

DELIBERA N. 985 del 11 novembre 2020

Fascicolo 4146/2019

### Oggetto

**Affidamento in project financing del Comune di Padova della progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento per la sicurezza nella fase di progettazione e di esecuzione dei lavori, coordinamento, direzione lavori, costruzione e gestione in diritto di superficie di un parcheggio sotterraneo a due piani in piazza Rabin (600 posti auto), di un parcheggio in superficie per autocorriere sempre in piazza Rabin ed il recupero dell'ex Foro Boario.**

### Riferimenti normativi

Art. 132 del d.lgs. n. 163/2006, art.143 d.lgs. n. 163/2006, art. 158 d.lgs. n. 163/2006, art. 239 d.lgs. n. 163/2006; art. 106 d.lgs. n. 50/2016

### Parole chiave

*Project financing* – transazione – modifica sostanziale del contratto durante il periodo di efficacia

### Massima

*In base al principio di immodificabilità dell'oggetto del contratto, deve ritenersi esclusa la possibilità di modificare sostanzialmente mediante un accordo transattivo il contenuto negoziale definito con l'aggiudicazione. Costituisce uso strumentale dell'istituto della transazione prevista dall'art. 239 del d.lgs. n. 163/2006, il ricorso alla stessa, mediante l'impropria motivazione della situazione di dissesto finanziario della stazione appaltante.*

*Nell'ambito di un affidamento in project financing della progettazione realizzazione e gestione di un parcheggio, in base ai consolidati orientamenti della Corte di Giustizia e della giurisprudenza nazionale, costituisce modifica sostanziale del contratto, quella che riguarda la tipologia di intervento (da parcheggio interrato a parcheggio a raso) e che comporta una consistente – pari all'80% - riduzione dell'investimento a carico del concessionario e dell'impegno economico e tecnico di quest'ultimo, lasciando, invece, quasi inalterate le previsioni di ricavo.*

### Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

VISTO l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 114/2014, 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, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. ;

VISTO il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni, recante "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture";

VISTO il Regolamento ANAC del 4 luglio 2018 sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n.241 del 16 ottobre 2018;

VISTA la relazione dell'Ufficio Vigilanza collaborativa e vigilanze speciali;

#### **Premesso in fatto**

Con nota prot. n. 77231 del 2 ottobre 2019, è stata chiesto al Comune di Padova di fornire una relazione in merito all'affidamento indicato in oggetto e la stazione appaltante, in merito al quale la stazione appaltante ha riferito quanto segue.

Nel programma triennale dei LL.PP. 2003/2005 (approvato con delibera di C.C. n. 23 del 7 marzo 2003), il Comune di Padova ha incluso tra gli interventi da finanziare con capitale privato un parcheggio in Prato della Valle - Piazza Rabin e nei termini previsti dall'art. 37-bis della l. n. 109/94, sono pervenute due proposte per la realizzazione di detta opera.

Con delibera di G.C. n. 96 del 11 febbraio 2004, l'Amministrazione comunale ha individuato, quale proposta di maggiore interesse, quella presentata dal Raggruppamento Parcheggi Italia S.p.A., Cavagnis Costruzioni S.r.l. e F.Ili Gallo S.r.l. che prevedeva, con la realizzazione di un parcheggio interrato nelle immediate vicinanze del Prato della Valle e conseguente recupero delle aeree soprastanti a fini pubblici, anche il recupero con riqualificazione funzionale del complesso monumentale dell'Avancorpo dell'ex Foro Boario.

Con la delibera di G.C. n. 307 dell'8 aprile 2004, l'Amministrazione Comunale ha dichiarato la predetta proposta di pubblico interesse; il costo dell'intervento è stato stimato in € 10.044.375,00, il tempo di esecuzione dei lavori in 830 giorni decorrenti dalla consegna delle aree, la durata della concessione fissata in 45 anni con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo del parcheggio interrato e delle altre opere oggetto dell'intervento. Per il parcheggio è stata prevista una struttura interrata di due piani con una dotazione complessiva di 600 posti auto da gestire a rotazione, da realizzare in due fasi: una prima struttura di 400 posti e, poi, una seconda di 200.

Il bando di licitazione privata finalizzato all'affidamento in concessione mediante project-financing dell'intervento è stato pubblicato il 1° giugno 2004 ed entro il termine di scadenza del 26 luglio 2004, sono pervenute tre richieste di invito alla gara.

La nuova Amministrazione, insediatasi nel corso del 2004, ha sospeso la procedura di gara prima della conclusione per verificare la compatibilità dell'intervento con il più ampio Piano di risistemazione della zona interessata; pertanto, le lettere di invito non furono spedite nei termini originariamente previsti.

Infatti, solo nel 2007, con la delibera di G.C. n. 160 del 20 marzo, è stato approvato lo Studio-Progetto Sistema Prato della Valle - ex Foro Boario - Monti Appiani finalizzato al riassetto urbanistico e alla valorizzazione dell'ambito urbano costituito dall'ex Foro Boario, Velodromo Monti, Campo Appiani.

Nel predetto Piano, il parcheggio interrato oggetto dell'affidamento mediante project-financing è stato confermato, sebbene spostato di alcuni metri; pertanto, con delibera di Giunta Comunale n. 952 del 29 dicembre 2008, veniva confermata anche la dichiarazione di pubblico interesse della proposta aggiornata in accordo con il Promotore. Nella delibera veniva dato atto che la durata della concessione e il termine per la conclusione dei lavori restavano invariati (rispettivamente, in 45 anni e 800 giorni), così come l'entità del canone concessorio; al contempo, sono stati evidenziati i seguenti elementi di novità rispetto alla bozza di convenzione approvata in precedenza:

- il parcheggio interrato è stato spostato di alcuni metri rispetto alla posizione originaria;
- nella nuova bozza di convenzione, l'intero Avancorpo è stato posto a disposizione del concessionario, non essendo più prevista come in precedenza l'assegnazione di due porzioni al Comune;
- è stato previsto che 31 posti - in precedenza interamente destinati alla rotazione pubblica - potessero essere ceduti a terzi dal concessionario e aumentare fino a 150;
- sono state introdotte alcune modifiche alle modalità di parcheggio nelle zone limitrofe.

Successivamente, con delibera di G.C. n. 197 del 12 marzo 2009, è stato adottato il Piano Particolareggiato dell'area urbana compresa nel "Sistema Prato della Valle", approvato anche da parte del Consiglio Comunale con delibera n. 79 del 22 aprile 2009.

In data 21 gennaio 2009, è stato pubblicato un nuovo bando di gara, per la quale ha presentato un'offerta il solo raggruppamento promotore, confermando, sia per la parte tecnica che per la parte economica, quanto già proposto nel proprio progetto preliminare posto a base di gara.

Con determinazione dirigenziale n. 2009/25/103 del 21 aprile 2009, è stata disposta l'aggiudicazione della concessione al Raggruppamento promotore, con il quale è stata sottoscritta la convenzione n. 79581 del 16 novembre 2009.

Nella convenzione è stato previsto che i progetti definitivo ed esecutivo dovessero ottenere, oltre alle autorizzazioni e ai nulla osta previsti, il benestare del Comune di Padova; inoltre, è stato previsto che il parcheggio interrato potesse essere realizzato in due lotti: il primo con una capacità di 400 posti auto, il secondo con la realizzazione di ulteriori 200 posti auto.

Il Raggruppamento concessionario avrebbe dovuto sottoporre all'Amministrazione per l'approvazione il progetto definitivo entro 120 giorni dalla stipula della convenzione e il progetto esecutivo entro 120 giorni dall'approvazione del progetto definitivo, escludendo da detti termini i tempi tecnici necessari per l'acquisizione dei pareri.

L'acquisizione dei pareri, tuttavia, e in particolare quello della Soprintendenza ha richiesto un notevole lasso di tempo ed il progetto definitivo presentato dal Raggruppamento concessionario è stato approvato quasi due anni dopo, con delibera di G.C. n. 107 del 15 marzo 2011.

La Soprintendenza ai Beni Ambientali e Architettonici nell'esprimere il parere favorevole sul progetto definitivo, ha imposto delle prescrizioni da osservare per la redazione del progetto esecutivo e nei progetti di dettaglio tecnico, che hanno inciso sull'importo complessivo dell'intervento, aumentandolo fino a € 17.038.500,00. Riguardo a tale circostanza, la delibera di approvazione riportava le giustificazioni del concessionario ed evidenziava che i prezzi della Regione Veneto sono mediamente superiori del 30-40% rispetto a quelli di mercato. In ogni caso, pur essendo stato rilevato che il valore reale dell'investimento fosse effettivamente inferiore a quanto riportato nel P.E.F., si ribadiva che sarebbe stato a carico del concessionario, essendo obbligo di quest'ultimo predisporre un progetto suscettibile di ottenere le prescritte autorizzazioni da parte degli Enti di tutela, nonché l'approvazione del Comune; pertanto, si rilevava l'insussistenza dei presupposti per la revisione del P.E.F. in applicazione dell'art. 143, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006.

Successivamente, i tempi per la presentazione e l'approvazione del progetto esecutivo si sono ulteriormente dilatati a causa delle difficoltà del Raggruppamento concessionario nell'elaborare un progetto in grado di ottenere il nulla osta della competente Soprintendenza che, infatti, è stato emesso in data 3 maggio 2013, con alcune ulteriori prescrizioni.

Solo in seguito, è emersa la volontà dell'Amministrazione comunale di non realizzare il parcheggio sotterraneo, ritenendo preferibile la soluzione di mantenere in esercizio l'esistente parcheggio di superficie; conseguentemente, è stata avviata una trattativa con il concessionario per definire i rapporti economici a fronte delle mutate esigenze.

In particolare, dopo l'insediamento della nuova Giunta Comunale, in un'ottica transattiva, è stata prospettata al concessionario quale soluzione l'abbandono dell'ipotesi della realizzazione del park interrato, non più di interesse, e la conseguente riduzione del valore dell'investimento dai 18 milioni del progetto iniziale a 9 comprendenti il risarcimento delle spese sostenute.

Con nota acquisita in data 27 novembre 2015, il Raggruppamento concessionario ha trasmesso la propria proposta di atto transattivo a modificazione della convenzione n. 79581 del 16 novembre 2009 che prevedeva la realizzazione dell'intervento per la realizzazione del parcheggio a raso nel termine di 600 giorni (in luogo degli 800 previsti con la realizzazione del parcheggio interrato); una durata della concessione di 45 anni dalla data di emissione del certificato di collaudo delle opere (invariata quindi rispetto all'atto originario, nonostante la riduzione dell'investimento); l'esenzione da parte del concessionario dal pagamento di tasse per occupazione aree e spazi pubblici o di altro tipo di contributo od onere anche fiscale o tributario, anche derivante dall'applicazione di nuove norme; il pagamento di un canone di concessione annuale, a partire dal collaudo, pari al 13% dei conseguiti dal concessionario per la gestione dell'Avancorpo e del parcheggio.

Con la delibera di G.C. n. 863 del 17 dicembre 2015 è stato revocato il Piano Particolareggiato esistente al fine di rendere compatibili le previsioni urbanistiche con le nuove esigenze e con la delibera di G.C. n. 864 del 17 dicembre 2015 è stato approvato il progetto esecutivo con la previsione di un parcheggio a raso in luogo del parcheggio interrato.

Con nota del 16 febbraio 2016, la Soprintendenza Belle Arti e Paesaggio per le province di Venezia, Belluno, Padova e Treviso ha espresso il proprio nulla osta sul nuovo progetto e con delibera n. 166 del 5 aprile 2016 la Giunta Comunale ha preso atto dello schema di accordo transattivo in relazione alle modifiche della convenzione "atteso che esso soddisfa le condizioni poste dal Concedente e dal Concessionario attraverso reciproche concessioni ed in particolare nel sostanziale rispetto dell'equilibrio economico-finanziario originario", evidenziando come il nuovo canone di concessione sia adesso pari al 13% di tutti i ricavi, mentre la precedente convenzione prevedeva per i primi 14 anni un canone del 2% e per i successivi un canone del 5%.

In merito all'accordo transattivo è stato acquisito il parere dell'Avvocatura Civica ai sensi dell'art. 239 del d.lgs. n. 163/2006 e quello dei revisori dei conti, mentre con delibera di G.C. n. 187 del 19 aprile 2016 è stato adottato il Piano Particolareggiato relativo alle aree interessate, approvato con delibera di G.C. n. 290 del 14 giugno 2016.

Con delibera n. 506 del 27 settembre 2016, la Giunta comunale ha approvato le condizioni oggetto di rinegoziazione tra Comune e raggruppamento concessionario che prevedono un canone annuo di concessione pari al 14% dei ricavi e una durata della concessione di 39 anni.

Con determinazione n. 2016/60/0003 del 10 novembre 2016, è stato approvato lo schema di transazione e modificata la convenzione stipulata in data 16 novembre 2009, rep. n. 79581. In data 10 novembre 2016, le parti hanno sottoscritto la convenzione transattiva che prevede una durata della gestione successiva alla realizzazione delle opere di 39 anni.

Infine, con delibera di G.C. n. 400 del 27 giugno 2019 è stata approvata una variante relativa a lavori marginali e migliorie nonché lavori derivanti da richieste della Soprintendenza. La delibera precisa che

la spesa resta a carico del concessionario, essendo oggetto di rinegoziazione solo le varianti che comportino alterazione dell'equilibrio economico e se ordinate dal concedente.

Il Comune ha, dunque, rappresentato che i lavori sono sostanzialmente finiti e a breve l'intero sistema entrerà in funzione.

Tenuto conto di quanto riferito dalla stazione appaltante, con nota prot. n. 91501 del 15 novembre 2019, è stato comunicato l'avvio di un procedimento di vigilanza volto alla verifica della legittimità dell'accordo transattivo mediante il quale è stata modificata la convenzione aggiudicata con determinazione dirigenziale n. 2009/25/103 del 21 aprile 2009.

Nella predetta nota, è stato prospettato che la transazione in esame potrebbe aver avuto l'effetto di assegnare all'operatore economico un diverso affidamento, senza il previo svolgimento di una procedura di evidenza pubblica, piuttosto che risolvere una controversia concernente diritti soggettivi insorti nella fase di esecuzione, come previsto dall'art. 239 del d.lgs. n. 163/2006. Inoltre, le modifiche apportate alla convenzione stipulata all'esito della procedura di gara potrebbero costituire un'illegittima rinegoziazione dei termini essenziali della concessione.

Con nota acquisita dal protocollo generale dell'Autorità al n. 101015 in data 16 dicembre 2019, la stazione appaltante ha riscontrato la predetta richiesta, rappresentando quanto segue.

La nuova posizione dell'amministrazione comunale riguardo alla realizzazione del parcheggio interrato è in parte scaturita dalle numerose contestazioni pervenute dalle Associazioni locali preposte alla tutela del patrimonio culturale che riguardavano per lo più il parcheggio interrato.

Pertanto, la nuova Amministrazione, insediatasi nel 2014 ha ritenuto non più adeguata alle esigenze della città la realizzazione del parcheggio interrato e le motivazioni della decisione sono state formalizzate nella delibera di Giunta comunale n. 863 del 2015.

Circa il motivo per il quale il Comune non ha proceduto a bandire una nuova gara, è stato, poi, evidenziato che lo *ius poenitendi* per la revoca della concessione costituiva un ammontare non sostenibile da parte dell'Amministrazione, in quanto il promotore aveva già richiesto € 4.504.000 solo per la mancata esecuzione del parcheggio interrato. A tale cifra, nel caso di revoca totale avrebbe dovuto aggiungersi la richiesta per la mancata concessione sull'Avancorpo. Pertanto, per garantire il rispetto del "Patto di Stabilità" e considerato il superiore interesse pubblico di non ridurre le spese per altri ambiti di intervento comunale si è ricercato un accordo transattivo che escludesse da parte dell'Amministrazione una spesa immediata e ingente e un lungo ed incerto contenzioso.

Tale scelta ha comportato la sostituzione, nell'oggetto della concessione del parcheggio interrato con un parcheggio a raso e la rinegoziazione in termini molto più favorevoli all'Amministrazione del canone e dei tempi di concessione.

Quanto ai ritardi nella progettazione, il Comune ha riferito che gli stessi sono ascrivibili al difficile rapporto tra il concessionario e la Soprintendenza e alla necessità di adeguare il progetto ai dettami della stessa; da tale confronto è scaturito anche un ricorso al TAR da parte del concessionario avverso gli atti diniego della Soprintendenza. Le difficoltà sono sempre state note al Comune che riferisce di aver cercato di mediare tra le parti, stante l'interesse dell'Amministrazione a conoscere le determinazioni della Sovrintendenza in tempi definiti.

\*\*\*\*

All'esito dell'esame della documentazione trasmessa e della ricostruzione della vicenda dalla stessa fornita nelle relazioni pervenute, con nota prot. n. 12842 del 14/02/2020, sono state comunicate le risultanze istruttorie, come previsto dall'art. ai sensi dell'art. 20 del "Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici" pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2018.

Al termine della sospensione *ex lege* dei termini procedurali prevista per l'emergenza covid e a seguito della concessione di un termine maggiore per il riscontro, con nota acquisita dal protocollo generale dell'Autorità al n. 59308 del 04/08/2020, la stazione appaltante ha fornito le proprie articolate controdeduzioni.

Nella memoria del Comune si rileva, In sintesi, che:

- la transazione sottoscritta tra il Comune di Padova e la Società Parcheggio e Immobiliare Prato della Valle s.r.l. è stata sicuramente vantaggiosa per l'Ente, poiché ha consentito di evitare l'insorgere di sicuri contenziosi e l'estinzione di giudizi già proposti e ha consentito il riequilibrio, a favore del Comune, delle condizioni economico-finanziarie della concessione, come emerge chiaramente dal raffronto dei due distinti Piani Economici Finanziari;
- la convenienza della transazione è stata attentamente valutata dal Comune di Padova, nella considerazione di una molteplicità di fattori che, sia pure in forma sintetica, sono stati contemplati anche nella deliberazione di approvazione della transazione;
- più radicali soluzioni avrebbero con ogni probabilità comportato, anche in ragione delle previsioni normative e convenzionali applicabili alla concessione, un ingente esborso di denaro pubblico, che avrebbe messo in crisi il bilancio comunale, nonché avrebbero pregiudicato la valorizzazione di Piazza Rabin e del complesso dell'ex Foro Boario;
- la transazione, anche in ragione della peculiarità della concessione (e delle regole che la governano) e della necessità di riequilibrio del rapporto, deve certamente ritenersi legittima nei termini in cui essa è stata stipulata, anche in accordo alla giurisprudenza interna ed europea.

Il Comune, tra l'altro, ha sottolineato che le modifiche apportate alla concessione del 2009 non potrebbero assumere carattere sostanziale e che prima di procedere, l'Amministrazione avrebbe anche valutato se la transazione che intendeva sottoscrivere con il concessionario potesse essere stipulata o contrastasse con norme inderogabili.

La valutazione sarebbe stata positiva, in quanto il nuovo accordo modifica, sì, parzialmente i contenuti della concessione, ma non ne stravolge i caratteri e l'impostazione. Semplicemente li adatta, sia in termini funzionali, che in termini economici al nuovo assetto urbanistico e progettuale voluto proprio dall'Amministrazione per le ragioni più sopra spiegate.

La qual cosa doveva ritenersi consentita, sul piano normativo, dall'art. 143, comma 8, del D.Lgs. n. 163 del 2006, che consente ed impone di rimodulare i contenuti delle concessioni di lunga durata ove l'equilibrio economico finanziario che le caratterizza venga alterato da una scelta unilaterale dell'Amministrazione, successiva alla loro stipulazione.

Secondo quanto sostenuto dal Comune, la transazione non ha, dunque, alterato l'oggetto della concessione, ma ha piuttosto modificato la conformazione del parcheggio originariamente prevista (con conseguente abbattimento dei costi di sua realizzazione), senza però toccare l'ambito oggetto di concessione che rimaneva sostanzialmente individuato nel medesimo sedime al di sotto del quale il concessionario avrebbe dovuto realizzare i due piani di parcheggio interrato. Le modifiche, inoltre, sono intervenute (per riequilibrare la concessione, anche ai sensi di quel che disponeva l'art. 143, c. 8, del d.lgs. n. 163 del 2006) esclusivamente sulla durata e sulla misura del canone da versare all'Ente.

Il Comune ha riferito che il mutamento delle condizioni relative al canone e alla durata è dipeso, non solo dalla modifica della tipologia di parcheggio da realizzare (con conseguente abbassamento dei costi), ma anche dalla volontà di ricondurre ad equilibrio il rapporto tra concedente e concessionario, esercitando così una facoltà per legge prevista, con la sola differenza, sia consentito, che tale facoltà è stata esercitata non per mezzo di un atto unilaterale del Comune, ma in base ad un accordo, avente anche valore transattivo.

Pertanto, si sostiene che non si ricadrebbe in un caso in cui la transazione abbia *ex novo* costituito un rapporto (diversamente costituibile mediante la procedura di evidenza pubblica) tra Amministrazione e operatore economico, bensì alla modifica di alcuni aspetti del disciplinare sottoscritto nel 2009, che continua, sia pur modificato, ad essere lo stesso.

#### **Considerato in fatto e in diritto**

La vicenda in esame si svolge in un arco temporale molto ampio che ha inizio nel 2004, quando l'originaria proposta del promotore è stata dichiarata di pubblico interesse da parte del Comune di Padova, con conseguente pubblicazione di un primo bando di gara per l'aggiudicazione della convenzione. Successivamente, poiché con l'insediamento di una diversa Giunta, il progetto è stato aggiornato (nel 2008), si è reso necessario provvedere ad una nuova pubblicazione del bando di gara

nel 2009, anno in cui è stata anche disposta l'aggiudicazione in favore del proponente e unico partecipante alla procedura.

In seguito, il Raggruppamento concessionario avrebbe dovuto sottoporre all'Amministrazione per l'approvazione il progetto definitivo entro 120 giorni dalla stipula della convenzione e il progetto esecutivo entro 120 giorni dall'approvazione del progetto definitivo. Tuttavia, come già descritto nella ricostruzione in fatto, l'acquisizione dei pareri della Soprintendenza ha richiesto dei tempi molto lunghi; infatti, il progetto definitivo è stato approvato quasi due anni dopo, con delibera di G.C. n. 107 del 15 marzo 2011, mentre quello esecutivo ha ottenuto il nulla osta della competente Soprintendenza solo in data 3 maggio 2013, con alcune ulteriori prescrizioni, implicanti l'aumento dei costi di realizzazione.

L'esame della documentazione ha confermato che le vicende inerenti le tempistiche di ottenimento dei nulla osta e l'aumento dei costi delle opere correlato alle prescrizioni ricevute non avrebbero potuto in alcun modo comportare oneri a carico della concedente, essendo un chiaro obbligo del concessionario quello di ottenere le autorizzazioni ed i nulla-osta necessari (art. 4 della convenzione), come evidenziato dalla stessa stazione appaltante. Al contempo, nessuna contestazione è stata effettuata da parte del di quest'ultima nei riguardi del concessionario, al quale non è stato imputato alcun ritardo, nonostante l'ampio superamento delle tempistiche indicate nella convenzione, proprio perché dal computo dei termini contrattuali erano espressamente esclusi quelli per il rilascio delle autorizzazioni (art. 7 della convenzione).

Nel 2014, in seguito all'arresto del procedimento di approvazione del progetto esecutivo (sul quale erano stati finalmente espressi i nulla osta previsti) da parte del Comune, la concessionaria ha inviato delle diffide e prospettato l'intenzione di richiedere il previsto indennizzo, nel caso in cui la stazione appaltante avesse formalizzato l'intento (in qualche modo prospettato) di revocare l'affidamento, oltre al risarcimento del danno provocato dal ritardo nella consegna dei lavori. In altri termini, è stato il ripensamento sull'intervento da parte del Comune a determinare una contrapposizione tra le parti, che, tuttavia, non sembra propriamente riconducibile tra quelle suscettibili di formare oggetto di transazione, ai sensi dell'art. 239 del d.lgs. n. 163/2006.

Infatti, nel 2016, le parti sono addivenute alla sottoscrizione dell'accordo transattivo sulla base della proposta della concessionaria, alla quale è stato richiesto (informalmente) di prospettare delle soluzioni idonee ad evitare al Comune l'esborso di un risarcimento e/o indennizzo.

Come già illustrato, l'accordo è, poi, consistito nel rivedere radicalmente il progetto, con la sostituzione del parcheggio interrato con uno a raso e la correlata riduzione dell'investimento; ne è conseguita la revisione del PEF, della durata della concessione e l'aumento del canone dovuto al Comune concedente. La variante progettuale non è stata determinata da alcuna delle circostanze indicate dall'art. 132 del d.lgs. n. 50/2016, bensì da una diversa valutazione dell'interesse pubblico da parte del Comune concessionario, fattispecie più propriamente riconducibile all'ambito di applicazione dell'art. 158 del codice, che avrebbe richiesto di corrispondere l'indennizzo previsto da detto articolo.



L'Autorità ha già avuto modo di stigmatizzare, l'uso distorto e strumentale dell'istituto della transazione prevista dall'art. 239 del d.lgs. n. 163/2006, quando risulti correlato all'impropria motivazione della situazione di dissesto finanziario della stazione appaltante, all'uopo richiamando i precedenti pronunciamenti, nei quali sono state chiaramente descritte la finalità e i limiti entro i quali può considerarsi legittimo farvi ricorso.

Infatti, a fronte di una generalizzata possibilità di transigere in caso di controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture ".....vengono in rilievo i limiti del ricorso alla transazione, sia quelli propri di ogni soggetto dell'ordinamento giuridico (legittimazione soggettiva e disponibilità dell'oggetto) che quelli specifici discendenti dalla natura pubblicistica del soggetto contraente. In particolare, la giurisprudenza contabile ha chiarito (cfr. deliberazione Corte dei conti, sez. reg. di controllo per la Lombardia 1116/2009/PAR) che, ai fini dell'ammissibilità della transazione, è necessaria l'esistenza della *res litigiosa*, cioè di una controversia giuridica (e non di un semplice conflitto economico) che sussiste o può sorgere quando si contrappongono pretese confliggenti di cui non sia possibile a priori stabilire quale sia giuridicamente fondata. Presupposto della transazione è, quindi, la prospettazione esternata di configgenti posizioni giuridiche in ordine alla situazione in contestazione che serve ad individuare le reciproche concessioni" (parere AG 40/13 del 26 settembre 2013; Deliberazione n. 143 del 25 novembre 2015).

Inoltre, secondo consolidata giurisprudenza nazionale (Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2003, n. 1544), conforme a quanto affermato anche dalla Corte di Giustizia (sez. III, sentenza 19 giugno 2008, nella causa C-454/06), stante il carattere cogente delle disposizioni che regolano i sistemi di affidamento degli appalti pubblici, deve ritenersi esclusa la possibilità di modificare sostanzialmente mediante un accordo transattivo il contenuto negoziale definito con l'aggiudicazione; né è ammissibile che la transazione costituisca essa stessa titolo per un nuovo e diverso affidamento.

Nella delibera n. 686 del 28 giugno 2017, anche l'Autorità ha affermato lo stesso principio di immodificabilità dell'oggetto contrattuale, richiamando la sentenza della Corte di Giustizia del 13 aprile 2010 nella causa C-91/08, secondo cui "*Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali [...] costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto [...] iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto. La modifica di un contratto [...] in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata*".

Questi indirizzi sono stati consolidati nell'art. 72 della direttiva 2014/24/UE e, con l'entrata in vigore del nuovo codice d.lgs. n. 50/2016, nell'art. 106 comma 4 che individua le ipotesi nelle quali le modifiche contrattuali devono ritenersi sostanziali, comportando l'obbligo di una nuova procedura di aggiudicazione.

Sicché, al fine di accertare se con l'accordo transattivo in esame, il Comune abbia modificato sostanzialmente l'oggetto dell'affidamento - nel senso chiarito prima giurisprudenza e poi dall'art. 106 del nuovo codice - non rispettando l'obbligo di fare ricorso ad una nuova procedura di gara, basta osservare che una tipologia di intervento (realizzazione di un parcheggio interrato) è stata sostituita con altra diversa (parcheggio a raso).

La conseguente riduzione dei costi di realizzazione è stata tale, in termini di consistenza economica - giacché nell'ordine dell'80% di quanto originariamente previsto - da incidere certamente sui requisiti da richiedere per l'esecuzione e sull'offerta accettata nella gara del 2009, dato che i lavori da realizzare sono stati contenuti entro un importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria. Infatti, per effetto della transazione l'investimento a carico del concessionario è passato dagli oltre 14 milioni iniziali (divenuti poi 17 per effetto delle prescrizioni della Soprintendenza Belle Arti e Paesaggio) a soli 3,5 milioni.

Sotto altro profilo, occorre rilevare che, al fine di analizzare più esattamente l'alterazione apportata all'equilibrio contrattuale con la modifica in esame, sarebbe stato necessario effettuare un più puntuale confronto tra i due piani economico-finanziario, per valutare in relazione a ciascuno il grado di convenienza per l'operatore, tenuto conto dei rischi posti a carico dello stesso e dell'utile atteso.

Infatti, l'importante ridimensionamento dell'investimento iniziale, potrebbe non essere stato adeguatamente compensato dalle modifiche a favore del Comune, concernenti la maggiorazione del canone concessorio (che - secondo il prospetto fornito dalla stazione appaltante - porterà un incremento complessivo dell'incasso nel corso dell'intera durata della concessione di oltre € 8.000.000) e dalla diminuzione del numero di anni di durata della concessione che è passato da 45 a 39.

Come riferito dal Comune, mentre la modifica delle modalità di realizzazione del parcheggio ha ridotto ampiamente sia l'impegno economico che quello tecnico dell'operatore aggiudicatario, l'area oggetto di assegnazione è rimasta la stessa, come pure la capacità dei parcheggi che è del tutto "simile" (il termine è utilizzato nella memoria difensiva del Comune) alla previsione originaria; infatti, a fronte dei 490 posti, ne sono stati previsti 400 e 200 eventuali ulteriori posti.

Pertanto, sebbene sul punto il Comune non abbia fornito adeguati chiarimenti, non può escludersi che l'ulteriore effetto delle modifiche apportate al progetto con la transazione, sia quello di aver determinato l'aumento della convenienza economica, della bancabilità e della sostenibilità all'intervento, come dimostra il corrispondente aumento dei rispettivi indici nel nuovo PEF, a tutto vantaggio dell'operatore economico.

Anche questa circostanza conferma che la modifica avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione, tenuto conto che il minor impegno tecnico e finanziario, a fronte di inalterate possibilità di ricavo, avrebbero potuto suscitare l'interesse di operatori economici diversi dal proponente.



Infine, si deve osservare che nel parere reso dall'Avvocatura Civica è stata evidenziata la circostanza per cui il Piano Economico finanziario allegato alla originaria convenzione quantificava i ricavi derivanti dalla gestione del parcheggio in € 35.734.000,00 (da cui l'ipotizzato l'indennizzo del 10% per mancati ricavi pari ad € 3.573.400,00). In assenza di ulteriori approfondimenti con riferimento a detto documento finanziario, non può escludersi che si trattasse di una previsione troppo favorevole per l'operatore economico a fronte dell'investimento posto a suo carico - pari a meno della metà dell'importo dei ricavi previsti - e, comunque, tale da non giustificare una durata così lunga della concessione, fissata in ben 45 anni.

Da un primo esame della documentazione trasmessa, non era parso chiaro se l'obiettivo del Comune, con la transazione del 2016, fosse stato anche quello di ricondurre ad equità un contratto ritenuto troppo favorevole per l'operatore economico.

Nell'ultima memoria, il Comune ha confermato che, in effetti, ancor prima dell'insorgere delle problematiche legate al ritardo nel conseguimento delle prescritte autorizzazioni sul progetto da parte delle autorità preposte e alle resistenze manifestate dalla cittadinanza sulla scelta progettuale, esistesse la necessità di ricondurre ad equilibrio il rapporto tra concedente e concessionario, con riferimento al canone ed alla durata. In altri termini, lo stesso Comune ha ammesso che l'originario PEF non potesse considerarsi in equilibrio e conveniente per il Concedente, a causa della sproporzione dei predetti parametri. In ragione di ciò, non si può escludere che detto Piano contemplasse margini di extra-redditività per il partner privato, con conseguente impatto sul trasferimento del rischio operativo in capo a quest'ultimo.

In questa ipotesi, è di tutta evidenza che - a maggior ragione - sarebbe stato più opportuno - oltre che conforme alle disposizioni normative richiamate - procedere con la risoluzione del contratto, successivamente bandire una nuova gara per l'affidamento della concessione sulla base del nuovo progetto assentito.

Come esposto nella parte in fatto, invece, le considerazioni del Comune di Padova, a sostegno della legittimità del proprio operato, muovono sostanzialmente dalla considerazione per cui la sottoscrizione della transazione con l'operatore economico avrebbe consentito di conseguire condizioni di aggiudicazione molto più favorevoli; tuttavia, per quanto appena osservato, a tal fin sarebbe stato necessario valutare complessivamente il nuovo PEF, tenendo conto del margine di utile dell'operatore economico, non limitandosi a ritenere sufficiente il solo aumento del canone e la riduzione della durata.

Per queste ragioni, tenuto conto dei ricavi che sono, comunque, attesi e dei costi (ampiamente inferiori) che restano da sostenere, in seguito alla sottoscrizione dell'atto di transazione, sussistono dubbi riguardo alla congruità del tasso di remunerazione riconosciuto all'operatore economico, anche nel nuovo PEF, dato che, in ogni caso, nessuna valutazione, al riguardo, è stata effettuata dal Comune. Parimenti resta da verificare la necessità di prolungare la concessione per una durata superiore a trenta anni, tenuto conto che come previsto dall'art. 143 comma 8 del d.lgs. n. 163/2006 - norma peraltro

invocata dalla stessa stazione appaltante - tale possibilità è correlata alla sussistenza della effettiva esigenza di assicurare il rientro del capitale investito e l'equilibrio economico-finanziario del Piano Economico Finanziario.

Quanto alla considerazione del Comune, secondo la quale attraverso la transazione sarebbe stato possibile evitare una sicura soccombenza in giudizio nei riguardi del concessionario, deve osservarsi che nel caso di specie, non si è trattato di contemperare "pretese confliggenti di cui non sia possibile a priori stabilire quale sia giuridicamente fondata", quanto piuttosto di accordare al concessionario una modifica contrattuale in assenza dei presupposti, al fine di non versare l'indennizzo dovuto in ragione del sopravvenuto interesse pubblico alla revoca della stessa.

Tanto ciò premesso, alla luce delle considerazioni che precedono, il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, nell'adunanza del 11 novembre 2020,

#### **DELIBERA**

di approvare le seguenti conclusioni:

- il procedimento per la valutazione dell'interesse pubblico per la proposta per la realizzazione e gestione del parcheggio presentata dal promotore non è stato svolto dal Comune di Padova con il necessario approfondimento, tenuto conto della rivalutazione successiva, effettuata pur in assenza di motivi sopravvenuti; parimenti inadeguata si è rivelata la verifica su possibili margini di extra redditività per il partner privato, dovuti alla eccessiva durata dell'affidamento;
- piuttosto che risolvere una controversia concernente diritti soggettivi insorti nella fase di esecuzione, come previsto dall'art. 239 del d.lgs. n. 163/2006, la transazione sottoscritta nel 2016 dal Comune di Padova ha avuto l'effetto di assegnare all'operatore economico un diverso affidamento, senza il previo svolgimento di una procedura di evidenza pubblica, apportando modifiche sostanziali alla convenzione stipulata all'esito della procedura di gara;
- potrebbe essere opportuno per il Comune rivalutare l'assetto attuale della convezione, al fine di escludere ogni ridimensionamento del rischio a carico del concessionario, anche tenendo conto degli indirizzi forniti dall'Autorità Linee Guida n. 9, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato", approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 318 del 28 marzo 2018;

La stazione appaltante è, altresì, 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, del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 4 luglio 2018.



*Il Presidente*

*Avv. Giuseppe Busia*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 novembre 2020

*Per il Segretario Maria Esposito*

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente