Deliberazione n. 26 Adunanza del 15 Luglio 2008

Oggetto: Sistema Ferroviario Alta Velocità/Alta Capacità. Indagine relativa agli interventi gestiti da TAV S.p.A. - Risccontro dei soggetti interessati ai rilievi formulati dall'Autorità con risoluzione del 19 dicembre 2007.

Stazione appaltante: TAV S.p.A.

Il Consiglio

Vista la relazione della Direzione generale della vigilanza lavori in data 22/05/2008.

Considerato in fatto

L'Ente Ferrovie dello Stato, sulla base del contratto di programma stipulato nel gennaio 1991 con il Ministero dei Trasporti e previo parere del Consiglio di Stato del 19 giugno 1991 n. 520, con delibera del 7 agosto 1991 ha attribuito a TAV S.p.A. la concessione per la progettazione, la costruzione e lo sfruttamento economico del Sistema di linee ferroviarie AV.

Quindi, con la convenzione del 24 settembre 1991, attuativa della concessione, l'Ente Ferrovie dello Stato e TAV regolamentavano i reciproci rapporti prevedendo che quest'ultima potesse adempiere alle proprie obbligazioni di progettazione e costruzione delle tratte AV mediante contratti di committenza con IRI, ENI e FIAT, i quali avrebbero assunto il ruolo di stazioni appaltanti e di garanti del tempo e del costo delle opere.

Per effetto di tale convenzione TAV S.p.A. affidava per conto di FS la progettazione e realizzazione di ciascuna tratta ferroviaria del Sistema Alta Velocità ad alcuni Consorzi di imprese facenti capo a FIAT, IRI ed ENI, che assumevano, in qualità di *general contractors*, la piena ed esclusiva responsabilità della progettazione esecutiva e della costruzione delle opere.

Con parere n. 570/1991 del Consiglio di Stato sull'assetto convenzionale si ritennero ammissibili i contratti a trattativa privata tra TAV e i *General Contractors*, qualificandoli come "contratti innominati di servizi e prestazioni", rientranti nei c.d. "settori esclusi".

Il Consiglio dell'Autorità, nella seduta del 19/20 dicembre 2007 ha approvato un atto di risoluzione, con il quale, in riferimento alla realizzazione degli interventi relativi alle linee ferroviarie Roma - Napoli e Bologna - Firenze, in corso di avanzata esecuzione, ha evidenziato il mancato rispetto dei principi che regolano il settore degli appalti pubblici, attualmente individuati dall'art. 2 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e s.m.

La risoluzione e la relazione redatta dalla Direzione Vigilanza sono state trasmesse a TAV S.p.A., R.F.I. S.p.A., FIAT S.p.A. e CONSORZIO IRICAV UNO, perché gli stessi potessero comunicare le misure adottate e gli impegni da assumere per porre fine alle infrazioni rilevate.

Le risposte pervenute dai soggetti interessati hanno principalmente replicato ai rilievi puntualmente avanzati dall'Autorità, fornendo informazioni, chiarimenti e valutazioni di competenza; RFI S.p.A. e TAV S.p.A. hanno anche evidenziato taluni impegni, da assumere sia in relazione agli interventi in corso di esecuzione che per futuri interventi da avviare, come specificato nel seguito.

Per quanto attiene ad informazioni e chiarimenti su aspetti specifici, RFI S.p.A. ha rimandato alla controllata TAV S.p.A.

Tutti i soggetti interessati hanno, in primo luogo, evidenziato come l'importo che viene indicato come il Prezzo Forfetario di cui alla Convenzione originaria fosse in realtà stabilito al solo fine di individuare un eventuale rimborso al consorzio in caso di recesso prima della stipula dell'Atto integrativo e al fine del calcolo della anticipazione contrattuale, senza tener conto di una effettiva valutazione dell'opera. Pertanto, secondo i soggetti interessati, l'importo da considerare per la valutazione dei successivi incrementi di costo è quello indicato nell'Atto Integrativo.

Per quanto sopra, è stato precisato, che non era contemplata dalle Convenzioni la possibilità di recesso in caso di variazioni del costo dell'opera rispetto a quello indicato, ma il recesso da parte di TAV S.p.A. poteva essere esercitato solo in caso di mancato accordo sull'individuazione del Prezzo Forfetario.

Per quanto attiene alle presunte carenze dei progetti esecutivi, richiamate dall'Autorità con particolare riferimento alla tratta Roma-Napoli ed in relazione alle problematiche emerse in corso d'opera per ritrovamenti archeologici, IRICAV UNO ha contestato tale affermazione, evidenziando che il territorio attraversato dall'opera è area archeologica di enorme rilevanza e ciò ha spinto la

Committenza a decidere, meritoriamente, l'esecuzione di una vastissima campagna preventiva di indagini.

TAV S.p.A. ha evidenziato le eccezionali caratteristiche e novità dell'opera, i lunghi e complessi procedimenti autorizzativi, le rilevanti opere che è stato necessario progettare ed eseguire a richiesta dei vari enti locali, la complessa gestione delle interferenze, le riserve presentate dai GC e le numerose varianti che è stato necessario istruire per motivazioni oggettive, quali causa dell'incremento dei costi e dei tempi esecutivi, declinando responsabilità per una presunta negligenza della conduzione interventi.

E' stato anche evidenziato, dai soggetti interessati, come le modalità seguite nei procedimenti autorizzatori trovino riscontro nella normativa dell'epoca, che prevedeva l'acquisizione di permessi ed autorizzazioni nella conferenza dei servizi sulla scorta del progetto esecutivo (ora definitivo); diverse sono oggi le possibilità indotte dal D.Lgs. n. 190/2002.

Gli stessi hanno anche rappresentato come il rischio connesso ai tempi e agli ulteriori oneri derivanti dalle determinazioni delle pubbliche autorità sia tipico del committente.

In relazione alla frammentazione degli interventi, rilevata dall'Autorità, è stato sostanzialmente evidenziato dai vari soggetti come ciò sia coerente con le Convenzioni e la logica dell'affidamento a contraente generale. Tutti i soggetti hanno, comunque, respinto l'ipotesi di subappalti "in cascata", fattispecie che comporterebbe implicazioni penalmente rilevanti.

Per quanto attiene alla tratta della RM-NA per la quale si sono confrontati il prezzo corrisposto al G.C. e i costi da questo sostenuti nei confronti di impresa terza, è stato ribadito da IRICAV UNO come i valori confrontati non siano assolutamente comparabili.

E' stato confermato come i CG abbiano bandito appalti per una quota complessiva inferiore rispetto al 40% previsto dalla Convenzione, evidenziando, però, come tale quota ridotta sia conforme a successive pattuizioni, rese necessarie a causa delle intervenute varianti in corso d'opera, che non hanno consentito la tempestiva pubblicazione dei bandi, e per evitare i ritardi e gli oneri che la riprogrammazione delle gare avrebbe comportato.

Ritenuto in diritto

In via preliminare appare opportuno rammentare come la Corte Costituzionale, con sentenza 23 novembre 2007 n. 401, abbia affermato che la potestà legislativa in materia di contratti pubblici, riconosciuta in via generale in capo allo Stato, è svolta nell'obiettivo principale della tutela della concorrenza.

Pertanto, l'attività di vigilanza svolta dall'Autorità, ai sensi dell'art. 6, comma 7, del D.Lgs. 163/2006, sull'uniformità alle disposizioni legislative in materia di procedure di scelta del contraente su tutto il territorio nazionale, risponde all'esigenza di garantire oltre che il rispetto della parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e trasparenza, anche il principio di libera concorrenza.

Tale uniformità costituisce attuazione di regole costituzionali della imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione ed assicura anche l'efficacia, l'economicità e l'efficienza dell'attività amministrativa.

L'Autorità ha esaminato i procedimenti di realizzazione di alcune tratte del sistema ferroviario AV/AC, che, come sopra richiamato hanno avuto origine dalle Convenzioni tra TAV S.p.A. e GC stipulate nel 1991; il sistema ferroviario che si prevedeva di realizzare nel corso degli anni è stato interessato da diverse modifiche; in particolare concepito inizialmente quale sistema di trasporto destinato ai soli passeggeri, è stato esteso quale più ampio sistema finalizzato anche al trasporto merci, connesso con la rete ferroviaria ordinaria.

Il caso in esame presenta una procedura assolutamente atipica, con la stipula, all'origine, di convenzioni tra TAV e GC in assenza di qualsiasi procedura concorsuale.

E' da precisare come le Convenzioni siano state stipulate in data antecedente al termine ultimo di applicabilità in Italia della direttiva 90/531/CEE (fissato al 1.1.1993), nonché all'emanazione della direttiva 93/38/CEE.

Ciò, tuttavia, non ha impedito che la Commissione europea intervenisse con procedura di infrazione, avviata in data 30.3.2004, in ordine alla previsione, nella Convenzione siglata tra FS e TAV, di *general contractors* individuati in "uno dei principali gruppi industriali italiani" ovvero garantiti da uno di questi.

La procedura ha posto in evidenza come, sia pure in carenza di applicabilità della citata direttiva 90/531/CEE, la suddetta previsione costituisca una palese violazione del divieto di discriminazione in

base alla nazionalità di cui all'art 49 del Trattato CE.

E' significativo evidenziare come la procedura di infrazione si sia conclusa con l'accoglimento da parte della Commissione, in data 16.3.2005, della proposta di soluzione elaborata dal Governo italiano, che, sostanzialmente, ha assunto impegno, nell'ambito delle tratte già affidate a GC, di affidamento a terzi di una significativa quota delle opere civili e di armamento (per l'asse verticale TO-MI-NA, già in fase di avanzata esecuzione, affidamento di lavori per 250 mil € e per l'asse orizzontale GE-MI-PD-VE affidamento di lavori per una quota pari al 60%), mediante procedure di gara e ponendo a base di queste lotti di valore tale da interessare imprese comunitarie.

Ad oggi, pertanto, l'Autorità, ponendo la propria attenzione su tratte ormai in corso di avanzata realizzazione, si prefigge principalmente di valutare:

- in quale misura la procedura non concorsuale con cui sono state affidate abbia inciso nell'esecuzione dell'intervento in termini di economicità ed efficacia della realizzazione dell'opera
- come le successive modifiche progettuali introdotte abbiano ulteriormente influito nei confronti della libera concorrenza;
- i possibili interventi correttivi ad oggi attuabili per porre rimedio alle criticità rilevate.

Per quanto sopra, l'Autorità, con risoluzione del 19 dicembre 2007, ha contestato ai soggetti interessati il mancato rispetto dei principi che regolano il settore degli appalti pubblici, attualmente individuati dall'art. 2 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e s.m.

Al riguardo deve evidenziarsi come il riferimento dell'Autorità ai "principi" richiamati dal Codice superi le osservazioni formulate dai soggetti interessati dalle contestazioni circa la non applicabilità, *ratione temporis*, alle Convenzioni tra TAV e GC delle disposizioni del Codice, atteso che i principi richiamati sono già insiti orinvenibili nelle disposizioni del Trattato CE e nelle regole costituzionali della, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

Alla luce dei chiarimenti forniti dai soggetti interessati e sopra sinteticamente richiamati, si evince quanto di seguito riportato, con riferimento alle contestazioni formulate dall'Autorità.

a) Mancato rispetto dei principi della libera concorrenza e della non discriminazione.

L'Autorità ha evidenziato, in primo luogo, come, con successivi atti integrativi alla Convenzione iniziale, si sia affidato ai GC un'opera sostanzialmente diversa da quella prevista nell'atto originario.

Al riguardo, proprio nell'assunzione che l'importo indicato dalle Convenzioni originarie era meramente funzionale a disciplinare un possibile recesso contrattuale e l'anticipazione, si manifesta la criticità di un affidamento operato in assenza di una congrua valutazione.

Prendendo atto di quanto rappresentato da TAV S.p.A., circa l'impossibilità di recedere dal contratto a seguito di definizione di un Prezzo Forfetario notevolmente superiore a quello indicato nelle Convenzioni originarie, in quanto ipotesi non contemplata da dette Convenzioni, si conferma tuttavia che, con gli Atti Integrativi, sono stati di fatto affidati ai G.C. contratti di ben maggiore importo rispetto a quelli inizialmente - e sia pure di larghissima massima - preventivati, per opere che, nel corso della redazione della progettazione esecutiva sono state definite ed hanno recepito sostanziali nuove istanze da parte del Committente e di autorità ed enti competenti o interessati; tali Atti Integrativi, nonché gli ulteriori accordi intervenuti, hanno, pertanto, significativamente ampliato, in un successivo momento in cui risultavano applicabili le direttive comunitarie in materia, gli effetti dell'assenza di concorrenza già presente nei contratti originari.

Al riguardo l'Autorità ritiene che, pur in assenza di una espressa previsione nella Convenzione, TAV S.p.A. avrebbe potuto valutare di sciogliere il contratto, stante la rilevante difformità economica (nel caso della Tratta BO-FI il costo dell'intera opera, con l'Atto Integrativo del 07/05/1996 e l'Accordo del 20/12/1999, è quasi triplicato), applicandosi comunque le disposizioni di carattere generale relative alla risoluzione dei contratti ed, in particolare, ravvisandosi nel caso di specie l'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.).

Relativamente alla ulteriore osservazione circa il mancato affidamento a terzi, con procedure di evidenza pubblica, di opere civili ed armamento nella percentuale del 40% del totale prevista dalla Convenzione originaria, i chiarimenti forniti confermano il rilievo formulato dall'Autorità, pur rappresentando che gli importi dei lavori appaltati corrispondono a successive pattuizioni, motivate dalla introduzione di varianti, che non hanno consentito la tempestiva pubblicazione dei bandi, e per evitare i ritardi e gli oneri che la riprogrammazione delle gare avrebbe comportato.

E' da rilevare, a tal proposito come la conclusione della citata procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea in data 30.3.2004, abbia determinato l'impegno per le opere contemplate dall'asse orizzontale AV/AC (GE-MI-PD-VE), di affidamento a terzi delle opere civili ed armamento nella misura del 60% del totale, percentuale che TAV ha evidenziato quale superata, in relazione al fatto che, con la revoca *ex lege* n.40/2007 delle concessioni FS/TAV relative a tale asse e

conseguente scioglimento delle relative Convenzioni TAV/GC, gli interventi saranno affidati, ove disponibili le risorse finanziarie, con procedure conformi alla normativa vigente a livello nazionale e comunitario. Assicurazione che è stata anche confermata da RFI S.p.A.

Al riguardo, però, non possono ignorarsi le recenti disposizioni di cui all'art. 12 del decreto legge n. 112/2008, con cui è stabilito che "i rapporti convenzionali stipulati da Tav Spa con i contraenti generali in data 15.10.1991 e in data 16.3.1992 continuano senza soluzione di continuità con Rfi Spa"; lo stesso articolo ha inoltre stabilito che i relativi atti integrativi prevedano "la quota di lavori che deve essere affidata dai contraenti generali ai terzi mediante procedura concorsuale conforme alle previsioni delle direttive comunitarie".

Qualora tali disposizioni fossero confermate in sede di conversione in legge del decreto ed ove fossero effettivamente confermati da RFI i rapporti convenzionali, deve ritenersi che la quota delle opere civili e di armamento ferroviario da affidare da parte dei GC a terzi con procedura concorsuale, non potrà comunque essere inferiore al 60% del totale, stante gli impegni già assunti dal governo italiano in sede comunitaria.

b) Mancato rispetto del principio dell'economicità nella realizzazione dell'opera.

Circa il rilievo dell'Autorità di come i maggiori oneri in corso di esecuzione siano stati riversati su TAV S.p.A., benché la valutazione dell'opera tenesse conto della rilevanza dei rischi, i GC hanno evidenziato come i maggiori costi derivino da fatti estranei alla responsabilità degli stessi e siano principalmente ascrivibili a prescrizioni di pubbliche autorità, sopravvenute normative ed esigenze tecniche del Committente per innovazioni tecnologiche.

Le considerazioni appaiono formalmente ed in parte anche sostanzialmente accoglibili; tuttavia è da evidenziare come gli interventi in corso d'opera richiamati abbiano determinato sospensioni, necessità di riprogrammazione dei lavori, opere diverse e aggiuntive, che, originando varianti e riserve, hanno ridefinito, sia in termini economici che di tempi di esecuzione, le statuizioni contrattuali, intervenendo significativamente su queste e di fatto rimettendo in discussione gran parte dei rischi posti a carico dei GC.

Al riguardo TAV ha assicurato che porrà la massima attenzione alla definizione dei contenziosi in corso, affinché con gli stessi non siano alterate di fatto le statuizioni contrattuali.

Per quanto attiene alla differenza dei costi, nei tratti affidati ad imprese terze, tra il corrispettivo all'impresa esecutrice ed il corrispondente erogato da TAV al G.C. (in via esemplificativa riportato per un tratto della linea RM-NA nella risoluzione del 19/12/2007), si osserva che gli elementi forniti dagli interessati, generici e non supportati da elementi analitici, non hanno consentito di operare un confronto, neanche di larghissima approssimazione. E' evidente come l'assenza di un confronto in tal senso lasci del tutto inalterate le osservazioni circa la diseconomicità della procedura attuata rispetto ad una procedura concorsuale, sviluppata sulla base di adeguata progettazione, che avrebbe rimesso al mercato la definizione del prezzo dell'opera.

Circa la difficoltà di una verifica oggettiva, debbono richiamarsi le osservazioni già formulate dall'Autorità relativamente alla frammentazione degli interventi per effetto del gran numero dei soggetti che hanno partecipato all'esecuzione, benché TAV abbia indicato ciò come coerente con le Convenzioni e la logica dell'affidamento a contraente generale, nonché inevitabile in relazione agli importi elevati che caratterizzano l'opera e le diverse specializzazioni richieste per l'esecuzione.

Al riguardo, deve osservarsi, pur non contestando che sia compito del GC il coordinamento di più risorse imprenditoriali, come una eccessiva frammentazione, quale quella osservata negli interventi in argomento, renda di fatto difficile il coordinamento ed il controllo di questi.

Sono confermate, infine, le osservazioni circa l'uso distorto dell'accordo conciliativo, utilizzato anche per l'introduzione di consistenti variazioni all'oggetto contrattuale, sebbene IRICAV UNO e FIAT abbiano negato tale circostanza; IRICAV UNO ha anche sostenuto, in linea di diritto, come gli accordi transattivi possano avere anche contenuto novativo.

La contestata circostanza è stata riscontrata dall'Autorità per la tratta RM-NA, in occasione dell'Addendum del 27/01/1998 e degli Accordi del 15/06/2001 e del 22/12/2004, come riportato nella risoluzione del Consiglio del 19/12/2007.

TAV S.p.A., evidenziando la criticità di cui trattasi quale meramente documentale, ha assicurato, per il futuro, una formalizzazione con atti distinti delle varianti e degli accordi conciliativi.

c) Mancato rispetto del principio dell'efficacia del sistema di realizzazione.

Al riguardo, confermando quanto riportato nella risoluzione del 19/12/2007 circa l'abnorme dilatazione dei tempi di esecuzione, si prende atto delle osservazioni formulate dai soggetti interessati circa il fatto che le disposizioni legislative all'epoca vigenti richiedevano, per l'acquisizione dei permessi, la convocazione di una conferenza dei servizi sulla scorta del progetto

definitivo.

Deve comunque ribadirsi la criticità di un affidamento effettuato in carenza di una adeguata definizione dell'opera e della verifica della fattibilità della stessa, nonché il persistere, anche a seguito dell'approvazione del progetto esecutivo, di ulteriori criticità (derivanti da problemi archeologici, modifiche dell'opera, richieste di pubbliche autorità ed enti, nuove tecnologie,...).

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

1. rimanda a quanto affermato in punto di diritto in ordine alle valutazioni conclusive circa il mancato rispetto dei principi attualmente elencati nell'art. 2 del Codice dei contratti pubblici, contestati a RFI SpA, TAV SpA e General contractors esecutori delle tratte RM-NA e BO-FI con la risoluzione in data 19/12/2007;
2. in particolare ritiene che, pur in assenza di una espressa previsione nella Convenzione, TAV S.p.A., stante la rilevante difformità economica riscontrata tra le Convenzioni e gli Atti Integrativi, avrebbe potuto valutare di sciogliere i contratti, in virtù delle disposizioni di carattere generale relative alla risoluzione dei contratti con specifico riferimento all'ipotesi della eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.);
3. prende atto degli impegni assunti da RFI S.p.A. e TAV S.p.A. in relazione:
 - a) alla definizione con la massima attenzione dei contenziosi in corso, affinché non siano alterate di fatto le statuizioni contrattuali;
 - b) all'affidamento con procedure conformi alla normativa vigente a livello nazionale e comunitario delle tratte relative all'asse orizzontale AV/AC (GE-MI-PD-VE); al riguardo, ove fossero confermate in sede di conversione in legge le disposizioni dell'art. 12 del decreto legge n. 112/2008 e RFI S.p.A. ritenesse di confermare i rapporti convenzionali, permarrebbe in ogni caso l'esigenza di affidare a terzi con procedure concorsuali una significativa quota (60%) delle opere civili e di armamento contemplate dalle convenzioni;
 - c) alla formalizzazione con atti distinti di varianti ed accordi conciliativi;
4. tuttavia, in riferimento all'aspetto di cui al precedente punto 3) lett. c), dispone la segnalazione del riscontrato uso distorto dell'accordo conciliativo alla Procura generale della Corte dei Conti per i profili di competenza;
5. delibera l'avvio di una procedura di monitoraggio dell'esecuzione degli interventi, sia di quelli in corso di avanzata esecuzione, sia di quelli relativi all'asse orizzontale AV/AC, i cui lavori non sono ancora effettivamente avviati, con particolare attenzione ai seguenti aspetti: a) definizione dei contenziosi in corso; b) modalità di affidamento degli interventi previsti nell'asse orizzontale AV/AC (GE-MI-PD-VE), ovvero del rispetto dell'obbligo di affidamento a terzi con procedure concorsuali di una quota del 60% delle opere civili e di armamento contemplate dalle convenzioni;
6. incarica dell'attuazione del suddetto monitoraggio la Direzione Vigilanza Lavori;
7. dispone l'invio della presente deliberazione, da parte della Direzione Vigilanza Lavori, ai soggetti interessati RFI SpA, TAV SpA e General Contractors.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto; Andrea Camanzi

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 01 Agosto 2008

Il Segretario: Maria Esposito