



Presidente

Spett.le Anas s.p.a.
Struttura Territoriale Calabria

.....
[omissis]

Fasc. Anac n. 2883/2022

Oggetto

Autostrada del Mediterraneo A2 Viadotto Torbido - Lavori di Manutenzione programmata inerenti ripristini corticali e profondi con adeguamento delle sottostrutture - contratto di accordo quadro [omissis] Nota di definizione ex art. 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Con nota assunta a prot. n. 49955 in data 22/06/2022 la ditta [omissis], impresa capogruppo mandataria del R.T.I. affidatario del contratto applicativo per l'esecuzione dell'intervento in oggetto, ha segnalato presunte anomalie progettuali e gestionali dei lavori con criticità inerenti, tra l'altro, alla sicurezza dei lavoratori. Dopo l'acquisizione di preliminari informazioni e documentazione alla S.A. veniva avviata una procedura istruttoria con nota prot. 78807 del 04/10/2022, nei confronti della S.A. nonché dell'operatore economico esponente, *"finalizzata alla verifica del corretto iter procedurale seguito dalla Stazione Appaltante per l'affidamento del contratto quadro in oggetto e successivo contratto applicativo, con particolare riferimento a presunte carenze del progetto/documentazione posta a base di gara, nonché del regolare andamento dei lavori in relazione agli adempimenti dell'impresa e agli impegni assunti dalla stessa con la sottoscrizione del contratto quadro"*.

Con nota assunta a prot. n. 89199 in data 03/11/2022 giungevano le controdeduzioni da parte di ANAS; con nota prot. n. 89700 in data 04/11/2022 venivano assunte le controdeduzioni da parte dell'operatore economico.

Le informazioni acquisite hanno consentito di ricostruire i fatti come nel seguito sintetizzati.

Con Bando del **13 novembre 2019** è stata indetta una procedura aperta accelerata ai sensi degli artt. 36, comma 2, lett. d) e 60 del D.lgs. n.50/2016, tramite il ricorso a gara telematica ai sensi dell'art. 58 del D.lgs. n. 50/2016, aggiudicata con il criterio del massimo ribasso di cui all'art. 36, comma 9 bis, del D.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento di un Accordo quadro quadriennale per *l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria per il risanamento strutturale di opere d'arte* per un importo complessivo pari a 5.000.000 di Euro.

La documentazione posta a base di gara constava essenzialmente del Capitolato Speciale Appalto – (norme tecniche e norme generali) – e dell'elenco prezzi unitari. Per l'identificazione dei lavori oggetto di appalto risultava presente unicamente un elaborato, denominato Allegato A, contenente l'elenco delle

strade oggetto di intervento ed una corografia in scala 1:850.000, oltre ad uno "schema rappresentativo dei lavori" costituente di fatto in una stima di massima dei principali materiali da utilizzare per l'appalto in questione.

Espletata la gara con provvedimento in data **24 luglio 2020** ANAS disponeva l'aggiudicazione definitiva dell'Accordo Quadro in favore della [omissis], che aveva offerto un ribasso del 32,008 %.

Il verbale di verifica del progetto esecutivo da allegare al successivo contratto attuativo (identificato come progetto n. 1822 del 28/10/2020), relativo ai "*Lavori di Manutenzione Programmata inerenti ripristini corticali e profondi con adeguamento delle sottostrutture, interventi di sostituzione degli appoggi e di miglioramento sismico per il Viadotto Torbido in carreggiata Sud e in Nord al Km 440+900 dell'Autostrada del Mediterraneo A2*" avente importo complessivo (lavori e sicurezza) pari a € 4.894.292,23, risulta datato **15 gennaio 2021**. Dalla lettura del verbale si evince che il progetto esecutivo è stato varie volte revisionato, l'ultima revisione è datata 12.01.2021. Non è stato trasmesso – pur se richiesto in sede di avvio istruttoria- l'atto di validazione del suddetto progetto. Dalla lettura dei documenti acquisiti – in particolare dal contratto applicativo – risulta che *con dispositivo n. 0019232 del 14.01.2021, il Responsabile della Struttura Territoriale Calabria ha approvato in linea tecnica il progetto n. 1822 del 28.10.2020 – codice SIL CLMSUC00313.*

In data **05 febbraio 2021** veniva stipulato il **Contratto di Accordo quadro** con l'aggiudicataria [omissis]

In data **01 marzo 2021** la stessa R.T.I. veniva convocata per procedere alla **consegna del progetto esecutivo** sopradetto, oggetto del successivo contratto attuativo; in data **10 maggio 2021**, come riferito dal RUP con la propria nota del..., "*Anas, ... vista la disposizione della DOCT/SUT per la consegna dei lavori in via d'urgenza CDG-0466821 del 16 settembre 2020, comunicava al Direttore dei Lavori di procedere alla consegna dei lavori in via d'urgenza, in attesa della stipula del Contratto Applicativo in corso di perfezionamento*".

Il **21 maggio 2021** si è pertanto proceduto alla **consegna dei lavori in via d'urgenza** come da relativo verbale. I lavori di che trattasi dovevano essere compiuti in **510 naturali e consecutivi** a decorrere dalla data del suddetto verbale e perciò **cessanti il giorno 12 ottobre 2022**. Si legge nel suddetto verbale fra l'altro quanto segue: "*Il Responsabile dei lavori Ing. A. S. richiama l'onere dell'Impresa di applicare, nel corso dell'esecuzione dei lavori, quanto previsto dal Piano di Sicurezza e Coordinamento, documento quest'ultimo che il rappresentante dell'impresa dichiara di conoscere, accettare integralmente e ritenere applicabile in ogni suo aspetto. Il Responsabile dei lavori Ing. A. S. richiama inoltre l'Impresa all'obbligo di consegna, prima dell'inizio effettivo delle lavorazioni, del citato Piano Operativo di Sicurezza. Il rappresentante dell'Impresa dichiara che l'effettivo inizio delle lavorazioni avverrà solamente dopo aver ricevuto copia della approvazione del Piano Operativo di Sicurezza da parte del Coordinatore per la Sicurezza in fase di Esecuzione, oltre che dopo aver ricevuto copia della Notifica Preliminare di cui all'art. 99 del D.Lgs. 81/08, redatta dal Responsabile dei Lavori*". Il verbale risulta firmato senza riserve dall'impresa.

In data **19 luglio 2021** veniva rilasciata dal settore difesa del suolo della città metropolitana di Reggio Calabria l'autorizzazione provvisoria – richiesta da ANAS con nota del 14 luglio 2021 – per l'accesso in alveo del torrente Torbido per l'esecuzione delle lavorazioni di progetto.

Il RUP ha, inoltre, dichiarato che *"In data **12 ottobre 2021**, in occasione della Riunione di Coordinamento Preliminare¹, svoltasi presso l'ufficio dell'Area Gestione Rete Autostrada del Mediterraneo Sezione di Reggio Calabria, alla presenza [omissis] tra i vari argomenti trattati sono stati illustrati e chiariti i contenuti del Piano di sicurezza e coordinamento"*.

In data **26 novembre 2021**, veniva stipulato il Contratto Applicativo N. 1 CDG-0753048.

In data **17 febbraio 2022** Anas trasmetteva all'impresa appaltatrice i verbali di accertamento dello stato di consistenza ed immissione in possesso afferenti alle "occupazioni temporanee strumentali" necessarie alla realizzazione dei lavori.

L'Impresa appaltatrice con nota del **22 marzo 2022**, richiedeva una **proroga dei tempi di ultimazione dei lavori pari a 272 giorni; la proroga veniva concessa** in data 24 marzo 2022 pertanto l'**ultimazione** dei lavori veniva traslata al **11 luglio 2023**.

L'Ufficio di Direzione Lavori Anas, a seguito della concessione della proroga, con nota del 08 aprile 2022 chiedeva all'impresa appaltatrice la trasmissione del Cronoprogramma esecutivo dei lavori e del progetto esecutivo di dettaglio (PED) aggiornato ai nuovi tempi contrattuali; l'impresa appaltatrice trasmetteva il **Cronoprogramma aggiornato in data 15 aprile 2022**.

Ha riferito il RUP che *"A seguito dell'invio da parte dell'impresa del Cronoprogramma aggiornato, l'Ufficio di Direzione Lavori riscontrava che il Cronoprogramma risultava incompleto, in quanto nello stesso non erano state pianificate le attività lavorative inerenti alla Sovrastruttura, attività previste negli elaborati progettuali, ed in particolare nel "Computo Metrico estimativo riportante la sigla T00CM00CMSECO1C", ed emetteva l'Ordine di Servizio N. 01 del 27 aprile 2022 ordinando all'impresa di trasmettere il Cronoprogramma ed il relativo Programma Esecutivo di Dettaglio (PED) integrato e aggiornato con quanto previsto dal progetto consegnato all'impresa il 01 marzo 2021."*

Tale O.D.S. – come pure gli ulteriori emessi dalla D.L. – veniva contestato dall'Impresa la quale lamentava fra l'altro carenze del Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC) di progetto, con particolare riferimento al pericolo di caduta di gravi dall'alto.

A tal riguardo l'impresa nella propria nota / esposto trasmessa a questa Autorità, oltreché ad ANAS, citava il verbale n. 1 redatto in data 19/05/2022 dal Coordinatore della Sicurezza in Esecuzione rilevando *"... come, nel vigente Piano di Sicurezza e Coordinamento, non sia fatto cenno al pericolo di caduta di gravi dall'alto, pericolo invece riscontrato dallo stesso C.S.E. durante il suo accesso al cantiere; preso atto, pertanto, che gli operatori che si dovessero recare in cantiere sarebbero esposti a tale rischio senza che lo stesso sia stato compiutamente analizzato nel P.S.C. e senza che nello stesso documento siano stati programmati i più idonei apprestamenti e dispositivi di protezione a tutela della incolumità degli addetti e della sicurezza dei luoghi di lavoro"*; conseguentemente riteneva che *"le carenze in tema di tutela della salute degli addetti e della sicurezza dei luoghi di lavoro di che trattasi possono essere superate solo con il perfezionamento di formale procedura di modifica contrattuale di cui all'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 che preveda l'adeguamento al disposto di legge del P.S.C. e dei suoi allegati (contabili, cronoprogrammatici, descrittivi), modifica ad oggi assente"*.

Il suddetto verbale n. 1 del CSE è stato acquisito agli atti istruttori, in esso, in relazione a quanto lamentato dall'impresa, si legge quanto segue *"Successivamente al sopralluogo in cantiere è stato effettuato un coordinamento tra [...] e [...] rispettivamente Direttore dei Lavori e CSE per i lavori da*

¹ Il verbale della riunione non è stato trasmesso all'Ufficio di Vigilanza

effettuare sulla sottostruttura del Viadotto. Ciò allo scopo di coordinare le attività in corso sulla carreggiata e quelle sulla sottostruttura in modo tale da evitare lavorazioni nella stessa zona contemporaneamente con il rischio di caduta di materiale dalla piattaforma stradale. Si fa presente che al momento l'impresa [omissis], sta operando sulla "Pila 5, Fusto 1", e sulla carreggiata l'impresa [omissis] sta operando in corrispondenza del giunto spalla lato RC, giunto pila 1, 2, 11, quindi al momento non ci sono interferenze. In ogni caso sarà cura dell'impresa [omissis] comunicare in anticipo la programmazione dei lavori su altre pile in modo da coordinare nuovamente le attività con l'impresa COGEF".

Ha riferito il RUP che "Il Responsabile del Procedimento e Responsabile dei Lavori con nota CDG-0451268 del 01 luglio 2022 in riscontro alla nota dell'Impresa del 21 giugno 2022 (Anas prot. CDG-0422445) allegava la nota del CSE, che aveva provveduto all'aggiornamento del PSC, e faceva presente che non si rilevavano preclusioni operative e/o motivi ostativi all'esecuzione delle lavorazioni e invitava l'Impresa a procedere senza alcun indugio nelle lavorazioni".

L'impresa, in occasione dell'emissione dell'ODS n. 4 con nota del 1 luglio 2022, inviata ad ANAS e trasmessa anche a questa Autorità, contestava altresì l'evenienza che al suddetto ODS e successivi emessi dal D.L. fossero allegati elaborati grafici riferiti ad altre e diverse lavorazioni rispetto a quelle previste nel progetto esecutivo di cui al contratto attuativo firmato, ancora ribadendo la necessità di un adeguamento del P.S.C. alle nuove lavorazioni e il conseguente aggiornamento del Crono-programma di progetti posti a cura della S.A.

Si instaurava pertanto una controversia tra società appaltatrice e S.A. che non ha trovato pacifica risoluzione considerato che, dalle diverse comunicazioni ricevute nel corso del procedimento istruttorio, risulta che in ultimo la S.A. ha avviato un **procedimento di risoluzione** del contratto per inadempimento con l'invio in data **08/02/2023** da parte del Direttore dei Lavori di una nota di contestazione all'appaltatore ai sensi dell'art. 108, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, cui l'appaltatore ha risposto con nota in data 22/02/2023 rigettando in toto gli addebiti imputatigli. Non è stato acquisito in atti il provvedimento finale di risoluzione contrattuale.

Considerazioni

Le questioni poste con l'atto di avvio istruttorio, rispettivamente alla stazione Appaltante ANAS e all'appaltatore dei lavori in oggetto, afferiscono sostanzialmente a due aspetti emersi dall'analisi degli atti acquisiti:

1. a presunte carenze della documentazione progettuale allegata al bando di gara per l'affidamento del contratto quadro di manutenzione straordinaria, ritenuta insufficiente ad identificare compiutamente le opere da realizzare, e a possibili carenze di gestione dell'appalto nella fase esecutiva;
2. alla non adeguata osservanza delle regole di diligenza e buona fede da parte dell'appaltatore, nell'espletamento dei propri compiti per la corretta realizzazione delle opere affidategli per la felice conclusione dell'appalto, cui ugualmente l'appaltatore deve ottemperare pur in presenza di carente documentazione tecnica a corredo al progetto esecutivo.

1. carente documentazione allegata al bando di gara

Per quanto riguarda il primo punto è stato osservato nell'atto di avvio istruttorio che la documentazione posta a base di gara per l'affidamento dell'accordo quadro non identificava con adeguata chiarezza ed esaustività le prestazioni da svolgersi; tale circostanza non garantiva un adeguato rispetto dei principi di concorrenza, come confermato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui, tra l'altro, ".....così

che tra accordo quadro e contratto esecutivo deve esservi necessariamente identità di oggetto (prestazioni e remunerazione delle stesse già prefissate),....." (Consiglio Stato sentenza n. 05785/2021).

La S.A. con nota prot. 89199 del 03/11/2022, ha controdedotto rilevando che: *"Con il nuovo Codice dei contratti, infine, è stato espunto dal testo dell'art. 54, che, oggi, disciplina l'accordo quadro, ogni riferimento ai limiti di applicazione. L'Accordo quadro ha, quindi, assunto per effetto delle previsioni normative vigenti la valenza di istituto generale che riconosce alla Stazione Appaltante la possibilità, espressamente prevista dal comma 3 dell'art. 54, di avviare un'ulteriore consultazione dell'operatore economico aggiudicatario, finalizzata al completamento dell'offerta presentata. Tale ultima previsione, in palese deroga alla modalità ordinaria di svolgimento delle procedure di gara, identifica la caratteristica fondamentale dell'istituto in argomento: la stazione appaltante, in base alle proprie esigenze, è libera di definire le condizioni dell'accordo quadro, le modalità esecutive, i prezzi ma anche l'oggetto che non può e non deve essere determinato ma sempre determinabile*

Al riguardo l'Autorità con nota [omissis] ha fornito le seguenti indicazioni...:

«L'accordo quadro si configura come uno strumento che consente alla stazione appaltante di instaurare un rapporto di natura negoziale con uno o più operatori economici, stabilendo con gli stessi, quanto meno, le clausole essenziali che dovranno essere rispettate nel momento in cui la stazione appaltante intenda stipulare poi i singoli contratti di appalto, Questo istituto consente alla stazione appaltante di aggregare gli acquisti, ottenendo benefici connessi al fenomeno dell'economia di scala, attraverso uno strumento flessibile che permetta di poter far affidamento su un determinato volume massimo di prestazioni in un arco di tempo determinato, al quale la stazione appaltante può liberamente attingere. In questo senso, l'accordo quadro, una volta concluso, consente alla stazione appaltante di poter discrezionalmente decidere se (e in quale misura) procedere alla stipula dei successivi affidamenti in base alle proprie concrete esigenze, fermo restando l'obbligo di rispettare le condizioni contrattuali fissate nell'accordo quadro [...] La discrezionalità della stazione appaltante trova tuttavia un limite rappresentato dalla necessità, normativamente stabilita, di individuare nell'accordo quadro, come detto, quantomeno le clausole essenziali [...]

Quale corollario della discrezionalità della stazione appaltante nel definire il grado di dettaglio del contenuto dell'accordo quadro discende alternativamente: la possibilità di procedere alla stipula dei singoli affidamenti qualora le clausole contenute nell'accordo quadro consentano di definire in modo completo il rapporto contrattuale oggetto del successivo contratto attuativo; o diversamente, quando sia necessario procedere alla definizione di ulteriori clausole rispetto a quelle considerate essenziali, la stazione appaltante dovrà richiedere all'unico operatore economico che ha sottoscritto l'accordo quadro di completare l'offerta ovvero avviare un'ulteriore fase comparativa tra i soggetti sottoscrittori dell'accordo quadro, sempre nel rispetto delle clausole fissate nell'accordo quadro stesso.

Indipendentemente dal grado di dettaglio dell'articolato dell'accordo quadro, è necessario che la stazione appaltante ponga particolare attenzione a definire in modo adeguato tutti gli elementi che consentano agli operatori economici interessati di formulare una offerta che sia consapevole, tenendo in considerazione le peculiarità del singolo caso concreto, ivi inclusa tanto la circostanza in cui venga stipulato un accordo quadro con uno ovvero con più operatori economici, quanto l'ipotesi in cui venga prevista, o meno, una fase di riapertura del confronto competitivo tra i soggetti che abbiano stipulato l'accordo quadro, la cui disciplina dovrà essere già preventivamente contenuta nella lex specialis pubblicata a monte della procedura relativa alla conclusione dell'accordo quadro».

La Corte dei Conti ha definito i limiti dell'accordo quadro chiarendo che *"l'accordo-quadro realizza un pactum de modo contrahendi, consiste cioè in un contratto "normativo" dal quale non scaturiscono effetti reali o obbligatori, ma la cui efficacia consiste nel "vincolare" la successiva manifestazione di volontà contrattuale delle stesse parti (ANAC, AG n. 8, 22 giugno 2011). Esso, cioè, stabilisce come verranno stipulati i successivi contratti attuativi (contratti applicativi) riguardanti un determinato bene della vita e lasciano all'individuazione operata da una delle parti la determinazione del se, quando e quantum"* (Corte dei Conti Sezione Regionale di Controllo per la Campania Del/Par n.77 /2018).

La Corte ha dunque specificato quali aspetti del contratto sia possibile determinare successivamente in sede di attuazione dello stesso: **il se**, non avendo la S.A. successivamente alla stipula dell'accordo quadro un obbligo espresso di procedere alla stipula di successivi contratti applicativi; **il quando** non essendo predeterminati i tempi di stipula dei singoli contratti attuativi nel periodo di validità dell'accordo quadro; ed **il quantum**, potendo la S.A. decidere, a seconda delle proprie esigenze, di suddividere la prestazione richiesta in più contratti attuativi nell'ambito dell'importo massimo stabilito con il contratto quadro.

Non è possibile invece rimandare alla fase attuativa del contratto la definizione dell'oggetto delle prestazioni poiché ciò contravverrebbe ai principi comunitari di concorrenza, non discriminazione e trasparenza, non potendo gli Operatori Economici formulare un'offerta seria ed attendibile in assenza di un chiaro *oggetto* della gara.

La problematica è stata affrontata anche in sede di redazione del nuovo codice dei contratti, il d.lgs 36/2023; infatti a pag. 93 della relazione di accompagnamento al codice il Consiglio di Stato per la tematica degli accordi quadro così fra l'altro si esprime:

"...Con più specifico riferimento alla formulazione della clausola anti-abuso (argomento, quest'ultimo, sul quale maggiormente si è concentrato il dibattito in Commissione), i componenti tecnici hanno fatto presente che nella pratica (soprattutto per i lavori) era invalsa la prassi di ricorrere all'applicazione dell'accordo quadro anche per attività affatto standardizzabili e prive di qualsivoglia progettualità, e hanno rappresentato l'opportunità di chiarire i limiti dell'istituto ribadendo la necessità che le prestazioni da svolgersi oggetto dell'accordo fossero identificate con completezza (si era da essi suggerito di utilizzare il termine "ripetitive") in modo da assicurare l'identità di prestazioni tra accordo quadro e contratto attuativo. I componenti tecnici avevano anche sollecitato la possibilità di fare riferimento all'art. 3 del d.P.R. n. 380 del 2021, per introdurre un precetto che consentisse l'accordo quadro soltanto nelle ipotesi di manutenzione ordinaria. Tale ultimo suggerimento non è stato accolto, in quanto è sembrato eccessivamente perimetrativo, a fronte del tenore dei considerando 60 e 61 della direttiva. È stato pertanto inserito alla fine del comma 1 il seguente inciso: "In particolare, e salvo quanto previsto dai commi 4, lett. b), e 5 ai fini dell'ottenimento di offerte migliorative, il ricorso all'accordo quadro non è ammissibile ove l'appalto consequenziale comporti modifiche sostanziali alla tipologia delle prestazioni previste nell'accordo."

Trova conferma dunque, e nel nuovo codice viene esplicitamente ribadito, l'orientamento già espresso dal Consiglio di Stato come sopra richiamato riguardo la necessità che tra accordo quadro e contratto applicativo sia assicurata identità di oggetto.

È necessario chiarire cosa debba intendersi per *tipologia delle prestazioni* al fine di poter verificare la effettiva sussistenza dell'"identità di oggetto" tra contratto quadro e contratto attuativo.

Al riguardo nelle sopradette indicazioni operative di questa Autorità è indicato tra l'altro che *"Tra gli elementi che dovranno essere individuati nell'accordo quadro rientrano anche le prestazioni (categorie di lavorazione/tipologie di servizi, preferibilmente attraverso la predisposizione di progetti tipo)*

oggetto, in ultima analisi, dei contratti attuativi, che verranno eventualmente stipulati dalla stazione appaltante e che troveranno il proprio fondamento giuridico nell'accordo quadro e nelle clausole essenziali in esso fissate, così come le singole voci di costo che saranno oggetto del confronto competitivo.

La necessità di definire adeguatamente gli elementi dell'accordo quadro consente peraltro alla stazione appaltante di individuare correttamente i requisiti, in particolare di carattere speciale, che dovranno essere in possesso degli operatori economici per poter legittimamente partecipare alla procedura comparativa”.

A fronte di tali orientamenti tesi a richiedere imprescindibilmente le categorie dei lavori e relative classi di importo per la selezione dei concorrenti rileva quanto riferito dall'appaltatore nella propria nota di controdeduzioni:

“1. L'Accordo Quadro quadriennale è stato posto in gara dall'Appaltante ANAS s.p.a. il 06/11/2019 in base della seguente documentazione:

-:
- lavorazioni (da Schema Rappresentativo): n. 29 voci;
- importo lordo €. 5.000.000,00 di cui €. 600.000,00 per oneri di sicurezza con incidenza del 12,00%;
- categorie di lavoro: OG3 per €. 4.250.000,00 – OS11 per €. 500.000,00 – OS12 A per €. 250.000,00.

2.- Il Contratto Applicativo n. 1 presenta i seguenti parametri caratteristici:

- lavorazioni (da Computo Metrico): n. 22 voci (solo 8 corrispondenti allo Schema Rappresentativo);
- importo lordo €. 4.894.292,23 di cui €. 183.860,94 per oneri di sicurezza con incidenza del 3,75%;
- categorie di lavoro: OG3 per €. 4.284.478,36 – OS11 per €. 609.813,87.

.....

5.- In sede di assegnazione del Contratto Applicativo n. 1, l'Appaltante, unilateralmente, senza alcun contraddittorio con la scrivente, ha realizzato una rimodulazione dell'oggetto dell'appalto con la sostanziale modifica delle lavorazioni da eseguirsi, come facilmente evincibile dai precedenti punti 1 e 2.”

Eccepisce dunque l'appaltatore che sono state apportate modifiche sostanziali tra accordo quadro e il contratto applicativo, rilevando che le voci di elenco delle lavorazioni dell'elaborato di gara solo in minima parte corrispondono a quelle del contratto attuativo, ed inoltre risultano in parte mutate le categorie di lavoro e le somme previste per oneri della sicurezza.

L'insorgenza di tale problematica, confermerebbe che lo strumento dell'accordo quadro è utile nel caso di interventi di manutenzione ordinaria che risultano connotati da serialità e ripetitività delle prestazioni e che è possibile progettualmente definire, in maniera compiuta, per il tramite di “sezioni tipo”. Tali elaborati, adeguatamente dettagliati, unitamente agli altri elaborati di riferimento (planimetrie, elaborati economici, ecc ...), sono atti a descrivere *in modo preciso ed univoco, la consistenza ed il valore delle singole prestazioni* (cfr. ordinanza cautelare n. 721/2022 del TAR Lombardia - Milano) e dunque a definire, con adeguata precisione, le classi e categorie dei lavori e, in definitiva, a garantire concretamente l'identità di oggetto tra contratto quadro e contratto attuativo sopra richiamata.

Il Consiglio di Stato, ribadendo l'inammissibilità di modifiche sostanziali tra accordo quadro e contratto discendente, ha comunque ritenuto, in conformità al principio della fiducia di cui all'art. 2 dello stesso codice d.lgs. 36/2023, di non limitarne esplicitamente l'utilizzo solo ai casi di manutenzione ordinaria.

In effetti nella pratica lavorativa non è infrequente che anche alcuni lavori di manutenzione straordinaria siano "standardizzabili" ed identificabili compiutamente tramite tipologici.

Le esigenze manutentive, rappresentate da ANAS anche in altre occasioni per altri appalti posti all'attenzione di questa Autorità, spesso riguardano lunghi assi viari che necessitano sia di manutenzione ordinaria, che di manutenzione straordinaria "standardizzabile", intercalato da locali interventi di ripristino delle opere d'arte presenti lungo l'arteria stradale per i quali invece, è necessaria una specifica definizione delle prestazioni da rendere (come nel caso qui in esame).

Ove non sia presente tale puntuale definizione per i suddetti interventi, l'accordo quadro di fatto non può considerarsi definito in tutti i suoi aspetti, poiché non contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori da eseguire.

Tale circostanza non implica a priori che lo strumento negoziale dell'accordo quadro non possa essere utilizzato, se ritenuto comunque conveniente dall'Amministrazione.

Nel caso di accordo quadro concluso con più operatori economici il codice infatti contempla tale evenienza.

Il comma 4 dell'art. 54 del d.lgs 50/16², alle lettere b) e c) – conformemente alla disciplina comunitaria (Direttiva 2014/24/UE art. 33 comma 4 b-c) - considera il caso in cui l'accordo quadro non contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture prevedendo in tale circostanza la riapertura del *confronto competitivo tra gli operatori economici parti dell'accordo quadro*.

Tali accordi quadro sono usualmente definiti *incompleti o aperti* (cfr FAQ ANAC D31 e D32).

L'accordo quadro qui in esame è stipulato invece con un solo operatore economico; ai sensi dell'art. 54 comma 3 *"Nell'ambito di un accordo quadro concluso con un solo operatore economico, gli appalti sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro stesso. L'amministrazione aggiudicatrice può consultare per iscritto l'operatore economico parte dell'accordo quadro, chiedendogli di completare, se necessario, la sua offerta."*

In tal caso non è prevista la riapertura di un confronto competitivo bensì la possibilità di chiedere all'operatore economico di completare la propria offerta; conseguentemente si ritiene che gli elementi principali della prestazione richiesta, ai fini del rispetto del principio di concorrenza, debbano essere resi noti all'atto della gara posto che in tale ipotesi la fase di gara esaurisce il confronto concorrenziale tra gli operatori economici; ciò fermo restando la possibilità di richiedere all'aggiudicatario di completare successivamente la propria offerta con riferimento a quegli aspetti che, comunque, devono essere con chiarezza preventivamente definiti nel bando di gara in una logica di trasparenza e massima concorrenza.

Si osserva comunque che, nel caso in esame, trattasi di un appalto indetto nel 2019, prima che ANAS, anche a seguito di varie interlocuzioni con l'Autorità, provvedesse a fornire nuovi orientamenti per i futuri contratti quadro.

² Corrispondente all'art. 59 commi 4b – c del d.lgs. 36/23

Rileva infatti il RUP nella propria nota che: *"appare evidente come la ratio del richiamo alle norme sulla progettazione fatto da ANAC, non possa che essere intesa come richiamo alla maggiore determinatezza delle condizioni di appalto finalizzata a garantire una più ampia concorrenza; indicazione rispetto alla quale, come dimostrato dalle diverse interlocuzioni già avute sul tema, ANAS non è rimasta insensibile.*

Ed infatti l'ANAS si è già più volte espressa in ordine alla opportunità di aderire alle indicazioni di ANAC, per i futuri accordi quadro, introducendo le seguenti ottimizzazioni:

i. definizione mediante layout tipologici degli interventi da eseguire;

ii. indicazione delle prestazioni che saranno richieste con le singole attivazioni;

III. indicazione delle parti di opera su cui l'aggiudicatario potrà intervenire;

iv. indicazione delle singole attivazioni che saranno formalizzate in esecuzione dell'accordo quadro."

In definitiva, dunque, si ritiene che gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria che risultano standardizzabili e ripetitivi, possano essere adeguatamente definiti anche con l'ausilio di "sezioni tipo" da porre a base di gara, consentendo di stipulare accordi quadro completi non soggetti ad ulteriori confronti competitivi. Per quanto riguarda gli interventi di manutenzione straordinaria non standardizzabili, quali sono ad esempio gli interventi in esame è necessario, per stipulare un accordo quadro completo, individuare e definire *in modo preciso ed univoco, la consistenza ed il valore delle singole prestazioni.*

Resta inteso che, nel caso di accordo quadro concluso con più operatori economici, qualora la S.A., per proprie esigenze organizzative, ritenga conveniente bandire l'accordo quadro non completo, fermo restando la definizione del contenuto essenziale delle prestazioni, per l'affidamento dei successivi contratti attuativi dovrà riaprire il confronto competitivo tra gli operatori economici già selezionati richiedendo, sul progetto esecutivo redatto per l'affidamento del contratto attuativo, la presentazione di offerte con le modalità previste dal codice.

Viceversa, nel caso di accordo quadro con un solo operatore economico, l'identificazione delle prestazioni deve essere idonea a consentire all'impresa di formulare un'offerta consapevole e definitiva, al fine di assicurare che *l'appalto consequenziale non comporti modifiche sostanziali alla tipologia delle prestazioni previste nell'accordo.* È fatta salva la possibilità di completare l'offerta in sede di affidamento del contratto attuativo su elementi predefiniti nel bando di gara.

2. non adeguata osservanza delle regole di diligenza e buona fede da parte dell'appaltatore

Per quanto riguarda il secondo punto dell'istruttoria, riferito alla non adeguata osservanza delle regole di diligenza e buona fede da parte dell'appaltatore, nell'espletamento dei propri compiti si osserva quanto segue.

In sede istruttoria è stato chiesto all'appaltatore di controdedurre in merito al proprio rifiuto ad eseguire le lavorazioni ordinate da ANAS, in particolare con l'ordine di servizio n. 4 e seguenti, posto che anche ove sussistano presunte carenze nella documentazione tecnica di corredo al progetto esecutivo egli ha comunque il dovere di contribuire attivamente al buon esito dei lavori che devono comunque essere eseguiti a regola d'arte e atti a garantire la piena sicurezza delle opere.

L'appaltatore nella propria nota di controdeduzioni ha rappresentato che *"Al momento (21/05/2021) della consegna dei lavori del contratto applicativo n. 1, il relativo Progetto Esecutivo non risultava ancora corredato di tutti i permessi e i nulla osta necessari per l'esecuzione delle opere: il nulla osta a fini idraulici è*

stato acquisito dall'Appaltante ANAS s.p.a. dalla competente Città Metropolitana di Reggio Calabria solo in data 19/07/2021 (n. 52207) e ancora dopo, in data 17/02/2022 Anas trasmetteva con prot. CDG-0097887-U i verbali di accertamento dello stato di consistenza ed immissione in possesso afferenti alle "occupazioni temporanee strumentali" propedeutiche alla realizzazione dei lavori. ".....

5.- In sede di assegnazione del Contratto Applicativo n. 1, l'Appaltante, unilateralmente, senza alcun contraddittorio con la scrivente, ha realizzato una rimodulazione dell'oggetto dell'appalto con la sostanziale modifica delle lavorazioni da eseguirsi, come facilmente evincibile dai precedenti punti 1 e 2."

Si ritiene che le supposte problematiche di sicurezza denunciate dall'appaltatore possano essere, almeno in parte, volte al recupero degli oneri della sicurezza originariamente previsti in sede di contratto quadro considerato che in fase attuativa, a seguito della redazione del progetto esecutivo, tali oneri sono risultati notevolmente diminuiti. Ciò constatato che, come risulta dai verbali di visita del Coordinatore per la Sicurezza in fase di Esecuzione acquisiti in atti, lo stesso si è recato in cantiere con cadenza quasi quindicinale non rilevando particolari problematiche. Lo stesso verbale n. 1, redatto in data 19/05/2022 e citato dall'impresa nel proprio esposto, come sopra riportato rilevava l'assenza di specifiche interferenze tra i lavori, le attività al tempo in corso sulla carreggiata e quelle sulla sottostruttura, unicamente raccomandando che *"In ogni caso sarà cura dell'impresa [omissis] comunicare in anticipo la programmazione dei lavori su altre pile in modo da coordinare nuovamente le attività con l'impresa"*. Tale raccomandazione non si ritiene che possa essere considerata come attestazione di carenza del PSC, quanto piuttosto rivela un'esigenza di coordinamento che pure rientra nei rapporti di leale collaborazione che devono instaurarsi tra S.A. e appaltatore per il buon fine dei lavori.

Costituisce una discrasia la circostanza, pure denunciata dall'impresa, che al momento della consegna dei lavori il Progetto Esecutivo non risultasse corredato di tutti i permessi e i nulla osta necessari per l'esecuzione delle opere, con particolare riferimento al nulla osta idraulico che risulta rilasciato dalla Provincia circa due mesi dopo la consegna dei lavori.

Si rileva al riguardo che, come riscontrabile dall'esame del documento di verifica del progetto esecutivo, il verificatore non si è espresso in merito alla *"Completezza della documentazione relativa agli intervenuti accertamenti di fattibilità tecnica, amministrativa ed economica dell'intervento"*, non rilevando l'assenza del nulla osta della Provincia per l'esecuzione dei lavori in alveo.

Non risulta altresì presente l'atto di validazione del progetto esecutivo. Come rilevato da questa Autorità con Delibera n. 27 del 17 gennaio 2019 *"...la validazione è l'atto formale con il quale si dà atto, recepiti i positivi esiti della verifica progettuale e condotte le consequenziali valutazioni, dell'effettiva eseguibilità del progetto; dunque mentre la verifica può, ed anzi, deve adeguatamente dare atto dell'eventuale assenza di documentazione attinente e di rilievo istruttorio, la validazione non può essere emessa nelle more dell'acquisizione di un documento definitivo probante ai fini della realizzabilità stessa delle opere..."*.

Si rileva pertanto l'inadempimento all'art. 26 del codice sia con riferimento alla carente verifica del progetto esecutivo, che in relazione alla mancata validazione dello stesso.

Tuttavia, fermo restando l'inadempimento della S.A., non si ritiene che la suddetta discrasia, abbia di fatto influito in misura probante sui possibili ritardi dell'appaltatore; ciò constatato che la S.A. ha concesso all'appaltatore una proroga per il termine dei lavori di ben 272 giorni, con un incremento di oltre il 50% del tempo di ultimazione contrattualmente stabilito, e dunque il *ritardo* di circa due mesi nell'acquisizione del suddetto nullaosta appare non significativo sulla generale tempistica dei lavori.

L'appaltatore ha poi lamentato la circostanza che l'Ufficio Direzione Lavori *"ha emanato disposizioni per l'esecuzione di lavori estranei al piano contrattuale delle opere in appalto"* richiedendo variazioni che *"...non possono certamente essere trattate quali "modifiche di dettaglio" da disporre con semplice Ordine di Servizio (anche in quanto l'Ufficio di Direzione dei Lavori è privo di qualsivoglia potere negoziale), ma richiedono una gestione adeguata, sempre se rientranti nei severi limiti stabiliti dalla legge..."*, paventando l'evenienza che tali richieste fossero in realtà tese a supplire a carenze del progetto esecutivo.

L'analisi di tale criticità esula dalle finalità della presente istruttoria, necessitando di specifico approfondimento in merito agli aspetti progettuali del progetto esecutivo, non specificatamente contestati in fase istruttoria. In via generale pare opportuno tuttavia ricordare che, ai sensi dell'art. 8 comma 7 del Decreto del Ministero delle Infrastrutture 7 marzo 2018, n. 49, *"il direttore dei lavori può disporre modifiche di dettaglio non comportanti aumento o diminuzione dell'importo contrattuale, comunicandole preventivamente al RUP"*. Le modifiche devono essere di lieve entità e di conseguenza, oltre a non comportare aumento o diminuzione dell'importo complessivo del contratto d'appalto, non possono introdurre variazioni tali da alterare la natura del contratto d'appalto, non devono essere sostanziali nei termini di cui all'art. 106, comma 4 del Codice in particolare introducendo nuove categorie di lavori, né devono determinare nuovi prezzi.

Conclusioni

L'appalto in esame come sopra rappresentato, è stato indetto nel 2019, prima che di ANAS, anche a seguito di interlocuzioni con l'Autorità, provvedesse a fornire alle proprie strutture operative nuovi orientamenti per i futuri contratti quadro rivolti ad una maggiore definizione degli elaborati da allegare alla documentazione di gara.

I contenziosi in essere con l'appaltatore dei presenti lavori si ritiene, che almeno in parte, possano essere ascritti alle modifiche che sono state apportate in sede di contratto applicativo, essendo in parte mutate in tale sede le categorie di lavoro e le voci di elenco prezzi previste nell'accordo quadro.

Nello specifico caso trattasi di accordo quadro con un solo operatore economico, per il quale gli elementi identificativi delle prestazioni, oltre essere idonei a consentire all'impresa di formulare un'offerta consapevole e definitiva in osservanza al principio di concorrenza, devono assicurare, senza alcun possibile fraintendimento, che il contratto attuativo consequenziale non *comporti modifiche sostanziali alla tipologia delle prestazioni previste nell'accordo*. Rimane ferma la possibilità di completare l'offerta in sede di affidamento del contratto attuativo, se ritenuto dalla S.A., che, nel rispetto dei principi di concorrenza e par condicio, deve essere chiaramente espressa nel bando nel quale dovranno altresì indicarsi gli elementi che saranno oggetto di completamento dell'offerta.

Al fine di evitare incertezze interpretative sulla corretta applicazione dell'istituto dell'accordo quadro si raccomanda pertanto alla S.A. di uniformarsi per il futuro alle indicazioni di questa Autorità

Si rileva altresì:

- l'inadempimento all'art. 26 del d.lgs. 50/16 con riferimento alla carente verifica del progetto esecutivo nell'ambito della quale non è stata rilevata l'assenza del nulla osta idraulico della Provincia necessario per la realizzazione dell'opera;
- l'inadempimento all'art. 26 comma 8 del d.lgs. 50/16 in relazione alla mancata validazione del progetto esecutivo.

Si richiama, infine, l'appaltatore ad una più fattiva cooperazione con la S.A. posto che, anche ove sussistano presunte carenze nella documentazione tecnica di progetto, egli ha il dovere di contribuire attivamente al buon esito dei lavori.

Con il presente atto, soggetto a pubblicazione sul sito istituzionale dell'Autorità ed in attuazione del relativo deliberato consiliare del 26 luglio 2023, si comunica la definizione del presente procedimento ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di vigilanza sui contratti pubblici.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente