

DELIBERA N. 264

Del 9 marzo 2021

Oggetto

Fascicolo UVLA 2973/2019 - Interventi di completamento, parte A, dei lavori di costruzione del tratto in variante della S.S. n. 3 bis "Tiberina" SGC E/45 in località Lidarno a Schifanoia - 5° Lotto - 1° Stralcio: dal km 13+640 al Km. 17+454 (PGUP00019) – S.A. ANAS S.p.A.

Visti il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ed il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori

PREMESSA

Nell'ambito dell'attività di verifica preventiva svolta dall'Autorità, di cui alla nota ANAS prot. CDG-288688 del 21.05.2019, acquisita al prot. ANAC n. 41213 del 21.05.2019, in esecuzione del Protocollo d'azione stipulato con ANAS s.p.a., ai sensi dell'art. 49, co. 7, del d.l. 24 aprile 2017, n. 50 conv. in legge, con modificazioni, del 21 giugno 2017, n. 96, concernente l'attività deflattiva del contenzioso presso la medesima stazione appaltante, venivano rilevate alcune criticità relative all'esecuzione degli Interventi di completamento, parte A, dei lavori di costruzione del tratto in variante della S.S. n. 3 bis "Tiberina" SGC E/45 in località Lidarno a Schifanoia - 5° Lotto - 1° Stralcio: dal km 13+640 al Km. 17+454 (PGUP00019), affidati all'impresa [... OMISSIS ...].

In particolare, per il citato affidamento, pur concluso nel 2016, non risultava redatto il conto finale; inoltre, non era stato eseguito il collaudo ed era stata redatta una perizia in variante (dal 2016) ancora non approvata.

Con riferimento a tale ultima variante, identificata nella 3° perizia di variante (n.79 del 15.9.2016), emergeva pertanto il carattere postumo della stessa (adottata circa due mesi dopo lo svolgimento delle lavorazioni), nonché il ritardo nella relativa approvazione, non ancora intervenuta al tempo della verifica preventiva svolta, dandosi evidenza, tra l'altro, della volontà di addivenire, in sede di definizione del contenzioso, alla disapplicazione della penale risultata pari ad € 4.394.373,33.

Considerato in fatto

In relazione alle circostanze emerse, nell'esercizio del potere di vigilanza ex art. 213, comma 3 del d.lgs. 50/2016, l'Autorità, con nota prot. 81542 del 30.10.2020, nel prospettare i predetti elementi di anomalia, richiedeva di acquisire, da parte della stazione appaltante ANAS S.p.a., un aggiornamento in merito allo sviluppo dell'appalto, con contestuale acquisizione degli elementi documentali inerenti alla formalizzazione degli atti concernenti la certificazione dell'ultimazione dei lavori e dell'accertamento della regolarità degli stessi, nonché in riferimento alla formalizzazione della citata perizia di variante, dando contezza delle motivazioni sottese al ritardo nel perfezionamento di tali atti, con invito ad esplicitare le tempistiche previste per l'eventuale apertura al pubblico dell'opera.

Relativamente alla prospettata disapplicazione della penale, si richiedeva altresì di voler esplicitare la relativa determinazione assunta e le ragioni sottese, unitamente alle motivazioni che avevano indotto a ritenere giustificato il predetto periodo di ritardo mediante l'adozione della terza perizia di variante.

La richiesta informativa sopra richiamata veniva riscontrata da ANAS S.p.a. con nota acquisita al prot. n. 91514 del 01.12.2020 con la quale, dopo aver descritto l'intervento e fornito un aggiornamento in merito allo sviluppo dei lavori, veniva fornito riscontro alle questioni rilevate dall'Autorità.

Con particolare riferimento all'ultimazione lavori ed all'apertura al traffico della rete stradale, la stazione appaltante evidenziava che i lavori erano terminati in data 27.07.2016 "*salvo lavorazioni di piccola entità, del tutto marginali e non incidenti sull'uso e sulla funzionalità dell'opera, completate nei successivi 60 giorni*", precisando ulteriormente che "*L'apertura al traffico del lotto in argomento è avvenuta in data 28.07.2016 - giusta Ordinanza di pari data n. 142/2016 - contestualmente a quella del contiguo lotto della medesima arteria, gestito dalla società controllata Quadrilatero Marche-Umbria S.p.A., consentendo la messa in esercizio del nuovo tratto da Pianello a Casacastalda e rendendo interamente percorribile un tratto complessivo di circa 15 km, lungo la direttrice Perugia-Ancona, dall'innesto con la S.S. 3bis (S.G.C. E45) in località Schifanoia*".

Riguardo alla 3^a Perizia di Variante del 2016, ANAS S.p.a. rappresentava che "*Nella fase conclusiva dei lavori è emersa l'esigenza di procedere all'introduzione di specifiche lavorazioni di completamento e/o integrazione, al fine di garantire la piena funzionalità della costruenda opera, anche per uniformità con i lavori in via di completamento sul lotto adiacente, da parte di Quadrilatero Marche - Umbria S.p.A.*" e che tali variazioni, per un maggiore importo complessivo di € 422.556,04, non avevano modificato l'importo complessivo del contratto "*essendosi potuta prevedere, onde far fronte alle esigenze descritte, una rimodulazione dei corpi d'opera, con parziale stralcio o sostituzione di alcune lavorazioni non strettamente indispensabili e/o tali da non pregiudicare la funzionalità dell'opera e da non alterare la natura del progetto*".

In relazione alle lavorazioni ed agli interventi di cui sopra, la stazione appaltante ulteriormente precisava che "*in data 5.07.2016 con prot. CPG-0011156-P, veniva prodotto apposito rapporto informativo del Responsabile del Procedimento, ai fini dell'ottenimento dell'autorizzazione a procedere alla connessa redazione della terza Perizia di Variante, prospettando altresì, nelle more del perfezionamento della medesima, di disporre le variate lavorazioni, considerata l'avanzata fase di esecuzione dei lavori, prossima a consentire l'apertura al traffico*", precisando ulteriormente che "*l'Impresa aveva provveduto a sottoscrivere il relativo atto di sottomissione in data 08.07.2016, senza sollevare eccezioni e pertanto, con Ordine di Servizio n. 12 del 8.07.2016, prot. CPG-0012000 del 19.7.2016, la Direzione dei Lavori ordinava l'esecuzione delle citate lavorazioni, agli stessi patti e condizioni del contratto in essere, salvo l'introduzione dei menzionati n. 13 nuovi prezzi, nonché secondo quanto dettagliato negli elaborati grafici allegati*".

Riguardo alla variante in esame, la S.A. rappresentava ulteriormente che "*Considerato che le variazioni in argomento rientrano tra le ipotesi indicate dall'art. 132 comma 3, 2° capoverso del D. Lgs. 163/06, che*



l'esecuzione delle variate lavorazioni rientrava nei limiti dispositivi del Responsabile del Procedimento (ex art. 161 comma 9 del DPR 207/2010) ed era stata, altresì, disposta corredando il relativo Ordine di Servizio degli elementi progettuali ed economici necessari alla connessa attuazione, nonché previa loro accettazione da parte dell'appaltatore, che l'ultimazione dei lavori era avvenuta in data 27.07.2016, i contenuti che formalmente sarebbero dovuti confluire nella terza Perizia di Variante, risultano sostanzialmente formalizzati con il predetto Ordine di Servizio".

Da ultimo, la S.A. riteneva di dover altresì "segnalare il particolare contesto nel quale si è sviluppata l'ultima fase delle attività di chiusura del cantiere, allorquando la contingente situazione creatasi a seguito del disastroso terremoto che colpiva il centro Italia, a partire dall'agosto 2016, richiedeva alla scrivente di concentrare ogni possibile sforzo per far fronte allo stato emergenziale, nonché il massimo impegno nello svolgimento delle attività di ripristino e controllo della rete viaria interessata. Tra tali necessità rientrava la verifica da parte della Direzione Lavori delle opere da poco ultimate e aperte al traffico e che, non avendo subito alcun danno, hanno costituito (assieme al nuovo tratto della S.S. 77) una valida alternativa alla rete storica seriamente compromessa".

Per quanto concerne la disapplicazione della penale, ANAS S.p.a. preliminarmente evidenziava in particolare che essa era "scaturita da valutazioni formulate, prima, dal Responsabile del Procedimento, sentiti il Direttore dei Lavori e la Commissione di Collaudo - in forza dell'art. 145 commi 7 e 8 del DPR 207/2010 - e, poi, confluite nella composizione stragiudiziale della controversia, all'epoca instaurata con l'appaltatore, nell'ambito il "Piano straordinario di componimento del contenzioso" adottato da Anas, mediante sottoscrizione di apposita transazione, sottoposta alla verifica preventiva di codesta Spettabile Autorità e perfezionata in data 8.08.2019, come da intercorsa corrispondenza allegata alla presente per pronta memoria".

In ordine alle motivazioni che avevano condotto alla disapplicazione della penale, ANAS S.p.a. precisava che "L'appaltatore, in occasione della sottoscrizione del certificato di ultimazione, avanzava richiesta di non applicazione della penale, in ordine alla quale si esprimeva favorevolmente il Responsabile del Procedimento, sulla scorta anche degli appositi pareri resi dal Direttore dei Lavori e dalla Commissione di Collaudo, osservando che, in forza delle interconnessioni tra la parte principale dell'appalto ed i lavori oggetto della seconda perizia, il ritardo effettivo sarebbe venuto a misurarsi in 206 giorni (a fronte dei 700 giorni rinvenienti dal termine della parte principale dell'appalto)", evidenziando ulteriormente che "Il Rup rilevava, comunque, la manifesta sproporzione della penale rispetto all'interesse dell'Anas, atteso che la messa in esercizio dell'opera, una volta completata, restava subordinata all'ultimazione del lotto limitofò". Infine, relativamente al conto finale ed al collaudo dei lavori, la stazione appaltante significava che "A valle del completamento dei lavori, è stato dato avvio alle operazioni di redazione del Conto Finale" e che "Va precisato che le relative attività hanno subito rallentamenti a causa (i) della situazione di crisi in cui versava l'appaltatore, che ha comportato, dapprima, la sua ammissione al concordato preventivo ex art. 161, comma 6, della Legge Fallimentare e, da ultimo, il suo fallimento; (ii) della conseguente necessità della DL di sostituirsi all'appaltatore nello svolgimento di talune attività (dovendo, ad esempio, procedere alla completa digitalizzazione dei disegni di As-Built dell'opera, non avendo l'impresa, nel frattempo fallita, mai provveduto alla loro consegna in formato digitale)".

Veniva, conclusivamente, rappresentato che "Parallelamente le Parti avviavano la definizione della questione dell'applicazione della penale, culminata nella stipula della citata transazione. Si è pervenuti pertanto alla sottoscrizione del Conto Finale in data 11.09.2019, come risulta dalla relativa Relazione di accompagnamento" e che "La Direzione Lavori, pertanto, avviava le operazioni di collazione conclusiva della documentazione tecnico-amministrativa inerente l'appalto, ai fini dell'effettuazione del collaudo finale. In conseguenza, nel mese di ottobre u.s., si sono potuti concludere la complessiva digitalizzazione della documentazione in argomento, nonché il relativo caricamento sui sistemi aziendali di archiviazione

e consultazione (PDM). Allo stato, sono in via di completamento le operazioni di collaudo finale dell'opera, ritardate anche a causa dei limiti operativi imposti dall'intervenuta pandemia da COVID-19, prevedendosi a breve il rilascio del relativo certificato e, comunque, non oltre il primo trimestre 2021".

Considerato in diritto

Come evidenziato nelle premesse, l'appalto in esame risulta caratterizzato, altresì, dall'adozione di una terza perizia di variante per un importo complessivo di euro 422.556,04, concretizzandosi in relazione, tra l'altro, "ad esigenze di miglioramento della sicurezza dell'infrastruttura e della circolazione stradale, per le quali si è prevista: (i) l'installazione sulle opere d'arte di reti di protezione antipanico, in luogo degli originari parapetti metallici tritubo; (ii) l'integrazione localizzata della segnaletica stradale, in corrispondenza del passaggio dalla sezione a doppia carreggiata alla sezione a carreggiata unica; (iii) l'installazione di pezzi speciali in corrispondenza delle barriere di sicurezza", per la quale l'ANAS ha evidenziato che "le suddette lavorazioni hanno richiesto la preventiva formazione di n. 13 Nuovi Prezzi, concordati con l'Appaltatore mediante apposito Verbale di Concordamento n. 3 del 31.05.2016ed approvati dal Responsabile del Procedimento ai sensi dell'art. 163 del D.P.R. n. 207/2010". Nell'ambito della stessa variante, risulta evidenziato che le variazioni intercorse non hanno modificato l'importo complessivo del contratto ".....essendosi potuta prevedere, onde far fronte alle esigenze descritte, una rimodulazione dei corpi d'opera, con parziale stralcio o sostituzione di alcune lavorazioni non strettamente indispensabili e/o tali da non pregiudicare la funzionalità dell'opera e da non alterare la natura del progetto, quali, in via esemplificativa, opere idrauliche minori non più necessarie, opere in verde su aree sottostanti ad alcuni viadotti che sarebbero state interessate dalle attività di cantiere per la realizzazione della seconda carreggiata, parapetti metallici tritubo".

In riferimento alle modalità di perfezionamento di tale variante, a fronte dell'elemento di contestazione, riferibile al carattere postumo, a fronte dell'intervenuta ultimazione dei lavori avvenuta in data 27.07.2016, l'ANAS ha rappresentato di aver proceduto in esito ad un rapporto informativo del Responsabile del Procedimento del 05.07.2016, finalizzato all'ottenimento dell'autorizzazione a procedere alla connessa redazione della terza Perizia di Variante, prospettando altresì, nelle more del perfezionamento della medesima, di disporre le variate lavorazioni, alla luce anche dell'atto di sottomissione sottoscritto dall'impresa in data 08.07.2016, senza sollevare eccezioni; conseguentemente, e pertanto, con Ordine di Servizio n. 12 del 8.07.2016, la Direzione dei Lavori ordinava l'esecuzione delle citate lavorazioni.

L'esame del citato atto di sottomissione consente tuttavia di rilevare che lo stesso, oltre a risultare non controfirmato da ANAS, risulta non compilato nella parte relativa ai riferimenti alla variante stessa, da valere, dunque come semplice schema, inidoneo alla dimostrazione del perfezionamento degli atti di variante; si rileva, conseguentemente, che sia il citato OdS n. 12 del 8.07.2016, con il quale la Direzione dei Lavori ordinava l'esecuzione delle citate lavorazioni di variante, che l'esecuzione degli stessi interventi risulterebbero avvenuti in carenza della formalizzazione/approvazione della variante in esame.

A tale riguardo, alla luce degli elementi in atti, si evidenzia infatti che solamente con comunicazione in data 5.08.2016, l'ANAS autorizzava il Responsabile del Procedimento alla redazione della Perizia di variante, non coerentemente con la normativa all'epoca vigente. Sotto tale profilo, nel rilevare la riconducibilità delle predette varianti, come rilevato dall'ANAS, alle ".....ipotesi indicate dall'art. 132 comma 3, 2° capoverso del D. Lgs. 163/06" – contenente la previsione che "Sono inoltre ammesse, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, sempreché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento



della stipula del contratto. L'importo in aumento relativo a tali varianti non può superare il 5 per cento dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera al netto del 50 per cento dei ribassi d'asta conseguiti - si richiama il disposto dell'art. 161 del d.p.r. 207/2010, laddove, al comma 1, risulta espressamente previsto che *"Nessuna variazione o addizione al progetto approvato può essere introdotta dall'esecutore se non è disposta dal direttore dei lavori e preventivamente approvata dalla stazione appaltante nel rispetto delle condizioni e dei limiti indicati all'articolo 132 del codice"* e che, al comma 5, *"Gli ordini di variazione fanno espresso riferimento all'intervenuta approvazione, salvo il caso di cui all'articolo 132, comma 3, primo periodo, del codice"*, a cui non è riferibile la variante in esame.

Pertanto, alla luce di quanto esposto, inconferente appare il richiamo della stazione appaltante al fatto che *"l'esecuzione delle variare lavorazioni rientrava nei limiti dispositivi del Responsabile del Procedimento (ex art. 161 comma 9 del DPR 207/2010)"* e che *"i contenuti che formalmente sarebbero dovuti confluire nella terza Perizia di Variante, risultano sostanzialmente formalizzati con il predetto Ordine di Servizio"*, dal momento che a ben vedere la concreta formalizzazione della variante in esame non era presente al momento della sottoscrizione dello schema dell'atto di sottomissione da parte dell'impresa, determinandosi conseguentemente un *modus procedendi* in contrasto con la suddetta normativa, laddove, anche a volere ammettere l'applicabilità del disposto del comma 9 dell'art. 161 del d.p.r. 207/2010 – laddove si prevede, in riferimento alle variazioni che non comportano la necessità di ulteriore spesa rispetto a quella prevista nel quadro economico del progetto approvato, che *"negli altri casi, le perizie di variante sono approvate dal responsabile del procedimento, sempre che non alterino la sostanza del progetto"* – alcuna preventiva approvazione del responsabile del procedimento era appunto presente al momento dell'esecuzione degli interventi di variante, circostanza che ha indotto la stazione appaltante a precisare che detta variante risulterebbe sostanzialmente formalizzata con un mero Ordine di Servizio.

Peraltro, merita osservare che le modalità adottate per la redazione/perfezionamento della variante n. 3 in esame, non risultano in realtà inquadrabili alla luce del disposto dell'art. 161 del d.p.r. n. 207/2010, come di esclusiva pertinenza del Responsabile del Procedimento, laddove nella stessa relazione di accompagnamento allo Stato Finale del 12.09.2019, prodotta dalla stazione appaltante, oltre a darsi atto che *"le variare lavorazioni sono state ordinate in data 08.07.2016 con OdS n. 12"*, si rileva che *"con nota CDG-0088722-P, la D.G. Anas ha autorizzato la redazione della PVT richiesta"*, con data 05.08.2016, e che, riferendosi alla perizia stessa, risulta evidenziato che *"quest'ultima (PVT n. 79 del 15.09.2016) è stata trasmessa per l'approvazione alla D.G. Anas in data 07.11.2016, prot. CPG-0018189-P"*, senza darsi però evidenza dell'approvazione finale da parte degli organi deliberativi dell'Ente. Infatti nella medesima relazione risulta precisato che *"...la succitata PVT n. 79, per quanto formalmente autorizzata nella sua redazione, non è stata poi approvata, determinando di fatto una sospensione delle attività conclusive dell'appalto da parte della D.L., in data 16.01.2019, con nota dispositiva prot. CDG-0024793-1, il Responsabile del Procedimento ha disposto la ripresa delle attività di pertinenza del Direttore dei Lavori, in applicazione dei contenuti del Verbale di Concordamento Nuovi Prezzi n.3 del 31.05.2016 e dell'OdS n. 12, onde semplificare l'iter istituzionale inerente all'applicazione della penale maturata e alla conclusiva disamina delle riserve dell'impresa"*, non rinvenendosi ulteriori elementi anche nell'ultimo riscontro fornito dalla stazione appaltante circa l'intervenuta approvazione.

In realtà, nella valutazione dell'effettiva portata e rilevanza della predetta variante – che come riferito dalla stazione appaltante ha comportata una maggiorazione di importo pari ad euro 422.556,04, senza tuttavia, apportare modifiche all'importo complessivo del contratto - vanno comunque considerate non solo le lavorazioni aggiuntive intercorse, ma anche le lavorazioni che sono state oggetto di stralcio e che sono state disposte *"...onde mantenere invariato l'importo contrattuale"*, la cui complessiva operazione, unitamente alla necessità di introduzione di n. 13 nuovi prezzi, avrebbero potuto indurre la medesima

stazione appaltante a richiedere l'attivazione della Direzione Generale dell'ANAS nell'ambito del processo approvativo che risulterebbe ad oggi non ancora perfezionato.

Con particolare riferimento alla disapplicazione della penale, è emerso che i lavori sono stati ultimati con 700 giorni di ritardo rispetto al termine fissato del 27.08.2014, ad eccezione dei lavori della 2° PVT terminati con giorni 206 di ritardo rispetto al termine fissato con la medesima PVT, laddove si concedevano ulteriori 160 giorni per l'esecuzione dei soli lavori interessati dalla 2 variante.

Ciò posto, il predetto ritardo, ai sensi dell'art. 25 del Capitolato Speciale di Appalto e dell'art. 9 del Contratto di Appalto, avrebbe dovuto comportare l'applicazione di una penale pari ad euro 4.394.373,33, in relazione alla quale l'ANAS ha evidenziato che *"la disapplicazione della penale, invece, è scaturita da valutazioni formulate, prima, dal Responsabile del Procedimento, sentiti il Direttore dei Lavori e la Commissione di Collaudo - in forza dell'art. 145 commi 7 e 8 del DPR 207/2010 - e, poi, confluite nella composizione stragiudiziale della controversia, all'epoca instaurata con l'appaltatore, nell'ambito il "Piano straordinario di componimento del contenzioso" adottato da Anas, mediate sottoscrizione di apposita transazione, sottoposta alla verifica preventiva di codesta Spettabile Autorità e perfezionata in data 8.08.2019, come da intercorsa corrispondenza allegata alla presente per pronta memoria"*.

Con riguardo all'iter per la predetta disapplicazione è stato evidenziato che *"L'appaltatore, in occasione della sottoscrizione del certificato di ultimazione, avanzava richiesta di non applicazione della penale, in ordine alla quale si esprimeva favorevolmente il Responsabile del Procedimento, sulla scorta anche degli appositi pareri resi dal Direttore dei Lavori e dalla Commissione di Collaudo, osservando che, in forza delle interconnessioni tra la parte principale dell'appalto ed i lavori oggetto della seconda perizia, il ritardo effettivo sarebbe venuto a misurarsi in 206 giorni (a fronte dei 700 giorni rinvenienti dal termine della parte principale dell'appalto)"* e che *"il Rup rilevava, comunque, la manifesta sproporzione della penale rispetto all'interesse dell'Anas, atteso che la messa in esercizio dell'opera, una volta completata, restava subordinata all'ultimazione del lotto limitrofo"*.

Ciò posto - nel rilevare preliminarmente che il riscontro fornito dall'Autorità in riferimento alla proposta transattiva, nel prendere atto delle deduzioni dell'Ente appaltante, faceva espressamente salvi *"poteri di vigilanza, segnalazione e sanzionatori istituzionalmente attribuiti a questa Autorità"* - in riferimento alle considerazioni svolte dall'ANAS, merita osservare, in primo luogo, che la rideterminazione del ritardo in 206 giorni, operata ex post alla luce della ritenuta sostanziale interconnessione tra gli interventi principali e quelli oggetto della seconda perizia, senza fare ricorso durante l'esecuzione dell'appalto a sospensione dei lavori, che avrebbero dovuto certificare la non procedibilità delle lavorazioni interferenti con quelli della seconda perizia, evidenzia in primo luogo una non corretta gestione dell'appalto in riferimento alla corretta registrazione delle tempistiche dell'andamento dei lavori. A tale riguardo si evidenzia che non risulterebbero correttamente attuate le previsioni di cui agli artt. 158 e 159 del d.p.r. 207/2010, che hanno riprodotto il disposto di cui all'art. 133 del d.p.r. 554/1999, tenuto conto che *"Qualora circostanze speciali impediscano in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, il direttore dei lavori ne ordina la sospensione, indicando le ragioni e l'imputabilità anche con riferimento alle risultanze del verbale di consegna"* e che *"In ogni caso, e salvo che la sospensione non sia dovuta a cause attribuibili all'esecutore, la sua durata non è calcolata nel tempo fissato dal contratto per l'esecuzione dei lavori"*.

Accanto a tale rideterminazione dei tempi contrattuali, già operata ex post al di fuori di una corretta registrazione negli atti contabili e gestionali dell'appalto, la medesima stazione appaltante ha comunque ritenuto di disapplicare totalmente la prevista penale, sulla scorta della ritenuta *"manifesta sproporzione tra la penale e l'interesse della Stazione Appaltante"*, rilevandosi la mancata funzionalità dell'opera di cui trattasi, dal lato Valfabbrica, in attesa del completamento dell'adiacente intervento di Quadrilatero S.p.a., ove presente l'omonimo svincolo.



Tale considerazione non parrebbe condivisibile, tenuto presente che i lavori sono di fatto terminati in data 27.07.2016 (salvo, tra l'altro, lavorazioni di piccola entità, del tutto marginali e non incidenti sull'uso e sulla funzionalità dell'opera, completate nei successivi 60 giorni) e immediatamente aperti al traffico il giorno dopo in data 28.07.2016, giusta Ordinanza di pari data n. 142/2016, manifestandosi pertanto, quantomeno, la necessità di provvedere al completamento dei lavori nei tempi previsti, che avrebbe consentito un più agevole sviluppo delle procedure di verifica e collaudazione delle opere, propedeutiche alla messa in esercizio dell'infrastruttura, di fatto avvenuta con i lavori di completamento, all'epoca in corso, laddove nessun elemento di specificazione risulta fornito dalla stazione appaltante in merito all'avvenuta collaudazione statica delle opere strutturali, né si rinvergono peraltro ulteriori elementi dall'esame della citata ordinanza.

Ferme restando tali considerazioni, va comunque osservato che la decisione di disapplicazione totale della penale, adottata dalla stazione appaltante mediante lo stralcio di una somma pari ad € 4.394.373,33, non può ritenersi immune da profili di anomalia e di eccessività riguardo alla corretta applicazione delle clausole contrattuali.

A tale riguardo, si osserva in punto di diritto che ai sensi dell'art. 145, comma 7 del d.p.r. 207/2010, ovvero ex art. 22, comma 4 del DM 145/2000, "*È ammessa, su motivata richiesta dell'esecutore, la totale o parziale disapplicazione delle penali, quando si riconosca che il ritardo non è imputabile all'esecutore, oppure quando si riconosca che le penali sono manifestamente sproporzionate, rispetto all'interesse della stazione appaltante. La disapplicazione non comporta il riconoscimento di compensi o indennizzi all'esecutore*".

In tale contesto, le argomentazioni addotte dalla stazione appaltante riguardo alla dedotta "sproporzione", non escludendo del tutto l'imputabilità del ritardo all'esecutore, non sembrano, invero, sufficienti a giustificare il totale annullamento della penale, svuotando di concreto significato la duplice natura della medesima, risarcitoria e sanzionatoria, laddove esigenze di proporzione si sarebbero potute realizzare semmai mediante una riduzione della penale, ai sensi del sopra citato disposto normativo. A tale riguardo lo stesso Consiglio di Stato ha avuto modo di riconoscere, in relazione alla clausola penale, la "*...funzione di coercizione all'esatto adempimento e come tale svolgendo (secondo l'intenzione delle parti) anche una funzione sanzionatoria o di pena privata*" (cfr. Consiglio di Stato n. 06094/2014), che verrebbe di fatto elusa mediante una disapplicazione totale in relazione ad esigenze di proporzionalità riguardo all'interesse della stazione appaltante.

Tra l'altro, si tenga presente che la giurisprudenza, riguardo all'applicazione dell'art. 1384 del codice civile, in tema di riduzione della clausola penale da parte del giudice, che ripropone la valutazione in riferimento "*all'interesse che il creditore aveva all'adempimento*", ha avuto modo di rilevare che "*Il criterio al quale il giudice deve ispirarsi per esercitare il potere di riduzione della penale contrattualmente prevista non è la valutazione del danno che sia stato accertato o risarcito, ma l'interesse che la parte ha, secondo le circostanze, all'adempimento della prestazione cui ha diritto, precisandosi che tale valutazione deve essere riferita al momento in cui si è concluso il contratto cui accede, e non a quello nel quale viene chiesto il pagamento, sicché ove essa risulti adeguata all'interesse del creditore all'adempimento con riguardo al momento della stipulazione, rimane priva di rilevanza l'eventuale eccessività per la sopravvenienza di fatti che riducano l'interesse del creditore o l'entità del pregiudizio che il medesimo viene a subire per effetto dell'inadempimento*" (cfr. Cassazione civile, sez. II, 01 Luglio 2009, n. 15468.), la cui applicazione renderebbe di fatto ininfluenza la valutazione riguardo alla situazione sopravvenuta e contingente dedotta dalla stazione appaltante in riferimento alla contemporanea esecuzione dei lavori adiacenti, dovendosi fare riferimento piuttosto all'interesse della stazione appaltante all'acquisizione dell'opera al momento della stipula del contratto. Ciò, in coerenza con la ratio *essendi* della penale contrattuale, che ha esattamente la funzione di predeterminare il valore del danno subito dal committente, esonerandolo

dall'onere di provarne l'effettività (art. 1382 c.c.). A ben vedere, nel caso di specie, l'interesse a rendere disponibili alla comunità interventi quali quello in esame, connotati da urgenza al pari di ogni appalto che interessa le infrastrutture pubbliche, potrebbe pregiudicare ogni possibile valutazione di "sproporzione" anche ai fini di una disapplicazione parziale della penale.

Ulteriore profilo di anomalia ha riguardato altresì l'eccessiva protrazione delle tempistiche previste per il perfezionamento degli atti di collaudo, laddove, come si evince dagli atti, i lavori risultano sostanzialmente ultimati in data 27.07.2016, come da certificato di ultimazione lavori, la sottoscrizione del Conto Finale sia avvenuta unicamente in data 11.09.2019, risultando, come si legge dal rapporto della medesima stazione appaltante, ancora *"in via di completamento le operazioni di collaudo finale dell'opera, ritardate anche a causa dei limiti operativi imposti dall'intervenuta pandemia da COVID-19, prevedendosi a breve il rilascio del relativo certificato e, comunque, non oltre il primo trimestre 2021"*. In merito a tali rallentamenti subiti dalla procedura, ANAS S.p.a. ha evidenziato principalmente che essi risulterebbero da ricondurre alla situazione di crisi che ha riguardato l'appaltatore, comportando dapprima la sua ammissione al concordato preventivo ex art. 161, comma 6, della Legge Fallimentare e, da ultimo, al suo fallimento, con *"conseguente necessità della DL di sostituirsi all'appaltatore nello svolgimento di talune attività (dovendo, ad esempio, procedere alla completa digitalizzazione dei disegni di As-Built dell'opera, non avendo l'impresa, nel frattempo fallita, mai provveduto alla loro consegna in formato digitale)"*, rilevandosi ulteriormente, come a seguito dell'avvenuta redazione del conto finale dell'11.09.2019 *"La Direzione Lavori, pertanto, avviava le operazioni di collazione conclusiva della documentazione tecnico-amministrativa inerente l'appalto, ai fini dell'effettuazione del collaudo finale. In conseguenza, nel mese di ottobre u.s., si sono potuti concludere la complessiva digitalizzazione della documentazione in argomento, nonché il relativo caricamento sui sistemi aziendali di archiviazione e consultazione (PDM)"*.

A tale riguardo, si evidenzia che l'art. 141 del previgente d.lgs. 163/2006 prevede che *"Il regolamento definisce le norme concernenti il termine entro il quale deve essere effettuato il collaudo finale, che deve avere luogo non oltre sei mesi dall'ultimazione dei lavori, salvi i casi, individuati dal regolamento, di particolare complessità dell'opera da collaudare, in cui il termine può essere elevato sino ad un anno"*, prevedendo ulteriormente, ai sensi dell'art. 219, comma 1 del d.p.r. 207/2010, per il caso di estensione delle verifiche di collaudo che *"1. L'organo di collaudo trasmette formale comunicazione all'esecutore e al responsabile del procedimento del prolungarsi delle operazioni rispetto al termine di cui all'articolo 141, comma 1, del codice e delle relative cause con la indicazione dei provvedimenti da assumere per la ripresa e il completamento delle operazioni di collaudo. Nel caso di ritardi attribuibili all'organo di collaudo, il responsabile del procedimento, assegna un termine non superiore a trenta giorni per il completamento delle operazioni, trascorsi inutilmente i quali, propone alla stazione appaltante la decadenza dell'incarico, ferma restando la responsabilità dell'organo suddetto per i danni che dovessero derivare da tale inadempienza"*.

A fronte di tale tempistiche, è evidente il notevole ritardo nel completamento delle operazioni di collaudo a distanza di ben oltre 4 anni dalla fine dei lavori, non risultando giustificabile il predetto ritardo alla luce delle problematiche evidenziate dalla medesima stazione appaltante, laddove eventuali carenze riferite *"alla completa digitalizzazione dei disegni di As-Built dell'opera"*, che si assume non prodotta dall'impresa appaltatrice, avrebbe richiesto l'adozione di misure tempestive per il relativo superamento, non consentendo la subita protrazione. Peraltro si osserva che nella relazione di accompagnamento al conto finale, parrebbe emergere una prolungata inattività sino al 16.01.2019 a partire dalla citata perizia di variante n. 79 del 15.09.2016, laddove si legge che tale perizia *"per quanto formalmente autorizzata nella sua redazione, non è stata poi approvata, determinando di fatto una sospensione delle attività conclusive dell'appalto da parte della D.L."*, e che solamente *"... in data 16.01.2019, con nota dispositiva prot. CDG-0024793-1, il Responsabile del Procedimento ha disposto la ripresa delle attività di pertinenza"*



del Direttore dei Lavori", cui è conseguita la "....redazione e sottoscrizione del SAL n. 23 e relativo Certificato di Pagamento e, in seguito, del conclusivo Stato Finale", prospettandosi, pertanto, anche sotto tale aspetto, un carente comportamento degli organi della stazione appaltante, caratterizzato da ritardi e differimenti che hanno inciso sull'andamento dell'appalto.

Tutto ciò considerato e ritenuto, in esito all'istruttoria espletata nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 10 marzo 2021

DELIBERA

- o di ritenere sussistente il ricorrere di profili di anomalia nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto, evidenziabili in ritardi ed approssimazioni nella gestione degli atti d'appalto e delle tempistiche occorse per l'ultimazione dei lavori, ravvisando una deficitaria attività di verifica nel corso della esecuzione delle opere con conseguenti violazioni dell'art. 10 del d.lgs. 163/2006 (RUP), dell'art. 148 del d.p.r. 207/2010 (D.L.) che ha sostituito a suo tempo l'art. 124 del d.p.r. 554/1999;
- o di rilevare nel dettaglio singoli aspetti di criticità di maggiore rilevanza nei seguenti termini:
 - adozione della terza variante in corso d'opera in violazione dell'art. 161 del d.p.r. 207/2010, laddove sia il citato OdS n. 12 del 8.07.2016, con il quale la Direzione dei Lavori ordinava l'esecuzione delle lavorazioni, che l'esecuzione degli stessi interventi risulterebbero avvenuti in carenza della formalizzazione/approvazione della variante in esame da parte dei competenti organi della stazione appaltante;
 - disapplicazione della penale in difformità delle prescrizioni contrattuali e dei principi di cui all'art. 145 del d.p.r. 207/20210, apparendo tale disapplicazione come il frutto di nuovi conteggi sui tempi di esecuzione dei lavori non supportati dagli atti gestionali dell'appalto e frutto di valutazioni non immuni da profili di anomalia e di eccessività in relazione all'intercorsa totale rinuncia ad esercitare la facoltà contrattuale in esame;
 - eccessivo protrarsi delle tempistiche per il perfezionamento degli atti di collaudo in violazione dell'art. 141 dell'allora d.lgs. 163/2006 in assenza di concreti impedimenti non imputabili alla medesima stazione appaltante.

Si dispone l'invio, a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori, della presente deliberazione alla stazione appaltante ANAS S.p.a., con invito alla stessa a comunicare, entro 30 giorni dal ricevimento, le valutazioni condotte, nonché le eventuali iniziative assunte, dando evidenza del perfezionamento degli atti di collaudo, ove intervenuti, e al contempo della comprova dell'avvenuta collaudazione delle opere strutturali, con particolare riferimento alla tratta stradale in esercizio.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 7 aprile 2021

Per il Segretario verbalizzante Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente