

Le opere aggiuntive definite dall'art.95 c.14/bis

E. Malossetti (www.appaltiecontratti.it 28/9/2017)

Fra le modifiche apportate, dal Correttivo al Codice dei Contratti, troviamo il nuovo c.14/bis dell'art.95 che testualmente recita: *“In caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta.”*

Una disposizione dalle molteplici criticità operative poiché non supportata da alcuna motivazione che possa dar contezza della *ratio legis*. Norma che, ricordiamo, non è stata sottoposta al preventivo parere del Consiglio di Stato e di ANAC (audizione 29/03/2017) e che ritroviamo, per la prima volta, nei pareri “fotocopia” delle Commissioni Camera e Senato.

Peraltro il Codice non riporta alcuna definizione in merito alle c.d. “opere aggiuntive” il che amplifica l'incertezza applicativa della norma riporta al c.14/bis dell'art.95. Infatti le uniche definizioni presenti nel Codice riguardano il significato dato ad *«opera»* e *«lavori»*. Quindi nell'attesa che ANAC si pronunciasse sul comma 14/bis siamo “costretti” ad ipotizzare un'interpretazione usando i consueti criteri.

Dlgs 50/16 Art. 3. (Definizioni)

pp) *«opera», il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile, sia quelle difese e di presidio ambientale, di presidio agronomico e forestale, paesaggistica e di ingegneria naturalistica;*

nn) *«lavori» di cui all'allegato I, le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione urbanistica ed edilizia, sostituzione, restauro, manutenzione di opere;*

In dottrina “Per *opera* si intende il risultato di un'attività umana, un *opus* e cioè il prodotto di una trasformazione o elaborazione di cose preesistenti (compreso il territorio). Una volta costruita, ogni opera costituisce un (nuovo) bene, e cioè cosa utile per la soddisfazione di un bisogno. Nel caso delle opere pubbliche si tratterà di un bene di natura immobiliare. Tuttavia, quando si parla di opera, questa si considera non in quanto bene ma in quanto risultato di un'attività. L'opera, una volta costruita costituisce un bene qualificato dalla sua origine artificiale.” (A.Cianflone G.Giovannini)

Peraltro, la norma in esame, si riferisce alle “opere aggiuntive”, e non già a “lavori aggiuntivi” o alle semplici “aggiunte”, per cui l'interpretazione letterale ci porta a pensare che si tratti di opere aventi una propria individualità distinta da quella originaria. Ovvero opere che pur presentando qualche utilità non sono indispensabili alla completa o migliore esecuzione dell'opera appaltata e che comunque sono estranee alle richieste necessità.

Quindi per “opere aggiuntive” devono intendersi quelle opere che, pur avendo qualche relazione o connessione con l'opera originaria, non sono necessarie alla sua completa o migliore esecuzione poiché dotate di un'individualità ben distinta, oltre ad essere estranee al piano dell'opera. Intendendo come piano dell'opera i limiti entro cui le varianti possono svilupparsi poiché “La possibilità di presentare varianti progettuali, deve ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa” dove “la stazione appaltante ha maggiore discrezionalità e soprattutto sceglie il contraente valutando non solo criteri matematici ma la complessità dell'offerta proposta” questo “perché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex specialis onde non ledere la par condicio.” Consiglio di Stato n. 1601 del 27/03/2015

Sentenza che stabiliva inoltre come “la sanzione per le opere aggiuntive e le migliorie non ammissibili non è la esclusione dell'impresa, bensì la non valutazione (o la influenza) della proposta o dell'opera aggiuntiva”. Pronuncia questa che forse è stata, maldestramente, trasposta nel c.14/bis dell'art.95.

Si ritiene, quindi, che il c.14/bis dell'art.95 si riferisca a fattispecie ben diverse dall'istituto delle varianti, rientranti nel piano dell'opera, ammesse in sede di gara.

L'interpretazione secondo cui “le varianti progettuali per gli appalti di lavori potranno incidere su profili metodologici e sull'utilizzo di materiali (se compatibile con il progetto esecutivo) e i criteri non potranno valorizzare soluzioni aggiuntive.” non è assolutamente condivisibile poiché depotenzerebbe l'istituto delle varianti quale strumento di rappresentazione di quella “complessità dell'offerta proposta” che caratterizza il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Interpretazione che, se accolta, comprometterebbe il raggiungimento degli obiettivi riportati nell'art.34 c.2 del Codice.

Art.34 c.2 “. I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6. Nel caso dei contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi di cui al comma 1, sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.”

Infatti “Qualora la realizzazione dei lavori venga affidata separatamente dalla progettazione, per evitare modifiche non coerenti con quest'ultima, è necessario che la pubblica amministrazione indichi esplicitamente nel bando di gara o nei documenti di affidamento che sono ammesse solo varianti migliorative rispetto al progetto oggetto dell'affidamento redatto nel rispetto dei CAM, ossia che la variante preveda prestazioni superiori rispetto al progetto approvato.” (allegato 1 al D.M. 24 dicembre 2015, aggiornato con D.M. 11 gennaio 2017)

In tale senso ritroviamo la novella riportata al punto 2.6.2 **Miglioramento prestazionale del progetto**. Decreto ministeriale 11 gennaio 2017 allegato 2 che testualmente afferma “Viene attribuito un punteggio premiante pari a.....(vedi nota 42) al progetto che prevede prestazioni superiori per alcuni o tutti i criteri di base descritti nel cap. 2 “criteri ambientali minimi”. Tale punteggio sarà proporzionale al numero di criteri di base per cui è prevista una prestazione superiore.”. Criteri ambientali che ricordiamo sono riferiti ad aspetti sia qualitativi che quantitativi.

Per altra via anche il considerando 48 della Direttiva 2014/24/UE sulle varianti, riguardanti aspetti innovati, da proporsi in sede di gara “In considerazione dell'importanza dell'innovazione, occorre incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici a consentire varianti quanto più spesso possibile. Occorre pertanto attirare l'attenzione di tali autorità sulla necessità di definire i requisiti minimi che le varianti devono soddisfare prima di indicare che possono essere presentate varianti”.

In tema di varianti ricordiamo che “L'amministrazione aggiudicatrice può prevedere espressamente nei documenti di gara la possibilità di introdurre modifiche future alle condizioni dell'appalto iniziale. La clausola che prevede tale eventualità deve essere redatta in modo chiaro, preciso ed inequivocabile, indicando l'ambito e la natura delle modifiche possibili, nonché le condizioni di applicazione della clausola stessa.”

(documento della Commissione Europea, destinato a fornire “istruzioni su come evitare gli errori spesso riscontrati negli appalti pubblici relativi a progetti cofinanziati dai Fondi strutturali e d'investimento europei.”)

Indicazioni riguardanti “l'ambito e la natura delle modifiche possibili” che ben possono riguardare le condizioni di ammissibilità delle varianti presentate degli offerenti (Art.95 c.14).

A ben vedere le due fattispecie (varianti ed opere aggiuntive) non sono coincidenti, in quanto una si sviluppa seguendo il piano dell'opera definito dalla stazione appaltante, le altre, invece, sono da considerarsi comunque estranee all'appalto.

Quindi per “opere aggiuntive” devono intendersi quelle opere che, pur avendo qualche relazione o connessione con l'opera originaria, non sono necessarie alla sua completa o migliore esecuzione poiché dotate di un'individualità ben distinta oltre ad essere estranee al piano dell'opera.

In definitiva, per le ragioni sopra esposte, le varianti dovranno essere “finalizzate a stimolare il miglioramento del bene o del servizio.” apportando modifiche al “progetto messo a gara ed essere coerenti con lo stesso senza stravolgerlo”(linee guida ANAC n.2); non saranno valutabili eventuali “opere aggiuntive” non indispensabili, alla completa o migliore esecuzione dei lavori, o comunque estranee al piano dell'opera poiché dotate di un'individualità ben distinta e scorporabile dall'oggetto dell'appalto.

Tutto ciò aspettando ANAC...