



Autorità Nazionale Anticorruzione

IL PRESIDENTE

Delibera n. 1118 del 28 novembre 2018

Oggetto: Regione Veneto - Individuazione della migliore soluzione per la coordinata ed unitaria esecuzione delle opere relative allo svincolo della Superstrada Pedemontana Veneta con la nuova autostazione della A4 a Montecchio Maggiore e con la linea ferroviaria AC/AV tratta Verona-Vicenza – richiesta di parere.

AG 10/2018/AP

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 50/2016 e s.m.i.;

Visto l'appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Pareri;

Considerato in fatto

Con nota pervenuta in data 6 luglio 2018, acquisita al prot. n. 59534 e successiva integrazione pervenuta in data 26 settembre 2018, acquisita al prot. n. 79419, il Commissario Straordinario per la Superstrada Pedemontana Veneta, presso la Regione Veneto, ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in relazione alla possibilità di stipulare un accordo ai sensi dell'art. 15 della l. n. 241/1990 con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con RFI e con Società Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a., volto a realizzare in maniera coordinata gli interventi infrastrutturali indicati in oggetto.

Più in dettaglio, il richiedente riferisce che con convenzione unica del 9 luglio 2007 il MIT ha affidato alla società Autostrade Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a. la concessione di costruzione e gestione dell'autostrada A4 nella tratta compresa tra Brescia e Padova; la concessione include la realizzazione della nuova autostazione di Montecchio Maggiore (e relativi collegamenti con la viabilità ordinaria) per la quale, con decreto della direzione generale vigilanza concessioni autostradali del MIT del 6 giugno 2018, è stato approvato il progetto, con previsione dell'ultimazione dei lavori nel 2022.

La realizzazione della nuova autostazione di Montecchio Maggiore interferisce con i lavori della tratta ferroviaria Alta Velocità Verona-Vicenza-Padova, I lotto funzionale Verona-Bivio Vicenza, di competenza del General Contractor Iricav Due; il progetto definitivo di tale lotto funzionale è stato approvato, con prescrizioni e raccomandazioni, dal CIPE in data 22 dicembre 2017. In particolare il CIPE ha prescritto che RFI, MIT, società Autostrade Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a. e General Contractor Iricav Due, stipulino – prima dell'avvio dei lavori della tratta AV e dello svincolo di Montecchio Maggiore – una convenzione per disciplinare la contemporanea realizzazione degli stessi. Le opere descritte, inoltre, si collocano in un ambito territoriale interessato da un'altra infrastruttura, ossia l'interconnessione tra Autostrada A4 e la Superstrada Pedemontana Veneta.

Pertanto i tre interventi - nuova autostazione della autostrada A4 a Montecchio Maggiore, interconnessione tra Autostrada A4 e la Superstrada Pedemontana Veneta, tratta ferroviaria Alta Velocità Verona-Vicenza – insistono sullo stesso territorio, con sovrapposizioni e interferenze di rilevante importanza tecnica. Sussiste quindi una difficoltà organizzativa nella realizzazione degli stessi,



Autorità Nazionale Anticorruzione

IL PRESIDENTE

posto che la titolarità di tali opere è in capo a tre soggetti distinti ed i tempi di realizzazione delle predette opere non sono coerenti tra loro.

Pertanto gli enti competenti – anche sulla base delle raccomandazioni del CIPE sopra richiamate – intendono individuare una soluzione utile al fine di garantire la coordinata esecuzione delle opere descritte.

La soluzione individuata consiste nel trasferimento in capo alla Regione Veneto della responsabilità relativa alla progettazione mancante ed alla realizzazione, tramite il concessionario della Superstrada Pedemontana Veneta, anche della nuova autostazione di Montecchio Maggiore e delle gallerie ferroviarie AV con essa interferenti, unitamente alle risorse economiche già stanziata a tale scopo. RFI e la società Autostrade Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a. rifonderebbero alla Regione i costi sostenuti per la progettazione e per la realizzazione delle opere autostradali e ferroviarie rientranti nel piano dell'intervento da eseguire, con esclusione di corrispettivi per l'attività affidata.

A tale scopo, i predetti soggetti intendono concludere un accordo ai sensi dell'art. 15 l.n. 241/1990, ritenendo sussistenti, nella fattispecie, i presupposti legittimanti il ricorso a tale istituto, con particolare riferimento alla realizzazione di un interesse pubblico comune alle parti coerente con le finalità istituzionali degli enti coinvolti ed all'assenza di una lesione del principio di concorrenza, posto che l'effetto dell'accordo è *l'unificazione delle funzioni di amministrazione aggiudicatrice in un solo soggetto pubblico (Regione Veneto)*.

