



Delibera n. 431

Adunanza del 14 settembre 2022

Fascicolo 1813/2021

Oggetto

Concessione del Complesso degli ex mercati generali del Comune di R.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Vista la L. 11 febbraio 1994, n. 109;
visto il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163;
visto il D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554;
visto il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207;
visto il " *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*" del 4.7.2018 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 241 del 16.10.2018);
vista la relazione adottata dal Collegio degli esperti, all'esito del procedimento ex art. 32 d.l. 90/2014, prot. I. ANAC 4503 del 19.1.2021;
visti gli atti del procedimento di vigilanza in oggetto.

PREMESSA IN FATTO

All'esito di una gara svolta con licitazione privata, ai sensi dell'art. 89 del R.D. 827/1924, con bando pubblicato sulla GUCE in data 6.11.2003 e sulla GURI del 7.11.2003, il Comune di R. ha sottoscritto la " *Convenzione per la concessione di parte del complesso degli ex Mercati Generali siti in R.*", in data 14.11.2006.

Di seguito, per maggior chiarezza espositiva, vale la pena riassumere le **caratteristiche della concessione**.

Il concessionario è il R.T.I. costituito tra L. S.r.l. (Capogruppo, titolare di una quota di partecipazione pari al 18,74%) - Ci. S.p.A. (mandante, titolare di una quota di partecipazione pari al 75%) - CO. S.p.A. (mandante, titolare di una quota di partecipazione pari al 6,24%) - Con. (mandante, titolare di una quota

di partecipazione pari allo 0,01%) e F. S.p.A. (mandante, titolare di una quota di partecipazione pari allo 0,01%).

Successivamente, è stata costituita una società di progetto, subentrata al RTI aggiudicatario, che ha assunto la denominazione di E. srl e poi di S. srl (di seguito: "S.").

La concessione ha ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva, la realizzazione e la successiva gestione del complesso degli Ex Mercati generali (art. 2), per una durata di 60 anni a decorrere dalla stipula della convenzione (art. 3).

Il valore complessivo delle opere da realizzare, originariamente, era pari a € 142.543.230,00, oltre IVA, prevedendo un corrispettivo di € 7 milioni *una tantum*, già versato, oltre un canone annuo di € 165.000,00, a decorrere dal completamento del 30% delle opere.

Le opere dovevano essere eseguite entro 36 mesi dalla comunicazione dell'approvazione della progettazione esecutiva cantierabile (art. 3) ed in tal senso l'art. 5 della convenzione scadeva le fasi della progettazione (definitiva ed esecutiva). Il progetto definitivo è stato approvato con delibera della Giunta comunale n. 114 in data 7.5.2009, ma non si ha notizia della progettazione esecutiva.

Le opere devono essere realizzate dalle socie esecutrici della S., L. S.r.l. e CO. S.p.A., risultate all'esito della gara in possesso delle necessarie attestazioni SOA (art. 14 della convenzione).

Per quanto di specifico interesse devono richiamarsi alcune norme contrattuali relative alle modifiche soggettive e alle varianti

- l'art. 5 che prevede che: *"E' vietata, qualora non operi il disposto di cui al successivo art. 20, qualsiasi modificazione della compagine del raggruppamento temporaneo che sottoscrive il presente atto sino alla emissione del certificato di collaudo provvisorio, così come disposto dal vigente ordinamento"*, a pena di risoluzione del contratto;
- l'art. 20 ultimo capoverso che prevede che *"Successivamente alla costituzione della società di progetto e sino alla emissione del certificato di collaudo, il/i socio/i che in sede di gara è stato indicato come esecutore dei lavori di cui alla presente convenzione non può ridurre la propria quota di partecipazione al capitale sociale della società di progetto"*;
- l'art. 8 che disciplina le modalità di sub concessione della convenzione, che devono essere preventivamente comunicate all'Amministrazione comunale e che in ogni caso prevede: *"E' esclusa la sub-concessione totale. La violazione di tale obbligo comporterà la revoca della concessione."*;
- l'art. 19 ultimo comma, secondo il quale: *"Nessuna variazione o addizione al progetto approvato può essere introdotta dal concessionario e dall'impresa esecutrice, se non è preventivamente approvata dall'Amministrazione Comunale, nel rispetto delle condizioni e dei limiti indicati all'art. 25 della L. n. 109/194 e s.m.i., da applicarsi in via analogica"*;
- l'art. 4, ultimo comma, secondo il quale: *"Qualora l'Amministrazione voglia apportare modificazioni alla presente convenzione, ovvero in presenza di circostanze di fatto e di diritto imprevedibili non presenti al momento della presentazione, dell'offerta nell'ambito della fase di aggiudicazione della Concessione, comunque tali da determinare in ambo i casi variazioni degli elementi descritti ed inclusi nel piano economico e finanziario asseverato e presentato in sede di gara, le Parti si danno reciprocamente atto della volontà di discutere e valutare tali evenienze allo scopo di porre in essere tutte le misure necessarie ed adeguate a raggiungere il riequilibrio economico-finanziario del Progetto."*

In data 2.8.2012 è stata formalizzata una **prima variante innovativa**, che ha modificato parzialmente l'oggetto delle opere da eseguire, elevandone l'importo ad € 150.043.230,00, e cioè di circa € 7,5 milioni (art. 2).

Inoltre, sono state modificate le tempistiche (art. 3): la durata della concessione (60 anni) decorre dalla data della stipula della variante (2.8.2012) mentre le opere, come modificate, avrebbero dovuto essere completate e messe in funzione entro il 7.12.2015.

In data 13.11.2012, immediatamente dopo la contrattualizzazione della prima variante innovativa, L. srl stipulava un **contratto preliminare condizionato di cessione delle quote** possedute in S. in favore di Soc. S.r.l. Quest'ultima assumeva il dichiarato obiettivo di diventare socio unico della S. (par. D1 e 1.3.8 del preliminare) e di stipulare una connessa subconcessione della convenzione.

La subconcessione avrebbe dovuto trasferire a So. S.r.l. il diritto di progettare e realizzare l'opera nonché di apportare varianti al progetto stesso (par. 1.2.1, pag. 10, 4.1 e 4.7 del preliminare).

Il contratto preliminare (art. 8) era subordinato alla condizione che venisse approvata un'ulteriore variante progettuale (coincidente con la seconda variante innovativa – cfr. infra) e vi era apposto un termine finale, inizialmente fissato al 30.9.2013, prorogato fino al 31.10.2021.

Il concedente ha dichiarato di non possedere informazioni in ordine al citato contratto preliminare.

In data 23.6.2015, la S. e Soc. S.r.l. (controllata al 100% dalla So. S.r.l.) stipulavano un **contratto di subconcessione condizionato.**

Per quanto di specifico interesse, il contratto ha ad oggetto il trasferimento dei diritti della S. derivanti dalla convenzione del 2006, compresi quelli di realizzare e mantenere l'opera (art. 3.2) ed è condizionato all'approvazione della seconda variante innovativa; è inoltre apposto un termine finale, fissato al 3.3.2016 e poi prorogato al 30.10.2021.

Tale contratto è stato comunicato al Comune di R. (in data 8.7.2015), che ne ha preso atto con la determina dirigenziale n. 265, del 7.3.2019, punto 8, che ha anche approvato la seconda variante innovativa.

La **seconda variante innovativa** trova fondamento in una richiesta del concessionario (S.), del 18.9.2013: dall'esame della delibera di giunta comunale 199/2017, infatti, emerge che la richiesta di variante è stata avanzata dal concessionario, sulla base dell'art. 4 della convenzione del 2006, il quale ha *"rappresentato all'Amministrazione la necessità di rimodulare le destinazioni funzionali, al fine di ristabilire l'equilibrio economico finanziario del progetto, condizione imprescindibile per continuare nell'attuazione delle opere previste"*.

Non sono specificati gli elementi che avrebbero giustificato l'adozione di una variante contrattuale che ha elevato l'importo del contratto di oltre il 60%, rispetto al valore iniziale: l'importo della concessione, infatti, in seguito alla seconda variante, sarebbe elevato ad € 233.114.687,11, rispetto all'originario importo di € 142.543.230,00.

Tale variante è stata oggetto di un articolato *iter* amministrativo, anche contenzioso (cfr. sentenza del TAR Lazio 4902/2017), parzialmente concluso con la deliberazione di Giunta comunale n. 199/2017 e

con la successiva determina dirigenziale n. 265 del 7.3.2019, che ha approvato il relativo progetto esecutivo e lo schema di convenzione e con la quale si è preso atto del contratto di subconcessione del 23.6.2015. Tuttavia, ad oggi, la variante non è stata contrattualizzata.

Gli atti approvativi della seconda variante hanno dato luogo ad una serie di vicende giudiziarie, anche di rilievo penale, che hanno condotto all'applicazione delle **misure di sostegno previste dall'art. 32 d.l. 90/2014**.

Neanche l'attivazione di tale procedimento – concluso in data 15.1.2021 - ha consentito di addivenire alla contrattualizzazione della seconda variante attuativa, in quanto sono emerse concrete criticità nei rapporti tra la concessionaria e la subconcessionaria (Soc. S.r.l).

In tal senso, il Collegio degli esperti ha precisato: *"È di immediata evidenza che mentre alcune prescrizioni sono già state recepite dalle aziende, per altre le verifiche potranno essere concretamente effettuate solo all'esito della sottoscrizione della seconda variante innovativa i cui termini, ad avviso del Collegio, appaiono ormai dilatati oltre ogni ragionevole previsione, con possibile nocumento per la realizzazione delle opere ed eventuale danno per l'erario"*.

È infine emersa una **sostanziale modifica della composizione sociale della S.** rispetto all'originario assetto, all'atto della costituzione della società di progetto, sopra indicato.

In particolare, sia per quanto riferito dal Collegio degli esperti (relazione finale del 15.1.2021, pag. 8), che dall'esame della visura camerale, è emerso l'attuale assetto societario:

Compagine sociale		
Nominativo	Importo	%
Sil.	29.824.985	35
L.	31.675.000	37
Con.	5	0
CO.	5	0
F.	5	0
V.	23.000.000	27
TOTALE	84.500.000	100

In particolare deve evidenziarsi il sostanziale azzeramento della quota di partecipazione di CO. srl, che è indicata quale socia esecutrice della società di progetto (cfr. art. 14 della convenzione del 2006).

Il procedimento di vigilanza

All'esito della **successiva istruttoria** è emerso che, ad oggi, i lavori sono fermi ed è stata realizzata solo una parte delle opere: primo piano dell'Edificio M (uffici pubblici) e primo piano dell'Edificio E (centro anziani), pari ad un valore delle opere di € 38.655.016,00, corrispondete al 25,7% del totale.

La convenzione relativa alla seconda variante non è stata stipulata, sebbene l'Amministrazione comunale abbia approvato lo schema e abbia dato la propria disponibilità alla stipula.

L'Autorità, con nota del 17.1.2022, ha comunicato l'avvio del procedimento di vigilanza, assegnando un termine di 30 giorni per l'esercizio dei diritti procedurali, prorogato di ulteriori 30 giorni su motivata richiesta dell'amministrazione concedente.

Preliminarmente è stato precisato che, stante la data di pubblicazione del bando di gara (6.11.2003), *ratione temporis*, trovano applicazione L. 109/1994 e il DPR 554/1999.

Sono poi state **contestate** le seguenti **criticità**.

1. Il grave ritardo nella esecuzione dell'opera, da completare entro dicembre 2015, invece, ad oggi, realizzata solo nella misura del 25,7%.
Tali ritardi non appaiono giustificabili con la situazione pandemica o con le complessità burocratiche connesse alla seconda variante, in gran parte successive ai tempi di esecuzione previsti.
2. La perdita dei requisiti speciali (SOA) e la sostanziale estromissione del socio operativo della S. (CO. spa), che ha condotto all'affidamento dell'esecuzione delle opere esclusivamente alla L. srl, in violazione del richiamato art. 20 della convenzione e dell'obbligo di continuità nel possesso dei requisiti di qualificazione dell'esecutore.
3. L'adozione di una serie di atti contrattuali (il preliminare di cessione di quote sociali e il contratto di subconcessione, entrambi stipulati tra la S. e la promissaria acquirente) volti a modificare la composizione della società di progetto, di fatto, trasferendo a terzi la società di progetto e le fasi di progettazione e realizzazione dell'opera, in violazione dell'art. 37 *quinquies* co. 1 *ter*, quarto periodo, L. 109/94, dell'art. 156 d.lgs. 163/2006, nonché degli art. 8 e 20 della convenzione.
Tali atti non hanno comunque mai prodotto effetti giuridici, avendo dato luogo ad un contenzioso tra le parti private – con presunti reciproci inadempimenti – provocando ulteriori ritardi.
4. La illegittimità della seconda variante, che non risponde a nessuna esigenza del concedente e che non è stata ricondotta a nessuna delle tassative ipotesi previste dalla normativa di riferimento.
La variante, infine, seppur approvata dall'amministrazione concedente nel marzo 2017, ad oggi, non è stata contrattualizzata e ha dato luogo ad una serie di contenziosi (anche di natura penale).

Di seguito si riassumono le osservazioni delle parti.

In data 4.2.2022, ha presentato memorie la **Soc. S.r.l.**, eccependo la legittimità della seconda variante e dei contratti stipulati con la S. (criticità 3 e 4), ritenuti compatibili con la convenzione del 2006, in quanto aventi ad oggetto solo spazi *retail* (ristorazione, cultura e tempo libero), che comunque non avrebbero previsto modifiche soggettive della S. o il subentro Soc. S.r.l. nella società di progetto.

I ritardi nell'esecuzione delle opere (criticità 1) sono imputati a motivi burocratici (caduta della giunta Marino del 2015 e acquisto di aree di proprietà di terzi) comunque connessi alla seconda variante; circostanza che ha condotto alla proroga dei contratti preliminare e di subconcessione.

Sono stati poi richiamati alcuni inadempimenti della S., rispetto ai contratti preliminare e di subconcessione, fino ad ulteriori modifiche progettuali, successive alla seconda variante, legate alla emergenza Covid che "*ha mutato definitivamente le abitudini e le necessità dei consumatori*", cosa che avrebbe dato luogo ad ulteriori accordi stipulati nel 2020 (non consegnati all'Autorità).

In data 14.3.2022, ha presentato memorie la S., eccependo che la normativa applicabile sarebbe *solo* quella indicata nella convenzione, in quanto stipulata ad esito di una licitazione privata indetta ai sensi

del RD 827/1924; pertanto, trattandosi anche di concessione ad iniziativa pubblica, e non privata, la l. 109/1994 e il d.lgs. 163/2006 sarebbero applicabili nei limiti in cui siano richiamati dalla convenzione stessa.

I ritardi nella realizzazione delle opere (criticità 1) sarebbero riconducibili alle modifiche progettuali introdotte dalle due varianti. In particolare, la seconda variante avrebbe imposto una serie di adempimenti burocratici: nelle more del completamento dell'iter approvativo, i lavori sono stati sospesi e comunque non sarebbero potuti proseguire, in attesa della rimodulazione del progetto.

La seconda variante (criticità 4) è ritenuta legittima, in quanto coerente con la previsione contrattuale (art. 4 e 5 della convenzione), ferma restando la non applicabilità, a giudizio della S., delle norme codicistiche. La seconda variante poi, avrebbe reso necessario un aggiornamento dei costi pattuiti nel 2004, non più attuali nel 2016: senza tale aggiornamento l'opera non sarebbe stata cantierabile.

Nulla è stato osservato in ordine alla mancata contrattualizzazione della seconda variante, nel corso dei tre anni successivi alla sua approvazione (con determina dirigenziale n. 265 del 7.3.2019), nonostante la disponibilità del concedente.

Quanto alla estromissione della CO. spa (criticità 2), ribadita la non applicabilità del d.lgs. 163/2006 e del DPR 554/1999, è stato osservato che l'operazione sarebbe coerente con le previsioni contrattuali, in quanto CO. non aveva fornito i requisiti di qualificazione in gara e comunque la cessione è avvenuta all'interno della concessionaria, in favore della L., già componente della S. e in possesso delle qualificazioni (SOA) necessarie ad eseguire l'opera.

Peraltro, in caso di inadempimento per modifica soggettiva, la committente non sarebbe *obbligata* ma solo *facoltizzata* alla risoluzione contrattuale, fermo restando che la modifica soggettiva posta in essere sarebbe (per i motivi esposti) conforme all'interesse pubblico alla prosecuzione dell'opera.

In ordine alle ulteriori modifiche soggettive (criticità 3), ribadito che la convenzione sarebbe regolata solo dalle norme espressamente richiamate, rileverebbe solo l'art. 8 e 20 della convenzione stessa.

Sicché, la cessione di quote sociali in favore di Soc. S.r.l. (contratto preliminare del 2012) sarebbe conforme all'art. 20 della convenzione, in quanto la cessione totale delle quote sarebbe avvenuta solo successivamente al collaudo delle opere.

La subconcessione (del 2015) sarebbe stata coerente con l'art. 8 della convenzione stessa, avendo ad oggetto solo una parte delle porzioni immobiliari (*retail*).

In ogni caso, entrambi gli atti non hanno prodotto effetti, in quanto oggetto di recesso nell'ottobre 2021, potendo ritenersi le relative criticità superate.

In data 18.3.2022, ha presentato memorie ***l'amministrazione concedente***.

Il ritardo nella realizzazione dell'opera (criticità 1) sarebbe imputabile al complesso iter approvativo della seconda variante (avviato nel 2013, approvata nel 2017 e poi nel 2019, per quanto attiene alla progettazione esecutiva), ma ad oggi non ancora contrattualizzata, nonostante la disponibilità dell'amministrazione stessa; circostanza che ha comportato la sospensione dei lavori.

La seconda variante (criticità 4) è stata adottata su richiesta del concessionario e aveva ad oggetto la possibilità di ricalibrare l'oggetto dell'intervento originario all'interno del mutato quadro di mercato e al fine di riequilibrare l'equilibrio del PEF. In sostanza, la variante aveva come obiettivo di modificare alcune delle opere originariamente previste con altre più adatte a remunerare l'investimento.

Tali importanti modifiche sono state ritenute di interesse pubblico, anche dal Commissario prefettizio nominato pro tempore (nel 2016), il quale ne ha comunque rimesso la valutazione finale alla Giunta comunale che, nel 2017, ha approvato la variante; nel 2019, è stato poi approvato il progetto esecutivo, confermando l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera modificata.

In tal ultimo senso, a giudizio dell'amministrazione comunale, sarebbe stato valutato il positivo impatto occupazionale, la realizzazione degli interventi in tempi più rapidi (di quelli occorrenti in caso di nuovo affidamento) e l'assunzione del finanziamento a completo carico del concessionario.

Quanto alla posizione della CO. spa (criticità 3), sulla base di una istruttoria condotta nel 2011 (e ripetuta in conseguenza dell'avvio del procedimento di vigilanza), si afferma la legittimità dell'estromissione sostanzialmente per le stesse motivazioni addotte dalla S. (cui si rinvia).

In riferimento alla criticità 3, l'amministrazione concedente ha ammesso di non aver avuto notizia del preliminare di cessione di quote sociali (del 2012), ad oggi, divenuto inefficace, per il recesso *medio tempore* intervenuto.

In ordine alla subconcessione (del 2015), intervenuta tra la S. e la Soc. S.r.l., l'amministrazione, per un verso, osserva che effettivamente questa avrebbe avuto l'effetto di trasferire a terzi la fase di progettazione e realizzazione dell'opera, in violazione dell'art. 8 della convenzione; tuttavia, per altro verso, si osserva che il recesso di tale contratto ha, di fatto, impedito la realizzazione dei suoi effetti.

In conclusione, il comune evidenzia che non sussisterebbero i presupposti dell'autotutela annullatoria (ostandovi, ai sensi dell'art. 21 *nonies* L. 241/90, il decorso di un ampio termine) o revocatoria (non sussistendo una diversa valutazione dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera) e che l'eventuale risoluzione contrattuale darebbe luogo ad un importante contenzioso.

Infine, è stato evidenziato che, dopo la conclusione del rapporto tra la S. e la Soc. S.r.l., sono in corso interlocuzioni con diverso soggetto finanziatore, al fine di dare corso, in tempi rapidi, alla prosecuzione del contratto, che, tuttavia, ad oggi, non hanno dato esito.

CONSIDERATO IN DIRITTO

La normativa applicabile

In ragione delle osservazioni della S. appare necessario soffermarsi preliminarmente sulla normativa applicabile alla concessione in oggetto.

Trattandosi di un contratto ad oggetto pubblico, affidato all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, non può condividersi l'argomentazione secondo la quale le parti possono "scegliere" in via convenzionale le norme da applicare al rapporto, in quanto appare pacifica la natura imperativa delle norme di contrattualistica pubblica, attesa la *ratio essendi* volta a tutelare l'interesse pubblico al corretto affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici (cfr. art. 2 co. 2 L. 109/1994; *ex plurimis* C.d.S., V, 6281/2002).

Pertanto, seppur l'art. 22 della convenzione effettivamente prevede che la L. 109/1994, il d.lgs. 163/2006 e il DPR 554/1994 sarebbero applicabili solo in quanto espressamente richiamati dal contratto, l'art. 14 co. 3 della medesima convenzione del 2006 reca una formulazione che ammette la applicazione generalizzata delle norme di settore.

Tuttavia, pur non potendo recedersi dall'applicazione delle citate norme di settore, l'Autorità ha incentrato le proprie contestazioni principalmente sul rispetto delle regole contrattuali, ritenendo opportuno immedesimarsi nella prospettiva che avrebbe guidato i rapporti tra le parti.

La illegittimità della seconda variante

Richiamata la ricostruzione in fatto e alla luce delle convergenti osservazioni formulate dalle parti, appare necessario valutare la legittimità della seconda variante.

Sulla base degli art. 4 e 19 della convenzione del 2006 (richiamati in premessa), le varianti sono ammissibili nella concessione in oggetto solo al ricorrere delle condizioni previste dall'art. 25 L. 109/94, che opera in una logica di tassatività ed eccezionalità (Delibera ANAC 423/2021; Delibera ANAC 452/2021 Delibera 1147/2019). Coerentemente l'art. 4 della convenzione rimette al concedente la valutazione della variante.

All'esito dell'attività istruttoria condotta, come detto, è emerso che la variante è stata richiesta dal concessionario (in data 18.9.2013), al fine di adeguare l'opera alle esigenze del mercato, *medio tempore* mutate, per garantire il recupero dell'investimento e ha comportato l'ampliamento delle aree date in concessione, rispetto a quelle destinate ad uso pubblico: in particolare l'ampliamento delle aree commerciali e di parcheggi, nonché l'introduzione di aree turistico ricettive (cfr. tabella A di cui alla determina dirigenziale 265/2019). Ciò ha elevato il valore del contratto di oltre il 60%, rispetto a quello iniziale: l'importo della concessione, infatti, in seguito alla seconda variante, sarebbe elevato ad € 233.114.687,11, rispetto all'originario importo di € 142.543.230,00.

Vale la pena ricordare come, in un contratto di concessione di opere pubbliche, il rischio del recupero dell'investimento è valutato in sede di offerta ed è assunto dal concessionario sulla scorta delle condizioni (es.: opera, mercato, modalità di gestione) poste a base di gara. Pertanto, il mutamento delle condizioni di mercato, soprattutto tenuto conto della durata mediamente lunga di una concessione, è elemento fisiologico del rapporto che non giustifica *ex se* una modifica della concessione (cfr. *amplius* Linee Guida ANAC n. 9, ancorchè non applicabili al caso in esame *ratione temporis*).

Nel caso di specie, dunque, le parti non hanno indicato la fattispecie di riferimento, tra quelle previste dalla norma, giustificante l'adozione della variante, né tale fattispecie è emersa dagli atti esaminati, il che già appare sufficiente ad escludere la legittimità della variante.

Al riguardo, inoltre, si osserva che la richiesta di variante è stata formulata dal concessionario nel 2013, quando i lavori avevano subito già un gravissimo ritardo (come detto, i lavori dovevano completarsi nel dicembre 2015): di talché le mutate esigenze del mercato appaiono comunque in larga parte imputabili ai ritardi accumulati dal concessionario.

Quanto all'interesse pubblico (che deve giustificare l'adozione di una variante), si osserva che non va confuso l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera (rimasta immutato nel tempo) con l'interesse pubblico alla realizzazione e al godimento di una *opera diversa*, rispetto a quella originariamente posta a base di gara: solo quest'ultima eventualmente giustificherebbe l'adozione di una variante, al ricorrere degli ulteriori presupposti richiesti dall'art. 25 citato. Tale differenza non pare essere stata evidenziata nei diversi atti approvativi della variante (delibera di giunta del 2017 e determina dirigenziale del 2019),

essendosi limitati ad affermare che l'amministrazione ha l'esigenza di completare l'opera, senza specificare per quale motivo le diverse opere aggiuntive risponderebbero all'interesse pubblico alla realizzazione di un'opera differente da quelle in origine perviste.

Invero, le motivazioni a base della variante appaiono plasticamente tese a soddisfare esigenze del concessionario, consistenti nel recupero dell'investimento mediante la successiva gestione dell'opera. Tuttavia, tali mutate esigenze si riferiscono ad una diversa valutazione delle condizioni di mercato, che avrebbero consentito al concessionario il recupero dell'investimento (che è rischio assunto dal concessionario).

A definitiva riprova di ciò, e come riportato nella premessa, entrambi i contratti stipulati tra la S. e la Soc. S.r.l. – nel 2012, per la cessione delle quote sociali dalla prima alla seconda e nel 2015, per la subconcessione dell'opera sempre in favore della seconda - erano condizionati rispettivamente all'approvazione di una serie di modifiche progettuali e all'approvazione della seconda variante (avvenuta con la determina dirigenziale 265/2019, di approvazione del progetto esecutivo della seconda variante, che ha anche preso atto del contratto di subconcessione stipulato nel 2015 tra la S. e la Soc. S.r.l.).

Sicchè, pare evidente la stretta connessione tra l'adozione della variante e la conclusione delle operazioni societarie, poste in essere tra la S. e la Soc. S.r.l., che sembrano costituire la principale ragione della variante stessa, non idonea a giustificarla.

Nondimeno, in ragione del tempo oggi trascorso senza che la suddetta variante sia stata contrattualizzata, comunque non sono stati raggiunti gli obiettivi sottesi all'adozione della variante, relativamente all'impatto occupazionale e all'accelerazione delle tempistiche di realizzazione dell'intervento.

Infine, al netto di quanto già osservato, risulta inammissibile una variante, come quella in esame, che modifichi in modo sostanziale l'opera originaria, dovendo in tal caso procedersi ad un nuovo affidamento (cfr. Delibera ANAC 573/2018 e Delibera 737/2020 nonché le ampie ricostruzioni, anche giurisprudenziali, ivi riportate).

Ritardo nella esecuzione dell'opera

I lavori di realizzazione dell'opera avrebbero dovuto completarsi nel dicembre 2015 (tenuto conto anche dalla prima variante), mentre, ad oggi, risultano sospesi da diversi anni (almeno dal 2016) e l'opera risulta realizzata solo in parte (ossia, come più volte chiarito, per una quota di lavori pari a circa il 25,7% del valore complessivo della concessione).

Il ritardo di quasi 6 anni accumulato è notevole, soprattutto ove rapportato allo stato di esecuzione dell'opera, pari a circa 1 /4 del totale.

La criticità assume dimensioni ragguardevoli, ove si consideri che la convenzione è stata stipulata addirittura in data 14.11.2006 (circa 16 anni or sono).

Le giustificazioni offerte dalle parti sono legate all'emergenza sanitaria legata al Covid-19 oppure al complesso iter necessario all'approvazione della seconda variante che, come ammesso dalle parti, ha comportato la sospensione dei lavori.

In primo luogo, deve stigmatizzarsi il gravissimo ritardo accumulato già nella prima fase di realizzazione dell'opera (rispetto al quale nulla è stato eccepito dalle parti): la convenzione è stata stipulata il 14.11.2006 e la sola progettazione definitiva è stata approvata addirittura in data 7.5.2009, a fronte di tempistiche contrattuali che prevedevano, nello stesso periodo, il completamento dell'opera.

Quanto all'emergenza sanitaria, si osserva che questa potrebbe al più giustificare l'ultimo periodo di ritardo (dal 2020 in poi) ma non certo quello pregresso, molto più rilevante.

Inoltre, una volta ritenuta illegittima la seconda variante (per i motivi sopra esposti), l'adozione di tale variante non può essere utilizzata per giustificare il grave ritardo accumulato dal 2013 ad oggi.

In ogni caso, anche volendo prescindere dai rilievi connessi alla seconda variante, si osserva che nella pendenza di una variante - il cui iter autorizzativo si avvia nel 2013 e si conclude nel 2019 (con la approvazione della progettazione esecutiva) - non appare conforme agli ordinari criteri di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, la completa sospensione dei lavori, intervenuta "di fatto" (in assenza di uno specifico provvedimento di sospensione dei lavori). Né può dimenticarsi che i lavori sono fermi da circa 5 anni, almeno dal 31.12.2016 (data del certificato di pagamento allegato alla relazione di S. del 30.9.2021) e che ciò sembra solo compromettere il primario interesse pubblico alla realizzazione dell'opera.

Inoltre, in ogni caso, il tempo intercorso per l'approvazione della variante (circa 6 anni dall'avvio del procedimento) appare davvero eccessivo e non conforme ai suddetti principi che governano l'azione amministrativa, ed in particolare l'esecuzione dei contratti pubblici.

Nello stesso senso, deve osservarsi che, una volta approvata la progettazione esecutiva della seconda variante (con determina dirigenziale 265/2019), è oggettivamente grave ed ingiustificabile che, ad oggi, la stessa non sia stata neanche contrattualizzata, risultando inutile anche l'attivazione del procedimento ex art. 32 dl 90/2014 (concluso in data 15.1.2021). Le giustificazioni in tal senso emerse - per lo più connesse a presunti adempimenti di un terzo (Soc. S.r.l. e, da ultimo, la ricerca di un diverso finanziatore - non appaiono adeguate, in quanto non pertinenti ed anzi in antitesi rispetto all'esigenza pubblica alla rapida realizzazione dell'opera.

Pertanto, anche volendo soprassedere sulle valutazioni relative alla illegittimità della seconda variante, pare difficile non condividere le osservazioni del collegio degli esperti (già citate in premessa), secondo il quale i tempi della seconda variante appaiono comunque irragionevolmente oltremodo dilatati, potendosi oggettivamente dubitare del persistente interesse pubblico alla prosecuzione dell'opera.

Modifiche soggettive della S. – perdita dei requisiti

Quanto alla estromissione della CO. spa devono richiamarsi le seguenti prescrizioni contrattuali, già citate in premessa:

- l'art. 14 della convenzione indica quali soci esecutori L. S.r.l. e CO. S.p.A., risultati all'esito della gara in possesso delle necessarie attestazioni SOA;
- l'art. 20 co. 6 della convenzione stabilisce il divieto di ridurre la quota di partecipazione al capitale sociale della società di progetto da parte del socio *esecutore*, sino all'emissione del certificato di collaudo, prevedendo, all'art. 5 co. 12, la risoluzione del contratto;

- l'art. 20 co. 5 consente a coloro che hanno concorso alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione in gara a cedere ad altri soci della società di progetto.

Inoltre, la S. avrebbe affidato l'esecuzione delle opere a L. S.r.l. mediante un contratto di appalto stipulato in data 28.2.2012.

E' evidente la differenza di ruoli e funzioni tra il socio *esecutore* e il socio che ha contribuito alla *qualificazione* in gara, in quanto il primo assume l'obbligazione di realizzare l'opera, essendo all'uopo qualificato, mentre il secondo potrebbe non partecipare alla realizzazione dell'opera. E' altrettanto evidente l'ampliamento delle garanzie – per il concedente pubblico – che offre la presenza di più soci esecutori per l'intera durata dell'esecuzione contrattuale.

La regola contrattuale è espressione del principio pubblicistico che sottende l'esigenza di affidare l'esecuzione dei contratti pubblici al migliore operatore economico, emerso all'esito di confronto competitivo.

Per tali motivi l'argomentazione delle parti – secondo le quali l'estromissione di CO. spa sarebbe legittima in quanto la cessione è avvenuta in favore del socio interno – non coglie nel segno, in quanto tale estromissione comunque viola una regola pattizia (l'art. 20 co. 6 citato), attuativa del suddetto principio.

Peraltro, è irrilevante che L. srl – vero esecutore di fatto dell'opera – sia comunque in possesso di tutte le attestazioni occorrenti alla realizzazione dell'opera, in quanto, come detto, la violazione consiste nel fatto che le opere non siano state realizzate dai soggetti all'uopo selezionati all'esito della gara (e non nel fatto che le opere siano state realizzate da soggetti non qualificati), peraltro, come detto, in violazione di una norma pattizia chiara nel prescrivere il divieto di ridurre le quote di partecipazione detenute, all'interno della compagine della società di progetto, dal socio esecutore.

Pertanto, la modifica soggettiva operata non appare legittima e avrebbe dovuto condurre all'attivazione delle tutele contrattuali previste dall'art. 12 (obbligo di ripristino ed eventuale risoluzione contrattuale).

Legittimità delle modifiche soggettive – subconcessione

Da ultimo, devono esaminarsi le criticità connesse al preliminare di cessione di quote sociali del 2012 e al contratto di subconcessione del 2015, entrambi stipulati tra la S. e Soc. S.r.l.

Preliminarmente, pare doveroso prendere atto che, anche in virtù degli accertamenti condotti dall'Amministrazione concedente, tali contratti sono stati resi definitivamente inefficaci.

Tuttavia, pare opportuno svolgere talune considerazioni.

In primo luogo, la circostanza che il primo dei suddetti contratti non fosse stato comunicato all'amministrazione concedente (come dalla stessa affermato nella memoria del 18.3.2022) costituisce elemento da valutare con attenzione nella dinamica che deve caratterizzare i rapporti contrattuali, tenuto conto che, come detto in premessa, il trasferimento di quote avrebbe pacificamente incluso le fasi di progettazione e realizzazione dell'opera, e cioè prestazioni che doveva svolgere S. e aveva l'obiettivo di rendere Soc. S.r.l. socio unico della società di progetto, prima del collaudo delle opere (in violazione del richiamato art. 20 della convenzione).

Fermo quanto riferito dal comune in merito alla mancata comunicazione del primo dei su richiamati contratti, deve comunque osservarsi come la esistenza di detta pattuizione contrattuale era comunque nota all'amministrazione concedente, quantomeno dal momento dell'istituzione del Collegio degli esperti (nominati ex art. 32 dl 90/2014, nel gennaio 2020 e che ha concluso le attività in data 15.1.2021).

Quanto alla subconcessione, invece, l'amministrazione concedente, nella memoria inviata all'Autorità, ha ammesso che effettivamente il contenuto della stessa si poneva in contrasto con il divieto di subconcessione totale. In particolare, l'art. 3.2 della subconcessione espressamente prevede che la S. trasferisce alla subconcessionaria gli obblighi derivanti dalla convenzione "...*con particolare ma non esclusivo riferimento alla realizzazione e manutenzione delle porzioni immobiliari...*".

Tuttavia, il concedente ne ha preso atto con gli atti di approvazione della progettazione esecutiva della seconda variante (determinazione dirigenziale 265/2019).

Infine, come detto, tali contratti hanno certamente influito sull'adozione della seconda variante approvata dall'Amministrazione (già nel 2017), quantomeno contribuendo a provocare i gravi ritardi nella realizzazione dell'opera, maturati nelle more della contrattualizzazione della variante stessa.

Resta impregiudicata, infine, ogni ulteriore valutazione dell'amministrazione concedente in ordine alle iniziative da assumere, tenuto conto che si tratta di valutazioni del c.d. merito amministrativo precluse all'Autorità.

Per tutto quanto esposto,

DELIBERA

ai sensi dell'art. 22, co. 1 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4.7.2018, in riferimento all'affidamento in oggetto, di ritenere che:

- la seconda variante aggiuntiva non è conforme alla normativa di riferimento, anche contrattuale, a base della concessione;
- sussiste una criticità non giustificabile costituita dal grave ritardo accumulato nella realizzazione dell'opera, anche in conseguenza della seconda variante aggiuntiva;
- la variazione soggettiva della società di progetto, consistente nell'estromissione del socio esecutore (CO. spa), non è conforme alla normativa di riferimento, anche contrattuale, a base della concessione;
- il contratto preliminare di cessione di quote sociali del 2012 e il contratto di subconcessione del 2015, entrambi stipulati tra la S. e Soc. S.r.l., non sono conformi alle prescrizioni contrattuali poste a base della concessione.

La stazione appaltante è invitata a comunicare all'A.N.AC. le eventuali determinazioni al riguardo assunte, entro il termine di **45 giorni** dalla comunicazione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22, co. 1, del predetto Regolamento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 settembre 2022

il Segretario

Valentina Angelucci

Originale firmato digitalmente