

Deliberazione n. 18 del 8 maggio 2013

Oggetto: People Mover di Bologna. Procedimento ispettivo ex art.3, del Regolamento di vigilanza del 7 aprile 2009 e ss. mm. e ii.

Il Consiglio

- Viste la deliberazioni del Consiglio con verbali n.20 del 20.07.2012 e n.25 del 13.09.2012;
- Vista la relazione prot.n.26721 dell'11.03.2013;
- Vista la deliberazione del Consiglio nell'adunanza del 27 e 28 marzo 2013;
- Vista la Comunicazione Risultanze Istruttorie prot.n.0033930 del 4.04.2013;
- Vista la deliberazione del Consiglio con verbale n.27 del 10 aprile 2013;
- Vista la relazione dell'Ufficio VICO NI-1 Prot.n.36787 del 12.04.2013.

Fatto

1. La presente riguarda la costruzione da parte del Comune di Bologna della metropolitana leggera per il collegamento tra la Stazione FS e l'aeroporto Guglielmo Marconi del medesimo capoluogo, nota come *People Mover*.

L'opera, di 5 km, si realizza con l'istituto della concessione ex art.142 e ss. del d.lgs. n.163 del 2006. La concessione è stata aggiudicata il 28.04.2009 all'impresa singola Consorzio Cooperative Costruzioni di Ravenna (CCC); essa ha costituito, ex art.156 del d.lgs. n.163 del 2006, una società di progetto con un socio pubblico ATC SpA (divenuto TPER SpA), partecipato significativamente dallo stesso comune di Bologna. Il procedimento ispettivo in seno alla Direzione Generale Vigilanza L. S. e F., si è concluso con la relazione istruttoria prot.n. 0066601 del 4.07.2012 e schema di delibera, relazione esaminata dal Consiglio nell'adunanza del 20.07.2012, verbale n.20, con "presa d'atto della relazione preparata dagli Uffici" e la fissazione di un'audizione per il 13.09.2012. Il Consiglio, nell'audizione del 13.09.2012, verbale n.25, disponeva di accogliere l'accesso agli atti nel frattempo proposto dalla Concessionaria e rinviava l'audizione alla data del 26.09.2012. L'accesso agli atti vi è stato il 14.09.2012 con acquisizione della relazione n.0066601/2012; la Concessionaria, in data 20.09.2012, richiedeva il rinvio dell'audizione fissata al 26.09.2012, per controdedurre alla relazione acquisita e preannunciando per fine ottobre: "... la Marconi Express sarà in grado di produrre la documentazione attestante il progredire delle trattative di cui si è detto nella memoria dell'11.05.2012", per significative variazioni della compagine societaria e della *governance* della Società di progetto.

Il Consiglio, accogliendo la proposta dell'Ufficio, rinviava l'audizione fissata per il 26.09.2012, alla data del 21 novembre 2012. In data 9.11.2012, la Concessionaria richiedeva un ulteriore rinvio dell'audizione, per consentire la formalizzazione delle variazioni di compagine sociale e di *governance* della società di progetto. Il Consiglio non calendarizzava l'audizione del 21.11.2012, la quale, quindi, doveva essere ri-fissata a seguito di proposte dell'Ufficio.

L'Ufficio sollecitava la Concessionaria con nota del 15.01.2013 a produrre la documentazione annunciata; la Concessionaria riscontrava la richiesta con lettera del 18 febbraio 2013 (acquisita in AVCP il 20.02.2013 n.0019621) di controdeduzioni alla relazione prot.n.0066601 del 4.07.2012. Nel riscontro in parola, veniva reiterato l'accesso agli atti e la richiesta di fissazione dell'audizione a suo tempo rinviata su istanza della medesima Concessionaria, insistendo altresì nella richiesta di archiviazione del procedimento.

Nella più recente nota del 21.02.2013, è stato formulato il nuovo accesso agli atti e la richiesta di audizione. Il Consiglio, nell'adunanza del 27 e 28 marzo 2013, verbale n.27, fissava l'audizione richiesta alla data dell'8 giugno 2013, condividendo il testo degli atti esaminati e disponendone la trasformazione in Comunicazione Risultanze Istruttorie (CRI), comunicazione inviata con prot.n.0033930 del 4.04.2013. A seguito di apposita istanza del 3.04.2013 della Marconi Express, d'anticipazione dell'audizione, il Consiglio, vista la rinuncia della stessa Società all'accesso agli atti e ai termini per controdedurre alla CRI, anticipava l'audizione alla data del 10 aprile us., nel corso della quale, anche il Comune di Bologna, ugualmente interessato dalla CRI, aderiva alla rinuncia dei termini per controdedurre.

Il Consiglio, con verbale del 10 aprile 2013, deliberava di definire la questione alla data del 23 aprile 2013, anche alla luce della memoria depositata dalla Marconi Express al termine dell'audizione stessa.

I pronunciamenti dell'Autorità più attinenti al tema della cessione di quote della società di progetto, non forniscono indicazioni risolutive sulla fattispecie in esame (Commento agli artt. da 37-bis a 37-novies della legge quadro, in "massimario"; Deliberazione n.4 del 17.01.2007; Deliberazione del 19.02.2009, AG 32/09; Deliberazione del 24.01.2012, AG 20/12). Questi si occupano, senza scostamenti l'uno dall'altro, delle modalità di uscita dalla società di progetto e non delle modalità di acquisizione *ex post* di un socio gestore della società di progetto-concessionaria.

Nel seguito si richiamano i principali antefatti mentre, per la completa ricostruzione del procedimento e per le valutazioni originarie e modifiche successive dei rischi, alla luce della Decisione Eurostat 2004, si rinvia alle relazioni del 4.07.2012 e dell'11.03.2013.

2. Il Concessionario CCC (socio costruttore), in data 13.01.2010, sottoscriveva un patto parasociale con la ATC SpA di Bologna (cd. socio gestore, divenuto poi TPER SpA) - società pubblica partecipata significativamente dal Comune di Bologna - con il quale quest'ultima è entrata a far parte della compagine della società di progetto, impegnandosi a sottoscrivere un contratto di finanziamento avente le caratteristiche del *project financing* per coprire parte dei costi di realizzazione del People Mover. Tra i compiti demandati alla società di progetto, e dunque ad ATC SpA, vi sono le attività di costruzione, gestione e finanziamento delle opere di trasporto.

Una volta eseguite le opere, il patto prevede una rapida riduzione della presenza di CCC nella società di progetto. Nella fase iniziale, la compagine societaria è formata dal 75 % da CCC e 25 % da ATC; dopo un anno dall'avvio della gestione si ha un primo trasferimento con cui CCC scende al 25 % delle azioni, e ATC sale al 75 %; dopo quattro anni dall'avvio della gestione, con un secondo trasferimento, CCC scende al 10 %

e ATC sale al 90 % (75 % + 15 %); con un terzo trasferimento, da porre in essere o nell'anno 2020 al massimo (cioè a 10 anni dal patto e a sette anni dal 2013 di avvio previsto per la gestione) o al raggiungimento, in qualsiasi momento della fase di gestione, di un MOL (Margine Operativo Lordo = Ricavi - Costi), superiore a € 6.000.000 (indicativamente, tale valore, secondo il PEF del dic. 2008, si raggiungerebbe nel 2019, cioè dopo 6 anni dall'inizio convenzionale della gestione prevista nel 2013). In occasione dei trasferimenti, ATC dovrà anche, proporzionalmente, retrocedere le quote dei valori societari fissati nel patto parasociale (€ 6.060.000 come capitale sociale + € 9.300.000 da versare a titolo di riserva) oltre agli eventuali utili.

TPER SpA è una società interamente pubblica, partecipata dal comune per il 30,11 %; il restante dell'assetto societario è detenuto dalla provincia di Bologna nonché dal Comune e Provincia di Ferrara. La partecipazione della TPER SpA nella Marconi Express, trasformatasi in TPER SpA dalla data 1.02.2012, per fusione del ramo trasporti con FER srl, è stata previamente deliberata con atto della Giunta comunale di Bologna n.292391 dell'anno 2009.

In sostanza, il patto, ai sensi dell'art.8.2, è finalizzato a favorire lo smobilizzo di CCC dopo l'esecuzione dell'opera e a inserire un socio gestore nella fase successiva di gestione funzionale ed economica, compresa la manutenzione globale e tutti gli obblighi ad essa correlati. Pur se il socio gestore, anche nella fase di costruzione, assume le medesime obbligazioni pro-quota dei contratti di finanziamento del socio costruttore. Dello stesso tenore il punto 4.5 lett. b) del patto, secondo cui, dalla data del primo trasferimento, ATC subentra a CCC in tutte le obbligazioni, nessuna esclusa e in particolare a quelle derivanti dal contratto di finanziamento, tenendo indenne CCC da ogni responsabilità o adempimento.

Il comune di Bologna, nella fase di gestione commissariale risalente al 2010, ha rappresentato alla stessa ATC SpA, il problema della riduzione dei rischi finanziari posti dal patto parasociale in capo alla ATC e quindi indirettamente al Comune. La ricerca di una soluzione in tal senso, veniva sollecitata dall'Amministrazione post commissariale, insediatasi nel 2011, con nota PG n.34089 del 13.02.2012 (allegata alla nota comunale).

La nota, formulava infatti la proposta di mantenere CCC fino al termine della concessione, di aumentare TPER fino al 51 % e di prevedere l'impegno di CCC a ricercare altri soci per colmare l'assetto societario. Il costo di costruzione ammonta a circa € 85,2 Mln (opere civili, opere impiantistiche, espropri, allacci e spese tecniche). Il costo complessivo del progetto includendo le spese finanziarie, i costi capitalizzati, una parte dell'iva, ecc., ammonta a € 95,2 mln. Nel 2023 è previsto un nuovo investimento per il terzo treno, pari a circa € 4,5 Mln di Euro valore 2008 (€ 6,3 mln nel 2023). L'importo dell'investimento complessivo del progetto includendo tutta l'iva, ammonta a € 105,62 mln di Euro.

Il contributo in conto costruzione è pari a circa € 29,7 mln (€ 27 mln dalla Regione e € 2,7 mln dalla Società Aeroporto Guglielmo Marconi pA), corrispondente a circa il 28 % dell'intero investimento (35 % sul costo di costruzione); il restante 72 % (65 % sul costo di costruzione) circa è assicurato dall'apporto del Concessionario, ripagando le varie linee di credito attraverso il flusso di cassa, qualora si realizzino le previsioni di traffico (simulazione a pag.16 della relazione acquisita dal Comune ad opera di *KPMG Advisory SpA*, con Break Even nel 2020 nel Caso Base, e fino al 2024 nei casi via via peggiorativi delle previsioni di traffico). Il contributo in conto gestione, è previsto nell'art.42 della convenzione (contributo alla gestione), dove si legge che, qualora le previsioni di passeggeri con origine-destinazione aeroporto, siano inferiori ad alcune soglie ivi riportate (ad es. 837.806 nel 2013, 929.515 nel 2014, ecc. fino a coprire il 2017), il Concedente deve versare un contributo in conto gestione pari al 60 % della soglia minima per il primo anno in cui si è manifesta la diminuzione; per il secondo anno in cui si è avuta la diminuzione, deve versare un contributo in conto gestione dell'85 % della soglia minima ecc. La convenzione assicura, in tal modo, una sorta di soccorso finanziario per il gestore per un tempo di 5 anni dall'inizio della gestione.

L'origine di tali contributi in conto gestione derivano dall'analisi di sensitività svolta nella relazione di accompagnamento al PEF; secondo tali analisi, qualora si abbia una diminuzione dei passeggeri oltre il 30 % rispetto al numero stimato nel progetto a base di gara (Caso Base a tariffa piena nel 2015 pari a 1.400.000 viaggiatori) l'indice DSCR (rapporto annuale tra il flusso di cassa al netto delle tasse e il servizio del debito comprensivo di quota capitale e interessi, pari a 1,40) scende al disotto dell'unità facendo perdere la bancabilità all'operazione finanziaria (il cash flow operativo non sarebbe più sufficiente a fare fronte al servizio del debito); il DSCR dovrebbe mantenersi pari a 1,40 per tutta la durata del finanziamento.

Il descritto meccanismo in conto gestione, prevede un'esposizione del comune di € 1,429 Mln per un numero di massimo 18 anni e 121 giorni a partire dal 2013.

Considerato in diritto

3. Una prima questione da esaminare, verte sul dato normativo recato nei periodi ultimo e penultimo del comma 3, art.156, del d.lgs. n.163 del 2006 (società di progetto).

Richiamato preliminarmente il penultimo capoverso del co.3, art.156, del d.lgs. n.163/2006, secondo cui "Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo", interessa verificare se, nei casi in cui il contratto di concessione - e per esso la *lex specialis* - non reca alcuna previsione sulle modalità di cessione di quote societarie, si possa ugualmente procedere alla cessione (smobilizzo) di quote di soci qualificati. E se, la sub-condizione espressa dopo la virgola del co.3 (limitazione allo smobilizzo dei soci "qualificanti"), sia comunque praticabile anche qualora il contratto non rechi la disciplina di cessione futura di quote societarie; oppure se, come sembra più corretto, l'inciso sia volto a disciplinare le modalità di smobilizzo una volta previsto dal contratto. Ed ancora, se sia comunque consentito al socio costruttore o prestatore, cioè ancora al socio qualificato, di smobilizzare liberamente le proprie quote societarie in virtù dell'ultimo periodo del co.3, secondo cui: "L'ingresso nel capitale sociale .. e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione, possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento".

