



Delibera n. 555 del 30 novembre 2022

Fascicolo n. 4100/2021

Oggetto: Convenzione TAV/RFI-COCIV in data 16.3.1992 e successivi atti aggiuntivi - Affidamento a Consorzio Collegamenti integrati Veloci (COCIV), General Contractor per i lavori della Linee Ferroviaria ad Alta velocità Milano Genova, "Terzo Valico dei Giovi" - verifiche sul rispetto dell'obbligo di affidamento a terzi mediante procedura di gara della quota individuata nell'atto aggiuntivo.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

VISTO il D. Lgs. n. 50/2016;

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);

VISTE le comunicazioni e la documentazione acquisite nell'ambito del procedimento in oggetto;

1. Premessa

Nell'ambito dell'esercizio dell'attività di vigilanza ai sensi dell'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016, sono state formulate ad RFI spa alcune richieste istruttorie, finalizzate a verificare riguardo all'affidamento al Consorzio Collegamenti integrati Veloci (COCIV), General Contractor per i lavori della Linee Ferroviaria ad Alta velocità Milano Genova, "Terzo Valico dei Giovi", il rispetto dell'obbligo di affidare a terzi, mediante procedure di aggiudicazione di rilievo comunitario, la quota del 60% dei lavori da eseguire.

In particolare, si è inteso ricostruire e verificare:

- il quadro delle disposizioni normative e convenzionali che - in applicazione dell'art. 13, comma 8-sexiesdecies del d.l. n. 7/2007, conv. dalla l. n. 40/2007 (introdotto dall'art. 12, co. 1, lett. a, d.l. n. 112/2008, conv. dalla l. n. 133/2008) - regolano l'obbligo previsto in capo a COCIV, di affidare a terzi mediante gare una quota dei lavori da realizzare;
- l'effettivo rispetto da parte di COCIV di detti obblighi;
- le modifiche soggettive che hanno interessato, in corso di esecuzione, i RTI aggiudicatari dei lotti messi a gara;
- l'adeguatezza delle attività di controllo e monitoraggio svolte dalla committente RFI.

A tal fine, sono state inviate diverse richieste istruttorie, tutte tempestivamente riscontrate da RFI, con puntuali relazioni.

2. Risultanze istruttorie

2.1 La disciplina convenzionale dell'obbligo di affidamento a terzi, i controlli effettuati sul rispetto dello stesso e le modifiche apportate dal General Contractor ai Piani di affidamento a Terzi



Nei riscontri forniti a questa Autorità, RFI ha riferito che la **Convenzione sottoscritta con il Contraente Generale il 16 marzo 1992**, avente ad oggetto l'affidamento al COCIV della Linea Ferrovia Genova - Milano, conteneva disposizioni concernenti l'obbligo di affidamento a terzi di una quota dei lavori. In particolare, era previsto che *"il Consorzio adempirà alle obbligazioni assunte con la presente Convenzione mediante affidamento a Società ed Imprese terze di prestazioni, lavori e opere per una quota non inferiore al 40% (quaranta per cento) delle infrastrutture da realizzare"*.

Successivamente, con l'**Atto Integrativo sottoscritto da RFI e il COCIV in data 11 novembre 2011**, avente ad oggetto la progettazione esecutiva e la realizzazione della Tratta Terzo Valico dei Giovi, è stato previsto all'art. 31.1.2 a carico del General Contractor l'obbligo di *"... far eseguire il 60% dei lavori civili e di armamento, valutati come da Allegato 15 mediante affidamenti ad Imprese Terze, selezionate dallo stesso Consorzio con l'applicazione delle procedure comunitarie di affidamento a evidenza pubblica ..."*.

In particolare, nel predetto Atto Integrativo, la disciplina relativa all'obbligo di affidamento del 60% dei lavori civili e di armamento è stata declinata nell'articolo 31.2.1 che prevede quanto segue:

- *"... Il Consorzio è obbligato ad affidare a Imprese Terze, con l'applicazione delle procedure comunitarie di gara ad evidenza pubblica, lavori civili e di armamento per un importo pari ad almeno il 60% del totale dei lavori civili e di armamento oggetto di ciascun Lotto Costruttivo, eccetto per il Primo Lotto Costruttivo"*;

"... La quota del 60% dei lavori civili del Primo Lotto Costruttivo dovrà essere recuperata integralmente nell'ambito del Secondo Lotto Costruttivo incrementando tale quota del 60% dei lavori civili del Primo Lotto Costruttivo";

- *"... Qualora in relazione ad un Lotto Costruttivo il suddetto 60% venisse superato, il Consorzio avrà diritto di considerare la quota eccedente ai fini del raggiungimento della quota del 60% relativa al Lotto Costruttivo successivo a quello in relazione al quale è stato superato il suddetto limite del 60%, nel rispetto di quanto previsto nell'Allegato 15"*;

- *"... Tali procedure di affidamento avranno ad oggetto lotti di importo unitario non inferiore alla soglia comunitaria, di cui lotti di importo unitario non inferiore a Euro 80.000.000,00 (Euro ottantamiloni/00) per non meno del 50% del complesso degli affidamenti da effettuare"*;

- *"Il Consorzio è obbligato a inviare preventivamente all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture ("AVCP") copia dei bandi di gara e della composizione delle commissioni di gara e a fornire ogni altra informazione e/o documentazione richiesta dalla stessa AVCP"*.

Nel caso di inadempimento, da parte del Consorzio, dell'obbligo di aggiudicare con procedure comunitarie a evidenza pubblica il citato 60% del totale dei lavori civili e di armamento, l'Atto Integrativo prevedeva all'art. 31.3.1 determinate misure sanzionatorie, proporzionalmente graduate alla gravità dell'inadempimento, ossia:

- la sospensione immediata dei pagamenti dei lavori contabilizzati nei SAL che, secondo l'originario Piano degli affidamenti, avrebbero dovuto essere affidati a Imprese Terze con gara fino a quando il Consorzio non dimostri di aver ottemperato ai propri obblighi;



- l'applicazione della penale del 1% dell'importo non aggiudicato se l'aggiudicazione conforme all'art. 31.2.1 risulti compresa tra il 60% e il 45% del totale dei lavori civili e di armamento di ciascun Lotto Costruttivo;
- l'applicazione della penale del 2% dell'importo non aggiudicato se l'aggiudicazione conforme all'art. 31.2.1 risulta inferiore al 45% del totale dei lavori civili e di armamento di ciascun Lotto Costruttivo;
- la risoluzione della Convenzione, e quindi dell'Atto Integrativo, se l'aggiudicazione conforme all'art. 31.2.1 non abbia raggiunto nemmeno il 40% del totale dei lavori civili e di armamento di ciascun Lotto Costruttivo.

La richiamata disciplina ha subito, nel tempo, alcune modifiche per effetto di successivi Atti/Accordi intervenuti tra RFI e il General Contractor.

In particolare, il **Quarto Atto Modificativo del 2 maggio 2017** quanto alle modalità di attuazione, per Lotti Costruttivi, dell'obbligo di affidamento del 60% ha previsto:

- (art. 2.3.1): ".....con riferimento ai Lotti Costruttivi dal Primo al Terzo, la percentuale di lavori fatta/da far eseguire da Imprese Terze selezionate mediante procedure comunitarie ad evidenza pubblica è pari a circa il 41,12% con una differenza di circa il 18,88% rispetto all'obbligo del 60% (la "Differenza", che potrà incrementarsi o ridursi a consuntivo). Il Consorzio resta pertanto obbligato ad attenersi a tale Piano e quindi, fra l'altro, a recuperare nell'ambito del Quarto Lotto Costruttivo la Differenza di lavori da far eseguire a Imprese Terze selezionate con procedure comunitarie di gara ad evidenza pubblica, fermo quanto previsto al successivo art. 2.3.4".

A fronte del mancato rispetto, da parte del Consorzio, dell'obbligo di affidamento del 60% dei lavori civili e di armamento sui primi tre Lotti Costruttivi, è stato anche previsto:

- (art. 2.3.2): "....in considerazione del parziale adempimento, da parte del Consorzio, dell'obbligo di cui all'art. 31.2.1 dell'Atto Integrativo relativamente ai Lotti Costruttivi Primo, Secondo e Terzo e fermo restando l'obbligo del Consorzio di recuperare la Differenza con le modalità di cui al precedente punto 2.3.1, RFI applicherà la penale di € 4.466.153,12, pari al 2% dell'importo allo stato pari alla Differenza che, secondo il Nuovo Piano degli Affidamenti di cui all'Allegato 8 al presente Atto Modificativo, sarà eseguito tramite Imprese Terze selezionate con procedure comunitarie di gara ad evidenza pubblica nel Quarto Lotto Costruttivo;"

- (art. 2.3.3): "oltre all'applicazione della penale di cui al precedente punto 2.3.2, RFI, tratterà definitivamente l'importo degli interessi di mora attivi pattuiti in contratto (art. 11.3 (v) dell'Atto Integrativo) calcolati: i) sul valore dei lavori che il Consorzio ha eseguito a partire dal SAL di gennaio 2017 e sino al primo SAL successivo alla consegna del Quarto Lotto Costruttivo e (ii) per il lasso temporale intercorrente tra il momento in cui i suddetti lavori saranno messi in pagamento e quello in cui l'equivalente importo dei suddetti lavori sarà salizzato dai Terzi nell'ambito delle nuove gare bandite".

In caso di mancata attuazione dell'obbligo del 60% è stato previsto:

- (art. 2.3.4) "le Parti concordano che l'articolo 31.3.1 dell'Atto Integrativo venga modificato come segue: "31.3.1 Nel caso di mancato rispetto da parte del Consorzio dell'obbligo di aggiudicare con procedure comunitarie a evidenza pubblica il 60% del totale dei lavori civili e



di armamento ai sensi dell'articolo 31.2.1, RFI:

2.3.1.1 avrà diritto di sospendere immediatamente il pagamento dei Lavori contabilizzati nei SAL che, secondo l'originario Piano degli Affidamenti, avrebbero dovuto essere affidati a Imprese Terze con gara ai sensi dell'articolo 31.2.1; la sospensione cesserà al momento in cui il Consorzio dimostri di aver ottemperato ai propri obblighi ai sensi dell'articolo 31.2.1, eventualmente anche attraverso le modalità di cui agli articoli 31.2.2 e 31.2.5;

2.3.1.2 avrà diritto di applicare la penale non riducibile del 10% (dieci per cento) dell'importo dei lavori non eseguito ai sensi dell'articolo 31.2.1 se l'esecuzione conforme all'articolo 31.2.1 risulti inferiore al 60% del totale dei lavori civili e di armamento di ciascun Lotto Costruttivo;

2.3.1.3 avrà inoltre diritto di applicare gli articoli 24.1 e 24.1.3 della Convenzione (risoluzione contrattuale), qualora l'esecuzione conforme all'articolo 31.2.1 non abbia conseguito nemmeno il 40% del totale dei lavori civili e di armamento di ciascun Lotto Costruttivo".

Anche più di recente, le disposizioni convenzionali attuative degli obblighi normativi previsti dall'art. 13, comma 8-sexiesdecies del d.l. n. 7/2007 hanno subito significative modifiche.

In particolare, con **verbale di Accordo RFI-General Contractor del 26 giugno 2020** relativo alla Variante "Interconnessione di Novi alternativa allo Shunt" sono state introdotte alcune previsioni con riferimento alla disciplina relativa all'obbligo di affidare con gara il 60% dei lavori civili e di armamento (articolo 6): "*Le Parti concordano che l'obbligo del Consorzio di fare eseguire da Imprese Terze selezionate tramite procedure comunitarie di gara ad evidenza pubblica il 60% dei lavori civili e di armamento di ciascun Lotto Costruttivo, di cui all'articolo 31 dell'Atto Integrativo, potrà conteggiarsi sul totale dei lavori civili e di armamento dell'intera Tratta e delle relative varianti, inclusa la Variante di Novi di cui al presente Verbale, nel rispetto di quanto previsto nell'Allegato 15 all'Atto Integrativo*" (la previsione è stata inserita anche in considerazione dell'ormai avvenuto finanziamento e conseguente contrattualizzazione di tutti e sei i Lotti Costruttivi).

Infine, con il **Nono Atto Modificativo del 20 dicembre 2020** sono state introdotte le seguenti previsioni, finalizzate a computare, nell'importo complessivo dei lavori civili e di armamento, sulla cui base calcolare la quota parte di lavori da affidare con procedure comunitarie di gara ad evidenza pubblica, anche i compensi riconosciuti da RFI al General Contractor in conseguenza del rinvenimento di amianto:

- (Art. 3.1): "*gli importi già riconosciuti e quelli che saranno riconosciuti al Consorzio (i) in regime di Costi Documentati ai sensi di quanto previsto dall'art. 5.1.2 dell'Atto Integrativo, dal precedente art. 2.2 e dagli artt. 2.6, 2.7 e 2.9 dell'Accordo di cui alla premessa (Accordo Conciliativo) nonché (ii) per effetto dell'applicazione dei sovrapprezzi di cui al precedente art. 2.1 ed agli artt. 2.2, 2.3, 2.4 e 2.7 del medesimo Accordo, concorreranno alla determinazione dell'importo dei lavori civili e di armamento da assumere quale riferimento nell'adempimento degli obblighi contrattuali di cui all'art. 31.1.2 dell'Atto Integrativo*";

- (Art. 3.2): "*in considerazione di quanto pattuito al precedente articolo 3.1, che ai fini dell'aggiornamento del Piano degli Affidamenti – che il Consorzio si impegna a presentare entro 30 giorni dalla sottoscrizione del presente Atto – l'importo dei lavori civili e di*



armamento da assumere a riferimento è pari a € 1.847.360.000,00. Tale importo tiene conto degli oneri sinora riconosciuti al Consorzio in regime di Costi Documentati, degli importi riconosciuti al Consorzio ai sensi degli artt. 2.3 e 2.4 dell'Accordo di cui alla premessa (H) [Accordo Conciliativo del 26.06.2020] e dell'importo presunto da contabilizzare ai sensi del precedente art. 2.1, calcolato come illustrato nell'Allegato 7 al presente Atto";

- (Art. 3.4): "sia nell'ambito dell'aggiornamento del Piano degli Affidamenti di cui al precedente art. 3.2 che nell'ambito dei successivi aggiornamenti di cui al precedente art. 3.3 saranno conteggiati nel 60% (art. 31.1.2 (a)) gli importi che il Consorzio abbia corrisposto – in regime di Costi Documentati ovvero mediante sovrapprezzi – alle Imprese Terze, selezionate dallo stesso Consorzio con l'applicazione delle procedure comunitarie di affidamento a evidenza pubblica, mentre la differenza tra tali importi e l'ammontare complessivo degli oneri riconosciuti da RFI al Consorzio in regime di Costi Documentati ovvero mediante sovrapprezzi sarà imputata al 40% (art. 31.1.2 (b))".

In sintesi, con tale ultimo atto negoziale si è stabilito che il calcolo della quota di lavorazioni (60%) da imputare a imprese terze è operato sul complessivo valore dei lavori e non più sul singolo lotto: in tale valore complessivo sono state computate tutte le lavorazioni aggiuntive (es. varianti).

RFI ha, poi, illustrato **le attività di monitoraggio** dell'obbligo del General Contractor di affidamento a Imprese Terze del 60% dei lavori civili e di armamento che RFI svolge, anche per il tramite di Italferr.

Il Piano degli Affidamenti, nella sua "prima emissione", è stato trasmesso dal General Contractor entro 90 giorni dalla data di efficacia dell'Atto Integrativo ed è stato verificato che l'importo complessivo delle WBS consentisse di raggiungere almeno il 60% dei lavori civili e di armamento dell'intera Tratta.

E' stato anche sottolineato che l'Atto Integrativo del 2011 - come modificato, nella disciplina relativa all'affidamento del 60% dei lavori civili e di armamento, per effetto dei successivi Atti/Accordi - non prevede che il Piano degli Affidamenti resti fisso ed invariato per tutta la durata dell'appalto, presupponendo, al contrario, che lo stesso possa (e, in determinati casi, debba) essere aggiornato dal Consorzio; ciò può avvenire, ad esempio, per tenere conto di varianti o di sostituzioni di opere/parti d'opera eseguite direttamente dal General Contractor, in difformità rispetto a quanto inizialmente programmato.

In caso di riemissione/aggiornamento del Piano degli Affidamenti, RFI, per il tramite di Italferr, conduce le medesime verifiche effettuate sul Piano di prima emissione con la seguente precisazione:

- fino al Nono Atto Modificativo: le verifiche sono state effettuate, oltre che sul complessivo importo dei lavori civili e di armamento della Tratta, anche con riferimento al valore dei singoli Lotti Costruttivi (verificando che su ogni Lotto Costruttivo fosse assicurato l'affidamento del 60% dei lavori civili e di armamento);
- successivamente al Nono Atto Modificativo: le verifiche vengono effettuate solo sul complessivo importo dei lavori civili e di armamento della Tratta.

RFI ha anche trasmesso tutte le revisioni/aggiornamenti del Piano degli Affidamenti intervenuti dopo la sottoscrizione dell'Atto Integrativo del 2011, fatta eccezione per l'ultima



revisione del Piano trasmessa a febbraio 2022 (in attuazione di quanto previsto dal Nono Atto Modificativo), per la quale al momento è in corso la relativa istruttoria.

2.2 Le modifiche soggettive dei RTI aggiudicatari dei Lotti Val Lemme, Serravalle e Radimero

In base a quanto riferito da RFI, nel corso delle attività di realizzazione delle opere oggetto dei bandi di gara ad oggi affidati, si sono verificati due episodi riconducibili a modifiche soggettive, l'uno relativo alla società *omissis* e l'altro a *omissis*.

Nel primo episodio, successivamente all'aggiudicazione dei lotti Val Lemme e Serravalle, l'impresa *omissis*, affidataria di entrambi gli affidamenti, a causa di difficoltà economiche e finanziarie, ha chiesto l'ammissione a concordato preventivo c.d. "in bianco" ai sensi dell'art. 161 della legge fallimentare.

In data 24 ottobre 2018, il General Contractor ha, quindi, comunicato a RFI che la *omissis* aveva ottenuto dal Tribunale fallimentare l'autorizzazione a:

- cedere il ramo d'azienda comprendente i contratti di appalto stipulati con il COCIV e relativi alla realizzazione di parte delle opere inerenti al Terzo Valico dei Giovi, alla *omissis*, partecipata dalla stessa *omissis*;
- dare in usufrutto l'intera partecipazione posseduta nella *omissis* alla *omissis* nelle more dell'espletamento della procedura comparativa, ex art. 163 bis della legge fallimentare, per la cessione definitiva di tale partecipazione.

Il secondo episodio è, invece, successivo ed è riferito all'affidamento del lotto Radimero al RTI costituito da *omissis* (mandataria) e da *omissis* (mandante): in tal caso, la mandataria ha comunicato l'intenzione di recedere dal mandato stipulato, mentre la mandante ha manifestato la disponibilità alla prosecuzione del rapporto contrattuale in proprio, determinando così la continuazione, da parte del COCIV, delle attività contrattuali con la *omissis*.

RFI ha anche chiarito che l'accertamento della sussistenza e permanenza dei requisiti in capo all'appaltatore, anche nell'ipotesi di modifiche soggettive in corso di esecuzione, è stato svolto dal General Contractor COCIV in quanto stazione appaltante, per gli affidamenti rientranti nel 60% dei lavori civili e di armamento.

RFI ha, infine, riferito di aver condotto, anche per mezzo dell'Alta Sorveglianza Italferr, delle verifiche volte ad appurare che la modifica dell'affidatario non ostasse al rispetto, da parte del General Contractor, dell'obbligo di eseguire tramite Imprese Terze selezionate con procedure comunitarie di gara ad evidenza pubblica, il 60% dei lavori civili e di armamento.

In particolare, riguardo all'operazione proposta da *omissis* (con l'autorizzazione del Tribunale fallimentare) – ossia la cessione del ramo d'azienda comprendente i contratti in essere con il COCIV ad una impresa (la *omissis*) la cui relativa partecipazione azionaria era stata data in usufrutto temporaneo, dalla stessa GLF, ad una consorziata del COCIV (*omissis*) – il General Contractor ha trasmesso a RFI un parere legale a sostegno dell'ammissibilità di tale operazione.

Nel predetto parere, si conclude che nessun inadempimento potrebbe essere imputato al General Contractor per le vicende soggettive sopra descritte, in quanto le Imprese Terze,



sono risultate aggiudicatrici a seguito di regolare indizione di gara ad evidenza pubblica e solo a seguito di complesse operazioni societarie, non determinate da intenti elusivi della norma contrattuale, hanno assunto la qualità di "soggetto controllato o collegato" da una Consorzata. Alle medesime conclusioni giunge un ulteriore parere legale acquisito per mezzo della Società Italferr.

Quanto al recesso della mandataria *omissis* dal RTI, è stato evidenziato che, al riguardo, non solo valgono le medesime considerazioni svolte per la precedente, ma viene anche in rilievo quanto disposto dall'art. 48, comma 19, del D.Lgs. 50/2016 secondo il quale *"il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire"*.

Pertanto, il Consorzio COCIV ha comunicato a RFI, con nota 2113 del 11 aprile 2019:

- l'assenso di *omissis* al recesso della mandataria e l'impegno della stessa alla prosecuzione, sotto la propria esclusiva responsabilità, del contratto di affidamento in corso;
- di aver verificato, in qualità di stazione appaltante, "la sussistenza di tutti i requisiti di qualificazione adeguati alle prestazioni da eseguire".

In ragione di quanto sopra, RFI ha riferito di non aver rilevato motivi ostativi alla modifica soggettiva comunicata.

2.3 Calcolo della percentuale di affidamento a Terzi, applicazione delle penali e della risoluzione, in relazione ai lotti interessati dalle modifiche soggettive in corso di esecuzione

A seguito di ulteriori richieste istruttorie, RFI ha attestato che con riferimento al Lotto Radimero, il cui valore nel Piano degli Affidamenti è pari a circa € 235.000.000, l'importo delle lavorazioni eseguite (e contabilizzate verso COCIV) da *omissis* dopo l'acquisto dell'usufrutto da parte di *omissis* e prima del recesso della *omissis* ammonta a circa € 1.000.000, mentre l'importo delle lavorazioni eseguite (e contabilizzate verso COCIV fino al SAL per lavori al 31.01.2022) dalla stessa *omissis* dopo tale recesso ammonta a circa € 171.000.000.

Rispetto al Piano degli Affidamenti al tempo vigente, anche escludendo i lavori dei Lotti Serravalle, Vallemme nonché del Lotto Radimero eseguiti/da eseguire da *omissis* dopo la data di acquisto dell'usufrutto da parte di *omissis*, vale a dire a partire dal mese di Novembre 2018, dal computo dei lavori civili e di armamento affidati ai sensi dell'art. 31.2.1 dell'Atto Integrativo, la percentuale dei lavori civili e di armamento affidati/da affidare in base al Piano degli Affidamenti ai sensi di tale articolo risultava, comunque, superiore alla soglia del 40% stabilita dall'articolo 31.3.1 (iv) dell'Atto Integrativo per la risoluzione, essendo pari a circa il 46% del totale dei lavori civili e di armamento della Tratta.

Infine, RFI ha chiarito che:

- nei Piani degli Affidamenti successivi alla predetta data di novembre 2018 le lavorazioni effettuate da *omissis* sono conteggiate nella quota del 60%;
- l'importo dei lavori sinora eseguiti da COCIV tramite le imprese risultate aggiudicatrici delle procedure ad evidenza pubblica, espletate ai sensi dell'art. 31.1.2 dell'Atto Integrativo, e



contabilizzati al Consorzio (dati riferiti al SAL per lavori al 31.01.2022) corrisponde alla percentuale di circa il 31% del totale dei lavori civili e di armamento della Tratta.

2.4 Regime sanzionatorio previsto in caso di inadempimento del Contraente Generale

Nell'ultima richiesta istruttoria, RFI è stata invitata ad illustrare quale fosse - dopo la sottoscrizione del nono atto integrativo - il regime sanzionatorio previsto in caso di inadempimento del Contraente Generale, in quanto le disposizioni convenzionali relative all'applicazione, delle penali contrattuali e della risoluzione, parrebbero ancora riferibili a verifiche progressive, da svolgere con riferimento al singolo lotto.

Al riguardo, è stato precisato che con il Nono Atto Modificativo del 2020 sono state confermate, per tutto quanto non espressamente regolato, le previsioni dei precedenti documenti contrattuali, ivi incluso il Quarto Atto Modificativo del 02.05.2017.

In particolare, le sanzioni a carico del General Contractor nell'ipotesi di mancato rispetto dell'obbligo di cui agli articoli 31.1.2 lett. a) e 31.2.1 dell'Atto Integrativo, restano quelle disciplinate dall'articolo 31.3.1 dell'Atto Integrativo come modificato dal Quarto Atto Modificativo (art. 2.3.4., già riportato in precedenza).

3. La comunicazione delle risultanze istruttorie e le controdeduzioni delle parti

Dall'esame della documentazione e delle relazioni trasmesse sono emerse delle criticità, che l'Autorità ha comunicato a RFI ed al General Contractor COCIV, con una nota di avvio del procedimento e contestuale comunicazione delle risultanze istruttorie.

Nella predetta comunicazione sono state poste due questioni:

- 1) è stato rilevato che la modifica soggettiva delle aggiudicatarie dei Lotti Val Lemme, Serravalle e Radimero conseguente all'acquisto delle partecipazioni (che erano della *omissis*) di *omissis* da parte di *omissis* (consorziate di COCIV, *omissis*) impedisce di computare i lavori eseguiti da detta società - che non possiede più la qualità di impresa terza - nella quota del 60%;
- 2) sono state contestate le previsioni introdotte con il Nono Atto Modificativo, che hanno determinato il venir meno di un controllo intermedio sul rispetto della predetta percentuale in relazione a ciascun lotto costruttivo, riducendo le garanzie di ottemperanza degli obblighi posti in capo a COCIV, anche in ragione dell'impossibilità di applicare le sanzioni previste.

Nel termine – prorogato su richiesta delle destinatarie – indicato per il riscontro sono pervenute le controdeduzioni sia di RFI che di COCIV ed a quest'ultimo è stato anche concesso l'accesso agli atti del procedimento.

Secondo RFI la vicenda occorsa alla *omissis*, da un lato, non sarebbe disciplinata né vietata da alcuna specifica clausola della Convenzione e dei successivi Atti Integrativi; inoltre, troverebbe copertura nel diritto interno ed europeo dei contratti pubblici.

Infatti, le direttive e il codice dei contratti ammettono la modifica dei contratti durante il periodo di validità e, la sostituzione del contraente originario dovuta ad una successione in via universale o parziale che interviene a seguito di ristrutturazioni societarie, compresa



l'insolvenza. Inoltre, il General Contractor si sarebbe attenuto agli obblighi convenzionali senza perseguire alcuna finalità elusiva; infatti, l'acquisto delle partecipazioni di *omissis* da parte di *omissis* è stato autorizzato dal Tribunale all'esito di una procedura comparativa.

In merito alla seconda questione prospettata nella CRI, RFI ha osservato che la disciplina convenzionale ha subito una modifica a seguito dell'avvenuto finanziamento di tutti i sei Lotti Costruttivi dell'Opera. Tale circostanza ha esteso la portata dell'obbligazione in parola, dei relativi controlli e rimedi al complessivo importo dei lavori civili e di armamento dell'intera Opera, superando di fatto la previgente disciplina sul punto in relazione ad ogni singolo Lotto Costruttivo. In ogni caso, fermo restando i meccanismi di controllo già previsti dalle vigenti disposizioni contrattuali, RFI si è dichiarata disponibile ad avviare un confronto con il General Contractor volto ad implementare i sistemi già in essere, nell'ottica di ulteriormente rafforzare l'effettività degli affidamenti alle Imprese Terze.

Con propria relazione difensiva, anche **COCIV** ha ricostruito in modo dettagliato la vicenda del fallimento di *omissis* e dell'acquisto da quest'ultima di *omissis* da parte di *omissis*. In particolare, ha evidenziato che *omissis*, con l'autorizzazione del Tribunale di Roma, ha:

- (a) conferito a *omissis* il ramo d'azienda relativo ai lavori ferroviari (comprensivo dei due contratti con il COCIV);
- (b) richiesto di essere autorizzata a cedere la partecipazione posseduta in *omissis* mediante una procedura trasparente e competitiva ex art. 163bis LF;
- (c) nelle more, di effettuare tale procedura di cessione e per preservare l'operatività della Società ed il suo valore ha chiesto e ottenuto dal Tribunale di costituire in usufrutto la Partecipazione *omissis* (l'Usufrutto) a favore di una società controllata da *omissis* (poi individuata in *omissis* o l'Usufruttuaria).

Il Tribunale di Roma ha assegnato alla usufruttuaria della Partecipazione *omissis* una funzione meramente transitoria e di supporto, come confermano alcune clausole del contratto di costituzione dell'Usufrutto dell'ottobre 2018 autorizzato dal Tribunale stesso laddove è previsto anche che: "*[n]essun corrispettivo è previsto a fronte dell'attribuzione del diritto di usufrutto, in ragione del fatto che all'Usufruttuario è preclusa la possibilità di ottenere la distribuzione degli utili per tutta la durata del contratto e tenuto conto degli impegni assunti dall'Usufruttuario ai sensi degli artt. 3.1 e 3.2 del Contratto*".

Pertanto, *omissis*, quale Usufruttuaria, nonché *omissis*, quale controllante dell'Usufruttuaria, non solo non hanno conseguito ma non avrebbero mai potuto conseguire alcun beneficio dall'Usufrutto, posto che l'Usufruttuaria si è assunta solo obblighi preordinati a salvaguardare la continuità operativa di un *asset* industriale nel quadro della tutela degli interessi pubblici fissati dalla Legge Fallimentare e regolati dall'Autorità Giudiziaria.

Inoltre, COCIV ha sostenuto che i lavori svolti e da svolgere da parte di *omissis* per i Lotti Val Lemme, Serravalle e Radimero debbono essere contabilizzati ai fini del conseguimento della percentuale di affidamento ad Imprese Terze individuata nell'Atto Integrativo della Convenzione, in ragione delle seguenti considerazioni:

- non vi sarebbe nella norma nazionale (art. 13, comma 8sexiedecies, del DL n. 7 del 2007) alcun riferimento alla fase di esecuzione dei lavori e pertanto l'assimilazione di una situazione



radicalmente diversa a quella tassativamente disposta dalla norma costituisce un'operazione non consentita dai principi generali dell'ordinamento;

- l'Autorità avrebbe operato al di fuori del suo ambito di competenza avendo interpretato i contenuti delle clausole convenzionali alla luce di impegni assunti dal Governo nell'ambito della procedura di infrazione;
- nessuna clausola convenzionale ivi incluso l'art. 31.1.2 lett. a) (che pone l'obbligo di "*fare eseguire il 60% dei lavori civili e di armamento (...) mediante affidamenti a Imprese Terze, selezionate dallo stesso Consorzio con l'applicazione delle procedure comunitarie di affidamento ad evidenza pubblica*") autorizzerebbe a ritenere che il connotato della terzietà debba permanere per tutta la durata di esecuzione del contratto acquisito mediante una gara pubblica comunitaria mediante affidamenti a Imprese Terze, selezionate dallo stesso Consorzio con l'applicazione delle procedure comunitarie di affidamento ad evidenza pubblica; infatti, sarebbe sufficiente che detta condizione sussista solo al momento dell'espletamento della procedura di evidenza pubblica;
- il precedente citato nella CRI, ossia la Delibera del 2015 dell'ANAC, atterrebbe ad una situazione del tutto diversa rispetto alla vicenda che invece interessa *omissis*.

Sia RFI che COCIV hanno chiesto di esporre le proprie considerazioni innanzi al Consiglio dell'Autorità.

Nel corso delle rispettive **audizioni**, sia RFI che COCIV hanno ribadito quanto già prospettato nelle proprie memorie, pur introducendo e sottolineando alcune questioni ulteriori. Detti argomenti sono stati oggetto di approfondimento, nell'ambito di memorie integrative.

In particolare, RFI ha evidenziato che, in base alle conclusioni dell'Autorità, il Consorzio COCIV dovrebbe procedere ad una interruzione delle lavorazioni in corso da parte dell'attuale affidatario *omissis* nei lotti Vallemme, Serravalle e Radimero, per procedere con la loro messa a gara delle restanti.

In tale ipotesi, sarebbe pregiudicato l'interesse realizzativo perché non risulterebbe rispettato il "Target fisico" previsto dal PNRR per il completamento entro il 4° Trimestre 2025 di 53 km di Infrastruttura del progetto Terzo Valico dei Giovi. E ciò comporterebbe significative ricadute sul piano economico, determinando la conseguente perdita del finanziamento di 3,4 miliardi di €.

Peraltro, sotto il profilo tecnico e gestionale, non sarebbe possibile recuperare la quota di lavori del 60% attualmente in capo a *omissis* mediante affidamento in gara di altre lavorazioni ad oggi non eseguite. Questo perché, l'attuale stato di avanzamento dei lavori e il loro stato di frazionamento, non consente di individuare lotti adeguati a poter essere utilmente posti a base di gara.

Con l'ultima nota COCIV ha, infine, trasmesso una relazione della *omissis* che illustra il contesto industriale e strategico in cui si colloca l'intervenuta acquisizione della partecipazione in *omissis*, le peculiari circostanze che hanno occasionato tale acquisizione e le modalità con cui essa è stata operata.

In particolare, è stato ricordato che l'usufrutto prima e l'acquisizione poi della partecipazione di *omissis* trova la propria ragione strategica e industriale nel disegno più vasto perseguito a



partire dal 2018 da *omissis* ed è stato occasionato dalle specifiche contingenze che hanno interessato *omissis* e che stavano travolgendo anche *omissis* realtà industriale di grandi competenze e specializzazioni, in quanto controllata da *omissis*.

La struttura dell'operazione (contratto di usufrutto e successiva acquisizione della Partecipazione nell'ambito di una procedura competitiva e di mercato) è il risultato delle determinazioni assunte dal Tribunale di Roma, su proposta di *omissis* d'intesa con *omissis*.

4. Considerazioni in fatto ed in diritto

All'esito dell'esame dei chiarimenti e della documentazione forniti, quanto alle modifiche soggettive che hanno interessato due delle Imprese Terze selezionate con gara e alla rilevanza delle stesse rispetto agli obblighi previsti dalla convenzione a carico di COCIV, valgono le seguenti considerazioni, fermo restando che l'intervento dell'Autorità è volto a garantire la prosecuzione dei progetti del PNRR in questione nel rispetto delle predette disposizioni convenzionali.

4.1 Sul significato da attribuire all'obbligo di affidamento a terzi

La questione che si pone riguarda il significato concreto da attribuire all'obbligo di messa a gara del 60% dei lavori e, cioè, se lo stesso possa ritenersi assolto con la sola *aggiudicazione* ad Imprese Terze ovvero se, più rigorosamente, sia necessario che queste ultime *eseguano* gli appalti fino a portarli a conclusione.

Come già ricordato, l'obbligo di affidare ad Imprese Terze una quota dei lavori per la realizzazione dell'Alta Velocità affidati ai contraenti generali, è previsto dall'art. 13 comma 8-sexiesdecies del d.l. n. 7/2007, convertito con modifiche dalla l. n. 40/2007 e ulteriormente modificato dall'art. 12 comma 1 lett. a) del d.l. n. 112/2008 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008, secondo il quale "*Per effetto delle revoche di cui al comma 8-quinquiesdecies i rapporti convenzionali stipulati da TAV S.p.A. con i contraenti generali in data 15 ottobre 1991 ed in data 16 marzo 1992 continuano senza soluzione di continuità, con RFI S.p.A. e i relativi atti integrativi prevedono la quota di lavori che deve essere affidata dai contraenti generali ai terzi mediante procedura concorsuale conforme alle previsioni delle direttive comunitarie*".

La disposizione di legge che riguarda il caso in esame, dunque, sembra riferirsi al solo affidamento dei lavori e non alla effettiva esecuzione degli stessi.

Quest'ultima, tuttavia, traspone un preciso impegno assunto dal Governo Italiano, nell'ambito di una procedura di infrazione attivata dalla Commissione europea, con riferimento al mancato espletamento di una procedura di evidenza pubblica per l'individuazione dei contraenti generali e alla luce della stessa deve essere applicata.

Infatti, dalla documentazione relativa alla trattativa con la Commissione emerge chiaramente l'intento di assicurare l'effettività degli affidamenti a terzi, non consentendo la partecipazione alle procedure bandite dal General Contractor di soggetti controllati/collegati ai General Contractors stessi o ad alcuna delle società consorziate.

Infatti, come riferito anche da RFI e riportato nel precedente paragrafo, anche la disciplina convenzionale della messa a gara del 60% dell'importo complessivo dell'intervento, prevista



dalle parti nell'Atto Integrativo del 11 novembre 2011, indica testualmente all'art. 31.1.2 che il Consorzio assume l'obbligo contrattuale di:

"a) fare eseguire (e non semplicemente mettere a gara) il 60% dei lavori civili e di armamento, valutati come da Allegato 15, mediante affidamenti a Imprese Terze, selezionate dallo stesso Consorzio con l'applicazione delle procedure comunitarie di affidamento ad evidenza pubblica".

L'art. 2 dello stesso atto fornisce anche una chiara definizione di Imprese Terze, in base alla quale devono considerarsi tali quelle diverse "dalle Consorziarie; dalle società anche consortili costituite tra le varie Consorziarie a cui partecipino una o più consorziate; da associazioni o raggruppamenti temporanei di imprese costituiti tra le consorziate o a cui partecipino una o più consorziate; e/o da soggetti controllati e collegati al Consorzio nonché alcune società di cui ai precedenti punti".

Sul punto, questa Autorità nel più recente intervento tra i diversi effettuati sull'Alta Velocità (Delibera ANAC n. 6 del 8 aprile 2015), si era espressa non mancando di sottolineare, in termini generali, che "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".

Nella già richiamata delibera, poi, seppur con riferimento all'analogo convenzione tra RFI e Consorzio CEPAV DUE, l'Autorità aveva anche chiaramente affermato come la stessa ".....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".

A sostegno di tali conclusioni, ci sono anche le clausole della convenzione passate in rassegna dall'Autorità e, più in particolare, quelle concernenti il caso di gare andate deserte o sospese dal giudice, nonché quello del fallimento o della risoluzione per inadempimento delle imprese Terze.

L'Autorità ha sottolineato come l'Atto Integrativo sottoscritto con il Consorzio CEPAV Due, come quello che regola il rapporto con COCIV (art. 30.2.2), prevedono ".....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 aggiudicatari delle gare, ovvero di risoluzione per grave inadempimento del contratto con le imprese terze aggiudicatari, 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" (Delibera ANAC n. 6/2015).

Gli articoli dell'Atto Integrativo della Convenzione esaminati nella delibera ANAC, appena richiamata, sono evidentemente finalizzati a garantire l'effettività dell'esecuzione da parte di Imprese Terze.

Inoltre, come appena ricostruito, solo in fase di gara nell'ipotesi di contenzioso con emissione di provvedimenti cautelari del giudice che impediscano l'espletamento della procedura di aggiudicazione, è previsto, oltre all'obbligo di impugnativa di detti provvedimenti, anche la possibilità per il General Contractor di agire con misure di autotutela, ossia realizzando i lavori direttamente, allo scopo di ".....evitare un blocco di eccessiva durata dei lavori.....".

In seguito all'aggiudicazione della gara, invece, per la fase di esecuzione, non è in alcun modo indicata la possibilità di intervenire nell'esecuzione, in quanto la convenzione prevede quale rimedio alle criticità che interessino l'esecutore, solo quella dello scorrimento della graduatoria per l'affidamento del contratto ad altra Impresa Terza.

In sintesi, si ritiene che, pur in assenza di una conforme prescrizione normativa, le disposizioni convenzionali siano da interpretare, come già indicato dalla richiamata pronuncia dell'ANAC, nel senso di prevedere un obbligo di esecuzione del 60% dei lavori mediante Imprese Terze, anche nell'ottica di assicurare l'effettività degli affidamenti, come concordato nell'ambito della procedura di infrazione.

Al riguardo, non pare rilevante quanto evidenziato nelle memorie difensive, ossia che l'orientamento del 2015 fosse stato espresso rispetto ad altra vicenda fattuale. Infatti, l'Autorità aveva reso delle indicazioni di carattere generale suscettibili di essere declinate anche nella vicenda che ha riguardato *omissis*.

Né può condividersi l'assunto di COCIV secondo cui " *il connotato della "terzietà" dell'impresa concorrente deve sussistere (solo) al momento dell'espletamento della procedura di evidenza pubblica*". Al contrario, va ribadito che l'effettività dell'affidamento ad un'impresa terza, cioè diversa dal contraente generale (ovvero dalle sue consorziate e controllate), si ha solo se detta condizione permanga nel corso dell'esecuzione. Sicché, pur potendosi ammettere modifiche soggettive durante l'attività contrattuale, ai fini della contabilizzazione dei lavori nella percentuale indicata, occorre che non vengano di nuovo in gioco consorziate o loro controllate.

Diversamente, di fatto, potrebbe prodursi una mancata attuazione della norma e delle conseguenti previsioni contrattuali, ogniquale volta singole operazioni societarie, di per sé legittime, producessero l'effetto concreto di far eseguire l'opera a Cociv (o a imprese controllate da Cociv), consentendone, al contempo, la contabilizzazione come se fossero



state realizzate da un'impresa terza.

4.2 Modifiche soggettive in corso di esecuzione: la vicenda di *omissis* nei Lotti Val Lemme e Serravalle.

Quanto alle modifiche soggettive in corso di esecuzione che, come riferito nella parte in fatto, hanno riguardato la *omissis*, deve osservarsi, preliminarmente e in via generale, che rispetto alle stesse, RFI, anche attraverso Italferr (responsabile dell'alta vigilanza del contratto), non ha mancato di svolgere i necessari approfondimenti, in ottemperanza all'obbligo di verifica e monitoraggio connaturato alla posizione di committente.

Le verifiche in ordine alla sussistenza dei requisiti morali e di qualificazione, invece, sono state svolte dal General Contractor, nella sua qualità di stazione appaltante.

In merito all'impatto delle vicende societarie sul rispetto della quota (del 60%) di lavori da affidare a imprese terze, si osserva quanto segue.

È già stato evidenziato come, secondo l'orientamento già espresso da questa Autorità nel 2015, in base alle disposizioni convenzionali, fosse da escludere che, dopo l'aggiudicazione della gara, durante l'esecuzione contrattuale, vi potesse essere un intervento in autotutela da parte del General Contractor, finalizzato a superare eventuali criticità, nelle quali si fossero trovate le Imprese Terze aggiudicatrici, essendo tale possibilità riservata al solo caso di mancata conclusione della gara.

Per la fase dell'esecuzione, le Parti hanno disciplinato solo il fallimento e la risoluzione per inadempimento, prevedendo il rimedio dello scorrimento della graduatoria.

Orbene, la vicenda occorsa alla *omissis* è quella – come già ricostruito – del concordato preventivo che, come rilevato nei pareri legali acquisiti da RFI, non è del tutto comparabile al fallimento, trattandosi di una situazione di difficoltà economica temporanea, nella quale, a seguito di autorizzazione alla continuità aziendale, da parte del Tribunale, l'impresa può proseguire l'esecuzione del contratto. Infatti, la *ratio* dell'istituto è proprio quella di garantire la continuità nell'esecuzione dell'appalto in favore dell'originario appaltatore, evitando il definitivo fallimento. Per questo, l'operazione è stata portata a termine con l'avallo formale del Tribunale che l'ha ritenuta utile a garanzia del valore dell'impresa in stato di difficoltà.

Resta fermo, tuttavia, che l'acquisto del pacchetto azionario da parte di una società controllata da una consorziata, da un lato, ha rappresentato, nei fatti, l'assunzione dell'appalto in fase di esecuzione da parte di COCIV (*rectius* di una Consorzata) non ammesso nella convenzione, dall'altro, ha certamente determinato il venir meno della condizione di Impresa Terza, in capo alla predetta esecutrice dei lotti Val Lemme, Serravalle.

Quanto alle motivazioni in base alle quali RFI ha ritenuto di non opporsi all'operazione, le stesse si ritrovano nei pareri legali acquisiti in occasione delle vicende in esame.

La committente RFI ha ritenuto, infatti, di dover condividere la conclusione, sostenuta anche dal General Contractor, in base alla quale non vi sarebbero state le condizioni per contestare alcun inadempimento a quest'ultimo, avendo lo stesso ottemperato all'obbligo di svolgere delle procedure di evidenza pubblica, conformi al codice dei contratti, per la percentuale di lavori indicata.



La tesi è stata sostenuta, a ben vedere, proprio sulla base del tenore letterale delle disposizioni sanzionatorie - ossia quelle in tema di sospensione dei pagamenti, di applicazione delle penali e della risoluzione contrattuale - previste sia nell'atto integrativo della convenzione sottoscritto nel 2011 (art. 31.3.1), che nella versione introdotta dal Quarto Atto Modificativo del 2 maggio 2017, il cui contenuto è già stato riportato nel precedente paragrafo.

Infatti, entrambi gli atti convenzionali richiamati, nel regolare le conseguenze per l'inadempimento del General Contractor si riferiscono testualmente al solo obbligo di aggiudicare, con procedure comunitarie ad evidenza pubblica, la percentuale di lavori individuata, differenziandosi, dunque, dagli altri articoli della convenzione che, nell'istituire l'obbligo, si riferiscono, invece, all'esecuzione dei lavori da parte di Terzi.

Nonostante le imprecisioni terminologiche, si deve ritenere che nelle prerogative del General Contractor non si possa far rientrare anche quella di acquisire, senza limiti, la titolarità delle azioni delle Imprese Terze individuate con gara; infatti, come già rilevato in precedenza, si consentirebbe, in questo modo, che lavori eseguiti da società, comunque, controllate dal Consorzio siano, invece, computati nella percentuale da affidare al mercato.

In altri termini, sebbene ci si trovi in presenza di disposizioni negoziali suscettibili di interpretazioni contrastanti, l'Autorità è dell'avviso che l'effettività degli affidamenti a terzi - richiesta espressamente nell'ambito della procedura di infrazione - non dovrebbe poter essere ridotta ad una mera dichiarazione di intenti, essendo posto in capo al COCIV l'obbligo contrattuale di *".....far eseguire il 60% dei lavori civili e di armamento, mediante affidamenti ad Imprese Terze"* (art. 31.1.2 della convenzione).

Per questa ragione, si deve escludere che i lavori svolti per i lotti Val Lemme e Serravalle dalla *omissis*, dopo la cessione dell'usufrutto e poi della titolarità delle azioni ad una consorziata del General Contractor possano essere contabilizzate, ai fini del conseguimento della percentuale di affidamento ad Imprese Terze individuata nell'Atto Integrativo della Convenzione.

Questa conclusione non pare superata neppure alla luce delle controdeduzioni alla CRI dirette a sostenere che nel periodo di efficacia del contratto di usufrutto, *omissis* non avrebbe avuto un effettivo potere di controllo su *omissis*.

Sul punto, si deve osservare che, come riferito nella stessa memoria, proprio il contratto di usufrutto prevedeva che *"alla cessazione di efficacia del Contratto l'Usufruttuaria avrà diritto di ricevere immediatamente da – omissis - il rimborso dei crediti, anche di natura finanziaria, maturati nei confronti di – omissis - in pendenza dell'usufrutto"* (art. 5.2). Sicché, i benefici, comunque, acquisiti da *omissis* sono stati solo sospesi per poi riespandersi, con effetto retroattivo, al momento dell'acquisizione definitiva della partecipazione azionaria.

Per queste ragioni, è da confermare quanto già asserito riguardo alla impossibilità di considerare ai fini degli obblighi convenzionali oggetto della presente istruttoria *omissis* impresa Terza, fin dal momento dell'avvio del contratto di usufrutto.

4.3 La vicenda del lotto Radimero

La stessa conclusione vale per i lavori eseguiti per il lotto Radimero che, come già ricostruito nella parte in fatto, nel 2019 è stato interessato dal recesso della mandataria



omissis. Infatti, l'opzione - pur astrattamente ammissibile ai sensi dell'art. 49 comma 19 del d.lgs. n. 50/2016 - della prosecuzione dell'appalto da parte dell'unica altra partecipante al Raggruppamento, la mandante *omissis*, ha determinato, anche qui, il venir meno della condizione di essere Impresa Terza, trattandosi sempre della stessa società acquisita da una controllata di una consorziata.

Sicché, anche per questi lavori si deve escludere che possano essere contabilizzati nell'ambito della percentuale da far eseguire ad Imprese Terze.

In ogni caso, RFI ha già chiarito che pure escludendo - oltre ai lotti Val Lemme e Serravalle - anche il lotto Radimero, non sarebbe stato possibile - al tempo - contestare a COCIV il mancato conseguimento della percentuale minima del 40%, ai fini della risoluzione, in quanto il totale, che, al tempo, era raggiunto sarebbe stato pari a circa il 46% del totale dei lavori civili e di armamento della Tratta, al momento preventivati.

La stessa conclusione è contenuta anche in uno dei pareri legali acquisiti da RFI (più precisamente, in un'integrazione inviata a correzione di affermazioni contenute nel parere legale), secondo cui la riduzione della percentuale di affidamenti a terzi al di sotto del 40%, non sarebbe mai avvenuta (il parere, tuttavia, si riferisce ai soli Lotti Serravalle e Val Lemme).

4.4 Sulle controdeduzioni delle parti

Tutti gli argomenti opposti dalle parti - per addivenire a diverse conclusioni rispetto a quelle prospettate nella CRI - che, nello specifico, sono finalizzati a sostenere la legittimità dell'acquisizione delle partecipazioni di *omissis* da parte di *omissis*, sono da ritenersi inconferenti. Infatti, la criticità rilevata nel corso dell'istruttoria non riguarda affatto la possibile illegittimità *tout court* dell'operazione di acquisizione, per contrarietà alla normativa concernente le procedure concorsuali, o quella del codice dei contratti, in tema di modifiche soggettive in corso di esecuzione degli appalti.

Invero, sembra utile qui sottolineare che il profilo esaminato nella presente istruttoria concerne esclusivamente la possibilità di conteggiare i lavori eseguiti da *omissis*, in seguito alla predetta operazione, nella quota di quelli eseguiti da imprese terze.

Infine, occorre anche aggiungere che, sebbene RFI come pure COCIV abbiano ritenuto necessario evidenziare che l'operazione societaria in questione non è stata posta in essere con "*intenti elusivi della norma contrattuale*", anche questo profilo non è stato affatto oggetto di esame né di contestazione da parte dell'Autorità; ciò, in quanto l'accertamento della sussistenza degli elementi di un'eventuale responsabilità del Contraente Generale, anche per quanto riguarda l'elemento soggettivo, potrebbe venire in rilievo, ai fini dell'applicazione delle misure previste dalle clausole contrattuali (penali, risoluzione), solo dopo che sia stata correttamente conteggiata la quota complessiva di lavori eseguita mediante imprese terze e verificato il mancato conseguimento della quota prevista dagli atti aggiuntivi.

4.5 Gli effetti delle modifiche apportate con il Nono Atto modificativo

Il secondo aspetto oggetto di esame nella CRI, riguarda le modifiche convenzionali che, come riferito nella ricostruzione in fatto, sono state adottate nel 2020.



Infatti, RFI e COCIV hanno ritenuto di voler tener conto delle continue rimodulazioni apportate all'oggetto dei lotti costruttivi, anche a causa del ritardo nel finanziamento degli stessi, all'uopo stabilendo di effettuare la verifica sul conseguimento della percentuale di affidamento a terzi non più anche in relazione a ciascun lotto costruttivo, ma solo sul totale dei lavori.

Il totale dei lavori, poi, è stato adeguato e indicato in € 1.847.360.000,00, includendovi le nuove lavorazioni che si sono rese necessarie e le varianti approvate.

Infine, con l'art. 3.4 del Nono Atto Modificativo del 20 dicembre 2020 è stato previsto che *".....saranno conteggiati nel 60% (art. 31.1.2 (a)) gli importi che il Consorzio abbia corrisposto – in regime di Costi Documentati ovvero mediante sovrapprezzi – alle Imprese Terze, selezionate dallo stesso Consorzio con l'applicazione delle procedure comunitarie di affidamento a evidenza pubblica"*.

Nonostante questa previsione, resta confermato che le lavorazioni eseguite e pagate alla *omissis* non possono essere conteggiate nel 60% da assegnare al mercato, in quanto dopo la sua acquisizione (prima in solo usufrutto) da parte di *omissis* pacificamente non può considerarsi un'Impresa Terza, in base alla stessa definizione della Convenzione.

Al contempo, si ritiene necessario evidenziare che, a causa del venir meno della possibilità di una verifica intermedia sul conseguimento della percentuale con riferimento ai singoli lotti costruttivi, i meccanismi individuati in precedenza per rilevare le differenze ed eliminarle con l'esecuzione del lotto successivo sono venuti meno. Infatti, l'eventuale differenziale potrà emergere solo alla fine del rapporto, in un momento in cui il General Contractor non avrà più modo di sopperire all'eventuale mancato raggiungimento della quota di affidamento a Terzi prescritta, in quanto a quel punto l'opera sarà completata. Si osserva, inoltre, che le nuove regole introdotte nel 2020, pur mantenendo ferma - secondo quanto riferito da RFI - la previsione della possibilità di applicare la sanzione della risoluzione contrattuale, la rendono di difficile applicazione, giacché anche la verifica dei presupposti per procedere in tal senso è rimandata al momento in cui i lavori sono conclusi.

Pertanto, la committente dovrebbe valutare di individuare e proporre al Contraente Generale dei sistemi per garantire l'effettività del conseguimento della stessa, come prescritto in base dalle disposizioni della convenzione.

A tal riguardo, deve anche rilevarsi che, nel corso dell'audizione innanzi al Consiglio e nella successiva memoria integrativa, RFI ha rappresentato che, in ogni caso, sarebbe impossibile in concreto sospendere i lavori che attualmente *omissis* ha in corso di esecuzione nei lotti Radimero, Val Lemme e Serravalle per porre a gara gli stessi; ciò, in quanto tale opzione determinerebbe l'impossibilità di rispettare i termini per il raggiungimento del Target individuato nel PNRR, ai fini dell'erogazione del corrispondente finanziamento.

In merito, si osserva che nella CRI non è stato in alcun modo richiesto che il COCIV ponga in gara proprio i lavori che *omissis* sta eseguendo, senza tener conto delle conseguenti ricadute sulla possibilità di realizzazione dell'opera nei tempi prescritti per il conseguimento dei finanziamenti. Infatti, la sola indicazione che si è inteso ribadire ad RFI riguarda - come già ampiamente evidenziato - la modalità di conteggio dei lavori in esame, trattandosi di



questione già esaminata e risolta dall'Autorità nel 2015.

Nella memoria di RFI è stato anche aggiunto che, allo stato, non esisterebbe altro sistema per recuperare la percentuale non conseguita, in quanto lo stato di avanzamento in tutti i lotti non consentirebbe di individuare *tranches* di lavori di importo adeguato per avviare una procedura di gara.

Tuttavia, non è chiaro se questa conclusione sia stata comunicata a seguito di una previa formale richiesta al Contraente Generale e ad una puntuale verifica da parte di quest'ultimo, tenuto conto che COCIV resta il soggetto sul quale grava l'onere di garantire il rispetto della percentuale in discorso.

In conclusione, l'Autorità è dell'avviso che, al fine di garantire l'effettiva applicazione delle clausole contrattuali concernenti la quota di lavori da affidare ad Imprese Terze, occorra tener conto, anche con riferimento alla vicenda societaria di *omissis*, delle indicazioni già fornite nella delibera ANAC n. 6/2015, fermo restando che, come già evidenziato, occorre garantire che i progetti del PNRR in questione possano proseguire con le tempistiche prescritte.

In ogni caso, resta nell'autonomia della committente RFI valutare unitamente al General Contractor le soluzioni più opportune per conseguire la percentuale indicata nelle clausole contrattuali, senza conteggiare i lavori eseguiti da *omissis*, in seguito alla operazione, societaria esaminata nel presente procedimento.

A tal fine, potrà essere effettuata una ricognizione delle lavorazioni da poter porre a gara, valutando tutte le attività ancora da realizzare tenuto conto che, sulla base delle ultime modifiche alle clausole convenzionali, si è previsto di effettuare la verifica sul rispetto dell'obbligo di conseguimento della percentuale di affidamento a terzi non più in relazione al singolo lotto, ma sull'intero importo contrattuale. Nel contempo potrebbero essere valutate le operazioni societarie o contrattuali, affinché le lavorazioni affidate a *omissis* ed i relativi utili non ricadano nella sfera del contraente generale.

Una volta conteggiato l'importo complessivo di lavori eseguiti mediante imprese terze, solo qualora fosse verificato il mancato conseguimento della quota prevista dagli atti aggiuntivi, occorrerebbe anche accertare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure previste dalle clausole contrattuali, come previsto dalla convenzione e dagli atti aggiuntivi unitamente a tutte le più opportune azioni volte a garantire la prosecuzione dei progetti PNRR.

Per tutto quanto esposto,

DELIBERA

- di ritenere che:
 - l'obbligo di messa a gara del 60% dei lavori previsto in capo al General Contractor dagli atti negoziali relativi all'affidamento delle Linee Ferroviaria ad Alta velocità Milano Genova, "Terzo Valico dei Giovi" non può ritenersi assolto con la sola aggiudicazione ad Imprese Terze, essendo necessario che queste ultime eseguano gli appalti fino a portarli a conclusione;



- ai fini della contabilizzazione dei lavori nella percentuale indicata, pur potendosi ammettere modifiche soggettive durante l'esecuzione contrattuale, occorre che le stesse non coinvolgano consorziate del COCIV o loro controllate, di talché anche i nuovi appaltatori risultanti dalle operazioni societarie debbono rientrare nella definizione di impresa Terza;
- le lavorazioni eseguite dalla *omissis* dopo la sua acquisizione (prima in solo usufrutto) da parte di una consorziata del COCIV non possono essere conteggiate nel 60% da assegnare al mercato;
- ogni eventuale responsabilità in ordine alla paventata perdita dei fondi comunitari sarebbe attribuibile al Contraente Generale che non abbia rispettato i limiti percentuali fissati nella convenzione e alla committente che non abbia adeguatamente e tempestivamente vigilato sul rispetto degli stessi, essendo i criteri relativi al conteggio dei lavori evidenziati con la presente delibera, già oggetto di precedente decisione assunta da questa Autorità con Delibera n. 6 del 8 aprile 2015;
- di raccomandare ad RFI:
 - di adoperarsi da subito per evitare che i finanziamenti europei vengano perduti e quindi che i lavori siano sospesi;
 - di individuare con il Contraente Generale le modalità e le forme più opportune, anche attraverso le operazioni societarie o contrattuali che si riterrà di realizzare, affinché le lavorazioni affidate a *omissis* ed i relativi utili non ricadano nella sfera del contraente generale, garantendo il rispetto degli atti convenzionali ed evitando che i soggetti interessati siano esposti al rischio di future doglianze da parte di terzi, con conseguenze più gravi di quelle paventate e che si chiede di evitare con azioni tempestive adeguate.
- di dare mandato all'Ufficio Istruttore di comunicare la presente delibera a RFI e COCIV.

RFI e COCIV sono invitati a comunicare all'ANAC le eventuali determinazioni al riguardo assunte, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22, comma 1, del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 4 luglio 2018.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 11 dicembre 2022



Il Segretario

Laura Mascali

Firmato digitalmente