



DELIBERA N. 329

del 13 luglio 2022

Oggetto

Fasc. UVLA 519-2022 - "Procedura ristretta n. DAC.0268.2021 per l'affidamento dell'Accordo Quadro relativo alla "progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori di realizzazione delle opere interferenti con l'esercizio ferroviario funzionali alla soppressione dei passaggi a livello" (rientranti nella categoria di specializzazione SQ011 LOC- 001 "Opere Civili alla sede ferroviaria"). CUP: J19G01000000001 - CPV: 45221211-4 - CPV supplementare 45233144-0 - Valore complessivo dell'appalto euro 850.426.000,00.

Premessa

Con comunicazione acquisita al prot. n. 0004249 del 21.01.2022, risulta pervenuta la segnalazione da parte della [... OMISSIS ...], indirizzata anche nei riguardi della Stazione appaltante RFI, con la quale si contestano alcune previsioni contenute negli atti di gara di cui alla procedura in oggetto, concernente l'affidamento, mediante procedura ristretta, di un accordo quadro per la "*progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori di realizzazione delle opere interferenti con l'esercizio ferroviario funzionali alla soppressione dei passaggi a livello*", suddivisa in 23 lotti per l'importo complessivo originario di euro 757.487.868,00. In particolare, risulta contestata la previsione contenuta nel Bando di Gara (lettera di invito) al punto 7 primo periodo, nonché dall'art. 8 dello schema di Accordo Quadro di cui alla procedura in oggetto, della invariabilità dei prezzi con espressa esclusione dell'istituto della Revisione degli stessi previsto dall'art. 1664 C.C., nonché la disapplicazione dell'utilizzo del prezzario regionale "*impedendo all'operatore di formulare offerte di sufficiente pregio tecnico*", oltre all'assenza di elementi di conoscenza per lo svolgimento della progettazione esecutiva, a fronte della dedotta assenza della progettazione definitiva e del progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Considerato in fatto

A fronte di tale segnalazione, con successiva nota prot. 10207 del 11.02.2022 è stato comunicato l'avvio dell'istruttoria finalizzata ad acquisire, in primo luogo, puntuali elementi conoscitivi e documentali in ordine ai presupposti che hanno indotto all'esclusione dell'ipotesi di revisione dei prezzi, tenuto conto dell'attuale situazione economica e delle iniziative legislative assunte al riguardo nel tempo.

Al contempo, veniva altresì ricompresa negli accertamenti la verifica del rispetto dell'art. 23 comma 16, terzo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016, in base al quale si prevede che "*Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzari regionali aggiornati annualmente*", dando evidenza delle modalità adottate per determinare il costo delle lavorazioni, nonché dei prezzari adottati e degli eventuali scostamenti dai predetti prezzari regionali.

Infine, si procedeva a verificare la sussistenza dei presupposti per una corretta esplicitazione della procedura di gara, a fronte della dedotta assenza tanto di elaborati progettuali e/o di studi di fattibilità tecnica ed economica che potrebbe rendere indeterminato l'ambito della prestazione contrattuale, con conseguente formulazione di offerte che potrebbero risultare non attendibili ai fini del corretto svolgimento della

prestazione, richiedendo di far conoscere, oltre alla documentazione di gara, gli atti adottati ed assunti a base di gara ai fini della definizione delle caratteristiche dell'accordo quadro nell'ottica di consentire alle imprese di formulare le offerte, nonché le modalità adottate per la determinazione della base d'asta.

A riscontro dell'avvio del procedimento, risulta acquisita la nota della stazione appaltante al prot. n. 18232 del 11.03.2022 e relativa documentazione allegata, volta a controdedurre in ordine ai rilievi formulati dall'Autorità, con la produzione di documentazione di gara allegata riferibile alla procedura in esame, riferendo tra l'altro, con riferimento al profilo della revisione dei prezzi e alla verifica del rispetto dell'art. 23 comma 16 del d.lgs. n. 50/2016 circa il mancato utilizzo dei prezzari regionali, che *"in data 4 febbraio u.s. ha già provveduto a rettificare la lex specialis, richiamando l'applicazione delle tariffe RFI edizione 2022 in luogo di quelle precedentemente citate (con conseguente modifica degli importi a base di gara) e applicando convenzionalmente l'istituto della revisione dei prezzi, così come declinato dall'art. 29 co. 1 lett. b) (recante "Disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici") del D.L. 4/2022"*.

Gli esiti istruttori sono stati portati all'evidenza del Consiglio dell'Autorità, che nell'adunanza del 27.04.2022 ha deliberato l'invio alla stazione appaltante RFI della comunicazione delle risultanze istruttorie, ai sensi dell'art. 20 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, inoltrata con nota prot. 32055 del 28.04.2022.

Tale comunicazione veniva riscontrata da RFI con nota acquisita al prot. n. 38604 del 19.05.2022, con la quale venivano formulate specifiche controdeduzioni, nell'ambito delle quali si ribadiva la *"legittimità e correttezza dell'operato di RFI nell'affidamento oggetto del procedimento in epigrafe"*, rilevando nella sostanza che *"- la procedura è stata indetta da RFI avvalendosi della ampia deroga di cui all'art. 2 comma 4 del D.L. 76/2020, convertito in Legge n. 120/2020 trattandosi di interventi ricadenti tra quelli espressamente individuati dal citato comma 4 dell'art. 2 del Decreto Semplificazioni; - la documentazione tecnica resa disponibile in gara agli operatori economici rendeva comunque chiaramente identificabili le prestazioni da svolgersi e consentiva una corretta formulazione delle offerte da parte dei concorrenti; - il ricorso allo strumento contrattuale dell'accordo quadro ha garantito comunque il pieno rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, in quanto tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione sono state formulate in maniera chiara, precisa e univoca consentendo a tutti gli offerenti di essere ragionevolmente informati e di poter valutare l'esatta portata delle prestazioni richieste"*.

Considerato in diritto

MODALITÀ DI SVOLGIMENTO DELLA PROCEDURA DI GARA E REVISIONE DEI PREZZI

In merito alle modalità di svolgimento della gara ed ai criteri adottati per la selezione degli Operatori Economici, la stazione appaltante ha in primo luogo riferito di aver svolto *"una procedura ristretta da Sistema di Qualificazione SQ011 "Lavori di opere civili su linee in esercizio" di RFI S.p.A. istituito con avviso pubblicato sulla G.U.U.E. n. 2021/S 133-354857 del 13/07/2021, ai sensi dell'art. 134 del D.lgs. 50/2016 in conformità alla normativa comunitaria sui contratti pubblici nei Settori Speciali. Tale Sistema è istituito da RFI al fine di preselezionare Operatori Economici dotati di specifici requisiti di ordine generale, economico-finanziari e tecnico-professionali"*, con la precisazione che *"La gara è stata espletata in modalità telematica sul Portale Acquisti di RFI S.p.A."*.

Altresì, in relazione ai criteri adottati per la selezione degli Operatori Economici, è stato precisato che *"sono stati invitati tutti gli Operatori Economici qualificati e iscritti nel Sistema di Qualificazione SQ011 LOC001, che alla data di diramazione della Lettera di Invito risultavano in possesso dei requisiti di partecipazione, almeno per un importo pari al 40% di quello della categoria prevalente di ciascun lotto"*.

In tale contesto, è stato ulteriormente precisato che *"Sono state effettuate complessivamente tre rettifiche, comunicate a tutti i soggetti invitati tramite l'area messaggistica del Portale Acquisti"*, dando



evidenza in particolare della seconda rettifica, diramata in data 04/02/2022 per introdurre *“- la modifica degli importi dei singoli lotti, in considerazione dell'adozione delle Tariffe RFI edizione 2022; - la modifica dello schema di Accordo Quadro, al fine di introdurre la clausola di revisione dei prezzi, prevista dal Decreto Legge 27 gennaio 2022 n. 4 recante “Disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici”, dandosi evidenza che l'importo complessivo dell'accordo quadro è stato aggiornato, passando da euro 757.487.868,00 ad un importo complessivo di euro 850.426.000,00.*

Sempre con riferimento a tale seconda rettifica, è stato altresì evidenziato che *“ Per effetto delle predette modifiche sono stati aggiornati anche alcuni allegati dell'Accordo Quadro (All. 25 “Voci di tariffa maggiormente utilizzate per la determinazione del prezzo dell'appalto”) e del Disciplinare di gara (All. 14 A “Stima sottovia per strada Cat. C2 - assenza di falda”, All. 14 B “Stima incidenza manodopera” e All. 15 “Tabella elenco interventi”), ed è stato prorogato il termine di scadenza di presentazione delle offerte al giorno 14/03/2022”.*

In riferimento a tali modifiche della *lex specialis*, che hanno comportato una significativa revisione dei prezzi a base di gara, con l'introduzione della clausola di revisione prezzi, merita richiamare l'orientamento giurisprudenziale confermato dai pronunciamenti dell'ANAC, laddove è stato precisato che *“ è vietato per la P.A. modificare o integrare la lex specialis di gara, se non attraverso atti che abbiano goduto delle identiche garanzie di pubblicità dovute per il bando di gara; inoltre nelle ipotesi di modifiche sostanziali della lex specialis, è obbligatoria la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte (Vd. Tar Veneto sez. I, 12 ottobre 2018 n.940; Parere Anac n. 3 del 08/02/2012)”, (cfr. Delibera n. 411 dell'8 maggio 2019), non risultando coerente con tali pronunciamenti la concessione di una mera proroga, come accaduto nel caso di specie in luogo della riapertura della procedura per l'acquisizione delle offerte.*

Ciò tenuto conto del carattere sostanziale delle modifiche, che prospettano il venire in rilievo di offerte notevolmente diverse sotto il profilo economico, potendo inoltre comportare una modifica della platea delle imprese invitate, tenuto conto di quanto dedotto dalla stazione appaltante di avere invitato *“...tutti gli Operatori Economici qualificati e iscritti nel Sistema di Qualificazione SQ011 LOC001, che alla data di diramazione della Lettera di Invito risultavano in possesso dei requisiti di partecipazione, almeno per un importo pari al 40% di quello della categoria prevalente di ciascun lotto”.*

In tale contesto, inoltre, nel prendere atto delle predette modifiche, che rendono confermabili, in origine, i profili di contestazione in ordine alla mancata remuneratività dei corrispettivi posti a base di gara, va comunque osservato il venire in rilievo di approssimazioni nell'elaborazione degli atti di gara e di indizione della procedura con lettera di invito del 27.12.2021, tenuto conto dell'ingente modifica operata nel corso della procedura e che la stazione appaltante avrebbe potuto far riferimento alle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, già al momento dell'indizione della procedura di gara.

REGIME DEROGATORIO AI SENSI DELL'ART. 2, COMMA 4, DEL DECRETO SEMPLIFICAZIONI

Ulteriore profilo di contestazione ha riguardato l'applicazione della disciplina di cui all'art. 2, c. 4 del DL 76/2000, laddove è stato osservato, nell'ambito della comunicazione delle risultanze istruttorie, che non ricorrevano i presupposti per l'applicazione della sopra citata disciplina derogatoria.

A riscontro di tale contestazione, la stazione appaltante ha asserito che *“ RFI ha correttamente applicato la disciplina derogatoria generale (e temporanea) di cui all'art. 2 comma 4 del D.L. 76/2020 ammessa, in materia di affidamenti sopra soglia, al ricorrere dei presupposti e delle condizioni ivi previste, in luogo della ordinaria disciplina di cui al d.lgs. n. 50/2016. Ciò al dichiarato fine di far fronte, non solo alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento per l'emergenza sanitaria globale del Covid-19, ma anche di favorire la ripresa degli investimenti imprimendo una forte accelerazione alle attività realizzative delle opere infrastrutturali”.*

In merito all'interpretazione di tale articolo, è stato ulteriormente evidenziato dalla S.A. che *"Secondo quanto chiarito nel Dossier del Centro Studi del Senato a supporto dei lavori parlamentari di conversione del testo del DL 76" Il comma 4 indica una serie di settori per i quali - per quanto non espressamente disciplinato dall'articolo - si opera in deroga ad ogni disposizione di legge, salvo il rispetto della legge penale e dei vincoli espressamente indicati;"* e ancora *"il comma 4 stabilisce poi disposizioni di deroga alla normativa vigente (fatti salvi i profili specificati) in relazione sia ai casi previsti dal comma 3 sia ad una ampia serie di settori espressamente elencati" quali: ... - trasporti e infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017 - 2021 e relativi aggiornamenti".*

In relazione a quanto esposto, si osserva che il citato art. 2, comma 4 prevede che *"Nei casi di cui al comma 3 e nei settori ... dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017- 2021 e relativi aggiornamenti, nonché per gli interventi funzionali alla realizzazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), e per i contratti relativi o collegati ad essi, per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo, le stazioni appaltanti, per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti, operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto... "*.

In merito all'interpretazione di tale disposto normativo, si richiamano le indicazioni fornite dall'Autorità con il parere AG 2/2020 del 26.10.2020, ed avallate da ultimo con la delibera n. 184 del 5 aprile 2022, laddove risulta precisato che *"la deroga contenuta nel comma 4 dell'art. 2, riferita ai casi di cui al comma 3 (ossia ragioni di estrema urgenza derivanti dall'emergenza sanitaria in corso), riguarda gli appalti relativi alle opere pubbliche ivi elencate"*, rilevando che l'applicazione di tale deroga è collegata all'effettivo ricorrere delle ragioni di estrema urgenza derivanti dall'emergenza sanitaria, che non paiono ricorrere nel caso di specie. Peraltro, in relazione alle deduzioni svolte dalla S.A. circa il citato Dossier della Camera dei Deputati, al fine di sostenere l'applicazione del regime derogatorio al di fuori delle ragioni di estrema urgenza ricollegabili all'emergenza Covid-19, l'Autorità, con la citata delibera n. 184, ha già avuto modo di richiamare il passo del Dossier in esame, osservando che lo stesso, nell'ambito delle deroghe, cita espressamente *".....le fattispecie di cui al precedente comma 3, relativo ai medi grandi contratti pubblici (pari o superiori alle soglie, a cui le procedure senza bando ivi previste si applicano - per espressa previsione - ove strettamente necessarie e per 'ragioni di estrema urgenza');- inoltre, i settori elencati nel comma 4: questi sembrerebbero quindi esentati dalla valutazione di stretta necessità e dalle ragioni di estrema urgenza, invece previsti al co. 3"*, aggiungendo che *"Tuttavia, va osservato come lo stesso co. 4 rechi la formula "per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo", espressione che appare riferibile a tutti i commi e a tutte le previsioni dell'articolo in esame"*. Nella medesima delibera l'Autorità ha dunque precisato che *"il citato dossier, con la predetta formulazione e con la precisazione da ultimo apportata, non fornisce un'interpretazione certa e univoca in merito all'ambito applicativo del citato comma 4, confermando comunque le considerazioni svolte dall'Autorità nel citato parere, laddove proprio, tenuto conto delle predette esigenze di unitarietà di lettura del citato art. 2, è stato evidenziato che "le disposizioni dell'art. 2, comma 4 del d.l. 76/2020 conv. in l.n. 120/2020, debbano essere lette in combinato disposto con le previsioni dei commi 2 e 3 della stessa norma"*.



Pertanto, è evidente che le motivazioni addotte dalla S.A. al fine di invocare l'applicazione del citato passo normativo - laddove si riferisce di aver operato "*al fine di far fronte, non solo alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento per l'emergenza sanitaria globale del Covid-19, ma anche di favorire la ripresa degli investimenti imprimendo una forte accelerazione alle attività realizzative delle opere infrastrutturali*" - non risultano idonee a dimostrare il ricorrere dei citati presupposti normativi, trattandosi di appalti funzionali alla corretta gestione delle reti ferroviarie, le cui esigenze di realizzazione non paiono risultare collegate all'emergenza Covid-19, né a ragioni di "estrema urgenza" derivanti dagli effetti negativi del Covid che impediscono il rispetto dei termini delle procedure ordinarie.

Sul punto, va comunque osservato che, anche a volere ammettere l'operatività del disposto di cui al comma 4 del citato art. 2, come precisato dall'Autorità nel citato parere, la norma richiederebbe comunque il rispetto "*.....II. dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE; III. dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;.....*".

A tale riguardo, va quindi richiamata l'applicazione dei principi di cui all'art. 30, commi 1 e 2 del d.lgs. 50/2016, in base ai quali: "*1. ... Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. ... 2. Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi*", non potendo essere utilizzato tale regime derogatorio al fine di compromettere l'applicazione dei principi generali di libera concorrenza, trasparenza e pubblicità, legittimando le carenze che si rinvergono nella procedura in merito alla corretta determinazione dell'oggetto contrattuale, di cui si dirà nel prosieguo.

CARENZE DELLA DOCUMENTAZIONE TECNICA E LA VIOLAZIONE DELL'ART. 23 DEL D.LGS. 50/2016

Riguardo alla completezza della progettazione posta a base della procedura di gara, la stazione appaltante - nel richiamare l'applicazione della deroga di cui all'art. 2 comma 4 del D.L. 76/2020, convertito in Legge n. 120/2020, non ritenuta configurabile nel caso di specie per tutte le ragioni esposte - ha fatto riferimento alla documentazione tecnica resa disponibile in gara agli operatori economici, asserendo che la stessa "*rende chiaramente identificabili le prestazioni da svolgersi e consente una corretta formulazione delle offerte da parte dei concorrenti*". Nel dettaglio, tale documentazione viene identificata con riferimento a: "*- elaborato grafico specifico per ogni opera di sopra/sotto attraversamento contenente localizzazione di tutti gli interventi da realizzare, nonché principali elementi caratterizzanti le opere stesse (linea ferroviaria, numero binari (da cui lunghezza indicativa delle opere in progetto), tipologia sede ferroviaria, tipo opera sostitutiva, ubicazione opera in relazione al sopprimendo PL, categoria stradale secondo D.M. e presenza o meno di pista ciclabile (da cui larghezza indicativa delle opere in progetto), altezza libera dei sottovia, durata presunta dei lavori); - capitolato Generale Tecnico di Appalto delle Opere Civili - edizione 2021 (depositato presso l'Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale III di Roma - Ufficio Territoriale Albano Laziale al n. 3/247 in data 27/01/2021); - Manuale di Progettazione 2021 (ancorché non allegato alla documentazione di gara, messo a disposizione ad integrazione da parte della stazione appaltante); - Allegato n. 25 allo Schema di Convenzione dell'Accordo Quadro "Voci di tariffa maggiormente utilizzate per la determinazione del prezzo dell'appalto"; - Stima Lavori per un sottovia su strada cat. C2, - Voci di Tariffa con relative avvertenze*", precisando al riguardo che "*L'incidenza economica delle voci più significative dell'appalto, utilizzate per la determinazione*

dell'importo da porre a base di gara, è invece desumibile dalla documentazione di cui agli ultimi tre punti dell'elenco sopra riportato".

Nell'ambito del riscontro alla comunicazione delle risultanze istruttorie, nella produzione della documentazione tecnica posta a base di gara, la S.A. ha ulteriormente precisato che *"Per ciascuno di tali interventi è stata fornita una corografia che consente la localizzazione delle opere sostitutive nonché la definizione della tipologia e della dimensione delle opere da realizzare"* e che *"Su tali corografie sono riportate la linea ferroviaria e il numero di binari che consente di valutare la lunghezza dell'opera sostitutiva, che interferisce con la sede ferroviaria, la tipologia della sede ferroviaria (piano, rilevato, trincea) e dell'opera sostitutiva (sottopasso, cavalcavia) dalla quale si possono desumere i volumi di scavo o i dislivelli da superare e le modalità di lavorazione"*.

Risulta ulteriormente evidenziato che *"... nel caso di tipologia di opera da realizzarsi in sotto attraversamento della sede ferroviaria, l'ubicazione dell'intervento consente di risalire alla presenza o meno di falda acquifera desumibile dalla documentazione tecnica che è possibile reperire sui siti istituzionali e tale informazione, nel caso di realizzazione di un'opera in sotterraneo, è un elemento conoscitivo di fondamentale importanza ai fini dell'individuazione delle corrette modalità di lavorazione. Sempre ai fini di definire le modalità di lavoro, è indicato se l'opera sostitutiva è posta in asse al Passaggio a Livello o dislocata rispetto ad esso: questo aspetto consente la definizione degli elementi di cantierizzazione e di porre in relazione il cantiere con il contesto urbano e viario contiguo"* e che *"Per quanto riguarda la dimensione dell'opera si evidenzia che in gran parte delle corografie sono riportate la categoria stradale ai sensi del DM 5/11/2001, con l'indicazione della presenza della pista ciclabile e l'altezza netta che consentono di desumere le esatte dimensioni dell'opera di attraversamento, nonché, quindi, la possibilità di un predimensionamento strutturale delle opere stesse"*.

La S.A. precisava nella sostanza che *"In sintesi il "Manuale di progettazione delle opere civili", il "Capitolato generale tecnico di appalto delle opere civili" e le "Tariffe di Prestazioni e Lavori" utilizzate, nonché la stima di un tipologico rappresentativo come un sottovia, consentono all'operatore economico di valutare compiutamente l'opera rispettivamente in termini di Progettazione, di realizzazione e di valorizzazione economica, consentendogli, dunque, di formulare in maniera strutturata la migliore offerta economica"*.

Riguardo alla progettazione a base del contratto applicativo, veniva altresì precisato che *"... lo Schema di convenzione precisa sin dall'articolo 2 comma 3 che i lavori consisteranno nella realizzazione di opere sostitutive di passaggi a livello composti, a titolo esemplificativo e non esaustivo, da sottovia, cavalcavia e viabilità sostitutive nel rispetto del Manuale di Progettazione delle Opere Civili, e comunque secondo il Progetto Definitivo/Progetto Esecutivo che sarà fornito da RFI, approvato dagli enti terzi territorialmente competenti, allegato appunto a ciascun contratto applicativo. Tali progetti saranno redatti da progettisti specializzati, sottoposti alla verifica di cui all'art. 26 del D.lgs. 50/2016 e validati"*.

Ciò posto, alla luce delle considerazioni svolte dalla stazione appaltante, riguardo in primo luogo all'utilizzo dello strumento dell'accordo quadro, si richiama preliminarmente il documento della Commissione Europea "Appalti Pubblici Orientamenti Per I Funzionari" del 2015, nel quale è specificato infatti che: *"L'accordo quadro non è un appalto; tuttavia l'appalto per l'istituzione di un accordo quadro è sottoposto alle norme UE in materia di appalti. Gli accordi quadro possono essere applicati a tutti i tipi di appalti. Ciò non significa tuttavia che questo sia il metodo di aggiudicazione più adeguato per tutti i tipi di appalto. Per questo motivo, l'AA dovrebbe valutare l'opportunità di utilizzare l'accordo quadro tenendo conto dei vantaggi e degli svantaggi da esso derivanti in relazione alle condizioni del mercato in questione. L'impiego degli accordi quadro è più idoneo per gli appalti che rispondono ad esigenze consolidate, ripetute nel tempo, il cui numero, così come l'esatto momento del loro verificarsi, non sia noto in anticipo"*.



Nel caso di specie, si evidenzia che l'accordo quadro risulterebbe utilizzato per l'esecuzione di opere puntuali, solo in parte standardizzabili, ognuna con proprie caratteristiche tecniche ben precise, da sviluppare con separata progettazione che tenga conto dello stato dei luoghi e delle relative interferenze, delle caratteristiche geologiche dei terreni nonché dell'architettura dell'opera, non strettamente connaturate all'istituto dell'accordo quadro.

In tale contesto, non condivisibili appaiono le considerazioni dell'ente, laddove si rileva che *"la scelta della stazione appaltante di ricorrere all'istituto dell'accordo quadro è stata determinata dalla natura e dalla tipologia delle opere da realizzare. L'accordo quadro è infatti normativamente finalizzato all'affidamento di una gara il cui oggetto, pur determinato nei suoi caratteri generali, è rimesso ai singoli contratti applicativi deputati a definire tutti gli aspetti di dettaglio dei lavori da eseguire"*. Parimenti contestabili risultano le ulteriori dichiarazioni, secondo cui *"gli effetti reali e obbligatori per entrambi i contraenti scaturiscono dai singoli contratti applicativi, le regole dell'appalto in questione prevedono che sia proprio il perfezionamento degli stessi a dover essere preceduto dalla progettazione definitiva/esecutiva, a cura della stazione appaltante, dello specifico intervento da realizzare"*, laddove il rinvio della progettazione al perfezionamento dei singoli contratti applicativi non risulta coerente con la normativa di settore e con le indicazioni fornite dall'Autorità sul punto.

Al riguardo, si rileva che il d.lgs 50/2016 all'art. 3 comma 1 lett. iii) definisce l'«accordo quadro» come *"l'accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e 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"*, potendo, alla luce di tale disposto normativo, restare indefinite le sole quantità che saranno effettivamente richieste dalla stazione appaltante con i contratti applicativi, ferma restando la necessità che le prestazioni da svolgersi siano chiaramente identificate, al fine di garantire il 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).

In applicazione di tali principi, è stata pertanto ritenuta necessaria l'osservanza delle norme sulla progettazione, anche nel caso di accordi quadro, come precisato nella delibera dell'Autorità n. 483/2018, che ha avuto modo di rilevare come *"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"*, osservando tra l'altro 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"*. L'applicazione di tali principi risulta ulteriormente valorizzata in ulteriori pronunciamenti dell'Autorità, secondo cui *"in relazione agli interventi di manutenzione straordinaria che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere o di impianti - che, seppure nella genericità dell'accordo quadro, parrebbero venire in rilievo nel caso in esame, ricomprendendo, tra l'altro, quanto meno gli "Interventi su strutture in cemento armato e messa in sicurezza di parti;" - sarebbe risultata necessaria l'avvenuta redazione ed approvazione del progetto esecutivo, non rinvenibile nella documentazione in atti"* (cfr. Delibera n. 184/2022); ed ancora *"L'aggiudicazione di nuove opere, nonché di interventi di manutenzione straordinaria che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere o di impianti, deve avvenire nel rispetto della disciplina sulla progettazione anche in caso di ricorso allo strumento dell'accordo quadro"* (cfr. Delibera n. 78/2022).

Al fine di individuare il livello di progettazione richiesto nel caso dell'appalto integrato in esame, oggetto di accordo quadro - nel precisare preliminarmente che il divieto di appalto integrato, di cui all'art. 59 del

Codice d.lgs. 50/2016, non trova applicazione nei settori speciali (anche a prescindere dalla sospensione del divieto apportata dal decreto semplificazioni 76/2020) - va comunque osservato che, ai sensi dell'art. 3, comma, 1), lett. II del citato Codice, sono definiti "appalti pubblici di lavori» *"i contratti stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici aventi per oggetto: ... 2) l'esecuzione, oppure la progettazione esecutiva e l'esecuzione di un'opera"*.

In tale contesto normativo, in cui il contratto di appalto di lavori può riguardare, al più, la progettazione esecutiva unitamente all'esecuzione dei lavori, al fine di consentire il corretto svolgimento della progettazione esecutiva da parte dell'appaltatore, risulterebbe necessario porre a base di gara gli elaborati progettuali inerenti il livello precedente ad essa, coincidente con la progettazione definitiva.

Tale assunto risulta conforme ai principi enucleati nella legge 28 gennaio 2016, n. 11, per il conferimento della delega al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (G.U. n. 23 del 29 gennaio 2016). Nell'ambito dei principi e criteri direttivi, connessi alle disposizioni eurounitarie, risulta infatti richiamato - oltre alla *"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, tenendo conto in particolare del contenuto innovativo o tecnologico delle opere oggetto dell'appalto o della concessione in rapporto al valore complessivo dei lavori e prevedendo di norma la messa a gara del progetto esecutivo;"* - l'espresso principio inerente alla *"esclusione dell'affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare..."*, da applicare anche in caso di appalto integrato, secondo la concezione tradizionale del predetto istituto, concernente l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo predisposto dalla stazione appaltante.

Tali considerazioni risultano ulteriormente confermate dalla stessa Autorità nella Relazione AIR correlata alle Linee guida per l'Affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria, secondo cui *"Ai settori speciali non si applica il divieto di appalto integrato. Pur essendo un principio della legge delega il legislatore ha vietato solo per i settori ordinari, infatti, il suo utilizzo. Il fatto che il principio sia nella legge delega non sembra consentire una sua limitazione secondo le modalità tradizionale (ponendo cioè a base di gara il progetto definitivo) per i settori speciali. Infatti le stesse direttive n. 2014/24/UE (art. 2) e n. 25/2014/UE (art. 2) nella definizione di appalto di lavori ammettono che lo stesso possa avere ad oggetto l'esecuzione o la progettazione e l'esecuzione di lavori"*.

Ne consegue, pertanto, alla luce delle considerazioni svolte, nel caso di specie - tenuto conto di quanto previsto nell'accordo quadro, secondo cui *"In tali casi il Progetto Esecutivo dovrà essere redatto dall'Appaltatore ai sensi del successivo art. 27, in conformità al Progetto Definitivo redatto da RFI e allegato al relativo Contratto Applicativo"* - la mancata possibilità di rinviare alla fase esecutiva dell'accordo quadro ed in relazione ai singoli contratti attuativi, come asserito dalla stazione appaltante, la redazione dei documenti progettuali della fase definitiva, che risultano invero propedeutici alla definizione progettuale esecutiva da parte dell'impresa appaltatrice, e necessari per consentire un corretto svolgimento della procedura di gara per l'affidamento dell'accordo quadro in relazione alla completezza delle offerte.

A conferma di quanto esposto, va anche tenuto presente che solo nell'ambito della disciplina delle *"Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC"* di cui all'art. 48 del d.l.



77/2021, convertito dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, è previsto che *"Per le finalità di cui al comma 1, in deroga a quanto previsto dall'articolo 59, commi 1, 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, è ammesso l'affidamento di progettazione ed esecuzione dei relativi lavori anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica di cui all'articolo 23, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Sul progetto di fattibilità tecnica ed economica posto a base di gara, è sempre convocata la conferenza di servizi di cui all'articolo 14, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241. L'affidamento avviene mediante acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta ovvero, in alternativa, mediante offerte aventi a oggetto la realizzazione del progetto definitivo, del progetto esecutivo e il prezzo ..."*; norma da ritenersi eccezionale non applicabile al caso di specie, che non risulterebbe inerire ai contratti pubblici PNRR e PNC.

Per completezza va, altresì, osservato che, anche nella denegata ipotesi di voler richiamare l'applicazione dell'appalto integrato nell'accezione più estesa, così come tradizionalmente ammissibile nell'ambito delle concessioni e del partenariato pubblico privato – applicazione discutibile per le ragioni sopra esposte, non essendo contemplata, tra l'altro, l'attribuzione della progettazione definitiva in capo all'appaltatore – la stazione appaltante avrebbe comunque dovuto porre a base di gara il progetto di fattibilità tecnico-economica, così come disciplinato dall'art. 23, comma 5 del Codice.

Al riguardo, si rileva ulteriormente che nel caso di specie non opererebbe neanche la semplificazione progettuale, richiamando al riguardo il disposto dell'art. 23, comma 3-bis del codice come integrato dall'art. 1, comma 6, della legge n. 55 del 2019, di conversione del d.l. n. 32 del 18.04.2019, come ad oggi modificato dall'art. 52, comma 1, lett. a), n. 1.1), del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, secondo cui *" Per gli anni dal 2019 al 2023, i contratti di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria, ad esclusione degli interventi di manutenzione straordinaria che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere o di impianti, possono essere affidati, nel rispetto delle procedure di scelta del contraente previste dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, 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 con l'individuazione analitica dei costi della sicurezza da non assoggettare a ribasso. L'esecuzione dei predetti lavori può prescindere dall'avvenuta redazione e approvazione del progetto esecutivo"*.

È evidente che i casi di specie esulano da meri interventi di manutenzione, trattandosi di nuove opere che prevedono interventi di carattere strutturale e impiantistico di notevole rilevanza (cavalcavia, sottopassaggi, linee per la trazione ferroviaria etc.).

Orbene, tenuto in considerazione quanto sopra esposto, si osserva che la documentazione progettuale prodotta dalla stazione appaltante non si ritiene possa soddisfare gli elementi progettuali del livello di fattibilità tecnico-economica, né tantomeno il livello progettuale definitivo ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. 50/2016. Sul punto, si rileva che ai sensi del citato articolo *" Il progetto di fattibilità è redatto sulla base dell'avvenuto svolgimento di indagini geologiche, idrogeologiche, idrologiche, idrauliche, geotecniche, sismiche, storiche, paesaggistiche ed urbanistiche, di verifiche relative alla possibilità del riuso del patrimonio immobiliare esistente e della rigenerazione delle aree dismesse, di verifiche preventive dell'interesse archeologico, di studi di fattibilità ambientale e paesaggistica e evidenza, con apposito adeguato elaborato cartografico, le aree impegnate, le relative eventuali fasce di rispetto e le occorrenti misure di salvaguardia ... Nel progetto di fattibilità tecnica ed economica, il progettista sviluppa, nel rispetto del quadro esigenziale, tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al comma 1, nonché gli elaborati grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche, secondo le modalità previste nel regolamento di cui al comma 3, ivi compresa la scelta in*

merito alla possibile suddivisione in lotti funzionali. Il progetto di fattibilità tecnica ed economica deve consentire, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa". Si richiama ancora il comma 7 del citato art. 26, secondo cui *"Il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e, ove presente, dal progetto di fattibilità; il progetto definitivo contiene, altresì, tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni, nonché la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione e del relativo cronoprogramma, attraverso l'utilizzo, ove esistenti, dei prezzi predisposti dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti, di concerto con le articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, secondo quanto previsto al comma 16".*

È evidente che gli elaborati progettuali posti a base di gara non dimostrano l'avvenuto svolgimento delle indagini geologiche, idrogeologiche, idrologiche, idrauliche, geotecniche, sismiche, storiche, paesaggistiche ed urbanistiche, non potendosi ritenere sufficiente, ai fini della valutazione delle interferenze, la mera localizzazione delle opere e la possibilità di desumere la sussistenza di falde acquifere dall'esame della documentazione tecnica reperibile sui siti istituzionali, in assenza dello svolgimento di concreti accertamenti.

Peraltro, gli elaborati progettuali in atti non evidenziano puntualmente i lavori a farsi, risultando assente ad esempio, l'individuazione delle interferenze e degli espropri che si renderanno necessari per realizzare il piano viario a servizio delle opere in esame (sottopassaggi e cavalcaferrovia).

Si tenga ulteriormente presente che nell'ambito dell'accordo quadro, nella delimitazione dell'oggetto, si fa riferimento a lavorazioni che *"...comprendono tutte le attività necessarie alla realizzazione delle opere sostitutive"*, con l'ulteriore previsione che *"Rientrano comunque nell'oggetto dell'Accordo Quadro l'esecuzione di tutte le prestazioni ed i lavori, pur non espressamente indicati, nonché ogni altro intervento complementare ed accessorio indispensabile per dare completamente finite ed idonee all'uso, cui sono destinate, tutte le opere costituenti l'oggetto del Contratto di appalto nonché ogni tipo di attività occorrente per l'acquisizione di autorizzazioni, concessioni, benestare, permessi, nulla osta o altri provvedimenti dovuti da terzi sul Progetto Esecutivo in conformità alle previsioni del Progetto Definitivo allegato a ciascun contratto applicativo"*, non adeguatamente determinabili in assenza di adeguata progettazione, che risulta rinviata impropriamente, per le ragioni esposte, al momento della stipulazione del contratto applicativo.