La *ratio* della norma in commento, va rintracciata nella necessità da un lato, di garantire sempre la giusta qualificazione dei soci esecutori, dall'altro, di garantire la parità di condizione dei concorrenti, non potendosi

negare come la conoscenza di tali circostanze - chi entra e chi esce dopo l'aggiudicazione e con quali modalità di cessione - influenzi sensibilmente l'offerta in sede di gara. Non a caso, infatti, il penultimo periodo richiamato, disinteressandosi della teoria secondo cui nella concessione (*rectius*: finanza di progetto) non importa tanto l'esecutore ma il progetto visto nella sua capacità di produrre il flusso di cassa atteso nello studio di fattibilità, vincola solo i soci "qualificanti" a permanere nella compagine societaria fino al collaudo (sempre se previsto). Vincolo non operante qualora si tratti di soci minoritari e "non qualificanti", oppure in caso di riduzioni di partecipazione dei soci "qualificanti" in ragione della parte di concessione già eseguita e sempre se non sia escluso dal contratto (cfr. AG 32/09 del 19.11.2009).

Né, il divieto in parola, si può superare in considerazione del successivo e ultimo periodo del co.3 in commento poiché, lo smobilizzo o l'ingresso privi della copertura contrattuale, sono esplicitamente consentiti solo per gli enti finanziatori, al fine, evidentemente, di non ostacolare il concessionario nel reperimento di *partners* finanziari necessari per le operazioni di finanza di progetto.

Poiché il contratto di concessione sottoscritto il 4.06.2009 (da CCC in qualità di Concessionario), non reca alcuna previsione in tal senso, si deve concludere per la sussistenza di un divieto a ridurre la quota di partecipazione di CCC, divieto rafforzato almeno fino alla data di emissione del certificato di collaudo: previsione che sarebbe stato opportuno e coerente estendere anche alla fase *post* collaudo (per ogni smobilizzo nei limiti della residua qualificazione necessaria al prosieguo della concessione).

La Concessionaria, con la nota del 18.02.2013, sostiene invece: "nell'attuale sistema normativo ..un divieto tassativo a ridurre la quota di partecipazione dei soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione, per dirsi esistente, avrebbe necessariamente dovuto essere contemplato dalla legge ovvero dalla regolamentazione pattizia". E "..l'espressione contenuta nell'art.156, comma 3, "eventuale cessione", non abilita l'Ente Concedente ad imporre un divieto assoluto di trasferimento della partecipazione al capitale sociale della SPV"; bensì "deve intendersi riferita alla facoltà riservata ai soci di cedere o meno le proprie quote o azioni, e non alla facoltà della Concedente di imporre un divieto al trasferimento.." E finanche: "..verrebbe vulnerato il principio della libera circolazione delle azioni ..".

La tesi esposta dalla Concessionaria non può essere condivisa: non si capirebbe, infatti, perché la norma abbia previsto lo smobilizzo del socio qualificato almeno dopo il collaudo, in accordo alla disciplina del contratto; se si dovesse aderire alla tesi estrema del *ring fence* (separazione tra chi esegue e le sorti del progetto) la sostituzione di soci (finanziari e non), potrebbe avvenire liberamente alla sola condizione di verificare il sussistere dei requisiti di qualificazione (ad esempio alla stregua del subappalto). In realtà, la previsione contrattuale richiesta dal comma 3, di smobilizzare quote dei soci qualificati, per essere ammessa tra le clausole contrattuali Concessionario-Concedente, deve discendere dalla *lex specialis* alla stregua di tutti gli elementi dell'offerta suscettibili della tutela della parità di condizioni tra i concorrenti.

Diversamente, la modifica societaria in assenza di disciplina contrattuale, dissimula una rinegoziazione del contratto non consentita dalla normativa e dalla giurisprudenza poiché in violazione dei principi di parità di condizioni dei concorrenti. Infine, la "libera circolazione delle azioni", principio di rilevanza essenzialmente privatistica e societaria, non è affatto denegata come asserisce la Marconi Express, ma opportunamente regolamentata dal comma 3, art.156, del codice, al fine di renderla compatibile con i principi generali sottesi all'affidamento e alla realizzazione di opere e lavori pubblici, tra cui, *in primis*, il rispetto della libera concorrenza, della parità di trattamento e non discriminazione tra tutti i concorrenti.

In conclusione, le valutazioni di Marconi Express, ribadite anche con la memoria depositata nell'audizione del 10 aprile u.s., sono inidonee a giustificare l'operato del Concessionario il quale, al contrario, sarebbe legittimato ad adottare logiche societarie arbitrarie e non necessariamente coerenti con l'interesse pubblico del Concedente, destinato a rimanere, peraltro, estraneo a una così incisiva rinegoziazione del contratto.

4. La questione posta al n.3, può essere esaminata anche da un altro profilo: come un aggiudicatario, divenuto concessionario qualificandosi in gara ai sensi dell'art.98, comma 2, del d.P.R. n.554 del 1999 (qualificazione alternativa in carenza di requisiti gestionali, ora art.95 del d.P.R. n.207 del 2010), possa ricercare un socio gestore. Cioè se possa associare un socio gestore liberamente e in qualsiasi momento dopo l'aggiudicazione, nel silenzio della *lex specialis* (tra l'altro, non reca norme per l'affidamento a terzi di quote minime).

Cui segue un corollario: quali siano le modalità per integrare nella società concessionaria un socio, e nella fattispecie un socio pubblico (TPER SpA), avente i requisiti necessari alla gestione dell'opera (requisiti non in capo all'aggiudicatario). Naturalmente, non è in discussione l'affidamento al socio pubblico (TPER SpA) della gestione del contratto, qualora tale socio pubblico sia stato legittimamente selezionato per costituire la società di progetto: l'affidamento diretto di lavori o servizi di gestione da parte della società di progetto a un proprio socio, è esplicitamente ammesso dal comma 2, art.156, d.lgs. n.163/2006.

Alla cooptazione di TPER SpA nella fase *post* contrattuale, si oppongono motivazioni non superabili. Una prima: la possibilità di associare (liberamente) al Concessionario una società interamente pubblica, partecipata significativamente dallo stesso Concedente ed altri soggetti pubblici (cfr. relazione prot.n.006661/2012), è una circostanza particolarmente appetibile per i concorrenti laddove offre indubitabilmente maggiori garanzie sotto ovvi profili, dall'accesso al credito, al sistema delle garanzie e fino ai vantaggi informativi. Dunque, operando la cooptazione arbitraria del socio pubblico senza la copertura del bando di gara, si viola il principio della parità di condizioni dei concorrenti di cui all'art.2, comma 1, del d.lgs. n.163 del 2006. Difatti, non si può provare *per tabulas* che la partecipazione dell'ATC SpA nella Marconi Express, autorizzata con atto della Giunta comunale di Bologna n.292391 del 2009 (atto dell'1.12.2009) su un precedente impulso della stessa società ATC SpA (lettera PG 246715 del 2009), in un momento di poco successivo alla sottoscrizione del contratto di concessione, sarebbe stata operata con un aggiudicatario in ipotesi diverso da CCC; in tal guisa risulta violato anche il principio di trasparenza.

La Concessionaria, nella lettera dell'11.05.2012, ha sostenuto la tesi fondata su di una "massima" dell'Autorità, estrapolata da un "Commento agli articoli da 37-bis a 37-novies della Legge quadro sui lavori pubblici", reperibile in <http://massimario.avcp.it/cgi-bin/dottrina.pl?art=37sexies> commento senza riferimenti a delibere o atti assunti dal Consiglio dell'Autorità e privo di firma, quindi con valenza non facilmente conoscibile, da cui si ammetterebbe la possibilità a nuovi soci di entrare a far parte della società di progetto anche in assenza di un procedimento di gara. Testualmente la massima, facendola discendere

dall'art.6, della legge n.144 del 1999 (ora co. 2, art.156 del codice: "I lavori da eseguire e i servizi da prestare ..si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari") asserisce: "...è sempre possibile, una volta ottenuta l'aggiudicazione da parte della società di progetto prevedere l'ingresso nel capitale di nuovi soci mediante conferimenti consistenti non solo in finanziamenti ma anche nella prestazione concernente l'esecuzione di opere o lo svolgimento di servizi.."

Tale periodo, così estrapolato, suscita forti perplessità perché fa discendere la conclusione sopra riportata, dall'art.6 della legge n.144 del 17.05.1999 (novella dell'art.37-quinquies della legge quadro). Tale novella riguarda, ancora, i lavori o servizi da affidare da parte della società di progetto ai propri soci ex art.149, co.3, 1° periodo, d.lgs. n.163/2006, cioè dei soci raggruppati o consorziati per ottenere la concessione. Tali soci possono formare una società di progetto per la quale si applica il co.2, dell'art.156, del codice, mentre gli ingressi di altri soci (diversi da quelli raggruppati o consorziati nella gara) nella compagine della società di progetto, devono ritenersi disciplinati dal co.3, del medesimo art.156, del codice. Ma ATC SpA, non è un socio costituitosi per concorrere all'ottenimento della concessione.

Nella memoria del 18.02.2013, la Concessionaria argomenta, ripetutamente: il co.2, art.156, del d.lgs. n.163 del 2006, "...non asserisce affatto, né presuppone in alcun modo, che i soci affidatari debbano anche necessariamente avere partecipato alla procedura di evidenza pubblica a monte della individuazione del concessionario; al contrario - come anche rilevato dalla dottrina maggioritaria- la norma precisa e richiede che detti soci affidatari debbano essere in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari, con un inciso che trova significato logico solo se riferito a soci di nuovo ingresso e non a soci il cui possesso dei requisiti sia già stato sottoposto al vaglio dell'amministrazione aggiudicatrice."

Più volte nella memoria del 18.02.2013, la Concessionaria reitera la considerazione secondo cui il socio CCC, essendo stato qualificato senza i requisiti di cui deve essere dotato il gestore della concessione, il medesimo CCC si è riservato evidentemente di associare un *partner* gestore a valle della procedura di evidenza pubblica. E, dopo un lungo excursus (da pag. 10 a pag.18 circa), sostanzialmente ripetitivo della tesi succintamente riportata nel testo in *corsivo*, afferma che, non avendo il legislatore previsto l'obbligo del concessionario - selezionato con procedura di evidenza pubblica - di indire a sua volta una gara per la selezione del socio gestore, stante il principio *ubi lex voluit dixit*, si deve ritenere legittima l'individuazione del socio gestore senza il ricorso ad ulteriori procedure di evidenza pubblica. In estrema sintesi, il Concessionario, a valle della procedura di evidenza pubblica, deciderebbe, alla stregua delle norme privatistiche, come e quando integrare la compagine societaria con altri soci, alla sola condizione di verificare il possesso dei requisiti di qualificazione.

La ricostruzione della Concessionaria si appalesa non poco ardita. Infatti, qualora si intenda annettere un socio pubblico nella compagine societaria del Concessionario, il d.lgs. n.163 del 2006, all'art.15-ter, prevede una sorta di "via maestra" attraverso il modello del partenariato pubblico - privato istituzionalizzato, già previsto nel Libro Verde della CE e nella stessa direttiva 2004/18, e appunto recepiti nell'art.3 del codice. Per definizione, il PPP-istituzionalizzato implica una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno ad una entità distinta detenuta congiuntamente dal *partner* pubblico e dal *partner* privato, con la finalità di assicurare la costruzione di un'opera pubblica o di un servizio a favore dell'utenza pubblica. Il modello più utilizzato per tali finalità è quello della "società mista", disciplinata nell'ordinamento dall'art.116 del d.lgs. n.267 del 2000. Il socio privato deve essere scelto con procedure di evidenza pubblica e segnatamente con procedura ristretta (con pre-qualifica dei candidati). Sull'ammissibilità alle gare pubbliche di *competitors* pubblici, nella relazione n. 0066601 del 4.07.2012, si riteneva pacifico per un soggetto pubblico atteggiarsi alla stregua di un concorrente privato, per assumere la veste di contraente. Il Consiglio di Stato, nella Sentenza della Sez. VI, 11 luglio 2008 n. 3499, afferma: "Tale indirizzo merita certamente di essere condiviso: le garanzie offerte dalla procedura dell'evidenza pubblica valgono, infatti, ad escludere che la partecipazione all'interno della società da parte dell'ente pubblico che bandisce la gara possa rappresentare, di per sé, un fattore distorsivo della concorrenza e, quindi, offrire alla società partecipata un illegittimo vantaggio a scapito delle altre imprese. In definitiva, in assenza di prove in ordine a specifiche violazioni delle regole di evidenza pubblica, deve escludersi che la mera partecipazione dell'ente pubblico ad una società concorrente rappresenti un elemento tale da pregiudicare la regolarità della gara."

Infatti, la Sezione II, Capo II, Titolo III, Parte II, del codice, mentre disciplina, come visto, la cessione di quote societarie, non reca disposizioni specifiche per l'ingresso di altri soci "qualificanti" nella fase *post* aggiudicazione. Sicché, per le norme generali, i soci "qualificanti" entrano nella compagine della società di progetto: o come soci che partecipano alla gara per ottenere la concessione, riuniti in raggruppamento temporaneo o consorzio (cfr. ex art.149, comma 3, codice), o con procedure di evidenza pubblica per selezionare i soci privati di un partenariato pubblico privato-istituzionalizzato. Solo per i soci "non qualificanti", si ripete, l'ingresso è concesso liberamente, in qualsiasi stadio della concessione, nella veste di enti finanziatori, non potendo neppure essere vietato dal contratto.