In relazione alla percorribilità della soluzione proposta, la Regione Veneto ha trasmesso una nota integrativa (acquisita al prot. Aut.n. 79419/2018) nella quale, in relazione alla fattispecie sopra descritta, si puntualizza quanto segue:

- La realizzazione della nuova autostazione di Montecchio Maggiore comprendente il raccordo alla Superstrada Pedemontana Veneta, è stata inserita negli impegni della società concessionaria (società Autostrade Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a.) in sede di rinnovo della concessione per la gestione dell'autostrada A4; la concessionaria, predisposto il relativo progetto esecutivo poi approvato dal MIT nel 2009, ha affidato i lavori *in house* alla società Serenissima Costruzioni s.p.a. Tali lavori, iniziati nel 2012, sono stati realizzati in parte e sospesi nel 2014 quando il MIT, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 133/2014 ha imposto il rispetto del limite del 40% per gli affidamenti *in house*; pertanto nel 2015 la società è stata costretta a risolvere consensualmente il contratto, con rilievo dello stato consistenza in contraddittorio, redazione di un nuovo progetto con nuovi prezzi, rifinanziamento e nuova approvazione del progetto da parte del MIT in data 6 giugno 2018.
- Per quanto riguarda la Superstrada Pedemontana Veneta, il progetto preliminare approvato dal CIPE nel 2006, prevedeva gli svincoli sulle autostrade A31 e A27, non quello sulla A4 (rientrante nella concessione autostradale per la A4), per il quale si prospettava l'ultimazione per il 2020; in realtà, come sopra evidenziato, a seguito del d.l. 133/2014, solo parte dell'opera è stata realizzata ed i lavori residui devono essere affidati.
- Infine, in ordine ai lavori ferroviari di alta velocità, il CIPE ha approvato – in sede di conferenza dei servizi del 22 dicembre 2017- il progetto definitivo della tratta AC/AV Verona-Vicenza e, in considerazione dell'interferenza con l'autostrada A4 e con il nuovo svincolo, come sopra indicato, ha imposto a RFI di stipulare con MIT, società Autostrade Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a. e



Autorità Nazionale Anticorruzione

IL PRESIDENTE

General Contractor Iricav Due, una convenzione per regolamentare la contemporanea realizzazione dei lavori.

In relazione a quanto sopra, il Commissario ha quindi sottolineato che in maniera impreveduta le tre infrastrutture vengono ad essere realizzate nello stesso periodo, con sovrapposizione di cantieri e ritardi nell'esecuzione dei lavori. Sarebbe quindi opportuno far eseguire le stesse da un unico operatore economico. Poiché Regione Veneto ha già individuato il concessionario per la costruzione della Superstrada Pedemontana, si ipotizza l'affidamento allo stesso, ai sensi dell'art. 147 del d.lgs. 163/2006, anche dello svincolo autostradale e dei manufatti ferroviari.

Ai fini dell'applicabilità della disposizione richiamata, l'amministrazione richiedente sottolinea che:

- Si tratta di lavori complementari alla Superstrada Pedemontana Veneta, tanto che nel progetto originario erano già inseriti i lavori di interconnessione con altre autostrade;
- I predetti lavori sono diventati necessari a seguito di una circostanza impreveduta, ossia l'entrata in vigore del d.l. 133/2014, come sopra evidenziato;
- I lavori, ancorché separabili dall'appalto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento ed alla piena funzionalità della superstrada Pedemontana Veneta;
- L'importo degli stessi (70-80 milioni di euro) è ampiamente al di sotto del 50% dell'importo iniziale della predetta Superstrada (2.258 milioni di euro).

L'istante ritiene, quindi, possibile pervenire alla stipula di un accordo ex art. 15 l. n.241/990 tra MIT, RFI, Regione Veneto, società Autostrade Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a., nel quale sia previsto, quale obiettivo comune, la progettazione e la realizzazione contestuale delle opere del nuovo casello autostradale di Montecchio Maggiore, dell'interconnessione tra A4 e superstrada Pedemontana Veneta, della galleria ferroviaria AV sottopassante la A4, con ripartizione dei compiti come segue:

- La società Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a. fornisce il progetto esecutivo già approvato, risolve alcune interferenze con le linee tecnologiche, mette a disposizione le aree per la realizzazione dei lavori, concede un contributo economico pari al costo delle opere rendicontate autostradali, vigila e verifica sulla buona esecuzione delle stesse;
- Il MIT, concedente di Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a., riconosce il contributo elargito dalla società alla Regione Veneto quale investimento relativo al PEF della concessione ed approva gli atti convenzionali tra la società e RFI per le concessioni d'uso delle aree autostradali derivanti dall'accordo;
- RFI valida ed approva il progetto esecutivo delle opere ferroviarie redatto da Regione Veneto, mette a disposizione le aree per la realizzazione dei lavori, concede un contributo economico pari al costo delle opere rendicontate ferroviarie, vigila e verifica sulla buona esecuzione delle stesse.

