

Prot. AG3/2010

22 Luglio 2010

Oggetto: *progettazione e realizzazione dei lavori di Potenziamento ed Ammodernamento della linea ferroviaria MetroCampania NordEst (ex Alifana) - Richiesta di parere in ordine alla legittimità di ulteriori affidamenti nel quadro della prosecuzione della concessione, affidata con convenzione Rep. 11 del 9.12.1981 e successivi atti applicativi ed integrativi.*

In esito a quanto richiesto con nota n. 1246 del 15 febbraio 2010 e successive integrazioni, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 21-22 luglio 2010 ha approvato le seguenti considerazioni.

Al riguardo è possibile formulare le seguenti considerazioni.

La fattispecie rappresentata è complessa per la numerosità degli istituti giuridici interessati e per il notevole lasso temporale intercorso (1981 - 2010) che ha determinato il susseguirsi di diverse normative.

Preliminarmente, preme evidenziare che l'originaria concessione di sola costruzione di cui alla convenzione del 1981, avvenuta in deroga alla disciplina di settore *ratione temporis* vigente (legge 8 agosto 1977, n. 584 di recepimento della direttiva 71/305/CEE del 26 luglio 1971 recante il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici), era motivata dalla situazione emergenziale successiva agli eventi sismici del novembre 1980 e febbraio 1981 ed era tesa alla realizzazione di un intervento straordinario di edilizia residenziale nel Comune di S.Antimo, comprensivo delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria.

La possibilità di integrare e/o modificare l'oggetto della concessione era limitata, ai sensi dell'art. 5-bis del D.L. n. 333/1981, all'inclusione di ulteriori opere di urbanizzazione necessarie all'organica attuazione del programma di intervento originario nonché di aree ed edifici da destinare ad attività industriali, artigianali o commerciali.

Nel caso di specie, i successivi atti aggiuntivi hanno introdotto lavori di ammodernamento di una linea ferroviaria per una tratta (da Giugliano ad Aversa) che corre nelle vicinanze di S.Antimo, giudicati *"legati da rapporti di complementarietà e di collegamento fisico-funzionale con l'intervento già in corso di realizzazione del Comparto di Sant'Antimo"* (Atto aggiuntivo del 29 ottobre 1985).

Preso atto dell'orientamento del Consiglio di Stato (IV sezione, n. 1830 del 6 aprile 2004) secondo cui, benché le linee ferroviarie non rientrino tra le opere di urbanizzazione primaria e secondaria previste dalla normativa (all'epoca l'art. 4 della L.n. 847/1964, oggi trasfuso nell'art. 16 del D.P.R. n.380/2001), a fronte di un gravissimo dissesto territoriale, quale quello derivante dal terremoto del 1981, il Legislatore ha previsto un intervento globale di risanamento del territorio basato sulla costruzione di ventimila alloggi e relative opere di urbanizzazione, fra cui devono ritenersi incluse le grandi infrastrutture, e quindi anche i lavori di potenziamento delle tratte ferroviarie, essenziali ai fini di una riorganizzazione dell'intero territorio, in primo luogo si manifestano perplessità in ordine al fatto che, nell'anno successivo all'ampliamento dell'oggetto della concessione, sono intervenute anche modifiche soggettive del concessionario, consistenti nel subentro di un raggruppamento temporaneo di imprese costituito, oltre che dal Consorzio AS.CO.SA., da altre sette imprese, con la conseguente paventabile mancata conformità all'ultimo comma dell'art. 5-bis del D.L. n. 333/1981, che prevedeva che l'esecuzione degli interventi oggetto di integrazioni al programma originario potesse essere affidata in concessione *"ai soggetti già individuati come concessionari sulla base delle norme di cui all'art. 81, L. 14 maggio 1981, numero 219"*.

Con specifico riferimento agli atti applicativi che si rendono attualmente necessari per l'affidamento dei lavori relativi alla residua tratta tra Aversa Centro e Teverola, si evidenzia, in primo luogo, che non sembra rinvenirsi nella nota dell'istante, né nella documentazione in atti, l'indicazione dell'atto aggiuntivo con cui tali lavori sono stati inclusi nella concessione originaria. Essi fanno la propria comparsa come parte dell'oggetto della concessione nell'atto aggiuntivo 12 aprile 1990 Rep. n. 1324 (che però, sul punto, sembra essere ricognitivo di precedenti atti); nello stesso atto aggiuntivo 12 aprile 1990 Rep. n. 1324, gli stessi lavori sono stati stralciati in quanto non coperti da finanziamento.

In disparte i cennati dubbi sulla legittimità degli atti aggiuntivi alla concessione oltre che il profilo del superamento dello stato emergenziale che aveva giustificato la normativa in deroga in forza della quale la concessione del 1981 era stata affidata (superamento che risulta confermato dal trasferimento delle opere e dei contratti dal Commissario Straordinario a forme di gestione ordinarie), che da soli pongono seri dubbi sulla legittimità della stipula attuale di un atto applicativo di atti aggiuntivi a detta concessione, la valutazione di tale legittimità va operata avendo riguardo alla natura della concessione e degli atti applicativi, dipendendo da questa la scelta della normativa applicabile, tra quella attualmente vigente e quella vigente all'epoca della stipula della Convenzione del 1981.

Sulla base del principio generale del *tempus regit actum*, nella nota dell'ATI e negli allegati pareri

legali, viene sostenuto che gli atti aggiuntivi con cui si intendono affidare, al sopravvenire della provvista finanziaria, le porzioni di lavori stralciate dalla concessione originaria devono necessariamente essere qualificati come meramente attuativi di questa e, pertanto, rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina vigente all'epoca dell'affidamento originario, avvenuto prima dell'entrata in vigore delle dir. 90/531 (direttiva settori speciali). A sostegno vengono citati il parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato n. 95/1993 e la sentenza della Corte di Giustizia Europea 5 ottobre 2000 causa C-337/98.

Sul punto si rileva che, secondo il costante orientamento dell'Autorità, ai fini della predetta valutazione, occorre esaminare di volta in volta il rapporto concessorio nella sua concreta e complessa configurazione, distinguendo la convenzione quadro che regola a monte ed in via generica i rapporti tra concedente e concessionario, dai successivi ed eventuali contratti specificativi ed applicativi di quanto previsto nella convenzione stessa. La questione riveste importanza fondamentale con riferimento alla nascita o meno di diritti soggettivi, nonché al loro consolidamento in capo al concessionario; invero, la previsione specifica e pienamente esaustiva, in una convenzione quadro, di una serie di prestazioni aventi ad oggetto la progettazione, l'esecuzione di lavori, la gestione del servizio, con la determinazione di tutti gli aspetti afferenti gli stessi (consistenza dei lavori, penali, polizza fideiussoria, ed ogni altro elemento caratterizzante le prestazioni stesse), non rende necessaria la stipulazione di contratti applicativi, in quanto fa sorgere immediatamente in capo al concessionario il diritto soggettivo a realizzare le prestazioni secondo la normativa in vigore.

Al contrario, se la convenzione è generica e non contiene articoli che regolino in modo esaustivo i rapporti fra concedente e concessionario, sorge, in capo al concessionario, un mero interesse legittimo, che assurge al rango di diritto soggettivo solo con il successivo intervento del singolo atto aggiuntivo il quale ricade, quindi, sotto la disciplina vigente al momento della sua stipulazione. Ne deriva, pertanto, che, sulla base dei principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, i rapporti instauratisi nel regime previgente a quello attuale, continuano a produrre i loro effetti purché si tratti di rapporti definiti in tutti i loro elementi fondamentali, non suscettibili di ulteriori definizioni mediante atti successivi. (cfr Deliberazione n. 68 del 14 marzo 2001; n.407 del 06.12.2001; n. 351 del 11 dicembre 2002; n. 29 del 17 febbraio 2004).

Alla luce di quanto sopra, occorre stabilire se, nel caso di specie, la convenzione sia o meno esaustiva alla stregua dei criteri previamente indicati.

Come anticipato, non si rinviene nella documentazione in atti, per quanto consta, l'atto aggiuntivo con il quale i lavori per la tratta Aversa - Teverola sono stati inclusi nell'oggetto della Convenzione ed essi compaiono come già inclusi nell'atto aggiuntivo 12 aprile 1990 Rep. n. 1324.

In questo atto, questi stessi lavori sono stati stralciati per mancanza dei finanziamenti e pertanto la disciplina dettata negli artt. 2 e 3 riguarda solo i lavori per la tratta Giugliano - Aversa (eseguibili perché coperti da finanziamenti) ma non i lavori in esame. Peraltro anche la disciplina dettata nell'atto aggiuntivo 12 aprile 1990 Rep. n. 1324 per i lavori immediatamente eseguibili non parrebbe esaustiva essendo stata successivamente integrata da ulteriori disposizioni (relative, ad esempio, alle penali e al collaudo) nel successivo atto applicativo del 19 dicembre 2002.

Ma per quanto interessa in questa sede, ciò che rileva è che, per quanto è possibile desumere dalle informazioni in atti, né la convenzione originaria né i successivi atti aggiuntivi disciplinano in modo esauriente i lavori della tratta Giugliano - Teverola o, come sarebbe più corretto affermare sulla base delle informazioni in atti, non li disciplinano per nulla, rinviando a successivi *atti di affidamento* (cfr premessa dell'atto 12 aprile 1990 Rep. n. 1324).

Sulla base di queste premesse, in applicazione dei principi sopra esposti, l'atto applicativo per l'affidamento dei lavori relativi alla tratta in discorso rappresenterebbe un intervento autonomo rispetto a quell'oggetto dell'originaria concessione, sulla quale quindi non può insistere, e pertanto, dovrebbe essere affidato sulla base della normativa attualmente vigente, alla luce della quale esso è configurabile come un appalto pubblico di lavori.

Una simile analisi sembra trovare conferma nel disposto dell'art. 4 del più volte richiamato atto aggiuntivo 12 aprile 1990 Rep. n. 1324 che prevede espressamente che il concessionario resterà affidatario e proprietario dell'intero progetto ed avrà titolo preferenziale alla esecuzione delle restanti opere stralciate " *salvo la sopravvenienza di difforme disciplina legislativa della materia* ". E, nel caso di specie, è indubitabile che sia sopravvenuta una difforme disciplina legislativa che impone l'affidamento tramite procedura ad evidenza pubblica.

Nello stesso senso va letta anche la sentenza della Corte di Giustizia Europea 5 ottobre 2000 causa C-337/98, citata dall'ATI, la quale riconosce effettivamente la non applicabilità della dir. 93/38 ad un procedimento negoziato relativo ad un progetto di metropolitana leggera disposto prima dell'entrata in vigore della direttiva, ma solo dopo aver accertato che negli atti posti in essere successivamente non fossero stati rinegoziati gli elementi essenziali del contratto.

Firmato:

Avv. Giuseppe Busia