Nel caso di *specie*, la scelta di ATC SpA senza gara pubblica, non è garanzia d'imparzialità e trasparenza: l'aiuto costituito dalla partecipazione del concedente al capitale di rischio e di debito dell'investimento (sempre da intendere pro-quota), doveva essere messo a disposizione di tutti i concorrenti. Inoltre, una tale facoltà, valida in linea generale, sembra debba essere temperata dalla condizione di tale soggetto pubblico, qualora fosse un Concessionario partecipato dal Concedente, deputato alla ricerca d'ingenti finanziamenti, di non risultare anche l'unico della compagine societaria (diversamente dai casi trattati dalla giurisprudenza nazionale). Scenario al quale tende, allo stato, nei termini spiegati, l'architettura del patto parasociale, laddove lascia la gestione nelle mani di un soggetto interamente pubblico designato senza gara.

E' evidente pertanto come il comune di Bologna abbia seguito una procedura confusa, affatto coerente con il codice dei contratti pubblici.

Nella memoria depositata nell'audizione del 10 aprile u.s., la Marconi Express, in merito alle modalità di reperimento del socio deputato alla gestione della metropolitana, argomenta che, trattandosi di contratti di servizi da affidarsi a cura di un concessionario, questi siano sottratti alle procedure di evidenza pubblica. Le dette considerazioni non risultano accettabili: si tratta infatti di una "concessione di lavori pubblici" e non di una "concessione di servizi"; diversamente argomentando, si giungerebbe all'assurdo di concepire la

prestazione come se fosse suddivisa in due contratti giuridicamente (e temporalmente) distinti: il primo di lavori, e un secondo di servizi (puramente intesi), al quale si applicherebbe la lett.f), dell'art.32, del d.lgs. n.163 del 2006.

A un esame meno formalistico, l'attuale assetto di Marconi Express denota inoltre vistose carenze anche sul futuro funzionamento della società, qualora debbano trattarsi argomenti cruciali quali la revisione del Piano economico e finanziario: la procedura anomala posta in essere dal comune per giungere alla società pubblico-privata, comporta una posizione di debolezza del socio pubblico (TPER SpA) laddove non è dotata a monte, appunto nella *lex specialis*, di uno statuto e di una *governance* pensati nell'interesse pubblico. Quindi, il socio pubblico TPER SpA, azionista minoritario, si vedrebbe sempre soccombente alle richieste di modifica del PEF, a fronte del gravoso compito di rappresentare l'unico socio deputato alla gestione. In altre parole, la condizione di TPER è molto debole in caso di richieste di modifica del PEF (aspetto più importante nella fase della gestione), realizzandosi un forte sbilanciamento a favore del socio privato CCC. Ciò è vero certamente nella fase di esecuzione della concessione, almeno fino al collaudo, ma ancor di più lo sarebbe nella fase *post* collaudo, nell'assetto prospettato sul futuro della Marconi Express (come meglio in seguito si vedrà): invero TPER SpA scenderebbe ad una quota societaria simbolica del 5 %, rimanendo però l'unico socio obbligato a fare la gestione. Con una forte sproporzione tra quota di servizio affidato (100 %) e quota di partecipazione alla società di progetto (5%).

Anche tali argomentazioni evidenziano le conseguenze della procedura seguita per cooptare il socio pubblico, mancando a monte, come detto, uno statuto pensato nell'interesse pubblico.

Nella memoria depositata nell'audizione del 10 aprile us., la Marconi Express argomenta che l'interesse della parte pubblica è ampiamente tutelata giacché, per le deliberazioni afferenti l'aggiornamento del PEF della Società (cfr. art.6.6, lett.b), dei patti parasociali), è richiesta l'unanimità del Consiglio di amministrazione, nel quale siedono due membri di nomina TPER SpA (più 3 di nomina CCC). Dunque TPER potrebbe far mancare l'unanimità.

Passando però ad esaminare la fase di gestione della concessione e quindi del PEF, dove è certamente più pregnante l'aggiornamento del PEF stesso e la richiesta di nuove linee di finanziamento, garanzie da parte dei soci, ecc., il patto parasociale, dopo il primo trasferimento, prevede un rovesciamento delle nomine dei 5 consiglieri: 3 di TPER SpA e 2 di CCC. Dunque quest'ultima potrebbe, per ridurre legittimamente gli oneri a proprio carico, far mancare l'unanimità a fronte della esigua aliquota societaria. Infatti, non tutte le richieste di modifica del PEF potrebbero convenire al socio privato, laddove, ad esempio, si trattasse di mantenere l'equilibrio richiesto da maggiori oneri con un aumento della durata della concessione ai sensi della convenzione stessa (cfr. art.5, pag.11, 2° periodo). Sicché queste ipotesi sarebbero scartate a priori con ovvi maggiori oneri per la PA. In sostanza, la decisione di assumere il principio di unanimità, non consente di mantenere il perseguimento dell'interesse pubblico per tutta la durata della concessione, poiché il privato può sempre esercitare il diritto di veto e finire col decidere sulla base del solo interesse lucrativo.

5. Un ulteriore risvolto da esaminare è quello della idoneità di un socio pubblico a svolgere il servizio, qualora non si sia sottoposto alle verifiche dei requisiti tipici della gara pubblica.

La necessità di verificare la idoneità del socio pubblico, cooptato senza la verifica dei requisiti generali e speciali, deve ritenersi sussistere in linea generale, non potendosi considerare la struttura adeguata in quanto pubblica; peraltro, l'ordinamento non consente di qualificare le stazioni appaltanti, anche pubbliche, su base reputazionale.

Dal punto di vista dell'art.38 del codice, non sembra possano disapplicarsi le verifiche di cui al comma 1, lett. b) e c), dell'art.38, in capo ai direttori tecnici dell'azienda; le condanne previste dall'art.38, potrebbero, per mera ipotesi, non aver comportato l'allontanamento di tali soggetti, rimanendo comunque inadeguati a svolgere il servizio. Analogamente, i requisiti della lett. f), art.38, sugli errori commessi nell'esercizio dell'attività professionale.

Nella memoria del 18.02.2013, la Concessionaria asserisce l'idoneità di TPER sul piano soggettivo e oggettivo, alla partecipazione ad attività connesse a contratti pubblici. Pur senza voler dubitare di tali affermazioni, la procedura di cooptazione del socio pubblico senza gara, pone in essere un'evidente disparità di trattamento tra soci privati e soci pubblici, contraddicendo palesemente il principio comunitario e codicistico più volte evocato di doversi porre sullo stesso piano soci pubblici e privati.

Per quanto a conoscenza, non risulta siano state effettuate verifiche dei requisiti di idoneità tecnica: non sembra infatti certo il possesso da parte del socio pubblico cooptato senza gara, di adeguate esperienze nella gestione di metropolitane non potendosi eventualmente considerare i trasporti di superficie o ferroviari quali "servizi analoghi" ai fini della sussistenza dei requisiti speciali (non frazionabili).

6. Un aspetto dedotto dalla Marconi Express, riguarderebbe la tematica dei servizi pubblici locali, anche se nella relazione prot. n.006661 del 2012 non è stato oggetto di rilievi da parte dell'Autorità. Anzi, si argomentava, in astratto, come non fosse in discussione la possibilità di TPER SpA di partecipare a procedure di evidenza pubblica, anche se partecipate dallo stesso soggetto concedente.

La memoria della Concessionaria sottolinea che "TPER deve ritenersi pienamente legittimata ad espletare la sua attività sul mercato, operando sia per soggetti pubblici sia per soggetti privati, nonché ad acquisire partecipazioni in altre società, quali Marconi Express SpA, non prestandosi il suo operato nel caso di specie ad alcuna censura, nemmeno sotto il profilo dell'art.4, comma 33, del decreto-legge 138/2011, convertito con legge 148/2011, per le ragioni dianzi illustrate."

La precisazione è tuttavia contraddittoria: non si comprende perché TPER SpA è stata avviata, nella presunta rivisitazione della compagine della Concessionaria, a una presenza simbolica del 5 %, nonostante su di essa permanga, alla luce del patto parasociale, il totale gravame della gestione; ma questa è altra questione connessa con la *governance*.

7. Un ultimo aspetto riguarda la rivisitazione dell'assetto societario. L'ultima parte della memoria del 18.02.2013 (pagine 30 e 31), fa riferimento a una nota d'intenti del 7.01.2013, allegata, a firma dell'AD del Fondo Orizzonte SGR (gestore del Fondo Sistema Infrastrutture, in seguito FSI, costituito dalle Camere di Commercio italiane); essa non solo non elimina le disfunzioni segnalate, ma pone ulteriori problemi.

Nella nota si prospetta la rivisitazione dell'assetto societario con l'ingresso di un investitore finanziario, tale Orizzonte SGR, con l'assunzione del 65 % del capitale sociale (50 % dalla CCC e 15 % da TPER). Così da ridurre CCC al 25 %, TPER al 5 % e con il nuovo ingresso della SAB al 5 % (Società Aeroporto di Bologna, già co-finanziatrice dell'investimento); inoltre, TPER, non incrementerebbe più la partecipazione societaria, mentre CCC, manterrebbe il 25 % fino al collaudo definitivo e una più ridotta aliquota per tutta la durata della concessione.

Dal punto di vista dei contenuti, la lettera d'intenti allegata, del 7.01.2013, a firma dell'AD del Fondo Orizzonte, indirizzata a CCC e TPER, è solo una manifestazione d'interesse, senza efficacia vincolante e subordinata all'approvazione finale dei propri organi deliberanti, nota con la quale FSI si riserva un ruolo di puro *partner* finanziario con un apporto all'investimento di € 25 mln e dove si esprimono molteplici condizioni, tra cui:

- rivendere (sic) le proprie azioni sul mercato entro il 2022 (grosso modo dopo 9 anni, poco dopo la ultimazione delle opere e forse dopo il collaudo);
- ottenere dall'investimento un rendimento in linea con gli obiettivi del Fondo e così anticipando la necessità di rivedere il Piano economico e finanziario affinché risulti d'interesse per gli azionisti (del Fondo).

Ed inoltre, FSI propone a CCC e TPER, con l'accettazione di Queste siglata a tergo della nota in commento, di assicurare la partecipazione solo fino al 30.06.2021; di fare un *call* (prelazione di vendita) a TPER ad un prezzo tale da garantire un rendimento sull'investimento del Fondo pari al 12 % (TIR del Fondo); di avere la facoltà di rescissione unilaterale del contratto di gestione e manutenzione per iniziativa del Fondo o del futuro acquirente, ecc. Tra le altre condizioni, il Fondo, intende ricevere da CCC e TPER un'esclusiva per la negoziazione dell'operazione valida fino al 31.03.2013, nonché un impegno dei detti Soci a ridefinire un PEF d'interesse per gli azionisti (del FSI).

L'accordo appare lontano dal concretizzarsi, laddove non vi è alcuna proposta preliminare d'investimento dell'AD al Consiglio di Amministrazione del FSI, nonostante le trattative siano state avviate sin dal febbraio 2012 ma senza mai addvenire ad atti formali; infatti, si legge: dopo "l'approvazione e in caso di superamento dell'istruttoria della AVCP", saranno avviate "le due diligence e la negoziazione dei contratti di investimento ...". L'AD afferma infine: "il Fondo è disponibile a correre il rischio imprenditoriale, se si convincerà che il PEF del progetto e tutte le condizioni della Concessione possano rendere plausibile che Marconi Express raggiunga risultati economici compatibili con la valorizzazione attesa della partecipazione".

La lettera del 7.01.2013 di FSI, fa sorgere varie perplessità. In primo luogo, le notizie circa il coinvolgimento di un Fondo appartenente a Unioncamere e a diverse Camere di Commercio, nonché della modifica del patto parasociale in termini di assetti societari, sono state già partecipate a suo tempo dal (primo) Responsabile del procedimento con nota del 17.02.2012 (in atti dal 27.02.2012 prot. n.0019064), dove si riferisce di un "Accordo di confidenzialità" risalente ai primi mesi del 2011 (o forse del 2010): nell'assemblea dei soci di TPER SpA del 17.06.2011, la proposta conclusiva pervenuta dal Fondo, non era stata ritenuta utile alla risoluzione dei problemi posti.

La lettura diacronica delle note del 17.02.2012 e del 7.01.2013, evidenzia la scarsa fattibilità delle proposte di modifica dell'assetto societario della Concessionaria. In secondo luogo, la prestazione attesa da FSI, nella più recente lettera di intenti, di ricondurre il TIR (tasso di rendimento interno del Fondo) al valore del 12 % "per esigenze del finanziatore", sembra particolarmente onerosa laddove il TIR del progetto (tasso che annulla il VAN = Costi - Ricavi) raggiunge solo l'8,5 % e con valutazioni sui volumi di traffico precedenti alla crisi economica; l'atteso rendimento di FSI comporta la necessità di elevare il livello tariffario del servizio di metropolitana e quindi il PEF, prima ancora della messa in esercizio. Tale "evento" non si rinviene tra le cause atte a consentire l'aggiornamento del PEF ai sensi dell'art.143, comma 8, del d.lgs. n.163 del 2006 e della stessa concessione di concessione (cfr. art. 5 della stessa), dalla quale peraltro non può discostarsi; in breve, l'esigenza di rendimento del Fondo, stravolgerebbe le condizioni a base della *lex specialis* (per fatto non imputabile al Concedente).

Inoltre, i tempi per giungere alla rivisitazione della compagine societaria appaiono molto dilatati, per non dire vaghi, e non vi è stato ancora, per quanto in atti, alcun coinvolgimento del Concedente. Come già avanti sottolineato, si pone il problema di dare alla società di progetto una *governance* adeguata a salvaguardare gli interessi del socio pubblico: le richieste di modifica del PEF da avanzare al Comune, sarebbero decise unilateralmente dal nuovo soggetto finanziatore disponendo di una maggioranza assoluta (65 %).

Ancora una volta, si sconta l'errore di aver cooptato il socio pubblico, anche partecipato dal concedente, senza seguire la più corretta procedura prevista dal codice dei contratti pubblici, qualora sia valutato conveniente formare una società pubblico-privata (di tali valutazioni non vi è traccia in atti), ossia del modello di partenariato pubblico privato-istituzionalizzato di cui al richiamato art.3, co. 15-ter del codice; modello, da cui sarebbe stata data a monte la facoltà di corredare la *lex specialis* e gli atti di gara, con norme adeguate a disciplinare la *governance* della Concessionaria. D'altro canto, si consegnerebbe carta bianca a FSI di uscire subito dopo l'ultimazione delle opere ecc.; ma ciò, ben intesi, va valutato sul piano delle opportunità, non essendovi alcuna formale preclusione ex art.156 del codice.

Anche su tale questione, nella memoria depositata dalla Marconi Express nell'audizione del 10 aprile u.s., si obietta che i tempi per tali operazioni sono sempre molto elevati e che la stessa apertura di istruttoria di questa Autorità, viene rubricata dagli istituti finanziari come fattore di rischio (amministrativo) dell'investimento.

L'obiezione sembra riguardare le prerogative di vigilanza conferite all'Autorità dal codice dei contratti pubblici e dalla normativa previgente, e confermate a più riprese dalla Consulta, come latamente ostative di accordi commerciali in corso. Il che non può condividersi considerate le finalità sottese all'istituzione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

8. Si tratta ora di verificare se il modello contrattuale e operativo residuo dal patto parasociale, sia tale da potersi ancora ascrivere propriamente alla "finanza di progetto", e se non alteri la ripartizione dei rischi di cui alla Decisione Eurostat 2004.

La metropolitana di Bologna, come tutte le metropolitane, deve essere rubricata tra le opere dove la funzione sociale è assolutamente predominante, benché non si tratti di servizi pubblici essenziali *scritto sensu*; per tale motivo, da un lato non è possibile una libera applicazione di tariffe, dall'altro, il livello socialmente accettabile delle tariffe stesse è talmente basso da non generare flussi di cassa in grado di assicurare il rimborso del servizio del debito, ecc. In tali tipi di opere, come noto, l'applicazione del *project financing* risulta inappropriata, a meno che la Parte pubblica non finanzi in maniera massiccia la costruzione e la gestione del servizio (cfr. tariffe ombra).

Fatti salvi i rilievi già formulati sotto il profilo giuridico, nell'analisi seguente, sono svolte alcune considerazioni sostanzialistiche sulle conseguenze del patto parasociale.

Nella fase di costruzione la PA partecipa per il 46 % (18% + 28 %) dell'investimento, per diventare il 75 % e 90 %, rispettivamente con il I° e II° trasferimento, nella fase di gestione caratterizzata dal più alto rischio finanziario. Anche in caso di parziale *default* del progetto, il Comune deve intervenire con un canone di gestione come riportato negli antefatti e tale da sostenere il servizio del debito.

FASI DELLA CONCESSIONE	PUBBLICA AMM.NE (COMUNE DI BOLOGNA ecc.)	SOCIETA' DI PROGETTO	
		SOCIO PUBBLICO ATC SpA	SOCIO PRIVATO CCC
COSTO DI COSTRUZIONE (INVESTIMENTO)	28 %	18 % (72 % X 25 %)	54 % (72 % X 75 %)
COSTO DI GESTIONE	0 % OPPURE CANONE DEL 60 % E 85 %, IN CASO DI RIDUZIONE DEI VIAGGIATORI SOTTO LA SOGLIA MINIMA	75 % (DOPO 1 ANNO)	25 % (DOPO 1 ANNO)
		90 % (DOPO 4 ANNI)	10 % (DOPO 4 ANNI)

Nel caso di specie, lo smobilizzo del socio costruttore CCC dopo l'esecuzione e il trasferimento ad un unico socio pubblico TPER, partecipato significativamente dal Concedente, trasferisce ogni rischio connesso con l'esercizio delle opere in capo alla pubblica amministrazione la quale, da un lato non può utilizzare la leva tariffaria, per la funzione sociale ricordata, dall'altro dovrà inevitabilmente accollarsi gli oneri finanziari per mantenere in equilibrio il PEF (cfr. comma 8, art.143, d.lgs. n.163 del 2006). Né, tali rischi, si possono considerare attenuati alla luce del principio di separazione tra le sorti del progetto e dei singoli soci (*ring fence*): in caso di *default* del progetto, il Comune di Bologna, Concedente, si troverebbe comunque nella condizione di non potersi sottrarre all'acquisizione dei debiti pro-quota di TPER SpA.

Ancora una volta affiorano le carenze del bando di gara, laddove non ha dettato alcun norma di selezione del socio gestore, costringendo lo stesso Aggiudicatario a inseguire una procedura distorta; nel partenariato istituzionalizzato, sarebbe stata evidente a monte, la necessità di selezionare nella compagine societaria i soci costruttori e gestori. In tali condizioni, quindi, il *project financing* viene ad essere snaturato dal suo modello naturale, cioè di un istituto da finanziare prevalentemente (o esclusivamente !?) attraverso l'intervento di capitali privati, avendo incautamente assegnato al Comune il doppio ruolo di Concedente e Concessionario (pro-quota, ma sempre con la restante parte pubblica); la fase di costruzione a basso rischio è affidata al socio realizzatore, come in un appalto ordinario, mentre la fase di gestione, a più alto rischio imprenditoriale e finanziario, viepiù con la crisi finanziaria sopravvenuta, senza poter contare su un flusso di cassa consistente, è trasferita sulla parte pubblica e pro-quota allo stesso Concedente.

Anche per quanto attiene la ripartizione dei rischi di cui alla richiamata Decisione, il patto parasociale modifica le valutazioni iniziali espresse. Il rischio di costruzione (Il *rischio di costruzione* si intende trasferito se la PA non prevede pagamenti per: ritardo dei tempi di consegna; aumento dei costi in corso d'opera; mancato rispetto degli standard di progetto; inconvenienti di tipo tecnico; mancato completamento dell'opera), non può essere più considerato totalmente a carico del Concessionario come era stato in origine considerato, giacché i maggiori costi gravano pro-quota direttamente sul Concedente e comunque almeno per il 18 % sulla parte pubblica (prima dello smobilizzo di CCC). Il rischio di domanda rimane ripartito in parte sulla PA e in parte sul Concessionario, ma con l'aggravante della crisi finanziaria sopravvenuta, da cui potrebbe scaturire la necessità di erogare un canone di gestione a carico del Concedente.

Viene pertanto meno l'adempimento alla Decisione Eurostat 2004 (richiamato nell'art.3, comma 15-ter del codice) secondo cui un'operazione di finanza di progetto può essere considerata *off-balance*, qualora siano trasferiti sul Concessionario almeno due rischi a scelta tra il rischio di costruzione, di domanda e di disponibilità.

Nella memoria depositata nell'audizione del 10 aprile u.s., Marconi Express ritiene che il trasferimento dei due rischi sia, al contrario, impermeabile al mutato assetto societario; il fatto che una società a capitale pubblico (TPER SpA) abbia ritenuto di entrare a far parte della compagine della società concessionaria, non incide sulla ripartizione dei rischi fra concedente e concessionario, laddove tale società abbia operato in virtù della propria autonomia imprenditoriale. Inoltre, in caso di eventuale *default* della società di progetto, sarà operante il principio di limitazione delle responsabilità in favore dei suoi soci, per cui appare inesatto considerare TPER alla stregua di soggetti tenuti a restituire il (predetto) finanziamento, ecc.

Anche tali considerazioni, già in sostanza espresse nella memoria del 18.02.2013, non possono condividersi: infatti, anche qualora la TPER SpA non fosse, come non è, una società *in house* del Comune di Bologna, la giurisprudenza prevede che l'Ente pubblico sia chiamato a rispondere del debito della società stessa. La giurisprudenza costante ha infatti escluso la soggezione al fallimento, solo quando la società abbia quale oggetto sociale esclusivo un servizio tramite il quale l'Ente pubblico raggiunge scopi strettamente istituzionali. Ne consegue quindi che, il mutato assetto societario, incide eccome sul trasferimento dei rischi trovandosi la PA contestualmente sia nella veste di concedente che, pro-quota, di concessionario.

9. In conclusione, per l'affidamento da parte del Concessionario a soggetti esterni alla sua compagine societaria, occorre rispettare i vincoli dell'art.156 del d.lgs. n.163 del 2006 (art.37-bis della legge 109/94), e, in particolare, ci si deve attenere all'apposita previsione nel contratto di concessione, sia per garantire le esigenze di qualificazione, sia la parità di condizioni dei concorrenti, i quali, non si sono trovati nella condizione di conoscere a priori la disponibilità della stazione appaltante a prendere parte all'operazione indipendentemente dall'aggiudicatario. Circostanza, quest'ultima, non di poco momento alla luce della sentenza del Consiglio di Stato (ex plurimis: C.S., IV, 25.03.2003, n.1544) dove si ravvisa " *illegittimità, anche dal punto di vista comunitario, della rinegoziazione di elementi fondamentali del contratto con i soggetti partecipanti alla gara, dal momento che tale rinegoziazione finisce per vanificare la procedura espletata, introducendo elementi oggettivi di distorsione della concorrenza, con conseguente alterazione dei risultati della gara* ". Poiché, come rilevato, non sussistono nella convenzione previsioni in tal senso, ne consegue l'impossibilità di includere TPER SpA.

Segnatamente si rileva il contrasto della procedura con gli artt.2, 3, 142 e 156 del d.lgs. n.163/2006, di talché permane la necessità di invitare il comune di Bologna e la Marconi Express a rivisitare i patti parasociali del 13.01.2010 al fine di rimuovere le criticità, le disfunzioni e il contrasto con il codice dei contratti pubblici, per le motivazioni evidenziate: in particolare, lo smobilizzo del Consorzio Cooperative Costruzioni e l'ingresso di TPER SpA (già ATC SpA) nella società di progetto Marconi Express, nonché a definire, eventualmente, la sorte dei costi delle fidejussioni.

Gli elementi apportati in ordine alla possibile modifica societaria della Concessionaria, si sono rivelati affatto consistenti e dilatori, laddove non sono state prodotti gli atti esaustivi più volte annunciati per modificare la Marconi Express e dissolvere in tal modo le perplessità emerse in fase istruttoria: è stata prodotta una mera lettera commerciale d'intenti - scritta dopo più di un anno di trattative e senza aver ancora avviate le attività di *due diligence* - nella quale non si esprime fiducia sull'operazione e sul PEF: il Fondo potrebbe intervenire " *.. se si convincerà che il PEF del progetto e tutte le condizioni della Concessione possano rendere plausibile che Marconi Express raggiunga risultati economici..* " .

Pertanto, come già argomentato nella relazione prot.n.0066601 del 4.07.2012, vista l'architettura contrattuale posta in essere dal Comune di Bologna e dalla Concessionaria, l'istituto della concessione è stato degradato fino a farlo trasmodare in un appalto d'opera: CCC realizza l'opera di trasporto e smobilizza, lasciando l'onere della gestione al soggetto pubblico TPER SpA, partecipato significativamente dal Concedente, cui vengono riversati tutti i rischi di gestione e finanziari dell'operazione, così tradendo uno dei principali precetti della finanza di progetto insito, come noto, nel ricorso ai capitali privati per il compimento dell'operazione.

Infine, il patto parasociale modifica l'iniziale ripartizione del rischio di costruzione a carico del Concessionario, facendo divenire, allo stato, non più soddisfacente il livello di aderenza ai precetti recati nella Decisione Eurostat 2004 di trasferire almeno due rischi: infatti, per quanto argomentato, anche il rischio di costruzione è trasferito pro-quota in capo al soggetto pubblico concedente. Si ribadisce pertanto che, la natura unitaria del *project financing* , cioè non suscettibile di essere concepita come una prestazione erogabile con due contratti giuridicamente distinti, il primo di lavori e il secondo di servizi (puramente intesi), impone di mantenere inalterato il rispetto della distribuzione dei suddetti rischi.

Inoltre, è emersa una notevole esposizione finanziaria a carico della Pubblica Amministrazione, e pro-quota del Comune di Bologna, una volta nella veste di Concedente e una volta di Gestore, vieppiù alla luce della subentrata diminuzione dell'utenza della mobilità e della crisi del credito. Anche alla luce di ciò, l'operazione posta in essere dal Comune di Bologna, si connota come un risultato in dissonanza con la teoria della finanza di progetto.

La memoria depositata in sede di audizione del 10 aprile u.s., non fornisce elementi nuovi e significativi per modificare le considerazioni che precedono.

Tanto premesso,

Il Consiglio

- approva la presente deliberazione nelle considerazioni che precedono;
- rileva il contrasto della procedura con gli artt. 2, 3, 142 e 156 del d.lgs. n.163/2006;
- rileva che l'originaria sussistenza di un'equilibrata allocazione dei rischi come individuati nella Decisione Eurostat 11.02.2004, è venuta meno alla luce del patto parasociale del 13.01.2010;
- invita il comune di Bologna e la Marconi Express a rivisitare i patti parasociali del 13.01.2010 al fine di rimuovere le criticità, le disfunzioni e il richiamato contrasto con il codice dei contratti pubblici, per le motivazioni evidenziate;
- da mandato alla Direzione VICO di inviare copia della presente alle Parti interessate nonché alla Procura della Corte dei Conti e alla Procura della Repubblica di Bologna.

Il Consigliere relatore : Luciano Berarducci

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria il 21 maggio 2013

Il Segretario: Maria Esposito