Per tutto quanto sopra, si chiede, quindi, all'Autorità si esprimere avviso sulla possibilità di stipulare tra le suindicate parti un accordo ai sensi dell'art. 15 l. n. 241/1990 per le finalità illustrate.

Ritenuto in diritto

Al fine di rendere il richiesto parere, sembra opportuno svolgere alcune brevi considerazioni sull'istituto degli accordi tra amministrazioni pubbliche, previsto dall'art. 15 della l. n. 241/990.



Autorità Nazionale Anticorruzione

IL PRESIDENTE

Si richiama, quindi, la disposizione citata la quale prevede che «Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune».

La norma consente quindi alle amministrazioni pubbliche di concludere accordi volti ad istituire una cooperazione tra le stesse, per l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune.

Tali accordi sono qualificati dalla giurisprudenza amministrativa come “contratti ad oggetto pubblico” (Consiglio di Stato n. 1645 del 20 giugno 2018), in quanto «... sono necessariamente quelli aventi la finalità di disciplinare attività non deducibili in contratti di diritto privato, perché non inquadrabili in alcuna delle categorie di prestazioni elencate nell'allegato II-A alla direttiva 2004/18 di coordinamento degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. Il contenuto e la funzione elettiva degli accordi tra pubbliche amministrazioni è pertanto quella di regolare le rispettive attività funzionali, purché di nessuna di queste possa appropriarsi uno degli enti stipulanti ... Qualora un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come operatore economico, ai sensi di quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 23 dicembre 2009, in C 305/08, prestatore di servizi ex all. II-A ... e verso un corrispettivo anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi, non è possibile parlare di una cooperazione tra enti pubblici per il perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune, ma di uno scambio tra i medesimi. ... Come nel contratto, le amministrazioni pubbliche stipulanti partecipano all'accordo ex art. 15 in posizione di equiordinazione, ma non già al fine di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale, bensì di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune. Il quale coordinamento può anche implicare la regolamentazione di profili di carattere economico, ma come necessario riflesso delle attività amministrative che in esso sono interessate” (Consiglio di Stato, sez. V, 23-6-2014 n. 3130).

Nell'ambito della disciplina in materia di appalti pubblici, gli accordi tra amministrazioni pubbliche sono previsti dall'art. 12, comma 4, della direttiva 2014/24/UE, dall'art. 23, comma 4, della direttiva 2014/25/UE e dall'art 17, comma 4, direttiva 2014/23/UE.

Il d.lgs. 50/2016 in linea con le direttive, stabilisce all'art. 5, comma 6, che «un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i *servizi pubblici* che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;
- b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;
- c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione».

Dunque anche il Codice prevede la possibilità per due o più amministrazioni di concludere accordi ai fini dello svolgimento in comune dei servizi di rispettiva competenza.

Come chiarito dall'Autorità [ex multis determinazione n. 7/2010, pareri sulla normativa AG/07/15/AP e AG 16/2017/AP], tali accordi prefigurano un modello convenzionale attraverso il quale le pubbliche amministrazioni coordinano l'esercizio di funzioni proprie in vista del conseguimento di un risultato comune in modo complementare e sinergico, ossia in forma di reciproca collaborazione, in maniera



Autorità Nazionale Anticorruzione

IL PRESIDENTE

gratuita e nell'obiettivo comune di fornire servizi indistintamente a favore della collettività. I limiti del ricorso a tali accordi possono così individuarsi:

1. l'accordo deve regolare la realizzazione di un interesse pubblico, effettivamente comune ai partecipanti, che le parti hanno l'obbligo di perseguire come compito principale, da valutarsi alla luce delle finalità istituzionali degli enti coinvolti;
2. alla base dell'accordo deve esserci una reale divisione di compiti e responsabilità;
3. i movimenti finanziari tra i soggetti che sottoscrivono l'accordo devono configurarsi solo come ristoro delle spese sostenute, essendo escluso il pagamento di un vero e proprio corrispettivo, comprensivo di un margine di guadagno;
4. il ricorso all'accordo non può interferire con il perseguimento dell'obiettivo principale delle norme comunitarie in tema di appalti pubblici, ossia la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata negli Stati membri. Pertanto, la collaborazione tra amministrazioni non può trasformarsi in una costruzione di puro artificio diretta ad eludere le norme menzionate e gli atti che approvano l'accordo, nella motivazione, devono dar conto di quanto su esposto.

L'Autorità [parere sulla normativa AG20/2014 e AG 42/2013) ha altresì osservato che nell'accordo di collaborazione ai sensi dell'art. 15, della l.n.241/1990 è di particolare importanza il requisito dell'"interesse comune" delle pubbliche amministrazioni sottoscrittenti, da valutarsi secondo un criterio di effettività alla luce di un'attenta valutazione del caso concreto. In altri termini, deve sussistere una effettiva condivisione di compiti e di responsabilità, ben diversa dalla situazione che si avrebbe in presenza di un contratto a titolo oneroso in cui solo una parte svolge la prestazione pattuita mentre l'altra assume l'impegno della remunerazione. Pertanto, la disapplicazione delle disposizioni del Codice, nell'ambito degli accordi stessi, è consentita esclusivamente nei casi in cui sussistano le condizioni sopra indicate. Tra tali condizioni, secondo il chiaro tenore delle norme richiamate, deve essere inclusa la necessità che gli accordi in parola siano conclusi esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici (secondo le definizioni di cui all'art. 3 del d.lgs. 50/2016), restando esclusi dagli stessi, soggetti non qualificabili come tali.

Le considerazioni svolte in ordine agli accordi tra amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 15 l. 241/990 e dell'art. 5, comma 6, d.lgs. 50/2016, consentono di verificare se nel caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità dal Commissario Straordinario per la Superstrada Pedemontana Veneta, sussistono i presupposti legittimanti il ricorso a tale istituto.

Si osserva al riguardo che, da quanto rappresentato dall'Amministrazione istante, l'accordo presenta le seguenti caratteristiche:

- dovrebbe essere concluso tra MIT, RFI, Regione Veneto, società Autostrade Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a.;
- scopo dell'accordo è il trasferimento in capo alla Regione Veneto della responsabilità relativa alla progettazione ed alla realizzazione anche della nuova autostazione di Montecchio Maggiore (di competenza della società Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a.) e delle gallerie ferroviarie AV sottopassanti l'autostrada A4 (di competenza del consorzio Iricav Due). L'effetto dell'accordo è quindi l'unificazione delle funzioni di amministrazione aggiudicatrice in un solo soggetto pubblico, il quale dovrebbe affidare al concessionario già individuato per la costruzione della Superstrada Pedemontana



Autorità Nazionale Anticorruzione

IL PRESIDENTE

anche le predette opere (quali “lavori complementari” alla Pedemontana), ai sensi dell’art. 147 del d.lgs. 163/2006;

- RFI e società Autostrade Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a. rifonderebbero alla Regione i costi sostenuti per la progettazione e la realizzazione delle opere autostradali e ferroviarie rientranti nell’intervento da eseguire unitariamente.
- I compiti tra i sottoscrittori sono ripartiti come indicato nelle premesse in fatto.

In relazione a quanto sopra si osserva che il predetto accordo presenta alcuni profili di criticità rispetto al dato normativo di riferimento – l’art. 15 l.n. 241/1990 e art. 5, comma 6, d.lgs. 50/2016 - ed alle interpretazioni dello stesso espresse dall’Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, come sopra illustrate. Ci si riferisce, in particolare, ai seguenti aspetti:

1. Preliminarmente occorre sottolineare che le disposizioni dell’art. 15 l.n. 241/1990 e dell’art. 5, comma 6 d.lgs.50/2016, sono chiaramente rivolte a disciplinare accordi conclusi esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici (secondo la definizione contenuta nell’art. 3 del Codice), restando esclusi dagli stessi, soggetti non qualificabili come tali. L’accordo che la Regione Veneto intende concludere con MIT, RFI e società Autostrade Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a., non appare coerente alle disposizioni normative richiamate, posto che tra i soggetti coinvolti nella stipula figura un soggetto privato, ossia la società affidataria della concessione autostradale A4¹.
2. In secondo luogo, l’accordo è essenzialmente finalizzato a conferire a Regione Veneto la responsabilità relativa alla progettazione ed alla realizzazione, tramite il concessionario della Superstrada Pedemontana Veneta, anche della nuova autostazione di Montecchio Maggiore e delle gallerie ferroviarie AV con essa interferenti.

L’effetto dell’accordo è quindi, da un lato, quello di attribuire alla Regione una *delega di funzioni di stazione appaltante* (da parte del MIT/concessionario autostradale e di RFI/General Contractor Iricav Due), dall’altro quello di consentire – attraverso tale delega - *l’affidamento (diretto) dei lavori in argomento in favore del concessionario della Superstrada Pedemontana Veneta*, ai sensi dell’art. 147 del d.lgs. 163/2006.

A tal riguardo si osserva, quanto al primo profilo, che la delega delle funzioni di stazione appaltante non è ammessa dalla disciplina di settore, ad eccezione delle ipotesi, espressamente disciplinate dal Codice, di ricorso alle centrali di committenza (art. 37 e 38). L’Autorità (Parere sulla normativa del 30/07/2009), ancorché con riferimento al d.lgs. 163/2006, ha affermato infatti che il Codice proibisce che un soggetto diverso dall’amministrazione interessata possa avviare e gestire il procedimento volto all’affidamento di contratto pubblico. Per la stipulazione di tale contratto è necessario che l’intera fase pubblicistica antecedente, finalizzata alla scelta del contraente, sia svolta dall’amministrazione aggiudicatrice che sarà parte del contratto stesso. Pertanto, non è possibile la delega di funzioni pubbliche relative alla procedura di affidamento da parte della stazione appaltante a un soggetto esterno, configurandosi, in questo modo, un’ipotesi di “concessione di committenza”, ormai espunta dall’ordinamento per effetto dell’abrogazione della legge n. 1137 del 29 giugno 1929².

¹Dal sistema Infocamere risulta che la società Autostrade Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a. è controllata dalla A4 Holding S.p.A., a sua volta controllata dalla società Abertis Italia s.r.l. (tale ultima società è totale partecipazione della Abertis International s.a.). Il sito internet della A4 Holding s.p.a. indica la seguente composizione azionaria: totale partecipazione enti pubblici per il 9,71%, totale partecipazione privati 90,29% (partecipazione di Abertis Italia s.p.a. per il 90,03 %).

²L. 24 giugno 1929, n. 1137 recante “Disposizioni sulle concessioni di opere pubbliche”, abrogata dall’art. 231, D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della L. 11 febbraio 1994, n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni) e dall’art. 2 e dall’allegato 1, D.L. 22 dicembre 2008, n. 200 (Misure urgenti in materia di semplificazione normativa).



Autorità Nazionale Anticorruzione

IL PRESIDENTE

A ciò si aggiunga, in relazione al secondo profilo, che quandanche in ipotesi tale delega di funzioni fosse ammessa dall'ordinamento, sembrano difettare nella fattispecie i presupposti legittimanti l'affidamento diretto al concessionario della superstrada Pedemontana Veneta dei lavori relativi alla nuova autostazione di Montecchio Maggiore della A4 ed alle gallerie ferroviarie AV sottostanti, ai sensi dell'art. 147 del d.lgs. 163/2006.

Si osserva al riguardo che con parere sulla normativa AG10/2017/AP, l'Autorità ha affermato che quando il rapporto concessorio necessita di essere integrato mediante stipula di atti aggiuntivi, agli stessi deve essere applicata la disciplina vigente al momento della loro sottoscrizione³. Pertanto, quanto alla possibilità di affidare al concessionario della Superstrada Pedemontana Veneta, anche altri lavori, definiti complementari, occorre riferirsi alla disciplina prevista nel d.lgs. 50/2016, dovendo tale ipotesi trovare eventuale attuazione mediante la stipula di atti aggiuntivi alla convenzione in corso di esecuzione.

Si richiama quindi l'art. 175 del Codice (dettato in recepimento dell'art. 43 della direttiva 2014/23/UE)⁴, il quale disciplina il regime delle modifiche del contratto di concessione durante la sua vigenza, stabilendo (per gli aspetti che qui rilevano) che le predette concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione «b) *per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario* che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale, ove un cambiamento di concessionario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale e comporti per la stazione appaltante un notevole ritardo o un significativo aggravio dei costi». La disposizione aggiunge, al comma 4, che «le concessioni possono essere modificate senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione, né di verificare se le condizioni di cui al comma 7, lettere da a) a d), sono rispettate se la modifica è al di sotto di entrambi i valori seguenti: a) la soglia fissata all'articolo 35, comma 1, lettera a); b) il 10 per cento del valore della concessione iniziale». La norma precisa che la modifica di cui al comma 4 non può alterare la natura generale della concessione e che in caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche. Infine il comma 7 dispone che «la modifica di una concessione durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale, quando *altera*

³Con parere sulla normativa AG10/2017/AP, l'Autorità ha affermato che quando il rapporto concessorio necessita di essere integrato mediante stipula di atti aggiuntivi, agli stessi deve essere applicata la disciplina vigente al momento della loro sottoscrizione³. Infatti, il rapporto concessorio va esaminato nella sua concreta e complessa configurazione, distinguendo la convenzione quadro che regola a monte ed in via generica i rapporti tra concedente e concessionario, dai successivi ed eventuali contratti specificativi ed applicativi di quanto previsto nella convenzione stessa. La questione riveste importanza fondamentale con riferimento alla nascita o meno di diritti soggettivi, nonché al loro consolidamento in capo al concessionario; invero, la previsione specifica e pienamente esaustiva, in una convenzione quadro, di una serie di prestazioni aventi ad oggetto la progettazione, l'esecuzione di lavori, la gestione del servizio, con la determinazione di tutti gli aspetti afferenti gli stessi (consistenza dei lavori, penali, polizza fideiussoria, ed ogni altro elemento caratterizzante le prestazioni stesse), non rende necessaria la stipulazione di contratti applicativi, in quanto fa sorgere immediatamente in capo al concessionario il diritto soggettivo a realizzare le prestazioni secondo la normativa in vigore. Al contrario, se la convenzione è generica e non contiene articoli che regolino in modo esaustivo i rapporti fra concedente e concessionario, sorge, in capo al concessionario, un mero interesse legittimo, che assurge al rango di diritto soggettivo solo con il successivo intervento del singolo atto aggiuntivo il quale ricade, quindi, sotto la disciplina vigente al momento della sua stipulazione. Ne deriva, pertanto, che sulla base dei principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, i rapporti instauratisi nel regime previgente a quello attuale, continuano a produrre i loro effetti purché si tratti di rapporti definiti in tutti i loro elementi fondamentali, non suscettibili di ulteriori definizioni mediante atti successivi.

⁴Nel parere sulla normativa AG10/17/AC, in relazione all'affidamento al concessionario dei c.d. "lavori complementari", sono state analizzate le differenze intercorrenti tra disciplina dettata al riguardo dall'art. 147 del d.lgs. 163/2006 e quella prevista dall'art. 175 del d.lgs. 50/2016.



Autorità Nazionale Anticorruzione

IL PRESIDENTE

considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 4, una modifica è considerata sostanziale se almeno una delle seguenti condizioni è soddisfatta:

- a) la modifica introduce condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione;
- b) la modifica altera l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;
- c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione;
- d) se un nuovo concessionario sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).

Dalle disposizioni sopra riportate emerge, dunque, che in relazione al rapporto concessorio, la fattispecie dei c.d. lavori/servizi complementari, rappresenta uno dei casi in cui la stazione appaltante può procedere a modifiche del contratto in corso di esecuzione.

Quanto ai presupposti per ricorrervi, l'art. 175 fa riferimento ai lavori/servizi "supplementari", specificando che ai fini del legittimo ricorso all'istituto in esame, occorre che gli stessi, non previsti nell'appalto iniziale, siano divenuti "necessari", nel caso in cui un cambiamento del contraente produca gli effetti indicati nelle norme stesse, con riguardo all'impraticabilità della sostituzione del contraente originario per motivi economici o tecnici o a ritardi/aggravi/costi a carico della SA. Inoltre non si fa più riferimento, come nel previgente art. 147, comma 1, d.lgs. 163/2006, a "circostanze impreviste" (che costituiscono ora autonoma causa di ricorso alle varianti, ex art. 106 d.lgs. 50/2016).

Il Codice chiarisce in ogni caso che il ricorso a modifiche contrattuali non può essere fatto con finalità elusive della normativa dettata dal Codice stesso (art. 106, co. 7 e art. 175, co. 2), aggirando quindi l'obbligo dell'affidamento mediante procedura di gara ed aggiunge che le predette modifiche non devono alterare la natura del contratto (art. 106, co. 4 e art. 175 co. 5), non devono cioè comportare una modifica sostanziale allo stesso, nel senso indicato dalle disposizioni di riferimento. Tali previsioni sono in linea sia con le direttive 23/2014/UE e 24/2014/UE, le quali prevedono rispettivamente all'art. 43 e all'art. 72 che la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto, sia con l'orientamento giurisprudenziale a tenore del quale (TAR Lazio Roma, sez. II-bis, 15 aprile 2013, n. 3801) occorre distinguere le varianti (consentite) in corso di esecuzione dalla rinegoziazione (non consentita). A questa stregua, le modifiche dell'opera sono vietate nella misura in cui abbiano attitudine a mutare in modo significativo il regolamento negoziale, conducendo alla realizzazione di opere differenti rispetto a quelle poste a base di gara.

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di appalto devono ritenersi equivalenti ad una nuova aggiudicazione quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (Corte giustizia CE, 13 aprile 2010, n. 91). Pertanto, la modifica di un contratto in corso di validità deve ritenersi "sostanziale" qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a



Autorità Nazionale Anticorruzione

IL PRESIDENTE

quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata (parere AG 21/2016/AP).

Pertanto, sembra utile aggiungere al riguardo che, come evidenziato dall'Autorità, ancorché con riferimento al previgente art. 143, comma 8, del d.lgs. 163/2006 (sostituito dall'art. 165, comma 8, del d.lgs. 50/2016), il Codice «stabilisce nel dettaglio quali sono le situazioni che consentono di modificare il PEF per ripristinare il necessario equilibrio fra le prestazioni richieste al concessionario ed i ricavi conseguibili. La *ratio* di tale norma è palese: i termini economici del rapporto di regola non possono essere modificati nel corso del suo svolgimento in quanto, così facendo, verrebbe del tutto vanificato lo scopo del meccanismo concorrenziale di scelta del contraente (a questo proposito cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n.113/2011)» (delibera Anac n. 1/2014).

Pertanto la possibilità di affidare ad un concessionario anche i lavori e i servizi “complementari” (“supplementari” secondo la disciplina in vigore) a quelli oggetto dell'affidamento principale, come evidenziato nel parere sulla normativa AG25-08, oltre ad essere legata alla ricorrenza degli stringenti presupposti fissati dal legislatore, deve avvenire nel rispetto dei principi espressi dalla Corte di Giustizia in ordine all'impossibilità di apportare modifiche sostanziali, e quindi “rinegoziazioni”, al rapporto contrattuale in corso d'esecuzione.

Alla luce di tutto quanto, pertanto, nell'ambito di un rapporto concessorio è prevista in linea generale la possibilità, per la stazione appaltante, di procedere ad una modifica della convenzione conclusa con il concessionario originario, senza una nuova procedura di aggiudicazione, per l'affidamento allo stesso dei lavori e dei servizi supplementari, non inclusi nella predetta convenzione.

Tale possibilità è tuttavia subordinata alla sussistenza dei presupposti tassativamente indicati dall'art. 175 del Codice e, tra questi, il rispetto del comma 7, secondo il quale la modifica del rapporto concessorio non può alterare considerevolmente gli elementi essenziali del contratto.

In relazione al caso di specie, deve osservarsi che l'affidamento dei lavori della nuova Autostazione di Montecchio Maggiore della A4 e delle sottostanti gallerie ferroviarie AV, all'affidatario della concessione relativa alla superstrada Pedemontana Veneta, oltre a costituire una modalità di affidamento *diretto* in favore del predetto concessionario, di lavori pubblici imputabili a soggetti terzi rispetto alla stazione appaltante – quale circostanza non ammessa dal Codice – rappresenterebbe altresì una *modifica sostanziale* della predetta concessione, secondo le previsioni dell'art. 175 del Codice, posto che:

- (i) si interviene in un rapporto contrattuale in corso tra Regione Veneto e concessionario, affidando a quest'ultimo opere pubbliche *non ricomprese nella concessione iniziale e la cui titolarità è in capo a soggetti terzi*;
- (ii) detto affidamento, non previsto inizialmente, costituisce (per la rilevanza, anche economica, degli interventi stessi) una *sostanziale modifica* della concessione e dell'equilibrio economico – finanziario della stessa;
- (iii) l'affidamento de quo estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione;
- (iv) lo stesso introduce quindi “condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione”.



Autorità Nazionale Anticorruzione

IL PRESIDENTE

Si tratterebbe, quindi, di una modifica in grado di alterare la natura generale della concessione relativa alla Superstrada Pedemontana Veneta, quale ipotesi non coerente con le previsioni del citato art. 175 del Codice.

A ciò si aggiunga che l'ipotetico affidamento dei lavori della nuova autostazione di Montecchio Maggiore della A4 al concessionario della superstrada Pedemontana Veneta, potrebbe alterare altresì le condizioni di affidamento e l'equilibrio economico-finanziario della concessione autostradale affidata dal MIT ad Autostrade Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a.

Nella richiesta di parere è evidenziato, infatti, che in fase di rinnovo della concessione autostradale (convenzione unica del 9.7.2007), il MIT ha affidato alla predetta società la costruzione e la gestione della nuova Autostazione e dei relativi collegamenti con la viabilità ordinaria.

Pertanto, per effetto dell'accordo ex art. 15 l. 241/990 (oggetto della richiesta di parere), detto intervento dovrebbe essere sottratto agli obblighi contrattualmente assunti dalla concessionaria autostradale, per essere invece realizzato da un soggetto terzo, estraneo al contratto, ossia dal concessionario della Superstrada Pedemontana Veneta.

Circostanza questa che, sulla base delle disposizioni normative sopra richiamate, può costituire una modifica sostanziale anche della suindicata concessione autostradale, incidendo sensibilmente sull'equilibrio economico-finanziario della stessa, in violazione delle citate disposizioni dell'art. 175, comma 5 del Codice.

Analoghe osservazioni possono farsi in relazione alla convenzione stipulata tra RFI e Iricav Due per la progettazione e l'esecuzione della linea ferroviaria Alta Velocità Verona-Venezia e relative strutture e interconnessioni.

E' evidente, anche in tal caso, che la realizzazione delle gallerie ferroviarie sottostanti il nuovo svincolo di Montecchio Maggiore, ove sottratte agli obblighi contrattuali assunti dal Consorzio, possono incidere in maniera consistente sulle previsioni del contratto, determinando una modifica sostanziale alle condizioni di affidamento che, come evidenziato, *non* è ammessa dal Codice (art. 106, co. 4 e art. 175, co. 7).

3. Quanto alle ulteriori condizioni richieste dalla disciplina di settore (art. 15 l.n. 241/1990 e art.5, comma 6 d.lgs. 50/2016) per il ricorso agli accordi tra pubbliche amministrazioni, si osserva quanto segue:

- In ordine all'esigenza che alla base dell'accordo sussista *reale divisione di compiti e responsabilità*, si evidenzia che nel caso di specie – secondo quanto rappresentato nell'istanza di parere e relativa nota di integrazione - le responsabilità inerenti la realizzazione dei tre interventi in parola, sarebbero imputate esclusivamente in capo alla Regione Veneto, cui – per effetto dell'accordo in esame - sarebbero delegate le funzioni di stazione appaltante.

Inoltre, con riferimento ai compiti che dovrebbero essere svolti da tutti gli enti coinvolti in regime di condivisione e di sinergica convergenza (come evidenziato dall'Autorità nelle pronunce richiamate), questi si risolvono, invece, essenzialmente – da parte della società Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a., del MIT e di RFI - nel mettere a disposizione le aree per la realizzazione dei lavori e la progettazione (ove esistente), concedere un contributo economico pari al costo delle opere da eseguire, vigilare sulla buona esecuzione delle stesse. Attività che non sembrano rappresentare una reale condivisione delle attività da espletare ai fini dell'affidamento e della realizzazione degli interventi stessi.



Autorità Nazionale Anticorruzione

IL PRESIDENTE

- Infine, quanto alla necessità che il ricorso all'accordo non interferisca con il perseguimento dell'obiettivo principale delle norme comunitarie in tema di appalti pubblici, sembra sufficiente rinviare alle considerazioni svolte in relazione all'affidamento diretto in favore del concessionario della superstrada Pedemontana Veneta dei lavori di realizzazione della Nuova Autostazione A4 e delle gallerie ferroviarie AV, a tenore delle quali, detto affidamento non appare conforme alle disposizioni dell'art. 175 del d.lgs. 50/2016, comportando una modifica sostanziale alla concessione relativa alla predetta Superstrada, che "introduce condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione".

Per tutto quanto sopra, l'accordo che la Regione Veneto intende concludere con MIT, RFI e Società Autostrada Brescia Padova s.p.a., ai fini della coordinata esecuzione dei tre interventi sopra indicati, non appare conforme alle disposizioni dell'art. 15 l.n. 241/1990 e dell'art. 5, comma 6, d.lgs.50/2016.

A tal riguardo, peraltro, sembra utile evidenziare che il CIPE, in sede di approvazione del progetto definitivo delle opere ferroviarie di Alta Velocità Verona-Vicenza-Padova, I lotto funzionale Verona-Bivio Vicenza, con delibera n. 84 del 22 dicembre 2017, ha prescritto che RFI, MIT, società Autostrade Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a. e General Contractor Iricav Due, stipulino – prima dell'avvio dei lavori della tratta AV e dello svincolo di Montecchio Maggiore – una convenzione per disciplinare la contemporanea realizzazione degli stessi.

In particolare, nella citata Delibera, la prescrizione n. 129 indica di «stipulare, prima dell'avvio dei lavori sia della tratta AV/AC (a cura di RFI) sia del nuovo svincolo di Montecchio (a cura del concessionario autostradale), tra RFI, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Direzione generale per la vigilanza sulle concessionarie autostradali, Società Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A. e il CG Iricav Due, un'apposita convenzione per regolamentare la realizzazione in contemporanea dei lavori dei manufatti di sotto attraversamento dell'Autostrada A4 nel Comune di Montecchio Maggiore al km. 36+600 circa in modo da non comportare maggiori oneri per l'opera pubblica (Società Autostrade Brescia Padova S.p.A. protocollo 4285/16 ArCa/SeM del 16 marzo 2016)».

Pertanto, il CIPE non ha prescritto l'individuazione di un unico esecutore per i tre interventi in parola, ma – ferma la titolarità degli stessi in capo a ciascuno dei soggetti preposti – ha suggerito a RFI di stipulare un accordo volto a regolamentare la contemporanea esecuzione delle opere e a risolvere, quindi, le problematiche derivanti dalle interferenze dei lavori.

Alla luce di tutto quanto sopra,

Il Consiglio

Ritiene:



Autorità Nazionale Anticorruzione

IL PRESIDENTE

- non conforme alle disposizioni dell'art. 15 l.n. 241/1990 e dell'art. 5, comma 6, d.lgs. 50/2016, l'accordo che la Regione Veneto intende sottoscrivere con MIT, RFI e Società Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.a., i fini della coordinata esecuzione degli interventi relativi alla nuova autostazione di Montecchio Maggiore dell'autostrada A4, all'interconnessione tra Autostrada A4 e Superstrada Pedemontana Veneta, e alla tratta ferroviaria Alta Velocità Verona-Vicenza;
- in coerenza con le prescrizioni del CIPE, i predetti soggetti dovrebbero stipulare una convenzione per regolamentare la contemporanea esecuzione delle opere e risolvere, quindi, le problematiche derivanti dalle interferenze dei lavori.

Dispone:

- la trasmissione della presente deliberazione agli Uffici di Vigilanza dell'Autorità.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 6 dicembre 2018

Il Segretario, Maria Esposito