



Autorità Nazionale Anticorruzione
Il Presidente

DELIBERA N. 483 del 23 Maggio 2018

OGGETTO: pubblicazione del riscontro alla richiesta di parere del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti Ufficio di Gabinetto 0025730.27-06-2017, in merito all'applicazione dell'accordo-quadro, ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. n. 50/2016, agli appalti di lavori di nuove opere e di manutenzione straordinaria.

AG/4/2018/AP

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 50/2016

Visto l'appunto dell'UVS prot. n. 108660 in data 19/09/2017

Visto l'appunto dell'UVS prot. 42628 in data 18/05/2018

Considerato in fatto

Con nota acquisita dal protocollo generale dell'Autorità al n. 86674 del 30 giugno 2017, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti Ufficio di Gabinetto ha trasmesso la comunicazione con la quale la Direzione Generale per le strade e le autostrade e per la vigilanza e la sicurezza nelle infrastrutture stradali ha manifestato all'ANAS perplessità riguardo al bando di gara relativo all'accordo quadro quadriennale, suddiviso in tre lotti per l'esecuzione di interventi di messa in sicurezza e adeguamento sulla SS131 "Carlo Felice" dal km 108+300 al km 209+500, pubblicato sulla G.U.R.I. Serie Speciale V - n. 56 del 17 maggio 2017 e riguardante l'appalto per la realizzazione di nuovi svincoli e di strade complanari per un tratto di circa 100 km.

In merito, con nota n. CDG - 0275979 del 29 maggio 2017, l'ANAS ha fornito le proprie controdeduzioni, non condividendo quanto rilevato dal Ministero.

Pertanto, è stato richiesto il parere di questa Autorità, sia con riferimento al caso specifico, che in generale rispetto all'applicazione dell'accordo quadro nell'appalto di nuove opere e di interventi di manutenzione straordinaria.

Nell'adunanza del 27 settembre 2017, il Consiglio dell'Autorità, ha, al riguardo, già approvato le proprie valutazioni che sono state comunicate al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con nota prot. n. 113635 del 3 ottobre 2017.

Le considerazioni espresse dall'Autorità hanno avuto notevole risonanza sulla stampa specialistica che ne ha riportato testualmente alcuni passaggi, sebbene il parere non sia stato pubblicato sul sito.

Anche di recente, sono pervenute all'Autorità delle richieste di accesso al citato parere rilasciato al Ministero delle Infrastrutture, in quanto con la comunicazione in questione l'Autorità pur esprimendosi su alcuni profili di legittimità di un bando specifico, ha fornito una ricostruzione del quadro normativo di riferimento ed un indirizzo interpretativo di valenza generale, che può ritenersi di interesse per tutti gli operatori del settore.

Pertanto, ai sensi dell'art. 8 del Regolamento del 20 luglio 2016 per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, si rende opportuno pubblicare sul sito

dell'Autorità il parere già reso alla amministrazione richiedente, in modo da consentirne la consultazione.

Ritenuto in diritto

La questione sottoposta all'Autorità concerne la legittimità del ricorso all'accordo quadro per i lavori che dovranno interessare la SS131 "Carlo Felice", alla luce delle modifiche introdotte dal nuovo codice a detto strumento.

Sul punto, sembra utile premettere che tra le novità introdotte dal d.lgs. n. 50/2016 - come ricordato sia dal Ministero che dall'ANAS - si registra certamente l'eliminazione della precisazione prevista dall'art. 59 del d.lgs. n. 163/2006, in base alla quale l'accordo quadro trova applicazione solo per i lavori di manutenzione.

Al contempo, il nuovo codice ha apportato altre numerose innovazioni tra cui - per quanto qui interessa - quelle concernenti la disciplina dei livelli di progettazione dei lavori pubblici e l'ambito di applicazione dell'appalto integrato. Si tratta di interventi correlati dal dichiarato obiettivo di innalzare il livello della qualità dei progetti e di rafforzare la separazione tra la fase di progettazione e quella di esecuzione dell'appalto; ciò, in ossequio all'art. 1 comma 1 lett. oo) della legge delega n. 11/2016, che indica quale criterio la: "valorizzazione della fase progettuale negli appalti pubblici e nei contratti di concessione di lavori, promuovendo la qualità architettonica e tecnico-funzionale, anche attraverso lo strumento dei concorsi di progettazione e il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione elettronica e informativa per l'edilizia e le infrastrutture, limitando radicalmente il ricorso all'appalto integrato".

Sicché, al momento della pubblicazione del bando di gara sottoposto all'esame di questa Autorità, che è avvenuta sulla G.U.R.I. del 17 maggio 2017, era già da tempo in vigore il divieto introdotto dall'art. 59 comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 di ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori, fuori dai casi espressamente indicati; ciò, sebbene quest'ultima modalità di affidamento fosse proprio quella in precedenza indicata nella documentazione istruttoria presentata al C.I.P.E. per l'approvazione del progetto definitivo predisposto dall'ANAS e per l'assegnazione del relativo finanziamento.

Infatti, la relativa delibera del C.I.P.E. n. 108 del dicembre 2015, richiamata nella comunicazione del Ministero, contiene un riferimento alla realizzazione delle opere mediante appalto integrato, ma è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale solo in data 27 aprile 2016, ossia dopo l'entrata in vigore del nuovo codice e del richiamato divieto.

Si osserva, inoltre, che al momento della pubblicazione del bando in esame, la nuova disciplina transitoria, introdotta con riferimento al divieto di appalto integrato nel codice dei contratti dal d.lgs. n. 19 aprile 2017 n. 56, non era ancora entrata in vigore. Infatti, in base all'art. 216 comma 4 bis, il divieto non si applica per le opere - come quella in questione - i cui progetti definitivi risultino approvati dall'organo competente alla data di entrata in vigore del codice, sempre che la pubblicazione del bando sia avvenuta entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della norma. Ad ogni modo, la nuova disposizione è entrata in vigore il 20 maggio - quindici giorni dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale 5 maggio 2017, n. 103, S.O. del decreto correttivo - tre giorni dopo la pubblicazione del bando di gara in esame.

Pertanto, sembrerebbe che l'introduzione del divieto di appalto integrato e la successione degli interventi del Legislatore come appena ricostruita - più che la diversa formulazione della disciplina dell'accordo quadro nel nuovo codice - consenta di comprendere la scelta effettuata dall'ANAS sulle modalità di aggiudicazione; ciò, soprattutto ove si consideri anche l'esigenza - chiaramente rappresentata da quest'ultima nelle controdeduzioni offerte al Ministero delle

Infrastrutture - di aggiudicare l'appalto entro il 31 dicembre 2017, al fine di avere accesso al finanziamento dell'opera.

Quanto all'estensione dell'istituto dell'accordo quadro ai lavori operata dall'art. 54 del d. lgs. n. 50/2016, si rileva che la motivata interpretazione restrittiva del Ministero - secondo cui muovendo dalla definizione stessa di accordo quadro occorrerebbe, in ogni caso, escluderne l'applicazione a tutti i lavori diversi dalla manutenzione - potrebbe non trovare conferma nel tenore letterale della norma che, invece, pare rivelare un opposto intento da parte del Legislatore.

Tuttavia, sul punto, non pare necessario svolgere ulteriori approfondimenti in quanto, pur ammettendo l'utilizzabilità dell'accordo quadro per lavori diversi dalla manutenzione, nel caso in esame, occorre piuttosto valutare se, come ritenuto dal Ministero, l'ANAS abbia disatteso l'obbligo di aggiudicare l'esecuzione di lavori pubblici, previa definizione della relativa progettazione.

Al riguardo, si rileva che, alla luce della definizione di accordo quadro ("l'accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste"), il ricorso a tale strumento pare presupporre che siano stabilite tutte le condizioni dell'affidamento e, dunque, anche quelle concernenti le modalità con cui dovranno svolgersi le prestazioni o le opere che saranno aggiudicate, potendo restare indefinite le sole quantità che saranno effettivamente richieste dalla stazione appaltante. Ciò, in particolare, dovrebbe valere quando l'accordo quadro sia stato sottoscritto con un unico aggiudicatario, in quanto l'ipotesi in cui lo stesso non contenga tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture è riferita - nell'art. 5 comma 4 lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 - solo all'accordo sottoscritto con più operatori economici, tra i quali, infatti, è necessario riaprire il confronto competitivo.

Peraltro, anche in quest'ultima ipotesi sono solo alcuni termini della prestazione a poter essere definiti nella fase successiva in cui è aggiudicato il singolo contratto; mentre, nel caso in esame, manca la descrizione delle opere da realizzare, in quanto sebbene sia presente quella - pure dettagliata - delle singole lavorazioni, non è stata messa a disposizione degli operatori economici alcuna progettazione delle opere.

Riguardo al livello di progettazione necessario per i lavori in questione occorre anche rilevare che, diversamente da quanto sostenuto dall'ANAS nelle proprie controdeduzioni - secondo la quale gli stessi sarebbero assimilabili ad un rilevante intervento di manutenzione straordinaria - si tratta di nuove opere e non solo di manutenzione, seppure straordinaria. Infatti, non sembra possano rientrare nella definizione di manutenzione straordinaria la maggior parte delle opere descritte nel progetto definitivo ed indicate nella delibera CIPE n.108/2015, che consistono nell'eliminazione delle intersezioni a raso e la loro sostituzione con nuovi svincoli a livelli sfalzati, nell'adeguamento di svincoli esistenti mediante modifica dello sviluppo delle corsie di accelerazione e decelerazione, nella realizzazione di nuove piazzole; infatti, l'art. 3 comma 1 lett. oo-quinquies del d.lgs. 50/2016 definisce: "manutenzione straordinaria», fermo restando quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dal decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali dei manufatti e delle relative pertinenze, per adeguarne le componenti, gli impianti e le opere connesse all'uso e alle prescrizioni vigenti e con la finalità di rimediare al rilevante degrado dovuto alla perdita di caratteristiche strutturali, tecnologiche e impiantistiche, anche al fine di migliorare le prestazioni, le caratteristiche strutturali, energetiche e di efficienza tipologica, nonché per incrementare il valore del bene e la sua funzionalità".

A ciò si aggiunga che l'art. 23 comma 3-bis del codice, introdotto dal decreto correttivo ha previsto la progettazione semplificata - da definirsi mediante decreto del Ministero - per i soli casi

di interventi di manutenzione ordinaria fino a un importo di 2.500.000 euro. Lo stesso correttivo ha anche previsto - all'art. 216 comma 4 del codice - che fino alla data di entrata in vigore del predetto decreto, i soli contratti di lavori di manutenzione ordinaria possono essere affidati sulla base del progetto definitivo costituito almeno da una relazione generale, dall'elenco dei prezzi unitari delle lavorazioni previste, dal computo metrico-estimativo, dal piano di sicurezza e di coordinamento. Fino alla data di entrata in vigore del medesimo decreto, l'esecuzione dei lavori può prescindere dall'avvenuta redazione e approvazione del progetto esecutivo, solo qualora si tratti di lavori di manutenzione, ad esclusione degli interventi di manutenzione che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere.

Pertanto, nel caso di specie, trattandosi di nuove opere e di manutenzione straordinaria, la stazione appaltante, pur non avendo fornito alcuna indicazione sul punto nell'ambito della documentazione di gara, non potrà esimersi dal predisporre una progettazione esecutiva prima dell'esecuzione dei lavori.

Tuttavia, detti progetti non hanno potuto essere oggetto di valutazione da parte degli operatori economici aggiudicatari che hanno già partecipato alla procedura di aggiudicazione e formulato la propria offerta solo sulla base della incompleta documentazione di gara; come già accennato, quest'ultima comprendeva, infatti, solo una dettagliata descrizione delle singole lavorazioni e un elenco rappresentativo di quelle che saranno comprese in ciascuno dei successivi specifici appalti (Corografia dei Luoghi; elenco Prezzi; elenco prezzi sicurezza; capitolato generale, capitolato speciale; schema rappresentativo dei lavori in appalto).

Tale circostanza potrebbe aver determinato la riduzione del numero dei partecipanti; infatti, pur trattandosi dell'aggiudicazione di un contratto per un importo molto rilevante, pari a € 126.225.000,00, complessivi ed a € 45.000.000,00 per ciascun lotto, da verifiche effettuate risulta che hanno versato il contributo per la partecipazione per il lotto n. 1, nove operatori economici, per il lotto 2, cinque operatori economici, mentre per il lotto 3, quattro operatori economici¹.

Inoltre, si osserva che la predisposizione della progettazione è necessaria per individuare esattamente la categoria e le classi dei lavori che devono essere affidati e, conseguentemente, per fissare correttamente i corrispondenti requisiti di partecipazione, evitando di restringere ingiustificatamente il numero dei possibili partecipanti.

Infine, si rileva che la mancata adeguata definizione dell'oggetto dell'appalto, mediante la progettazione potrebbe aver impedito ai partecipanti di offrire alla stazione appaltante un prezzo più conveniente.

Pertanto, in base a quanto sopra considerato e ritenuto,

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, di concordare con quanto concluso dal competente Dipartimento del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, riguardo alla necessità che l'aggiudicazione di nuove opere ed interventi di manutenzione straordinaria avvenga nel rispetto della disciplina sulla progettazione, anche in caso di ricorso allo strumento dell'accordo quadro; ciò, in quanto, ove pure si ritenga che le modifiche apportate dal nuovo codice alla disciplina dell'accordo quadro abbiano l'effetto di estenderne l'ambito di applicazione alla manutenzione straordinaria ed ai lavori, restano fermi gli obblighi di progettazione previsti dallo stesso codice.

¹ Il numero degli offerenti per lotto non è stato indicato nella scheda di gara pubblicata sul sito della stazione appaltante, né comunicato a questa Autorità, in quanto non risulta dalla BDNCP.

Ai sensi dell'art. 8 del Regolamento del 20 luglio 2016 per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, dispone la pubblicazione sul sito dell'Autorità del presente parere, già reso all'amministrazione istante, con nota prot. n. 113635 del 3 ottobre 2017.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1° giugno 2018

Il Segretario Maria Esposito