in diritto

La Presidenza del Consiglio dei Ministri - Segretariato Generale – Struttura di missione per gli anniversari di interesse nazionale - domanda all’Autorità Nazionale Anticorruzione di esprimere un parere sulla possibilità di procedere ad una modifica dell’oggetto del contratto in corso di esecuzione sottoscritto in data 21.09.2016 con la Politecnica Ingegneria ed Architettura Società Cooperativa (R.T.P. mandataria), consistente nella prestazione di servizi di *progettazione preliminare e definitiva* e di allestimento multimediale degli spazi museali, da restituire anche in formato Building Information Modeling (B.I.M.), comprensivo della direzione dei lavori, del coordinamento della sicurezza, per l’esecuzione dei lavori di restauro conservativo del Sacriario Militare di Cima Grappa e valorizzazione degli edifici annessi, degli apprestamenti militari, della *ex* base nato e delle relative aree contermini.

L’istante solleva il quesito richiamando come applicabile alla fattispecie contrattuale sottoposta all’attenzione dell’Autorità il nuovo Codice dei Contratti pubblici (art. 106, comma 1, lett. c) n. 1, d.lgs. 50/2016) configurando il prospettato affidamento delle nuove prestazioni consistenti nella progettazione esecutiva e nella direzione dei lavori come rientrante nell’ambito di applicazione dell’istituto della modifica contrattuale che prescinderebbe dall’espletamento di una procedura di gara, fosse anche di natura negoziata.

In primo luogo, occorre evidenziare che il contratto in corso di esecuzione, sottoscritto in data 21.09.2016 e relativo all’affidamento di un appalto di servizi di progettazione indetto con bando di gara pubblicato in data 12 agosto 2015, è evidentemente soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 e al regolamento di attuazione.

Infatti, ai sensi dell’art. 216, comma 1, d.lgs. 50/2016, fatte salve le eccezioni previste dal nuovo Codice dei contratti pubblici, 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 il Comunicato del Presidente dell’Autorità dell’11 maggio 2016, le disposizioni dettate dall’abrogato Codice (d.lgs. 163/2006) si applicano, ai sensi dell’art. 216, comma 1, d.lgs. 50/2016, nelle ipotesi, tra l’altro, concernenti: **1)** gli 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. Ciò, indipendentemente dal fatto che per tali fattispecie sia prevista l’acquisizione di un nuovo CIG, in quanto si tratta di fattispecie relative a procedure di aggiudicazione espletate prima dell’entrata in vigore del nuovo Codice; **2)** le 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.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Ne consegue che, in relazione alla fattispecie sottoposta all'esame dell'Autorità, il quesito deve essere risolto facendo applicazione della disciplina dettata dall'abrogato decreto legislativo n. 163 del 2006 e dalle norme regolamentari di attuazione.

Negli appalti di servizi e forniture, la disciplina delle variazioni contrattuali è simile a quella prevista per il settore dei lavori pubblici con le dovute differenze connesse all'oggetto dell'appalto. In particolare, la disciplina, nell'abrogato sistema normativo, si rinviene all'art. 114, comma 2, d.lgs. 163/2006 in combinato disposto con l'art. 311, d.P.R. 207/2010. Infatti, l'art. 114, comma 2, d.lgs. 163/2006 rimanda al regolamento di attuazione di determinare «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'art. 132, in quanto compatibile».

I contratti pubblici sono soggetti al principio di immodificabilità dell'oggetto contrattuale, principio che sovrintende all'esecuzione di ogni prestazione e che risulta confermato, con previsioni di ancora maggiore rigore, anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici all'art. 106.

Il principio di immodificabilità dell'oggetto contrattuale è espressamente richiamato all'art. 310, d.P.R. 207/2010 ai sensi del quale «nessuna variazione o modifica del contratto può essere introdotta dall'esecutore, se non è disposta dal direttore dell'esecuzione del contratto e preventivamente approvata dalla stazione appaltante nel rispetto delle condizioni e dei limiti previsti nell'articolo 311». Quindi, l'art. 311, comma 1, d.P.R. 207/2010 esprime il principio secondo cui la stazione appaltante non può richiedere alcuna variazione ai contratti stipulati, se non nei casi previsti dalla stessa disposizione, individuando al comma 2 le ipotesi in cui la deroga al principio di immodificabilità degli appalti pubblici è ammessa cosicché «la stazione appaltante può ammettere variazioni al contratto nei seguenti casi: a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari; b) per cause imprevedute 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».

Relativamente all'ipotesi prospettata dall'istante, la modifica contrattuale dovrebbe disporsi ai sensi del comma 2, lettera a), dell'art. 311 del Regolamento che prevede tale possibilità in caso di esigenze derivanti da «sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari» per le quali non si ravvisa il presupposto dell'imprevedibilità.

In tema di modifiche contrattuali ammesse in corso di esecuzione di un contratto di appalto, la giurisprudenza della Corte di giustizia si è espressa osservando come le stesse debbano comportare un nuovo affidamento laddove abbiano le caratteristiche di «modifiche sostanziali».

La Corte di giustizia CE, Grande Sezione, nella sentenza del 13 aprile 2010 resa nella causa C-91/08 si è così espressa in ordine alle modifiche contrattuali nelle concessioni di servizi (par. 37-38): «Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di concessione di servizi costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (v., per analogia con il settore degli appalti



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

pubblici, sentenze 5 ottobre 2000, causa C-337/98, Commissione/Francia [...] nonché 19 giugno 2008, causa C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur [...]. La modifica di un contratto di concessione di servizi i 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» (si veda, conformemente alle statuizioni del Giudice europeo, la delibera dell'ANAC n. 610 del 31 maggio 2016).

Nel riprendere l'orientamento consolidato, la Corte di giustizia nella sentenza 7 settembre 2016 resa nella causa C-549/14 si è espressa nel senso che «il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale» (par. 28). E ancora: «In linea di principio, una modifica sostanziale di un appalto pubblico dopo la sua aggiudicazione non può essere apportata in via di trattativa privata tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario, ma deve dare luogo a una nuova procedura di aggiudicazione vertente sull'appalto così modificato (v., per analogia, sentenza del 13 aprile 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punto 42). Diverso sarebbe soltanto se tale modifica fosse stata prevista dalle clausole dell'appalto iniziale (v., in tal senso, sentenza del 19 giugno 2008, Presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punti 37, 40, 60, 68 e 69)».

Nel caso di specie, deve ritenersi integrare una modifica contrattuale "sostanziale" quella configurata dall'istante in quanto la progettazione esecutiva, pur essendo connessa alla progettazione preliminare e definitiva, risulta comunque consistere in prestazioni dotate di una loro individualità tale da giustificare un nuovo affidamento a valle di una procedura di gara ad evidenza pubblica. Tale autonoma individualità si riscontra nella disciplina dettata dal d.P.R. 207/2010 (artt. 17 ss.) ove ciascun livello di progettazione si caratterizza per una propria connotazione sotto il profilo della prestazione richiesta come dimostrano le norme che specificano i documenti e l'oggetto della singola fase progettuale in affidamento, ciò nonostante la connessione tra le diverse fasi della progettazione e le prestazioni in esse previste.

In ogni caso, si evidenzia che l'addotta sopravvenienza normativa concernente il divieto di appalto integrato non potrebbe comunque giustificare la scelta dell'amministrazione aggiudicatrice di applicare l'art. 114, comma 2, d.lgs. 163/2006 in combinato disposto con l'art. 311, comma 2, lett. a), d.P.R. 207/2010 tenuto conto della disciplina transitoria di recente emanazione e riguardante il Correttivo al Codice dei contratti pubblici.

L'art. 216, d.lgs. 50/2016 è stato integrato con il comma 4-*bis* ad opera dell'art. 128, comma 1, lett. c), d.lgs. 56/2017 stabilendo in via transitoria che il divieto previsto all'art. 59, comma 1, quarto periodo, d.lgs. 50/2016 «non si applica per le opere i cui progetti definitivi risultino definitivamente approvati dall'organo competente alla data di entrata in vigore del presente codice con pubblicazione del bando entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione».

Ne consegue che, alla luce della norma di diritto transitorio richiamata e di cui all'art. 216, comma 4-*bis*, d.lgs. 50/2016, la Presidenza del Consiglio dei Ministri potrà procedere - come era nelle intenzioni



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

originarie - all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori al medesimo aggiudicatario dell'appalto senza che debba indire due procedure di gara separate e distinte. Pertanto, alla luce di quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che in ragione della natura sostanziale della modifica contrattuale prospettata non sia applicabile l'art. 114, comma 2, d.lgs. 163/2006 in combinato disposto all'art. 311, comma 2, lett. a), d.P.R. 207/2010, potendo la Presidenza del Consiglio dei Ministri procedere, ai sensi dell'art. 216, comma 4-*bis*, d.lgs. 50/2016, come introdotto con l'art. 128, comma 1, lett. c), d.lgs. 56/2017, all'espletamento di una procedura di gara secondo le manifestate intenzioni originarie, scegliendo l'operatore economico cui affidare la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 luglio 2017

Il Segretario Maria Esposito