

Deliberazione n. 91 Adunanza del 7 novembre 2012

OGGETTO : Sistema Ferroviario Alta Velocità/Alta Capacità.

- A. Atto Integrativo in data 10.4.2011 tra RFI spa e CEPAV DUE relativo alla realizzazione del Lotto Funzionale Treviglio-Brescia della Tratta AV/AC Milano-Verona.
- B. Atto Integrativo in data 11.11.2011 tra RFI spa e Consorzio COCIV relativo alla realizzazione della Tratta AV/AC Terzo Valico dei Giovi.

Stazione appaltante: RFI spa

Il Consiglio

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza lavori;

Considerato che

Il Consiglio dell'Autorità, con deliberazione n. 80 del 14 settembre 2011, esaminati i riscontri dei soggetti interessati alle osservazioni formulate con la precedente deliberazione n.1/2010, nonché le successive informazioni fornite da RFI spa, pur prendendo atto delle ragioni addotte, ha ritenuto di confermare i propri rilievi circa le criticità di natura sistemica e sistematica che hanno connotato la realizzazione degli interventi.

Inoltre, tenuto conto dell'impegno assunto dal Governo italiano in sede comunitaria ¹, nonché delle relative e conseguenti osservazioni dell'Autorità, il Consiglio ha disposto la verifica da parte della Direzione Vigilanza lavori, servizi e forniture della concreta attuazione di tale impegno all'esito della sottoscrizione degli atti integrativi in oggetto. Il dispositivo del Consiglio riguardava, in particolare, l'accertamento della consistenza degli eventuali ribassi sull'importo posto a base di gara e la verifica della destinazione di eventuali "risparmi" nel rispetto dell'interesse pubblico alla economicità ed efficacia nella realizzazione delle opere.

Dagli accertamenti svolti risulterebbe che i CIG assegnati agli affidamenti a terzi da parte del Consorzio CEPAV DUE, gli importi delle opere appaltate, i ribassi conseguiti e le imprese affidatarie siano quelli di seguito sinteticamente riportati:

CIG	Importo	Rib.%	Aggiudicatario
3225561922	€ 56.877.502,26	34,490%	ATI Serenissima Costruzioni (mandataria)
3405746E7E	€ 116.730.801,58	36,409%	ATI DEC S.p.A. (mandataria)
3606412952	€ 57.683.680,16	36,130%	CO.GE.FA. S.p.A.

Le procedure ad evidenza pubblica espletate dal Consorzio CEPAV DUE hanno, dunque, fatto registrare consistenti ribassi.

Al riguardo, nel dare riscontro alla delibera del Consiglio sopra richiamata, RFI spa ha rappresentato che i contratti relativi a tali affidamenti non contemplerebbero il recupero di eventuali economie da parte della committenza.

Il Consiglio ha, quindi, disposto la prosecuzione del monitoraggio già in corso e l'audizione dei delegati della RFI spa e dei contraenti generali al fine di valutare la possibilità di una revisione delle convenzioni in atto.

All'audizione, tenutasi il 18 luglio 2012, hanno partecipato rappresentanti di RFI spa e dei contraenti generali invitati che hanno risposto alle richieste formulate dal Consiglio ed enunciato le proprie opinioni. Gli stessi hanno successivamente fatto pervenire memorie illustrative.

In particolare, in sede di audizione, RFI spa ha enunciato quali siano gli elementi di rischio posti in capo al contraente generale che non sarebbero trasferibili agli appaltatori. In ragione di tali rischi la differenza tra il prezzo di gara e quello di aggiudicazione non costituirebbe un effettivo "risparmio". In particolare, la Società ha elencato quali rischi non trasferibili:

- il fallimento degli appaltatori;
- gli inadempimenti degli appaltatori ed i contenziosi con gli stessi;
- i ritardi derivanti dalla procedura di gara e da gare deserte;
- l'esecuzione di opere e prestazioni ulteriori rispetto a quelle previste nel contratto, "comunque necessarie alla perfetta esecuzione dei lavori..." (art. 5.1.2. atti integrativi con i contraenti generali).

Alcuni rischi sarebbero, quindi, strettamente riconducibili al rapporto che intercorre tra il contraente generale e l'appaltatore (fallimento degli appaltatori, inadempimenti degli appaltatori e contenziosi con gli stessi) mentre altri atterrebbero a circostanze non prevedibili (ritardi derivanti dalla procedura di gara, esecuzione di opere e prestazioni ulteriori rispetto a quelle di contratto, qualora comunque necessarie alla perfetta esecuzione dei lavori).

La non riversabilità sulla committente di tali rischi sarebbe stabilita da prescrizioni degli atti integrativi richiamati in oggetto che sono finalizzate, in particolare, a definire le responsabilità poste

in capo ai contraenti generali ed a limitare le varianti.

Al riguardo, gli atti integrativi precisano che il rapporto contrattuale è “chiavi in mano”, rimettendo ai Consorzi “la responsabilità, il rischio e gli obblighi di progettazione e di realizzazione e consegna dei lotti costruttivi e della Tratta, eseguiti a perfetta regola d’arte, in piena conformità alle leggi, regolamenti e/o prescrizioni di Autorità di tempo in tempo vigenti, perfettamente funzionanti e idonei all’uso cui sono destinati, nel rispetto dei tempi e del Prezzo Forfettario...”, essendo a carico di RFI soltanto gli obblighi di cui agli art. 4 e 5 della Convenzione [che attengono essenzialmente ad attività relative alle procedure autorizzative dei progetti] (nella misura in cui tali obblighi debbano essere adempiuti in sede di esecuzione del presente Atto Integrativo)..

Gli atti integrativi stabiliscono, inoltre, che la progettazione definitiva, il programma lavori e il prezzo forfettario includono a rischio e carico del contraente generale tutte le circostanze che possano incidere su costi, tempi, responsabilità e rischi di realizzazione (anche se l’atto integrativo stipulato con COCIV esclude espressamente maggiori oneri derivanti dal ritrovamento di amianto).

In termini di varianti, gli atti integrativi stabiliscono che il contraente generale avrebbe facoltà di proporre, ferma restando ogni decisione in merito da parte di RFI spa, solo varianti strettamente conseguenti a comprovate esigenze di miglioramenti tecnologici sopravvenute dopo la sottoscrizione degli atti medesimi o a ritrovamenti archeologici che impongano significative modifiche del tracciato. Ulteriori disposizioni introdotte negli atti integrativi, volte a limitare il contenzioso tra RFI spa e contraenti generali, dovrebbero contribuire ad evitare che siano riversate sulla committenza richieste economiche delle imprese terze proprie di ordinari appalti, quali i maggiori oneri per mancata o ridotta produzione.

Alla luce di quanto precede, con riferimento alla destinazione di eventuali “risparmi”, RFI spa, ha affermato che occorrerebbe, considerare gli importi pagati agli appaltatori dal contraente generale “a consuntivo”, tenendo conto di riserve, contenziosi o altro.

La Società ha, inoltre, sottolineato che il recupero dei ribassi di gara costituirebbe un vantaggio dei contratti “cost plus fee”, i quali, d’altra parte, presenterebbero lo svantaggio di non prevedere un prezzo forfettario predeterminato e “chiuso”.

Sempre ad avviso della Società rilevarebbero, a fronte dei ribassi, le previsioni contenute negli atti integrativi riportati in oggetto introdotte anche aderendo alle osservazioni dell’Autorità, quali:

- l’abrogazione delle previgenti clausole arbitrali e la conseguente devoluzione del contenzioso in via esclusiva al giudice ordinario;
- l’abrogazione del premio di accelerazione;
- le previsioni dirette a limitare il numero e il costo delle varianti;
- l’affidamento a imprese terze del 60% dei lavori civili e di armamento mediante procedure comunitarie ad evidenza pubblica.

RFI spa ha, infine, rappresentato la indisponibilità dei contraenti generali a negoziare ed accettare una pattuizione di recupero dei ribassi di gara.

Con successiva memoria RFI spa ha ribadito quanto esposto in sede di audizione circa il fatto che si potrà ritenere che il contraente generale abbia conseguito un “risparmio” solo “a consuntivo”. A questo proposito ha confermato la propria disponibilità ad effettuare una puntuale verifica delle somme complessivamente riconosciute dai contraenti generali ai propri appaltatori nel corso dei lavori al fine di fornire all’Autorità ogni elemento utile per l’attività di monitoraggio avviata in coerenza con le previsioni contrattuali in essere con i contraenti generali.

Per quanto concerne la possibilità di modificare le convenzioni con i contraenti generali, RFI spa ha osservato che la previsione del prezzo forfettario predeterminato e “chiuso” costituirebbe una caratteristica essenziale del rapporto che intercorre tra committente e contraente generale, e ciò in linea con il Codice dei contratti pubblici che prevede il prezzo a corpo quale criterio preferenziale per il pagamento negli appalti dei lavori. Viceversa, il “recupero” dei ribassi di gara, oltre a richiedere l’intesa delle controparti, verrebbe a modificare il rapporto con i contraenti generali da contratto “chiavi in mano” a contratto “cost plus fee”, facendo ricadere sulla committenza i rischi economici della commessa.

In conclusione, RFI spa ha evidenziato che l’assetto contrattuale definito con gli atti integrativi sopra citati, oltre a costituire un significativo miglioramento rispetto a quello che ha regolato la realizzazione delle tratte già in esercizio, costituirebbe un soddisfacente temperamento tra certezza della spesa (prezzo forfettario chiuso), tutela del mercato (affidamento della quota del 60%) e contenimento dei costi (es. clausole di esclusione dell’arbitrato, abrogazione premio accelerazione e limitazione delle varianti).

Per parte sua, CEPAV DUE ha richiamato quanto esposto in sede di audizione circa la struttura del rapporto e le responsabilità assunte per effetto delle pattuizioni intervenute.

Ha, quindi, evidenziato che nel corso della negoziazione degli atti integrativi è stata valutata la possibilità di modificare l’articolazione del rapporto nel senso di prevedere il trasferimento ad RFI spa dei risultati economici degli affidamenti a terzi. Tale modifica, tuttavia, non sarebbe stata ritenuta fattibile né conveniente da RFI spa in ragione delle responsabilità e dei rischi che la Società avrebbe dovuto assumere.

Mancando questa modifica, in relazione ai ribassi conseguiti l’atto integrativo sottoscritto non

avrebbe sostanzialmente innovato la struttura contrattuale della convenzione.

Come già riportato riguardo agli argomenti avanzati da RFI spa, la Convenzione ed l'atto integrativo configurerebbero rapporti contrattuali c.d. "chiavi in mano", che "attribuiscono interamente al Consorzio (...) la responsabilità, il rischio e gli obblighi della progettazione e della realizzazione,... nel rispetto dei tempi e del Prezzo Forfettario..." (art. 5.1.1. dell'Atto Integrativo).

Così qualificato il rapporto tra RFI spa e contraente generale, ogni evento patologico espone il Consorzio a sanzioni contrattuali per eventuali ritardi anche se non determinati da comportamenti omissivi del Consorzio medesimo. Con riferimento alle tre gare aggiudicate, ad esempio, sia per il secondo che per il terzo appalto, sarebbero sorti, ancora prima dell'inizio dei lavori, alcune criticità e conseguenti ritardi, che rischiano di ripercuotersi sul Consorzio con l'applicazione di penali.

L'assunzione delle responsabilità di cui sopra comporterebbe, peraltro, che ogni risultato, anche economico, connesso e/o derivante dal rapporto con il terzo affidatario rientrerebbe nell'esclusiva titolarità del Consorzio. Nell'attuale assetto negoziale, ciò escluderebbe la possibilità di imputare i "risparmi" derivanti dai ribassi di gara a RFI spa. Diversamente, il Consorzio avrebbe dovuto assumere nei confronti di RFI spa un'obbligazione di mezzi e non di risultato, limitata al diligente adempimento delle prestazioni occorrenti per l'individuazione del terzo affidatario e per l'attuazione delle indicazioni da essa fornite in relazione alla esecuzione dell'appalto.

Peraltro, tale diversa articolazione del rapporto contrattuale comporterebbe, una modifica del rapporto originario; una sorta di "nuovo affidamento", che si porrebbe in contrasto con la normativa vigente.

CEPAV DUE osserva, inoltre, che i ribassi di aggiudicazione non potrebbero essere identificati con i benefici economici che il Consorzio consegue; questi sarebbero verificabili solo a completamento dei lavori affidati. Esclude, in ogni caso che, anche "a consuntivo", possa ipotizzarsi una modifica del rapporto contrattuale tra RFI e contraenti generali.

Anche il Consorzio COCIV, con la memoria fornita, ha richiamato quanto rappresentato in sede di audizione. In sintesi:

- nell'ambito dei lavori pubblici il prezzo di aggiudicazione non corrisponderebbe mai al saldo finale a consuntivo;
- nell'ambito dell'Alta Velocità si registrerebbero forti incrementi di costo in appalti non affidati a contraente generale;
- sarebbe da escludere che COCIV possa cedere a RFI spa eventuali economie a consuntivo senza trasferire a RFI il risultato economico degli appalti, sia esso positivo o negativo;
- ove il risultato economico fosse trasferito a RFI spa, quest'ultima avrebbe, necessariamente, il diritto e l'onere di assumere ogni determinazione essenziale;
- tale assetto dei rapporti e delle responsabilità non sarebbe compatibile con il contratto vigente a prezzo chiuso e con obbligo di risultato.

COVIC ha, quindi, precisato che la configurazione del contratto in essere con RFI spa comporterebbe che ogni vicenda relativa all'esecuzione dei lavori resti indifferente per la committente; varrebbe nei riguardi di quest'ultima l'esclusiva responsabilità del contraente generale per il conseguimento del risultato complessivo e finale costituito dalla tempestiva consegna chiavi in mano dell'opera affidatagli perfettamente funzionante ed idonea all'uso cui è destinata.

Poiché potrebbe parlarsi di "economia" o di "margine di utile" solo a collaudo avvenuto, un eventuale riconoscimento alla committente del saldo finale dei rapporti tra contraente generale e gli appaltatori, sia esso positivo o negativo, non sarebbe neutro rispetto al contratto stipulato ed ai rapporti tra le parti dal medesimo configurati. In ossequio al principio "chi paga decide", tale saldo potrebbe essere attribuito alla committente solo ove ad essa spettino le determinazioni finali sia riguardo all'importo dell'aggiudicazione che riguardo alle modificazioni tecnico-economiche del rapporto.

In conclusione, secondo COCIV:

- la devoluzione dei risparmi alla committente - anche in astratto - non potrebbe riguardare il ribasso sul prezzo di aggiudicazione bensì solo il saldo (positivo o negativo) tra prezzo a base di gara ed erogazioni all'appaltatore;
- in tal modo sarebbero imputati alla committente i risultati economici dell'appalto, con conseguente inevitabile devoluzione alla stessa del potere dispositivo nel rapporto con l'appaltatore (varianti, riserve, contenzioso);
- un simile regime non sarebbe compatibile con la posizione di contraente generale e richiederebbe una rivisitazione integrale e radicale del contratto e delle responsabilità attribuite alle parti;

Anche il Consorzio COCIV ha evidenziato, infine, che la questione della devoluzione dei ribassi sarebbe stata oggetto di trattativa trovando una chiara e voluta configurazione "conservativa" dell'assetto contrattuale dei rapporti tra committente e contraenti generali.

Ritenuto che

E' precipuo interesse dell'Autorità che i contratti conseguenti agli atti integrativi stipulati tra RFI spa con i contraenti generali assicurino l'adempimento degli impegni assunti dal Governo italiano nei

confronti della Commissione UE.

E ciò, sia sotto il profilo del rispetto formale degli obblighi previsti in relazione alle quantità e tipologie di appalti da affidare ed alle procedure da seguire, sia - soprattutto - sotto quelli sostanziali della effettiva convenienza economica e congruità finanziaria dell'assetto contrattuale e della apertura degli appalti in questione ad imprese genuinamente terze rispetto ai contraenti del rapporto principale. Tutto questo a garanzia dei superiori interessi pubblici sottesi a tali impegni.

In nessun caso, tali contratti possono essere costruiti al fine (o con l'effetto) di eludere, sostanzialmente, l'impegno assunto. L'elusione può derivare, in particolare, da una sopravvalutazione dell'importo a base d'asta che può essere, a sua volta, rivelata da affidamenti con ribassi percentuali assai cospicui. Per escludere un intento o effetti elusivi occorrerebbe, ad esempio, calcolare il valore della quota affidata ad imprese terze sulla base dei prezzi effettivi di aggiudicazione.

L'Autorità intende vigilare sulla corretta esecuzione di quanto precede ed ha perciò ritenuto di approfondire la questione in esame attesa anche la considerevole entità dei ribassi conseguiti nelle prime gare espletate dal Consorzio CEPAV DUE.

A tal proposito si rileva che gli elementi forniti dagli interessati non consentono di rintracciare direttamente la corrispondenza economica tra l'importo delle opere a base d'asta nelle gare esperite dai contraenti generali e quanto contemplato quale corrispettivo degli stessi contraenti generali per le medesime opere.

Per giustificare gli elevati ribassi conseguiti negli affidamenti ad imprese terze RFI spa ed i contraenti generali si limitano ad addurre la disomogeneità delle prestazioni che competono a quest'ultimi rispetto a quelle dagli stessi attribuite ad imprese terze e la necessità di verificare quanto corrisposto a quest'ultime "a consuntivo". Tuttavia, in mancanza di elementi idonei a definire tale corrispondenza, il dato afferente ai ribassi registrati nelle gare non consente valutazioni definitive circa una possibile verifica di mercato della congruità dei relativi contratti.

Le osservazioni che precedono presuppongono, peraltro che sia, in ogni caso, assicurato, nel corso della realizzazione degli interventi, il rispetto delle condizioni corrispondenti alla natura "chiavi in mano" dei contratti tra RFI ed i contraenti generali. Si ritiene, pertanto, che, la committenza, avvalendosi delle prescrizioni all'uopo introdotte con i nuovi atti integrativi, debba operare un'attenta vigilanza in tal senso.

Per quanto concerne, inoltre, la questione relativa alla spettanza dei c.d. ribassi di gara ottenuti a seguito dell'espletamento delle procedure ad evidenza pubblica, l'Autorità intende fornire le seguenti precisazioni.

Nel merito di quanto asserito da RFI e dai Contraenti generali secondo cui " la previsione del prezzo forfettario predeterminato e chiuso costituirebbe una caratteristica essenziale del rapporto che intercorre tra committente e contraente generale ... e che " Viceversa, il recupero dei ribassi di gara, oltre a richiedere l'intesa delle controparti, verrebbe a modificare il rapporto con i contraenti generali da contratto " chiavi in mano" a contratto " cost plus fee", facendo ricadere sulla committenza i rischi economici della commessa....", va osservato come la questione in punto di diritto andrebbe affrontata, a giudizio dell'Autorità, alla luce dei fondamentali canoni della buona fede e della correttezza, rispettivamente disciplinati dall'art. 1175 e 1375 c.c.. Principi, questi, che trovano applicazione - data la loro rilevanza generale - anche al settore dei pubblici appalti, in forza del disposto contenuto nell'art. 2, comma 4 del D.lgs. 163 del 2006. L'interpretazione giurisprudenziale più recente ha finito col riconoscere a tali principi ², anche in virtù del loro "collegamento" con i principi solidaristici propri dell'ordinamento, il ruolo di norme precettive. Si è, infatti, sostenuto come il canone della buona fede, può determinare delle modificazioni nel regolamento negoziale, tramite la costituzione di specifici obblighi, assistiti da autonome azioni di adempimento, inibitorie e risarcitorie. Inoltre, a giudizio della Cassazione, il criterio della buona fede costituisce strumento atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, il contenuto del negozio, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi.

In base a quanto sopra considerato,
Il Consiglio

- richiama RFI spa a vigilare sul rispetto da parte dei contraenti generali degli impegni assunti dal governo italiano nei confronti della Commissione Europea riguardo all'affidamento di lavori ad imprese terze sottolineando che tali affidamenti non possono, in nessun caso, essere costruiti al fine (o con l'effetto) di eludere, sostanzialmente, tali impegni;
- con riferimento alle opere appaltate dai contraenti generali, dispone che RFI spa fornisca elementi atti a verificare la corrispondenza economica tra l'importo delle opere a base d'asta nelle gare esperite dai contraenti generali e quanto previsto a favore di questi ultimi contraenti generali per le medesime opere;
- dispone, inoltre, che RFI spa fornisca all'Autorità i dati relativi alle somme complessivamente riconosciute dai contraenti generali ai propri appaltatori (per effetto di varianti, contenziosi o altro) nel corso dei lavori, nonché ogni altro elemento utile per l'attività di monitoraggio avviata, verificando se il riconoscimento di tali somme determini ripercussioni economiche ed eventuali risparmi finali anche a favore del committente;
- invita, nel contempo, RFI spa ad una rigorosa attività di vigilanza affinché, nei rapporti che la stessa intrattiene con i contraenti generali sia assicurato il rispetto dei requisiti del contratto "chiavi in mano";
- dispone l'invio, da parte della Direzione Vigilanza lavori, servizi e forniture, della presente

deliberazione a RFI spa e ai contraenti generali interessati.

Il Consigliere Relatore: Luciano Berarducci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 4 aprile 2013

Il Segretario: Maria Esposito

1. L'impegno assunto dal Governo italiano ha ad oggetto l'obbligo del contraente generale di affidare ad imprese terze e mediante procedure comunitarie ad evidenza pubblica una quota di lavori pari ad almeno il 60% del totale, con lotti di importo unitario non inferiore alla soglia comunitaria e di cui almeno il 50% non inferiore a 80 milioni di euro,

2. un tempo interpretati (in modo restrittivo) come semplici criteri di valutazione del comportamento adottato dalle parti nel concreto svolgimento del rapporto. Per un'applicazione del principio al recesso *ad nutum* : cfr. Cass. Civile. Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106 che recita: "L'esercizio del potere contrattuale (di recesso) riconosciuto all'autonomia privata deve essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali - quali quello della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e della correttezza (alla luce dei quali devono essere interpretati gli stessi atti di autonomia contrattuale. Il fine da perseguire è quello di evitare che il diritto soggettivo possa sconfinare nell'arbitrio. Da ciò il rilievo dell'abuso nell'esercizio del proprio diritto. L'irrilevanza, per il diritto, delle ragioni che sono a monte della conclusione ed esecuzione di un determinato rapporto negoziale, non esclude - ma anzi prevede - un controllo da parte del giudice, al fine di valutare se l'esercizio della facoltà riconosciuta all'autonomia contrattuale abbia operato in chiave elusiva dei principi espressione dei canoni generali della buona fede, della lealtà e della correttezza" . Sul punto, sono intervenute anche le Sezioni Unite della Cassazione, al fine di statuire l'inammissibilità di una richiesta frazionata della tutela giudiziaria del credito: cfr. Cass. Sez. Unite, 15 novembre 2007, n. 23726 : "..... ... viene in rilievo l'ormai acquisita consapevolezza della intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione delle persone e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale ... Se, infatti, si è pervenuti, in questa prospettiva, ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento per il giudice, atto a controllare anche in senso modificativo o integrativo, lo statuo negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi...., a maggior ragione deve ora riconoscersi che un siffatto originario equilibrio del rapporto obbligatorio, in coerenza a quel principio, debba essere tenuto fermo in ogni successiva fase, anche quella giudiziale, dello stesso .. e non possa quindi essere alterato, ad iniziativa del creditore, in danno del debitore" ; per un'applicazione dei principi anche al tema della riducibilità d'Ufficio della penale cfr. Cass. Sez. Unite, 13 settembre 2005, n. 18128 . Cfr. anche Cass. 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass. 6 giugno 2008, n. 21250; Cass. 27 ottobre 2006, n. 23273.