

## **Parere n.35 del 2/09/2014**

### **PREC 97/14/L**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Matera e dall'ATI Telia Costruzioni S.r.l. – E.A.E. di Vito Cirrottola - Galtieri Franco Leonardo – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di riqualificazione del Parco Integrato di Serra Rifusa – Lotto funzionale “Adeguamento piscine e sistemazione aree di servizio esterne” – Importo a base d'asta: euro 2.908.584,43 – S.A.: Comune di Matera.

**Varianti in corso d'opera. Art. 132, d.lgs. n. 163/2006.**

### **Il Consiglio**

#### **Considerato in fatto**

In data 1 aprile 2014 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto, presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e dall'ATI aggiudicataria Telia Costruzioni S.r.l. – E.A.E. di Vito Cirrottola - Galtieri Franco Leonardo, con riferimento all'esecuzione del contratto di appalto dei lavori di riqualificazione del Parco Integrato di Serra Rifusa – Lotto funzionale “Adeguamento piscine e sistemazione aree di servizio esterne”.

Con l'istanza trasmessa è richiesto parere in merito alla legittimità dell'approvazione della perizia di variante con il riconoscimento del trasporto e del conferimento a discarica dei materiali provenienti dagli scavi che sono già stati smaltiti regolarmente con formulari presso una discarica regolarmente autorizzata.

Il progetto veniva approvato con determina dirigenziale n° 395 del 08.11.2010 e l'opera è finanziata dalla Regione Basilicata con fondi POR 2000-2006 PISU, la cui data ultima per la rendicontazione dichiarano essere scaduta in data 31.12.2013.

Gli istanti dichiarano che “nelle more della rendicontazione dei fondi residui, cosiddette risorse liberate, sarebbe possibile rendicontare l'opera finanziata anche dopo la data indicata, e non perdere quindi il relativo finanziamento comunitario, solo se si verificasse la condizione di accelerare l'esecuzione dei lavori e darli compiuti nel più breve tempo possibile”. Evidenziano, inoltre, che “l'opera è stata oggetto, nel passato, di altri finanziamenti pubblici che hanno consentito la realizzazione delle strutture della piscina e degli spogliatoi: il mancato completamento, e la conseguente impossibilità di affidare la gestione dell'impianto, ha comportato un'indagine della Procura della Corte dei Conti di Basilicata relativamente al danno erariale conseguente alla vandalizzazione dell'impianto parzialmente realizzato, come prima citato, ed abbandonato per la mancata fase gestionale. L'acquisizione del finanziamento PISU 2000-2006 era finalizzato a completare l'impianto sportivo in modo da consentire, dopo la ultimazione dei lavori, l'espletamento della gara di evidenza pubblica per la gestione e porre fine, così, alla condizione di abbandono di questa struttura. I lavori di realizzazione hanno subito un notevole rallentamento per le controversie sorte con l'appaltatrice dei lavori le cui motivazioni sono riportate negli allegati al presente documento”.

La possibilità di mantenere il finanziamento sarebbe, quindi, condizionata all'accelerazione della conclusione dei lavori, ad oggi non intervenuta per una serie di controversie sorte con l'ATI aggiudicataria, tanto che la struttura realizzata, non ancora funzionale, verserebbe in stato di abbandono.

Con D.D. n° 9/217 del 15.05.2012 si approvava la perizia di variante e suppletiva dell'importo complessivo di € 3.600.000,00 successivamente rimodulata con D.D. n° 9/2 del 07.01.2013.

I lavori risultano fermi al V SAL del 29.05.2013, data in cui il rappresentante dell'ATI appaltatrice, con nota del 10.06.2013, esplicitava ed aggiornava, secondo quanto previsto dalle procedure di

legge, le sei riserve apposte sul registro di contabilità al momento della sottoscrizione dello stesso V SAL.

Le riserve apposte sul registro di contabilità ammontano ad un importo totale pari ad € 1.253.614,06 a fronte di lavori eseguiti, allo stesso V SAL, pari ad € 913.617,23 al netto del ribasso d'asta del 48,17 %.

La riserva n. 5, rispetto alla quale viene richiesto parere all'Autorità, riguarda i "maggiori costi per conferimento in discarica".

All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 17 aprile 2014, non ha fatto seguito alcuna memoria dei soggetti coinvolti nel procedimento.

### **Ritenuto in diritto**

Con l'istanza presentata viene richiesto parere in merito alla possibilità di riconoscere all'ATI aggiudicataria, nell'ambito di una variante in corso d'opera approvata dalla stazione appaltante, la riserva relativa ai "maggiori costi per conferimento in discarica", vale a dire i costi sostenuti dall'appaltatore per il trasporto ed il conferimento a discarica dei materiali provenienti dagli scavi smaltiti regolarmente con formulari presso una discarica autorizzata.

Risulta dagli atti del procedimento e, in particolare, dalla Relazione del supporto al RUP datata 20/03/2014, che l'ATI aggiudicataria dei lavori ha sottoscritto il V SAL apponendo riserve tra cui la "riserva n. 5 - maggiori costi per conferimento di discarica", pari a € 412.010,75. Con tale riserva, come risulta dalla relazione di supporto al RUP, "l'Impresa intende essere riconosciuto il trasporto ed il conferimento a discarica delle terre e rocce da scavo, la cui attività è confermata dai formulari allegati, lamentando l'assenza di una voce in elenco prezzi nell'atto di sottomissione e l'enorme differenza tra le quantità di scavo previste nel progetto a base d'asta e quelle previste in variante".

Va posto in evidenza che nel corso dei lavori, che sono stati consegnati il 26.04.2011, è già intervenuta una perizia di variante, approvata con D.D. n. 9/217 del 15/05/2012, dell'importo complessivo di € 3.600.000,00.

L'ATI aggiudicatrice del contratto lamenta che, solo dopo la sottoscrizione dell'atto di sottomissione, allegato alla perizia di variante, ha potuto prendere visione dell'assenza della voce inerente il conferimento a discarica. Osserva che il materiale conferito in discarica autorizzata è individuato con il codice C.E.R. 17.05.04, trattandosi di "terre e rocce da scavo provenienti da lavori di riqualificazione del Parco di Serra Rifusa- Matera" e che notevole è la differenza tra le quantità previste nel progetto a base d'asta relativamente allo scavo a sezione aperta (me 3.564,57) e quella della variante (me 12.112,51) in maniera da superare il 20 % dell'alea contrattuale.

Quindi, con la riserva presentata, l'Impresa ha lamentato l'assenza di una voce in elenco prezzi nell'atto di sottomissione e l'enorme differenza fra le quantità di scavo previste nel progetto a base d'asta e quelle previste in variante. L'importo richiesto dall'appaltatore è di euro 794.927,16 che al netto del ribasso d'asta è pari ad un totale di euro 412.012,75.

Sul punto la Relazione di supporto al RUP del 20.03.2014 conclude nel senso che "in sede di progetto non si è verificato il materiale di scavo in questione, né probabilmente si poteva prevedere la sua particolare composizione occultata anche dalla vegetazione spontanea esistente. Il conseguente onere del trasporto e del conferimento a discarica non è stato contemplato. Solo dopo l'inizio e durante l'esecuzione degli scavi si è potuto constatare quanto effettivamente emerso. Si è in presenza, quindi, di materiali non previsti e probabilmente non prevedibili in fase progettuale che, effettivamente scavati, sono stati trasportati in discarica autorizzata accompagnati da formulari pur senza un ordine di servizio del D.L. e con una poco chiara definizione negli atti contrattuali delle competenze degli oneri del trasporto e del conferimento a discarica. La riserva formulata dall'Appaltatore appare non del tutto infondata e la sua ammissibilità potrebbe essere presa in considerazione e meglio valutata".

Ai fini della disamina della questione, occorre osservare che la documentazione contrattuale trasmessa conferma che l'attività di trasporto e conferimento a discarica dei rifiuti è stata stata

prevista dalla stazione appaltante a carico dell'operatore economico esecutore del contratto. Infatti, il capitolato speciale d'appalto, in merito a tale attività di smaltimento dei rifiuti, all'art. IX indica che "Le materie provenienti dagli scavi in genere, ove non siano utilizzabili, o non ritenute adatte, a giudizio insindacabile della Direzione dei Lavori, ad altro impiego nei lavori, dovranno essere portate a rifiuto fuori della sede del cantiere, ai pubblici scarichi, ovvero su aree che l'Impresa dovrà provvedere a sua cura e spese". Sempre il capitolato speciale d'appalto precisa che "L'appaltatore deve ritenersi compensato per tutti gli oneri che esso dovrà incontrare per: (...) – paleggi, innalzamento, carico, trasporto e scarico in rilevato o rinterro od a rifiuto a qualsiasi distanza, sistemazione delle materie di rifiuto, deposito provvisorio e successiva ripresa, per ogni indennità di deposito temporaneo o definitivo".

Con riferimento ai contratti di lavori pubblici, l'art. 132, d.lgs. n. 163/2006 al comma 1 prescrive: "Le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi: a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari; b) per cause imprevedute e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal 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; c) per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti impreveduti o non prevedibili nella fase progettuale; d) nei casi previsti dall'articolo 1664, comma 2, del codice civile; e) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne dà immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista". La ricognizione del disposto normativo deve includere anche il sesto comma del medesimo articolo che statuisce: "Ai fini del presente articolo si considerano errore o omissione di progettazione l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle norme di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali".

Come di recente ribadito dalla giurisprudenza, le varianti in corso d'opera "si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva previsione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi, che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica amministrazione" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 aprile 2014, n. 1923). E' stato, altresì, osservato che "Sono illegittime le perizie di variante redatte al fine di recepire le richieste dell'impresa a seguito di definizione di accordo bonario sottoscritto dalle parti" (Deliberazione AVCP n. 205/2002).

L'istituto, introdotto già con gli artt. 343 e 344 della l.n. 2248 del 1865 all. F., risponde all'esigenza di introdurre in un progetto in corso di esecuzione variazioni non previste dal contratto che diano luogo ad alterazione dei prezzi di appalto.

Si ritiene che osti, tuttavia, al riconoscimento della riserva, il fatto che il capitolato speciale d'appalto, con chiara ed inequivoca disposizione, prevede che "Le materie provenienti dagli scavi in genere, ove non utilizzabili, o non ritenute adatte, a giudizio insindacabile della Direzione dei Lavori, ad altro impiego nei lavori, dovranno essere portate a rifiuto fuori della sede del cantiere, ai pubblici scarichi, ovvero su aree che l'impresa dovrà provvedere a sua cura e spese. L'appaltatore deve ritenersi compensato per tutti oneri che esso dovrà incontrare per: Omissis...., carico, trasporto e scarico in rilevato o rinterro od a rifiuto a qualsiasi distanza, sistemazione delle materie di rifiuto, deposito provvisorio e successiva ripresa, per ogni indennità di deposito temporaneo o definitivo".

La predetta clausola contrattuale è stata espressamente accettata dall'appaltatore anche in sede di

sottoscrizione dell'atto di sottomissione, non essendo possibile dolersi di scarsa attenzione prestata all'ordito contrattuale o di non meglio precisata mancata conoscenza dello stesso.

Non trova, infine, riscontro nella documentazione agli atti del procedimento quanto evidenziato dagli istanti a proposito della natura del materiale proveniente dagli scavi essendo descritta, nella riserva in oggetto, quale "Terre e rocce CER 17.05.04" invece che materiale classificato con il codice CER 17.09.04 "Rifiuti misti dell'attività di costruzione e demolizione".

Non si ritiene configurato, pertanto, il presupposto costitutivo della variante in corso d'opera, normativamente identificato nell'errore o omissione di progettazione, che peraltro, possono fondare lo *jus variandi* soltanto quando "esse pregiudichino, totalmente o parzialmente, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione" (cfr. Det. AVCP n. 1/2001), circostanza questa non evincibile dagli atti del procedimento.

In base a tutto quanto sopra considerato,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la perizia di variante non sia ammissibile secondo la normativa di settore.

Il Presidente Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 settembre 2014

Il Segretario Maria Esposito