Peraltro, anche quanto riferito dalla S.A. in merito alla stima delle opere, laddove si deduce ad esempio che *"la stima di un sottovia tipo di altezza utile pari a 5 m, considerato quale rappresentativo di gran parte degli interventi, consente nel caso generale di fornire indicazioni sulle quantità dei materiali impiegate in misura prevalente e di desumere il costo complessivo degli interventi"* non appare idonea a quantificare compiutamente gli interventi necessari per compiere le diverse opere, contraddistinte da specifiche caratteristiche ed esigenze, nell'osservanza del citato art. 23, teso a richiedere la stima per ciascuno degli interventi.

Si tenga ulteriormente presente che ai sensi dell'art. 26 del codice *"La validazione del progetto posto a base di gara è l'atto formale che riporta gli esiti della verifica. La validazione è sottoscritta dal responsabile del procedimento e fa preciso riferimento al rapporto conclusivo del soggetto preposto alla verifica ed alle eventuali controdeduzioni del progettista. Il bando e la lettera di invito per l'affidamento dei lavori devono contenere gli estremi dell'avvenuta validazione del progetto posto a base di gara"*. Ciò, rendendo necessario, ai fini dell'avvio della procedura di gara, la preliminare validazione da parte del Responsabile del procedimento, non rinvenibile negli allegati in esame.



Peraltro, ai sensi dell'art. 26, comma 4, lett. h) del Codice la preventiva verifica e validazione avrebbe riguardato altresì *"l'adeguatezza dei prezzi unitari utilizzati; ..."* consentendo presumibilmente di rilevare la mancata congruità dei prezzi posti originariamente a base d'asta.

Ne consegue, pertanto, che la documentazione tecnica richiamata, non soddisfacendo gli standard progettuali del progetto di fattibilità e del progetto definitivo, come disciplinati nell'art. 23 del Codice ed in assenza del provvedimento di validazione ai sensi del successivo art. 26, non risulterebbe idonea per l'avvio della procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento di accordo quadro per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, inquadrabile nella disciplina del c.d. "appalto integrato".

Va osservato inoltre che nell'ambito dello schema dell'accordo quadro è previsto che *"A titolo indicativo e non esaustivo, nell'Allegato n. 4a sono riportati gli interventi da realizzare. In ogni caso RFI si riserva la facoltà di integrare, sostituire e/o stralciare tali interventi, in tutto o in parte, nel rispetto degli aspetti economici e temporali stabiliti nel presente Accordo"*. Tale facoltà non si ritiene coerente con la disciplina in tema di varianti di cui all'art. 106 del codice, applicabile anche in caso di accordi quadro, e con la previsione del citato art. 54 del Codice, secondo cui, anche con riferimento ai settori speciali, *"gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati in base a regole e criteri oggettivi..... Tali regole e criteri sono indicati nei documenti di gara per l'accordo quadro e garantiscono parità di trattamento tra gli operatori economici parti dell'accordo"*, non potendosi dunque fare riferimento a modifiche e/o sostituzioni che non siano state preventivamente disciplinate nell'ambito della procedura di affidamento dell'accordo quadro, all'interno di esplicite clausole tese a stabilire la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate.

Si evidenziano, pertanto, in conclusione, evidenti profili di approssimazione nell'indizione della procedura di gara, nonché in relazione all'adeguata definizione dell'oggetto dell'appalto a fronte della carenza di un adeguato livello di progettazione, con la presumibile violazione dei principi di libera concorrenza trasparenza e *par condicio*. Ciò, tenuto conto che l'incompletezza della documentazione di gara preclude anche una corretta determinazione dell'importo posto a base di gara in relazione ai singoli lotti ivi previsti, determinando un'approssimazione della fase di elaborazione del prezzo offerto, che impedisce la formulazione di prezzi più convenienti e comunque congrui per garantire l'esecuzione delle opere a regola d'arte.

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 13 luglio 2022

DELIBERA

- di confermare i profili di contestazione in ordine alla mancata remuneratività dei corrispettivi posti a base di gara ed il venire in rilievo di approssimazioni nell'elaborazione degli atti di gara e di indizione della procedura con lettera di invito del 27.12.2021, tenuto conto dell'ingente modifica operata nel corso della procedura e che la stazione appaltante avrebbe potuto far riferimento alle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, già al momento dell'indizione della procedura di gara;
- di ravvisare la mancata sussistenza dei presupposti per l'applicazione del regime derogatorio di cui all'art. 2, comma 4 del d.l. 76/2020, convertito con l. 120/2020, tenuto conto che la deroga va riferita ai casi di cui al comma 3 (ossia alla sussistenza di ragioni di estrema urgenza derivanti

- dall'emergenza sanitaria in corso), non rinvenibili nell'ambito dell'indizione della procedura per l'affidamento dell'accordo quadro in esame, non prospettandosi situazioni di estrema urgenza;
- di ritenere una non corretta applicazione delle disposizioni normative progettuali, non rinvenendosi un'adeguata progettazione idonea a soddisfare la corretta definizione dell'oggetto dell'appalto e la corretta determinazione dell'importo posto a base di gara per i singoli lotti ivi previsti, con presumibile violazione dei principi di libera concorrenza trasparenza e par condicio e conseguente approssimazione della fase di elaborazione del prezzo offerto;
 - dà mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera alla stazione appaltante, invitando la medesima committenza a comunicare, entro 30 giorni dalla trasmissione della presente delibera, le valutazioni condotte e le determinazioni assunte sulla scorta dei rilievi formulati.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio 20 luglio 2022

Per Il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente