



Autorità Nazionale Anticorruzione

Deliberazione n. 6 del 14 gennaio 2015

Oggetto: Fasc. 3137/2013 - Sistema Ferroviario Alta Velocità/Alta Capacità. Monitoraggio dei contratti in corso di esecuzione.

- a) Tratta Milano -Verona / Tratta Funzionale Treviglio – Brescia
- b) Terzo Valico dei Giovi

Stazione appaltante: RFI S.p.A.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 14 gennaio 2015;

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni;

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture;

Considerato in fatto

La realizzazione del Sistema Ferroviario Alta Velocità/Alta Capacità è stata oggetto di vari interventi da parte dell'AVCP.

Già con risoluzione del 19.12.2007, l'AVCP, in riferimento alle tratte ferroviarie Roma - Napoli e Bologna – Firenze (in fase di ultimazione), ha contestato ai soggetti interessati il mancato rispetto dei principi che regolano il settore degli appalti pubblici, principi attualmente individuati dall'art. 2 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e s.m., richiamando in particolare quelli della libera concorrenza e non discriminazione nonché dell'economicità e dell'efficacia.

L'AVCP ha quindi disposto un monitoraggio, esteso alle tratte i cui lavori non erano ancora avviati; in esito a tale monitoraggio l'AVCP si è espressa con deliberazione n.1 del 13.1.2010; facendo riferimento all'intero sistema AV/AC, ha rilevato come le criticità già precedentemente evidenziate fossero, da un lato, di natura sistemica, in quanto derivanti dalla atipica procedura di realizzazione utilizzata, caratterizzata dall'affidamento in assenza di procedure ad evidenza pubblica e fondato sulla base di una mera previsione di larga massima delle opere da eseguire; dall'altro, di natura sistematica, in quanto le citate violazioni si riscontravano in tutti gli affidamenti a contraente generale.

Successivamente, con deliberazione n.80 del 14.9.2011, l'AVCP ha ritenuto di confermare i propri precedenti rilievi. Ha preso, quindi, atto dell'inserimento, nell'Atto Integrativo stipulato in data 19.4.2011 tra RFI S.p.A. e il Consorzio CEPAV DUE per la tratta Treviglio-Brescia, di prescrizioni che tengono conto dell'impegno assunto dal Governo italiano in sede comunitaria e delle relative osservazioni della stessa AVCP, imponendo al general contractor (nel seguito GC) l'affidamento a imprese terze, mediante procedure comunitarie ad evidenza pubblica, di una quota di lavori civili e di armamento 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, prevedendo meccanismi con funzione deterrente/sanzionatoria per l'eventuale inadempimento (analoghe prescrizioni sono state successivamente inserite nell'Atto Integrativo dell'11.11.2011, tra RFI S.p.A. e il Consorzio COCIV, per la tratta del Terzo Valico dei Giovi).

Il Consiglio dell'AVCP ha, quindi, disposto la verifica della concreta attuazione di tale previsione, accertando anche la consistenza degli eventuali ribassi sull'importo posto a base di gara e verificandone

la destinazione nel rispetto dell'interesse pubblico alla economicità ed efficacia nella realizzazione delle opere.

Con la più recente deliberazione n. 91 del 7.11.2012 l'AVCP ha disposto:

- 1) che siano forniti da RFI S.p.A., con riferimento alle opere appaltate dai GC, elementi atti a verificare la corrispondenza economica tra l'importo delle opere a base d'asta e quanto contemplato quale corrispettivo dei GC per le medesime opere;
- 2) che RFI S.p.A. fornisca all'Autorità i dati relativi alle somme complessivamente riconosciute dai GC 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 anche sul committente; ha invitato, nel contempo, la medesima Società ad una rigorosa attività di vigilanza, affinché sia assicurata la prerogativa di contratto "chiavi in mano" ai contratti tra la stessa ed i GC.

L'Amministratore delegato di RFI S.p.A. ha fornito i dati di cui sopra con note acquisite al prot. dell'Autorità n. 57716 del 24.6.2013 e n. 15385 del 3.2.2014.

Gli elementi forniti sono stati oggetto di istruttoria, le cui risultanze sono state poste all'attenzione di questo Consiglio nella seduta del 29 luglio 2014; con nota prot. 95586 del 4.9.2014 sono state, quindi, comunicate ai soggetti interessati (RFI S.p.A. e GC) le risultanze istruttorie, evidenziando le criticità rilevate, in relazione alle quali sono state chieste controdeduzioni e chiarimenti.

In riscontro alla comunicazione delle risultanze istruttorie sono pervenute:

- nota di RFI S.p.A. assunta al protocollo dell'Autorità n.123405 del 6.11.2014;
- nota del Consorzio CEPAV DUE, assunta al prot. dell'Autorità n.119598 del 29.10.2014;
- nota del Consorzio COCIV, assunta al prot. dell'Autorità n.117960 del 23.10.2014, con la quale il Consorzio ha chiesto di essere sentito dagli uffici preposti; in esito a tale richiesta rappresentanti del Consorzio sono stati auditi dall'Ufficio istruttore in data 20.11.2014;
- successiva nota del Consorzio COCIV assunta al prot. 137219 del 4.12.2014;
- nota di RFI assunta al prot. dell'Autorità n. 139342 del 10.12.2014.

Dagli elementi complessivamente acquisiti è stato rilevato quanto segue.

A) Raffronto tra importo delle opere appaltate a terze e corrispettivo del GC per le medesime opere.

Dall'Atto Integrativo dell'intervento affidato al Consorzio CEPAV DUE (Tratta Funzionale Treviglio-Brescia) e degli allegati allo stesso, si riscontra che il Prezzo Forfettario (importo dell'Atto Integrativo) della Tratta di € 1.445,00 milioni (riferito al 31.12.2010 e al netto dell'IVA) costituisce la somma dei prezzi forfettari del primo e del secondo lotto costruttivo, rispettivamente pari a € 766,00 milioni e € 679,00 milioni.

L'allegato 4, Parte I all'Atto Integrativo (*Definizione WBS e calcolo stato di avanzamento lavori – tabella di riepilogo generale*) definisce l'incidenza (in millesimi) rispetto al complessivo Prezzo Forfettario delle diverse prestazioni rimesse al GC; dai valori indicati si deduce che per i due lotti costruttivi il corrispettivo complessivamente riconosciuto al GC per opere civili e di armamento ammonta a €960,42 milioni.

In modo del tutto analogo, l'allegato 4.1 dell'Atto Integrativo tra RFI S.p.A. e COCIV definisce l'incidenza delle opere civili e di armamento nell'80,07% del Prezzo forfettario; stante il valore di questo pari a € 3.922 milioni, si deduce un corrispettivo per le opere civili e di armamento di € 3.140,35 milioni.

Circa il valore delle opere da appaltare a terzi ed il confronto di tale valore con il corrispettivo del GC per le medesime opere, RFI ha precisato quanto segue.

Con riferimento al contratto tra RFI S.p.A. e CEPAV DUE, ha evidenziato come il documento denominato "*Clausola 30 Atto Integrativo Tratta AV Treviglio-Brescia; Individuazione importo delle opere da affidare a Terzi mediante gara pubblica*" preliminarmente specifici che non sono oggetto di affidamento a terzi:

1. l'impiantistica ferroviaria;
2. la progettazione;
3. la Direzione Lavori;
4. il monitoraggio ambientale;
5. gli oneri e responsabilità di coordinamento del GC;
6. le spese accessorie (assicurazioni, fidejussioni, gestione consortile, oneri di gara, ecc.);

7. gli espropri;
8. i rimborsi a terzi delle interferenze per i pubblici servizi;
9. le prove e l'assistenza ai collaudi e al pre-esercizio.

Il Prezzo Forfettario è stato definito, attraverso la valutazione dei costi diretti, secondo le macrocategorie opere civili, sovrastruttura ferroviaria (armamento), impianti tecnologici ed espropri; le valutazioni sono effettuate sulla base dei computi presentati dal GC, verificati dalla Direzione Tecnica di Italferr.

In aggiunta ai costi diretti (spese per manodopera, mezzi e materiali da utilizzare), concorrono alla definizione del Prezzo Forfettario i costi indiretti, sostenuti dal GC nella gestione delle attività di costruzione, e oneri generali, cioè oneri e rischi assunti nella funzione di GC.

I costi indiretti sono dovuti a:

- cantierizzazione;
- servizi di sede e redazione progetto esecutivo;
- imprevisti tecnici e ripristini aree di lavoro (la voce imprevisti tecnici considera possibili incrementi di costo conseguenti a variazioni di quantità e modalità di esecuzione rispetto a quelle previste; la voce ripristini comprende i costi che possono manifestarsi per eliminare eventuali difetti durante il periodo di garanzia);
- assistenza al pre-esercizio ed ai collaudi dell'opera.

Oneri generali sono:

- oneri di verifica della progettazione definitiva;
- organizzazione del GC (costi non compresi nella voce servizi di sede);
- competenze professionali per la Direzione dei Lavori;
- oneri finanziari;
- oneri per assicurazioni e fidejussioni;
- oneri connessi alle prestazioni dei responsabili e coordinatori in materia di sicurezza del lavoro;
- rischi generali (rischi ulteriori rispetto a quelli ordinari di appaltatore in relazione alle obbligazioni di prezzo e tempo invariabili dovute alla natura "chiavi in mano" del contratto);
- ulteriori oneri contrattuali in capo al CG (comprendono oneri aggiuntivi per variazione dei tempi di esecuzione, eliminazione del premio di acceleramento e diversa modalità di risoluzione delle controversie);
- utili di impresa.

Queste voci nel complesso determinano una percentuale (denominata coefficiente k) di incremento dei costi diretti per determinare il prezzo onnicomprensivo (c.d. passaggio costo/prezzo).

Al fine di determinare il prezzo delle opere da affidare a imprese terze, i costi diretti sono, invece, maggiorati della percentuale di costi indiretti e oneri generali trasferibili dal CG a quest'ultime.

Del tutto analoghe sono le modalità con cui è stato determinato l'importo delle opere da appaltare a terzi per il contratto tra RFI S.p.A. e Consorzio COCIV, relativo alla tratta Terzo Valico dei Giovi, a meno di alcune differenze nell'elencazione delle voci di costo e nelle percentuali di incidenza delle stesse.

I costi indiretti e gli oneri generali valutati per i CG nonché la quota di questi trasferiti all'affidatario terzo sono riassumibili nelle seguenti tabelle, riferite rispettivamente ai due contratti.

[...omissis...]

In sostanza, al fine di individuare l'importo dei lavori da appaltare a terzi, deve considerarsi:

- l'importo complessivo delle sole opere civili e di armamento risultante dall'Atto Integrativo;
- risalire al costo diretto delle opere, eliminando la maggiorazione di cui al coefficiente K GC, dovuta a costi indiretti e oneri generali del GC;
- incrementare tale costo dei costi indiretti e oneri generali trasferiti all'affidatario terzo (coefficiente k affidatario terzo), per ottenere il prezzo da porre a base d'asta di tali opere; l'obbligo di appalto a terzi è limitato al 60% delle opere.

RFI ha tuttavia evidenziato, così spiegando la ragione di contenute differenze che emergono tra il valore delle opere da appaltare a terzi determinato come sopra e quello di fatto assunto a riferimento quale obbligo per i GC, la difficoltà di riportare puntualmente l'importo dei lavori posti in gara per l'affidamento a imprese terze al corrispettivo del GC indicato nell'Atto Integrativo, richiamando, ai fini di un eventuale confronto, i seguenti valori e importi:

- il valore contabile delle WBS - Work Breakdown Structure (indicato nei già citati allegato 4 all'Atto Integrativo RFI-CEPAV DUE e 4.1 dell'Atto Integrativo RFI-COCIV), valore che comprende anche gli oneri del GC e che trattasi di un valore convenzionale derivante da una discretizzazione del Prezzo Forfettario, concordato con il GC al solo fine di gestire i pagamenti in corso d'opera;

- il corrispondente importo delle WBS, che tiene conto, applicando i criteri precedentemente descritti, dei costi indiretti e oneri generali che il GC trasferisce a terzi, determinato con riferimento al progetto definitivo allegato all'Atto Integrativo;

- l'importo delle opere a base di gara, determinato, invece, dal GC sulla base del progetto esecutivo redatto dallo stesso.

B) Andamento dell'intervento relativo alla Tratta Funzionale Treviglio – Brescia.

Il CIPE, con deliberazione n. 81 del 22.9.2010, ha:

- approvato il progetto definitivo del Lotto Funzionale Treviglio-Brescia, con le prescrizioni e raccomandazioni proposte dal MIT a seguito della conferenza dei servizi;

- fissato il limite di spesa del progetto nell'importo di € 2.050 milioni e individuato l'assegnazione di una tranche di finanziamento pari a € 1.130,95 milioni.

- autorizzato RFI a procedere alla contrattualizzazione del lotto funzionale Treviglio-Brescia per fasi successive non funzionali, nei soli limiti dei finanziamenti resi disponibili;

- ha deliberato che siano adottate – mediante specifici accordi tra RFI, CAL e Brebemi – misure intese ad assicurare il coordinamento, in sede realizzativa, tra il Collegamento Autostradale e la Linea Milano-Verona (sia con riferimento alle c.d. “opere integrate” che alle c.d. “interferenze comuni”).

Il CIPE, con successiva deliberazione n. 85 del 18.11.2010, ha quindi autorizzato l'avvio della realizzazione della Tratta per lotti costruttivi.

In data 19.4.2011 è stato sottoscritto l'Atto Integrativo tra RFI e CEPAV DUE, che ha definito gli importi del Prezzo forfettario, suddiviso in due lotti costruttivi, rispettivamente dell'importo di 766 milioni di euro e di 679 milioni di euro.

In data 19.5.2011 è divenuto efficace l'Atto suddetto ed è stato dato avvio ai lavori del I lotto costruttivo; successivamente RFI ha provveduto a dare comunicazione al Consorzio circa l'avvio del II lotto costruttivo a far data dall'8.1.2013.

L'avanzamento economico dei lavori evidenzia (per lavori a tutto il 31.7.2014) un dato di produzione inferiore (complessivamente di circa il 12,8%) rispetto a quanto previsto dal programma:

- per il I lotto costruttivo l'importo effettivo è di € 666,14 milioni, rispetto all'importo previsto di € 728,96 (-8,6%);

- per il II lotto costruttivo l'importo effettivo è di € 172,32 milioni, rispetto all'importo previsto di € 233,14 (-26,1%).

I SAL emessi, comprensivi di adeguamento monetario, ammontano (a tutto il 31.7.2014) rispettivamente a € 633,23 milioni per il I lotto e a € 151,38 milioni per il II lotto.

Non sono state contrattualizzate varianti (al riguardo RFI evidenzia come la natura del rapporto contrattuale limiti considerevolmente il ricorso a varianti in corso d'opera).

Il Consorzio CEPAV DUE ha iscritto 13 riserve per un totale di € 217,31 milioni.

Le riserve di importo più rilevante sono:

- la n. 1 (€ 36,79 milioni), relativa ai maggiori oneri espropriativi per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 181/2011;

- la n. 8 (€ 16,28 milioni), derivante da ritardo nella sottoscrizione della Convenzione tra CEPAV DUE e ASPI;

- la n. 10 (€ 150,78 milioni), relativa alla sospensione del pagamento dei lavori la cui realizzazione doveva essere affidata ad imprese terze (deriva, pertanto, dai provvedimenti di sospensione dei pagamenti adottati da RFI per il mancato rispetto del GC dell'obbligo di affidamento a terzi del 60% delle opere civili e di armamento); la riserva si articola in € 67,72 milioni di cui ai pagamenti sospesi, € 1,55 milioni per interessi ed € 81,51 milioni per la conseguente

sottoprodotto e protrazione dei termini di ultimazione dei lavori; di fatto la riserva, oltre all'importo dei lavori dei quali è stato sospeso il pagamento, lamenta maggiori oneri per € 83,06 milioni.

RFI ha evidenziato che, per il tramite di Italferr, ha provveduto a rigettare le riserve in quanto infondate.

Ai fini del rispetto dell'obbligo di affidamento del 60% delle opere civili e armamento mediante procedure ad evidenza pubblica, è stato precisato che il Consorzio ha indetto le gare riportate nelle tabelle che seguono.

I lotto costruttivo						
	CIG	Oggetto	Importo compresi o.s.	Rib. %	Importo aggiudicazione	Aggiudicatario
1	3225561922	Costruzione di parte delle opere civili – Appalto “Serio”	56.877.502,26	34,490	38.158.348,05	ATI Serenissima Costruzioni (mandataria)
2	3405746E7E	Costruzione di parte opere civili per realizzazione collegamento funzionale Treviglio-Brescia – Appalto Viadotti e viabilità	116.730.801,58	36,409	75.989.794,38	ATI Consorzio Stabile Itaca s.c.r.l. (mandataria) -DEC S.p.A.
3	3606412952	Costruzione di parte delle opere civili della Interconnessione di Brescia Ovest	57.683.680,16	36,130	38.015.371,47	ITINERA S.p.A. (a seguito cessione ramo d'azienda CO.GE.FA. S.p.A.)

Relativamente all'appalto di cui al n. 1, il Consorzio ha disposto lo stralcio di alcuni lavori, affidati a soggetti terzi con procedura negoziata, con conseguente riduzione dell'importo contrattuale ad €34.437.175,00. RFI ha, pertanto, disposto la sospensione di pagamenti per un importo (al 31.7.2014) di circa € 4,02 milioni.

Da quanto segnalato dal GC, l'avanzamento economico dei lavori al 5.8.2014 è di circa il 98,0%, mentre si è sviluppato un contenzioso per 46,11 milioni di euro.

Circa il contratto n. 2, il GC, in data 28.3.2013, ha comunicato la risoluzione per grave inadempimento; a partire da tale data i lavori sono stati eseguiti da CEPAV DUE direttamente con ricorso a subappalti ed il pagamento di detti lavori è oggetto di sospensione da parte di RFI.

Relativamente al contratto risolto, il GC ha segnalato un avanzamento economico dei lavori è di circa il 4,7% (€ 3,6 milioni) e un importo che definisce transato di € 1,3 milioni.

Per il contratto n. 3 il GC ha segnalato un avanzamento economico dei lavori di circa il 72,82% (al 30.6.2014), un contenzioso per € 1,57 milioni, varianti contrattualizzate per € 1,57 milioni e un importo che definisce transato di € 6,00 milioni.

II lotto costruttivo						
	CIG	Oggetto	Importo compresi o.s.	Rib. %	Importo aggiudicazione	Aggiudicatario
1	4819794BD2	Esecuzione completamento opere civili interferenti e connesse con la linea AV/AC in provincia di Bergamo, Lotto Costruttivo 2	100.111.530,05	15,543	85.198.896,21	ITINERA S.p.A.
2	483645401A	Completamento delle opere civili della Linea AV/AC e Interconnessione di Brescia Ovest	64.414.276,56	38,907	40.335.919,35	ITINERA S.p.A. (a seguito cessione ramo d'azienda CODELFA S.p.A.)
3	5023976C23	Fornitura e posa in opera sovrastruttura ferroviaria Linea AV/AC, Interconnessione Brescia Ovest e Monitoraggio Armamento	35.259.708,47	1,649	34.703.223,91	ATI GCF (mandataria)

Relativamente all'appalto di cui al n. 1 il GC ha segnalato un avanzamento economico del 7,93% (al 30.6.2014) ed un contenzioso per € 58,92 milioni.

Per il contratto di cui al n. 2 il GC ha comunicato un avanzamento economico del 16,23% (al 30.6.2014) ed un contenzioso per € 25,37 milioni circa.

Per il contratto di cui al n. 3 il CG non ha segnalato alcun avanzamento economico.

RFI S.p.A. ha inizialmente evidenziato come non fosse rispettato l'obbligo di affidamento a terzi, mediante procedure ad evidenza pubblica, del 60% delle opere civili ed armamento, per due ordini di motivi:

- il CG aveva ritenuto di aver adempiuto ai propri obblighi con l'aggiudicazione di appalti di importo adeguato, indipendentemente dalle vicende successive e, quindi, dell'effettiva realizzazione dei lavori da parte dell'aggiudicatario; al riguardo RFI citava, invece, quanto previsto all'art. 30.1.2 lett. a) dell'Atto Integrativo, cioè *“l'obbligo di far eseguire il 60% dei lavori civili e di armamento,..., mediante affidamenti a Imprese Terze, selezionate...con l'applicazione delle procedure comunitarie di affidamento ad evidenza pubblica”*;
- il contraente generale non ha inoltre tenuto conto, nell'attuazione del piano degli affidamenti, delle integrazioni rese necessarie dall'applicazione del meccanismo di arretramento al 31.12.2010 degli importi a base di gara (adeguamento monetario).

RFI S.p.A. allegava anche le controdeduzioni del GC, che richiamavano quanto prospettato dal Governo italiano, al fine di porre rimedio al *vulnus* creato al mercato comunitario come individuato dal Parere motivato della Commissione Europea 2001/2084. Secondo CEPAV DUE il Governo italiano ha chiarito che l'affidamento da parte dei GC a imprese terze del 45% dei lavori *“corrispondeva alla messa a gara del 60% dei lavori civili e di armamento del predetto itinerario”*; dunque è con riferimento alla sola *“messa a gara”* che il Governo italiano ha assunto obblighi nei confronti della Commissione UE e non anche alla effettiva esecuzione di tale quota di attività.

Tutto ciò, secondo il GC, troverebbe conferma anche nella nota del 10.6.2005 con la quale il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti ha comunicato a TAV, RFI e FS l'accoglimento da parte della Commissione UE della proposta del Governo; in tale sede il Ministro ha individuato la normativa da applicare per l'affidamento a terzi *“nelle disposizioni dettate dalla Direttiva 93/37 CE per gli appalti di concessionari di lavori pubblici”*. Tale circostanza assumerebbe rilievo perché la normativa individuata non riguarda i c.d. *“settori esclusi”*, cui invece sarebbero state da ricondurre le opere e, soprattutto, prevede esclusivamente forme di pubblicità ridotte rispetto alle gare espletate dagli ordinari soggetti aggiudicatori, senza disciplinare alcun ulteriore adempimento successivo. In sede di procedura di infrazione, pertanto, il GC non è stato equiparato al soggetto aggiudicatore (TAV o RFI), da cui ha derivato il rapporto, neanche sotto il profilo della normativa applicabile (la Direttiva 93/38 CE), ed è stato posto a carico del GC esclusivamente un obbligo procedimentale (di affidamento al mercato di una quota dei lavori) da attuare secondo modalità puramente convenzionali (essendo del tutto pacifico che il GC non è un concessionario di lavori).

Le previsioni dell'art. 30.2 dell'A.I. hanno, di fatto, contenuti più ampi rispetto agli impegni assunti dal Governo italiano, imponendo *“procedure comunitarie di gara ad evidenza pubblica”* ed altresì richiamando la Direttiva 2004/17/CE (sui c.d. *“settori esclusi”*) e non anche la Direttiva 2004/18/CE per i c.d. *“settori ordinari”*, che contiene la disciplina degli affidamenti da parte dei concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, disciplina totalmente assente nella Direttiva 2004/17/CE. Le pattuizioni dell'A.I. dovrebbero, tuttavia, secondo CEPAV DUE, essere interpretate e applicate in coerenza con gli impegni assunti dal Governo italiano nell'ambito della procedura di infrazione, non avendo altro presupposto negoziale.

Relativamente alla risoluzione contrattuale operata nei confronti dell'ATI Consorzio Stabile Itaca s.c.r.l. (mandataria) - DEC S.p.A., con riferimento al contratto n. 2 del I lotto costruttivo, il GC ha evidenziato come la risoluzione sia avvenuta per effetto dei gravi ritardi e dell'inadempimento dell'ATI; in particolare ha evidenziato come l'ATI non abbia dato riscontro all'OdS del 21.12.2012 con il quale, stante le esigenze sorte, è stata disposta una variante alle opere contrattuali. Dato il mancato riscontro, CEPAV DUE ha disposto una variante in diminuzione con lo stralcio dei lavori del viadotto Serio; l'operatore economico si è rifiutato di dare esecuzione a tale variante, assumendone la contrarietà alle previsioni contrattuali e sospendendo anche tutte le altre lavorazioni.

Dopo aver convocato l'ATI per la ripresa dei lavori e dopo averla diffidata all'adempimento in data 20.3.2013, stante il permanere della situazione, CEPAV DUE ha dichiarato la risoluzione del contratto; fermo il dichiarato inadempimento dell'operatore economico, anche al fine di evitare ulteriori ritardi, il GC ha concordato con l'ATI la rinuncia reciproca ad azioni risarcitorie e/o di contestazione dinanzi all'autorità giudiziaria.

Considerato che l'applicazione dell'art. 140 del Codice, in tema di subentro del secondo classificato nella procedura di gara esperita, avrebbe imposto l'accettazione, da parte di quest'ultimo, del ribasso formulato dal primo aggiudicatario (36,509%), il GC non ha ritenuto di procedere in tal senso, in quanto, alla luce dei giustificativi dell'offerta già esaminati (verifiche effettuate sul primo e secondo classificato), il ribasso del 36,509%, in luogo di quello formulato del 18,67%, avrebbe manifestato una non sostenibilità economica dell'offerta, con la necessaria esclusione della stessa quale anomala.

In definitiva CEPAV DUE ha evidenziato come, ove gli eventi derivanti dalla fase di esecuzione del contratto con l'impresa terza non siano imputabili al GC, non sia contestabile a quest'ultimo l'inadempimento all'obbligo di "far eseguire" il 60% dei lavori civili e di armamento ad imprese terze, individuate con procedura ad evidenza pubblica, secondo quanto si potrebbe dedurre, invece, da una interpretazione letterale delle statuizioni dell'art. 30.1.2 lett. a) dell'Atto Integrativo.

RFI S.p.A., preso atto delle osservazioni dell'Autorità su tale criticità e della richiesta della stessa di far conoscere i provvedimenti attuati, con nota assunta al protocollo dell'Autorità n.123405 del 6.11.2014 ha rappresentato come, all'attualità, l'importo dei lavori civili e di armamento effettivamente in esecuzione da imprese terze selezionate con procedure comunitarie ad evidenza pubblica sia pari a €310.811.436,58, corrispondente ad una percentuale del 43% (in luogo del 60%); ha segnalato, quindi, di:

- aver sospeso, dall'1.8.2013, il pagamento dei lavori per un importo di circa € 68 milioni, in ragione delle previsioni dell'art. 30.3.1.(i) dell'atto integrativo;

- essersi riservata di applicare le penali previste dagli art. 30.3.1.(ii) e 30.3.1.(iii) dell'Atto Integrativo (1% dell'importo non aggiudicato, ove l'aggiudicazione conforme risulti compresa tra il 60% e il 45%, e 2% dell'importo non aggiudicato, ove l'aggiudicazione conforme risulti inferiore 45%), nonché di chiedere al GC il maggior danno rispetto alle penali.

Come già riportato, il C.G. ha avanzato riserva, chiedendo, oltre ai pagamenti sospesi, richieste di maggiori tempi di esecuzione, oneri finanziari e richieste risarcitorie per sottoproduzione.

Con successiva nota assunta al protocollo dell'Autorità n.139342 del 10.12.2014, RFI ha trasmesso l'Accordo finale sottoscritto dalle parti in data 15-18.11.2014, con il quale è stata definita la questione.

Tale Accordo è stato stipulato tra le parti assumendo valida l'interpretazione contrattuale di RFI (richiamando anche la conferma di tale posizione da parte dell'Autorità con la comunicazione in data 4.9.2014), per la quale in capo al GC non vi è l'obbligo della sola "messa in gara" delle opere, ma anche quello di "esecuzione" tramite imprese terze selezionate con procedure ad evidenza pubblica; l'Accordo è sintetizzabile nei seguenti punti:

- il GC si impegna a incrementare, nell'ambito della Tratta Treviglio-Brescia la percentuale di lavori eseguiti da imprese terze selezionate tramite procedure comunitarie di gara ad evidenza pubblica, sino ad un importo quanto più possibile prossima al 60% contrattualmente stabilito, compatibilmente all'attuale avanzamento dei lavori e fermo il rispetto (a cura, spese ed esclusivo obbligo dello stesso GC) del Termine di Ultimazione Contrattuale;
- si obbliga, inoltre, a pagare a RFI la penale di € 2.385.157,75 prevista dall'art.30.3.1.(iii) dell'Atto Integrativo; all'emissione del Certificato Favorevole di Collaudo Tecnico dell'intera Tratta Treviglio-Brescia verrà ricalcolata con precisione l'entità della penale prevista dagli artt. 30.3.1.(ii) e 30.3.1.(iii) e RFI procederà alla eventuale restituzione a CEPAV DUE della penale eventualmente pagata in eccesso (senza maggiorazioni o interessi);
- si obbliga, infine, a recuperare sulla futura Tratta Brescia-Verona, in caso di sottoscrizione dell'Atto Integrativo relativo a tale Tratta, l'eventuale differenza tra la percentuale di lavori effettivamente eseguiti da imprese terze selezionate tramite procedure comunitarie di gara ad evidenza pubblica nella Tratta Treviglio – Brescia, e il 60% contrattualmente stabilito dall'art. 30.2.1 dell'Atto Integrativo;
- RFI, a fronte degli obblighi e impegni del CG, si obbliga a svincolare il pagamento degli importi allo stato sospesi ai sensi dell'art.30.3.1.(i) dell'Atto Integrativo, detratto l'importo di €2.385.157,75 di cui sopra;
- a fronte degli obblighi reciprocamente assunti le parti rinunciano alle pretese risarcitorie, relative ai fatti in questione, richieste e/o richiedibili; in particolare sono espressamente rinunciate le richieste economiche del GC di cui alla riserva n.10; tuttavia, CEPAV DUE si riserva il diritto di far valere le richieste temporali di cui a tale riserva, al solo fine di richiedere un termine

suppletivo di sei mesi per evitare penalità da ritardo in caso di eventuale mancato rispetto del termine di ultimazione contrattuale, mentre RFI si riserva di contestare l'ammissibilità e/o tempestività e/o fondatezza delle richieste temporali.

C) Andamento dell'intervento relativo al Terzo Valico dei Giovi.

Il CIPE, con deliberazione n. 80 del 29.3.2006, ha approvato, con prescrizioni e raccomandazioni da recepire nell'ambito della progettazione/realizzazione, il progetto definitivo e ne ha previsto il finanziamento per un importo di € 4.962 milioni di euro.

Con deliberazione n. 84 del 18.11.2010 ha autorizzato l'avvio della realizzazione della Tratta per lotti costruttivi, il cui costo aggiornato a vita intera è pari ad € 6.200 milioni, autorizzando il primo lotto costruttivo del valore di € 500 milioni.

In data 11.11.2011 è stato sottoscritto tra RFI e COCIV l'Atto Integrativo alla Convenzione del 16.3.1992 per la progettazione e realizzazione della Tratta AV/AC Terzo Valico dei Giovi, che regola, tra l'altro, l'avvio della realizzazione del I Lotto Costruttivo per un importo di 430 milioni di euro.

Con deliberazione n. 86 del 6.12.2011 il CIPE ha autorizzato il II Lotto Costruttivo, assegnando le relative risorse finanziarie.

In data 22.3.2013 RFI e COCIV hanno sottoscritto un Atto Modificativo che ha ridefinito gli importi del Prezzo Forfettario come di seguito:

- II Lotto Costruttivo € 617 milioni
- III Lotto Costruttivo € 1.017 milioni

RFI, nella stessa data, ha provveduto a dare comunicazione al GC circa l'avvio del II Lotto Costruttivo.

L'avanzamento economico dei lavori (a tutto il 31.7.2014) risulta rispettivamente di € 89,6 milioni per il I lotto e di € 35,9 milioni per il II lotto, evidenziando un dato di produzione inferiore (circa 72%) rispetto a quanto programmato (ritardi di circa 15 mesi per il I lotto e di circa 9 mesi per il II).

I ritardi maturati sono ascrivibili alle seguenti cause:

- problemi nelle acquisizioni delle aree nelle province di Genova e, prevalentemente, di Alessandria;
- problemi inerenti alla gestione delle terre e rocce da scavo e all'approvazione del Piano Cave Regione Piemonte; la normativa intervenuta (DM 161/2012), benché abbia introdotto disposizioni che rendono meno oneroso lo smaltimento delle terre, ha comportato la necessità di conseguire l'approvazione da parte del MATTM di un complesso Piano di Utilizzazione delle Terre, che richiede, tra l'altro, incisive indagini e verifiche tecniche preventive; ciò ha determinato un allungamento dell'iter autorizzativo; nel contempo è intervenuta la indisponibilità di siti di conferimento in ambito portuale a Genova e si è concluso con sensibile ritardo l'iter della conferenza di servizi del Piano Cave;
- modifiche al progetto richieste dagli enti locali, che hanno interessato il progetto definitivo approvato relativamente alla mobilità locale e all'accesso ai cantieri (non incidono sull'opera ferroviaria principale) e la conseguente stipula di atti integrativi.

Considerato che i ritardi si ripercuotono sui percorsi critici (quindi sui tempi di realizzazione della Tratta), COCIV, su sollecitazione della Committenza e anche a seguito della richiesta del MIT, con nota del 20.12.2013 ha proposto alcune iniziative finalizzate al recupero dei ritardi, che si sostanziano in un maggior ricorso allo scavo meccanizzato. Tuttavia, con nota del 14.5.2014, preso atto dello slittamento del finanziamento del III lotto costruttivo (il cui avvio era fissato al 14.5.2014 previa assegnazione delle necessarie risorse economiche), ha comunicato il venir meno delle condizioni necessarie per l'estensione dello scavo meccanizzato.

Il Consorzio COCIV ha iscritto riserve per € 899 milioni (documenti contabili al 31.5.2014).

RFI ha segnalato, inoltre, che in data 21.6.2013 con Lodo definitivo è stato risolto il giudizio arbitrale istaurato l'1.2.2007 tra RFI/TAV e COCIV. Da quanto appurato il Collegio arbitrale ha dichiarato che, per le attività progettuali oggetto di causa, spetta al Consorzio COCIV l'importo complessivo di € 91.116.255,90 ed ha conseguentemente condannato RFI al pagamento in favore del Consorzio stesso del predetto importo – al netto dell'importo di 80.050.819,36 euro (importo a suo tempo erogato a COCIV a titolo di anticipazione contrattuale in forza della Convenzione del 1991) - da maggiorarsi applicando l'indice ISTAT FOI dal 6.11.2000 alla data di pronuncia del Lodo.

Ai fini del rispetto dell'obbligo di affidamento del 60% delle opere civili e armamento, il Consorzio ha effettuato due gare pubbliche:

	CIG	Oggetto	Importo compresi o.s.	Rib. %	Importo aggiudicazione	Aggiudicatario
1	5779380F3C	Lavori di realizzazione opere civili di linea e relative opere connesse da pk 28+667,75 a pk 29+958,49 – Lotto Libarna	67.632.087			Procedura di gara in corso Verifica anomalia delle offerte
2	5800818A70	Lavori di realizzazione opere civili di linea e relative opere connesse da pk 39+500,00 a pk 44+152,65 – Lotto Pozzollo	68.681.786			Procedura di gara in corso Verifica anomalia delle offerte

In data 13.12.2013 il Consorzio, fermo restando l'importo di € 505 milioni, da affidare con gare ad evidenza pubblica, afferente ai primi due lotti costruttivi, ha trasmesso ad Italferr S.p.A. la tabella di aggiornamento del Piano degli Affidamenti, prevedendo per febbraio 2014 la pubblicazione dei primi bandi di gara per un importo di € 194,9 milioni.

In data 8.5.2014 ha inoltrato una nuova previsione con la quale, evidenziando l'impossibilità di rispettare la tempistica, a causa soprattutto dei ritardi maturati nell'esecuzione dei lavori, prevede di affidare tramite gara ad evidenza pubblica un importo di € 450,8 milioni, di cui € 77,2 milioni relativi al I lotto costruttivo e € 373,6 milioni relativi al II lotto costruttivo.

Rappresentanti del Consorzio COCIV sono stati sentiti in audizione dall'Ufficio istruttore in data 20.11.2014; successivamente hanno prodotto una memoria con nota acquisita al prot. dell'Autorità n. 137219 del 4.12.2014.

In merito ai ritardi nella realizzazione delle opere, hanno sostanzialmente confermato le motivazioni già fornite da RFI. Hanno richiamato, in primo luogo, come, per non aumentare lo stato di tensione derivante dalle contestazioni, si sia proceduto in via prioritaria alla ricerca del consenso alla cessione delle aree, rinviando a tempi successivi l'occupazione delle altre aree. Ad oggi, restano ancora da occupare alcune particelle.

Relativamente ai ritardi dovuti alle modifiche introdotte dal legislatore alla normativa sulle terre da scavo, hanno evidenziato come il Piano di Utilizzo delle Terre (PUT), presentato nei termini previsti dalla norma, sia stato approvato con Determina Direttoriale del MATTM solo in data 24.10.2013.

Infine hanno richiamato l'ulteriore ritardo derivante dalle richieste di variante avanzate dagli enti locali relative alle opere di viabilità e di compensazione, evidenziando quale causa il notevole tempo trascorso tra la redazione del progetto (2005) e l'avvio dei lavori (2012). Per la parte di intervento ricadente nel territorio della Regione Liguria, la problematica è stata risolta mediante la costituzione di un tavolo tecnico tra Regione, RFI e Commissario straordinario, che ha portato alla redazione di una perizia di variante scissa in due parti: la prima è stata approvata a gennaio 2014 mentre la seconda è in fase di completamento.

Per la parte, invece, di intervento ricadente nel territorio della Regione Piemonte, sono state richieste un minor numero di varianti, ma la situazione non è ancora definita; i 13 comuni della provincia di Alessandria con la Regione e la Provincia hanno costituito un tavolo ai sensi della L.R. 4/2001 per riverificare le ricadute sul territorio dell'opera ed hanno richiesto la eliminazione dell'attraversamento dell'area di Novi Ligure tramite il c.d. "Shunt". La progettazione definitiva della variante, ordinata da RFI e che seguirà il normale percorso autorizzativo al CIPE, è in fase di redazione e porterà ad una diminuzione dell'importo contrattuale.

Riguardo al contenzioso hanno precisato come lo stesso vada valutato alla luce della clausola contrattuale che impone al contraente generale l'iscrizione immediata dei presunti danni futuri, ricomprendendo anche quelli potenzialmente prevedibili sulla base della normale diligenza dell'appaltatore, con riferimento a tutti i lotti in cui l'opera è stata suddivisa, anche a quelli non finanziati. La mancata iscrizione immediata dei presunti danni implica la decadenza delle richieste risarcitorie legate agli stessi; pertanto le riserve sono iscritte in modo prudenziale per ogni evento ritardante che si verifica, anche se in parallelo ad altri eventi, determinandosi una sorta di duplicazione delle richieste economiche.

Alla luce di ciò, l'effettivo valore delle riserve è da ritenersi in concreto sensibilmente inferiore di quelle complessivamente iscritte negli atti contabili e riguarda, comunque, in massima parte, danni

futuri e solo prudenzialmente quantificati; il Consorzio nella memoria prodotta ha indicato come, eliminando le sovrapposizioni delle riserve, l'ammontare delle stesse si riduca a circa € 300 milioni.

Con riferimento tale valore, le riserve sono addebitabili per € 114 milioni di euro alla ritardata ultimazione di tutti i lotti (a finire l'opera).

Altri circa 165 milioni di euro di riserve, sempre con riferimento alla totalità dei lotti, sono connessi alla valutazione ed alle modalità di contabilizzazione della perizia di variante per adeguamento del progetto alle sopravvenute modifiche normative del 2006 e del 2010, la cui redazione era già prevista in contratto entro il limite massimo di 722 milioni di euro; la contestazione scaturisce da una clausola contrattuale che, in caso di disaccordo sul prezzo delle varianti, prevede il riconoscimento al GC dei soli costi sostenuti di mercato e di terzi; nel caso di specie, COCIV contesta a RFI la mancata negoziazione dei prezzi della variante suddetta e il riconoscimento del solo rimborso delle spese sostenute.

Il resto delle riserve (circa 21 milioni di euro) attiene a contestazioni sui metodi di contabilizzazione e ritardi nelle contabilizzazioni medesime.

Riguardo, invece, alle procedure di appalto dei lavori, hanno evidenziato come gli obblighi derivanti dalla procedura di infrazione comunitaria possano, per espressa condizione contrattuale, essere rispettati per il I lotto congiuntamente al II lotto, attesa la presenza nel I di molte opere stradali. Il piano degli affidamenti prevede gare su opere di linea per circa 1800 milioni di euro sui sei lotti; tuttavia, a causa del mancato finanziamento del III lotto, l'avvio delle procedure di gara è stato rallentato. Al riguardo, hanno sottolineato le difficoltà connesse alla suddivisione dell'opera in lotti costruttivi e non funzionali, che ha portato all'inserimento nei bandi di gara di una clausola sospensiva per la quale l'aggiudicazione del lotto diventa efficace con l'affidamento di quello successivo.

Ritenuto in diritto

RFI S.p.A. ha fornito informazioni circa le modalità con cui sono stati determinati gli importi dei lavori che i GC debbono porre in appalto, al fine adempiere all'obbligo, derivante dagli impegni assunti dal Governo italiano in sede comunitaria, di affidamento a terzi con procedure ad evidenza pubblica del 60% delle opere civili e di armamento.

Il percorso indicato da RFI per la determinazione di tali importi prevede che:

- l'importo delle opere civili e di armamento, contemplate nei contratti stipulati tra RFI e GC, sia prioritariamente depurato dei costi indiretti e degli oneri generali rimessi al GC, per individuare il solo costo diretto di tali opere;
- al 60% dell'importo così determinato siano sommati i costi indiretti e oneri generali (compresa la percentuale di utile) rimessi alle imprese terze, al fine di determinare l'importo delle opere da porre in gara.

Il raffronto effettuato tra il prezzo delle opere civili e di armamento, quale individuato negli Atti Integrativi, e il costo delle medesime opere, valutato ai fini dell'affidamento alle imprese terze, evidenzia come il primo importo sia ben maggiore di quest'ultimo costo; tale fatto trova principale spiegazione nell'applicazione di un coefficiente di incremento dei costi diretti delle opere, per tener conto dei costi indiretti e degli oneri generali e utile, significativamente più elevato per il GC rispetto a quello applicato per valutare l'importo dei lavori da affidare a imprese terze.

Con riferimento al contratto tra RFI e CEPAV DUE, ove la differenza appare più evidente, si riscontra un rapporto tra importo delle opere appaltate a terzi (importo a base d'asta) e corrispettivo per le medesime opere del GC (importo valutato nel Prezzo Forfettario) inferiore all'80% (precisamente $1,19/1,50 = 0,793$).

Tale differenza è ascrivibile, secondo quanto argomentato da RFI, alla diversità e alla diversa misura degli oneri e dei rischi rimessi al GC rispetto a quelli trasferiti alle imprese affidatarie terze.

Si osserva come le valutazioni effettuate non siano omogenee per i due contratti oggetto dell'attività istruttoria, con differenze anche notevoli sia per quanto attiene all'incidenza della singola voce di costo indiretto o onere generale, che relativamente alla quota di questa trasferita alle imprese terze affidatarie; la motivazione di alcune differenze non appare del tutto comprensibile, pur considerando il fatto che i due contratti possano essere caratterizzati da specificità e condizioni di esecuzione non omogenee.

Si rileva, poi, come la differenza di corrispettivo tra quanto riconosciuto al GC e quanto da questi riconosciuto alle imprese terze per i medesimi lavori risulti di fatto ulteriormente incrementata in relazione ai ribassi conseguiti nelle gare espletate dal GC, in relazione ai quali i contratti stipulati tra RFI e GC non contemplano alcuna forma di recupero a vantaggio della committenza pubblica; a titolo esemplificativo, assumendo il valore medio dei ribassi conseguiti negli appalti del primo lotto (ribassi particolarmente elevati con media pari a 35,68%), il corrispettivo contrattualmente riconosciuto alle imprese terze, in esito alle gare, risulterebbe pari a circa il 51% di quanto riconosciuto contrattualmente al contraente generale.

Al riguardo, deve comunque darsi atto di quanto già precisato da RFI e dagli stessi GC circa il fatto che un confronto significativo, per singolo contratto affidato dal GC a imprese terze, deve compiersi a consuntivo, una volta ultimati e collaudati i lavori e definiti eventuali contenziosi, in quanto i contratti potrebbero essere soggetti ad incrementi economici per effetto di varianti e contenziosi nel corso dell'esecuzione, non riversabili dal GC su RFI, stante la diversa natura del rapporto contrattuale.

Tuttavia, le valutazioni di cui sopra confermano come la carenza all'origine di un confronto di mercato, oltre ad aver leso l'esigenza di assicurare la concorrenza tra potenziali operatori economici, abbia posto in atto un sistema di realizzazione delle opere non in grado di assicurare il rispetto di quei principi di correttezza, trasparenza ed economicità, cui dovrebbero conformarsi le procedure delle stazioni appaltanti, e che sono espressamente richiamati dall'art. 2 del Codice dei contratti.

All'attualità, appare necessario porre in atto tutte le opportune misure finalizzate a limitare le criticità, già precedentemente evidenziate dall'AVCP quali di natura sistemica e sistematica, che hanno connotato la realizzazione delle opere, e ad assicurare, per quanto possibile, il rispetto dei principi di cui all'art. 2 del Codice citati.

Con riferimento ai principi di correttezza, trasparenza e di economicità dei contratti, si ritiene che particolare attenzione debba essere posta da RFI al rispetto della natura "*chiavi in mano*" degli stessi e ad una verifica, sia pure a posteriori, della congruità delle previsioni economiche a base degli stessi.

Per quanto riguarda il contratto tra RFI e CEPAV DUE (tratta Treviglio-Brescia), in relazione al quale sono stati avviati due lotti costruttivi (dell'importo rispettivamente di 766 milioni di euro e di 679 milioni di euro) sono da rilevare ritardi nell'esecuzione, nonché la formulazione di 13 riserve per un totale di € 217,31 milioni; tale richiesta è da ritenersi ridimensionata per la rinuncia, per effetto della sottoscrizione dell'Accordo in data 15/18.11.2014, alla riserva n.10 (dell'importo di 150,78 milioni), per cui l'effettivo ammontare delle riserve è pari a € 66,53 milioni (4,6% dell'importo contrattuale dei due lotti costruttivi avviati). Di contro si registra anche la formulazione di riserve da parte degli appaltatori nei confronti del GC, con richieste economiche anche particolarmente elevate (in un caso superiori all'importo contrattuale).

Maggiormente critico, al riguardo, appare l'andamento del contenzioso relativamente all'Atto Integrativo tra RFI S.p.A. e COCIV, in relazione al quale sono stati attivati due lotti costruttivi rispettivamente di 617 milioni e 1.017 milioni di euro (come da Atto Modificativo del 22.3.2013), ed è stato segnalato notevole ritardo nell'esecuzione rispetto ai tempi programmati.

Già nella fase iniziale dell'intervento, il Consorzio ha apposto per € 899 milioni (documenti contabili al 31.5.2014), pari a circa il 55% dell'importo contrattuale dei lotti avviati, sebbene lo stesso Consorzio abbia rappresentato come la portata economica reale di tali riserve, eliminando sovrapposizioni delle stesse, ammonti di fatto a circa 300 milioni di euro (importo pur sempre rilevante, pari al 18% circa dell'importo contrattuale dei lotti avviati).

Orbene, per entrambi i contratti, la differenza tra quanto riconosciuto dal GC alle imprese terze ed il corrispettivo di quest'ultimo per le medesime opere conferma in tutta evidenza i maggiori oneri e rischi rimessi al contraente generale rispetto a quelli di un ordinario appaltatore, dando misura di tali maggiori responsabilità, richiamate tra l'altro nella stessa enunciazione degli oneri generali rimessi al CG, nella voce "rischi generali" (rischi ulteriori rispetto a quelli ordinari di appaltatore in relazione alle obbligazioni di prezzo e tempo invariabili). Ad RFI (e per essa ad Italferr) è pertanto rimessa una rigorosa attività di controllo, affinché sia assicurata la prerogativa di contratto "*chiavi in mano*" ai contratti tra la stessa ed i GC, evitando che le eventuali richieste delle imprese terze siano impropriamente riversate dal CG sulla committenza.

Appare, inoltre, necessario un riscontro della congruità economica dei contratti in essere tra i GC e RFI, pur non essendo state contemplate forme di recupero per la committenza nel caso in cui i

contratti si dovessero rilevare eccessivamente onerosi, quantomeno ai fini della dovuta trasparenza e per l'adozione di eventuali correttivi da apportare in lotti successivi.

Al riguardo si ritiene necessario il monitoraggio dei contratti tra i GC e le imprese terze, al fine di un bilancio a consuntivo che evidenzi la differenza tra quanto corrisposto a queste ultime e quanto riconosciuto per le medesime opere al GC; appare parimenti necessaria una verifica a consuntivo delle ipotesi iniziali con le quali sono stati valutati i costi indiretti e gli oneri generali rimessi ai GC.

Sotto il profilo di limitare la lesione alla concorrenza verificatasi con l'affidamento diretto ai GC con le Convenzioni base stipulate nel 1991, appare rilevante, all'attualità, assicurare il rispetto dell'obbligo di affidamento a terzi del 60% dell'importo delle opere civili e dell'armamento.

Per le opere affidate al Consorzio CEPAV DUE, RFI ha contestato il mancato rispetto dell'obbligo per effetto:

- della riduzione dell'importo posto in gara per lo stralcio, da contratti già aggiudicati, di alcune opere;

- del non puntuale raggiungimento della percentuale del 60% delle opere appaltate, ove si consideri il loro valore riportato alla data del 31.12.2010 (riferimento degli atti integrativi) in luogo di quello derivante dalla valutazione attuale (differenze modeste);

- e, soprattutto, della risoluzione contrattuale avvenuta in relazione all'appalto di importo più rilevante; il Consorzio ha quindi proceduto all'esecuzione di tali opere in proprio, tramite le imprese del Consorzio e mediante ricorso a subappalti.

Di contro il Consorzio ha richiamato la finalità del contratto di adempimento agli obblighi assunti dal Governo italiano nei confronti della Commissione UE, riferiti alla sola "*messa a gara*" delle opere e non anche alla effettiva esecuzione di tale quota, e le circostanze intervenute che escluderebbero qualsiasi responsabilità del GC ai fini della mancata esecuzione dei lavori da parte di imprese terze individuate con procedura ad evidenza pubblica.

RFI, richiamando le statuizioni dell'Atto Integrativo, ha sospeso il pagamento dei lavori relativi agli interventi inizialmente aggiudicati a terzi e poi, per vicende intervenute, eseguiti direttamente dal Consorzio o dallo stesso affidati in subappalto, mentre il Consorzio ha avanzato riserve in relazione a tale provvedimento.

Al riguardo si evidenzia che l'Atto Integrativo sottoscritto tra le parti (art.30.3) prevede le seguenti sanzioni, in caso di mancato adempimento all'obbligo di aggiudicare con procedure ad evidenza pubblica il 60% delle opere civili e di armamento:

- sospensione immediata del pagamento dei lavori, contabilizzati nel SAL, che, secondo l'originario Piano degli Affidamenti, avrebbero dovuto essere affidati a imprese terze;

- applicazione della penale dell'1% dell'importo non aggiudicato se l'aggiudicazione conforme risulti compresa tra il 45% e il 60%;

- applicazione della penale del 2% dell'importo non aggiudicato se l'aggiudicazione conforme risulti inferiore al 45%;

- risoluzione della Convenzione se l'aggiudicazione conforme risulti inferiore al 40%.

L'Atto Integrativo (art. 30.2.2), in caso di gare andate deserte, prevede che il Consorzio possa:

- rinnovare la procedura di gara mantenendo l'oggetto invariato ovvero modificandolo, con eventuale conseguente modifica del Piano degli Affidamenti;

- espletare la procedura negoziata, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate.

Prevede, inoltre, che, in caso di fallimento delle imprese terze aggiudicatarie delle gare, ovvero di risoluzione per grave inadempimento del contratto con le imprese terze aggiudicatarie, il Consorzio potrà avvalersi delle imprese terze successivamente graduate in sede di gara (art. 30.2.4).

Infine, in presenza di provvedimenti cautelari giurisdizionali che inibiscano l'espletamento della gara, l'aggiudicazione della stessa e/o la stipula del contratto di appalto e/o la sua esecuzione – provvedimenti che il Consorzio ha l'obbligo di impugnare in tutti i gradi di giudizio – il Consorzio, previo adempimento del predetto obbligo di impugnazione, al fine di evitare un blocco di eccessiva durata dei lavori, potrà agire con misure di autotutela, ove ne ricorrano le condizioni di legge (art. 30.2.5).

Coerentemente con quanto sopra, la statuizione contrattuale (art. 30.2.4), per la quale il Consorzio, in caso di risoluzione per grave inadempimento del contratto con le imprese terze aggiudicatarie, "*potrà*"

avvalersi delle imprese terze successivamente graduate in sede di gara, non sembra sancire la mera possibilità di procedere in tal senso di contro a quella di un'esecuzione in proprio o per subappalto, quanto piuttosto di contro all'obbligo di un riappalto delle stesse opere.

Tra l'altro, sebbene il GC evidenzi come, nella sostanza, abbia risolto il contratto con l'ATI Consorzio Stabile Itaca s.c.r.l. – DEC S.p.A. per grave inadempimento della stessa, la risoluzione risulta avvenuta concordando la rinuncia ad azioni risarcitorie e/o di contestazione innanzi all'autorità giudiziaria.

Infine, si rileva che l'art. 30.2.4 del contratto non contiene riferimenti all'art.140 del Codice, per cui i rilievi avanzati dal CG circa l'anomalia dell'offerta derivante dall'applicazione dell'art.140 del Codice non appaiono dirimenti al fine di dimostrare l'impossibilità di affidamento all'impresa successiva in graduatoria.

In definitiva, pur prendendo atto delle osservazioni formulate dal Consorzio CEPAV DUE circa il riferimento degli obblighi assunti dal Governo italiano nei confronti della Commissione UE alla "*messa a gara*" delle opere, nonché delle oggettive difficoltà derivanti dall'interruzione del rapporto con l'impresa terza originariamente aggiudicataria, si rileva come le previsioni contrattuali impongano rigorosamente l'obbligo di "*esecuzione*" da parte di imprese terze, selezionate con procedure ad evidenza pubblica, del 60% dei lavori civili e di armamento.

Si ritiene, in ogni caso, che eventuali deroghe a tale obbligo dovrebbero essere limitate alle sole opere che, interferendo con il percorso critico di esecuzione, siano passibili di determinare un blocco di eccessiva durata dell'attività complessiva in capo al GC, contemperando adeguatamente le responsabilità rimesse allo stesso di rispetto del programma dei lavori con quelle di obbligo dell'affidamento a terzi con procedure ad evidenza pubblica, e ripristinando la quota stabilita di affidamento a imprese terze con successive procedure di affidamento ad evidenza pubblica.

La soluzione allo stato adottata con la sottoscrizione dell'Accordo finale in data 15/18.12.2014 appare coerente con le statuizioni contrattuali e aderisce alla interpretazione di cui sopra, già rappresentata alle parti da questa Autorità con la comunicazione delle risultanze istruttorie con nota prot. 95586 del 4.9.2014, sancendo come l'obbligo posto a carico del GC sia quello di concreta "*esecuzione*" delle opere da parte di imprese terze, selezionate con procedure ad evidenza pubblica; di contro deve rilevarsi un ulteriore rinvio a tratte successive non ancora finanziate del pieno rispetto di tale obbligo nella misura stabilita del 60% e non un recupero nella stessa tratta in esecuzione.

Tale rinvio è sostanzialmente motivato da RFI nell'impossibilità, in relazione all'avanzamento dei lavori e ai termini di ultimazione imposti, di procedere a nuova gara; il parziale rispetto dell'obbligo è comunque sanzionato con l'applicazione delle penali contrattualmente stabilite.

Al riguardo, pur prendendo atto dell'attuale avanzamento dei lavori, si rileva come il GC non possa ritenersi del tutto estraneo a tale rinvio, avendo sostenuto come l'obbligo fosse da ritenersi assolto con la messa in gara delle opere e non adottando, pertanto, tempestivi provvedimenti finalizzati ad assicurare l'esecuzione delle opere da parte di imprese selezionate con procedure ad evidenza pubblica.

Si prende atto, infine, che l'Accordo ha definito le riserve risarcitorie avanzate dal GC in relazione alla sospensione dei pagamenti disposta da RFI S.p.A., con il ritiro da parte del GC delle relative richieste economiche (lo stesso si è riservato di far valere esclusivamente le richieste temporali, al fine di un eventuale termine suppletivo di sei mesi).

Per quanto attiene, infine, all'Atto Integrativo tra RFI S.p.A. e COCIV, in relazione al quale sono stati attivati due lotti costruttivi rispettivamente di 617 milioni e 1.017 milioni di euro (come da Atto Modificativo del 22.3.2013), è stato segnalato il notevole ritardo nell'esecuzione rispetto ai tempi programmati.

Ostacoli all'esecuzione appaiono confermati anche dalla iscrizione, già nella fase iniziale dell'intervento, di riserve da parte del Consorzio per € 899 milioni (documenti contabili al 31.5.2014), pari a circa il 55% dell'importo contrattuale dei lotti avviati.

Al riguardo le informazioni acquisite dalle parti hanno evidenziato tale importo quale largamente sovrastimato per effetto di riserve definite dallo stesso GC cautelative e, in alcuni casi, aventi carattere duplicativo di altre; rappresentanti del GC hanno rappresentato come l'importo effettivo di tali riserve sia da ricondurre ad un valore pari a circa € 300 milioni; in ogni caso permane la rilevanza economica del contenzioso, che, si ripete, deve essere valutato da RFI nell'ottica della prerogativa "*chiavi in mano*" del contratto.

Appare, inoltre, opportuno, porre attenzione, anche nel caso di tale contratto, al corretto adempimento circa l'affidamento del 60% delle opere civili e di armamento ad imprese terze. Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- risulta evidente, dagli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria, la differenza di corrispettivo riconosciuto al GC rispetto a quanto da questi riconosciuto alle imprese terze per le medesime opere;
- al riguardo dispone il prosieguo del monitoraggio degli interventi affidati a imprese terze, rilevando quanto effettivamente riconosciuto a quest'ultime per l'esecuzione dei lavori, tenuto conto anche di eventuali varianti e dei maggiori oneri derivanti dalla definizione dei contenziosi;
- dispone, inoltre, nell'ambito dei contratti tra RFI e i GC in esame, che RFI effettui una verifica a consuntivo dei costi indiretti e oneri generali sostenuti da questi ultimi, raffrontandoli con le previsioni alla base del contratto;
- le rilevazioni e verifiche di cui sopra appaiono necessarie ai fini di una valutazione, sia pure a consuntivo, della correttezza ed economicità dei contratti dei contratti tra RFI e GC e per l'adozione di eventuali correttivi da apportare nei lotti successivi;
- preso atto, in relazione alle statuizioni e alle valutazioni economiche poste a base dei contratti tra RFI e i GC, dei maggiori oneri e rischi rimessi a questi ultimi rispetto a quelli di un ordinario appaltatore, richiama ulteriormente l'esigenza che RFI assicuri la prerogativa "*chiavi in mano*" dei contratti in esame;
- al fine di limitare, per quanto possibile all'attualità, la lesione alla concorrenza verificatasi con l'affidamento diretto delle opere ai GC è necessario che sia assicurato rigorosamente il rispetto dell'obbligo di affidamento a terzi del 60% dell'importo delle opere civili e dell'armamento;
- al riguardo constata che RFI e il Consorzio CEPAV DUE, anche in base alle osservazioni già comunicate da questa Autorità, hanno stipulato un accordo che sancisce come tale obbligo debba intendersi assolto solo con la concreta "*esecuzione*" delle opere da parte di imprese terze, selezionate con procedure ad evidenza pubblica, e non con la mera "*messa a gara*" delle opere, applicando le sanzioni pecuniarie stabilite dall'Atto Integrativo per il parziale rispetto dell'obbligo;
- di contro rileva un rinvio a tratte successive non ancora finanziate di un possibile recupero di tale obbligo nella misura stabilita del 60%; invita, pertanto, RFI e i GC, alla luce delle valutazioni e considerazioni precedentemente riportate, ad adottare, nel caso di ulteriori situazioni impeditive nell'esecuzione da parte delle imprese terze individuate con procedura ad evidenza pubblica, tempestive misure per un rispetto dell'obbligo nell'ambito della tratta in esecuzione;
- dispone che l'Ufficio Vigilanza Lavori prosegua nell'attività di monitoraggio degli interventi, con particolare attenzione agli aspetti richiamati nel precedente "Ritenuto in diritto" e alle disposizioni del presente deliberato;
- dispone l'invio della presente deliberazione a R.F.I. S.p.A. e ai GC interessati.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 gennaio 2015

Il Segretario
Maria Esposito