



Autorità Nazionale Anticorruzione

AREA VIGILANZA CONTRATTI

Ufficio Verifica Analisi Varianti

Deliberazione n. 1004 del 21 settembre 2016

Fascicolo 2894/2013

Oggetto: Comune di Recanati (MC) - *Project Financing* “Centro città”. Importo dell'intervento € 13.277.000,00.

Il Consiglio

- Visto l'esposto del dr. Enzo Marangoni, già consigliere della Regione Marche, prot.1914 del 8.1.2014;
- Vista la comunicazione di risultanze istruttorie prot.n.95574 del 27.7.2015;
- Viste le controdeduzioni del Comune di Recanati prot.122842 del 25.9.2015;
- Considerata l'audizione di fronte al Consiglio del 18.5.2016;
- Vista la documentazione integrativa trasmessa con nota prot.84425 del 26.5.2016;
- Vista la relazione istruttoria conclusiva prot.134418 del 15.9.2016;

Considerato in fatto

1. In data 8.1.2014, il dr. Enzo Marangoni presentava un esposto per segnalare alcune presunte irregolarità del *Project Financing* di costruzione e gestione di un parcheggio del Comune di Recanati denominato “Centro Città”. L'opera è stata da poco completata e collaudata. L'Esponente evidenziava in particolare che:

- la nuova amministrazione comunale, insediatasi a giugno 2009, con D.C.C. 22/2011, aveva approvato una variante sostanziale dell'opera ri-

spetto al progetto originale, interessando anche zone demaniali precedentemente non incluse;

- il presupposto della variante risiedeva nel fatto che il Comune aveva constatato ulteriori oneri a carico del Concessionario non considerati nel piano economico e finanziario (PEF) allegato alla convenzione in quanto emersi dopo la stipula della stessa. Tali oneri consistevano in maggiori superfici di permuta rispetto a quelle considerate inizialmente. Dunque per riequilibrare il PEF sarebbe stato stravolto completamente il progetto originario dell'intervento introducendo una serie di vantaggi per il concessionario: la penale a carico del Comune per i ritardi nella consegna delle aree; la modifica della durata della gestione dei parcheggi interrati, da 45 a 99 anni;
- sono stati affidati come opere complementari lavori già previsti nel progetto originale ma stralciati in sede di approvazione del progetto esecutivo, al fine di riequilibrare i maggiori costi sostenuti in corso d'opera.

L'Anac, con prot. 35365 del 19.3.2014, avviava l'istruttoria di rito e concedeva varie proroghe al RdP a seguito di congrue motivazioni. In data 28.9.2014, prot.100926, l'Ufficio richiedeva al Comune:

- una nuova relazione più aderente alle richieste in cui fossero riportate in forma tabellare le previsioni del progetto a base della gara andata deserta e quelle risultanti dalla variante;
- riferimenti normativi alla base dello sdoppiamento della concessione in due distinte società di progetto (di costruzione e di gestione);
- modalità di scelta delle imprese "Interparking Srl" e "SIS Srl" entrate a far parte della seconda società di progetto;
- illustrazione, sulla base dell'articolato di convenzioni e capitoli, delle ricadute che lo sdoppiamento della concessione può avere sul "trasferi-

mento dei rischi” in capo al Concessionario;

- interlocuzioni preliminari in tema di sdoppiamento del contratto di concessione e cooptazione delle “Interparking Srl” e “SIS Srl”, tra il Comune e il Promotore;
- rapporti di verifica di idoneità generale e tecnica ex art.98 dPR554/99, svolte a suo tempo riguardo al Promotore e alle imprese “Interparking Srl” e “SIS Srl”;
- in merito alle opere complementari compensate al di fuori del PEF, opportuni chiarimenti se esse fossero o meno previste dal progetto (del Promotore) per il quale è stata emessa dichiarazione di interesse pubblico;
- comprese sulle misure di pubblicità date al bando di gara per la scelta delle due migliori offerte da confrontare con il Promotore, nonché la relazione dell’Ufficio preposto all’analisi delle tre offerte presentate in origine e di cui due scartate.

In data 10/11/2014 prot.124863, veniva trasmessa la relazione integrativa corredata di allegati, che tuttavia non chiarivano completamente le questioni controverse. Con comunicazione prot. 95574 del 27.7.2015 venivano quindi inviate al Comune le risultanze istruttorie (CRI); le relative controdeduzioni sono pervenute il 25.9.2015 dopo ulteriore proroga debitamente concessa. Ai sensi del regolamento di vigilanza e su invito dell’Ufficio, il RdP avanzava una richiesta di audizione di fronte al Consiglio dell’Anac che ha avuto luogo il 18.5.2016. Il Comune di Recanati trasmetteva ulteriore documentazione *post* audizione con nota del 26.5.2016; il RdP faceva altresì presente che tutti gli atti di gara sono stati prelevati in originale dalla GdF nel 2010 a seguito di un procedimento penale ancora in corso.

2. L'intervento da realizzare con la finanza di progetto nella versione iniziale comprendeva i seguenti obiettivi per un importo stimato originariamente pari a € 6.590.500,00 (v. avviso pubblico del 5.5.2007 per la scelta del Promotore con diritto di prelazione ex art.153, co.3, d.lgs.163/2006):

- una superficie adibita a luogo pubblico con funzione di piazza commerciale e parcheggio;
- un parcheggio multipiano interrato (p.le Adriatico);
- un secondo blocco di parcheggi interrati a ridosso del Campo di Marte (in parte cedibili sul mercato);
- la revisione della viabilità carrabile di servizio e interconnessione con i vari livelli di mobilità urbana ed extraurbana;
- spazi attrezzati per attività di servizio alle aree di sosta degli autoveicoli;
- attività economiche da individuarsi a margine della piastra commerciale e degli spazi pubblici di relazione;
- volumetrie emergenti per attività commerciali e residenziali (in parte da cedere in permuta).

In sostanza, l'equilibrio del *Project Financing* era affidato al gettito del parcheggio pubblico e alla vendita sul mercato di volumi residenziali e commerciali. A seguito dell'avviso pubblico furono presentate tre proposte:

- ATI costituita dalle ditte 2P di Paoloni Enrico & C. Srl (mandataria) e SAGI Srl (mandante);
- ATI costituita da Eurobuilding Spa (mandataria), Travaglini Srl (mandante) e RO.GU. di Guzzo Roberto Srl (mandante);
- ATI costituita dal Consorzio Stabile Maceratese (capogruppo) e OMAC Srl (mandante).

Con Deliberazione G.C. n.213/2007 il Comune individuava quest'ultima proposta dell'ATI Consorzio Stabile Maceratese – OMAC quale offerta di pubblico

interesse e, dunque, eletta proposta del Promotore con diritto di prelazione ex art.153 del d.lgs.163/2006. Ciò in quanto il Promotore, a differenza delle altre due offerte, non aveva richiesto ulteriori contributi a carico del Comune (le altre concorrenti avevano chiesto un contributo al Comune di circa 5 milioni di euro, pari al costo del parcheggio). Con la citata deliberazione e prima di procedere all'indizione della gara per la scelta delle due migliori offerte da confrontare con il Promotore, ai sensi dell'art.155 del dlgs163/06, si richiedevano al Promotore stesso le seguenti significative integrazioni al progetto:

- estensione del percorso pedonale meccanizzato fino al portico del Palazzo comunale;
- realizzazione di tre piani interrati anziché due;
- adeguamento del PEF all'obiettivo della realizzazione dell'opera senza costi ulteriori per il Bilancio comunale.

Il 27.5.2008 il Promotore trasmetteva il progetto preliminare con gli adeguamenti richiesti dal Comune, designando due imprese, Interparking Italia Srl e SIS Srl, come affidatarie della gestione sia del parcheggio interrato che di quello a raso. Dopo l'approvazione del progetto preliminare con delibera G.C. n. 142 del 18.6.2008, veniva indetta la gara ai sensi dell'art.155 d.lgs. 163/2006, (importo stimato € 6.590.000). La gara risultava deserta e il Comune, con determinazione n.429 il 5.6.2009, affidava l'opera al Consorzio Stabile Maceratese (capogruppo) e mandante OMAC Architetture in acciaio. In pari data, veniva stipulata la convenzione fra il Comune di Recanati e l'ATI aggiudicataria. In tale convenzione all'art.1, per mantenere distinte l'attività di realizzazione delle opere dalla gestione dei parcheggi e le rispettive responsabilità, veniva stabilita la costituzione, entro 45 giorni, di due società di progetto:

- la prima società, costituita dal Consorzio Stabile Maceratese e da OMAC, deputata alla progettazione, realizzazione e vendita delle opere e respon-

sabile di tali attività;

- la seconda società, costituita dal Consorzio Stabile Maceratese e da OMAC, da Interparking Italia Srl e SIS Srl, designata alla gestione dei parcheggi e responsabile di tale attività.

La convenzione comprendeva la progettazione definitiva, esecutiva, realizzazione in 36 mesi e gestione per 45 anni dell'intervento "Centro Città", come segue:

- fabbricati residenziali/commerciali/direzionali per complessivi mq 4.350,00 (14.760 mc);
- n. 139 garage cedibili sul mercato unitamente alle residenze (n.51 box e n. 88 posti auto);
- parcheggio auto a pagamento coperto di n.197 posti;
- parcheggio auto a pagamento di superficie di n.53 posti;
- parcheggio autobus di n.12 posti;
- fabbricato residenziale da cedere in permuta di 500 mq;
- fabbricato per attività commerciali da cedere in permuta di 240 mq;
- sistemazione della piazza-cortile interna;
- sistemazione del piazzale Adriatico;
- costruzione di n.2 ascensori per la risalita meccanizzata con attraversamento pedonale via semaforo.

Quindi in data 14.7.2009 l'aggiudicatario comunicava al Comune l'avvenuta costituzione delle due società denominate rispettivamente:

- 1) *Project Recanati Spa* (per la realizzazione dell'"Opera");
- 2) *Project Parcheggi Recanati Srl* (per la gestione dell'"Opera"); in data 2.11.2009 trasmetteva il progetto definitivo dell'intervento.

2.1. Nel corso della fase esecutiva del contratto sono state necessarie alcune modifiche delle scritture private per l'acquisizione delle proprietà di privati e

del bene comunale interessati dall'intervento: molte di esse si erano dimostrate generiche, contraddittorie, non trascritte e prive di effetto reale transattivo: 408 mq in più per la permuta a privati e 44 mq in più per l'immobile comunale da destinare ad attività commerciale, con un aumento dei costi dell'intervento pari a circa € 800.000,00. Per far fronte a tale circostanza, anche in considerazione della mancata consegna delle aree da parte dell'amministrazione nei tempi stabiliti, veniva adottata una variante progettuale tesa al riequilibrio del PEF. Tale variante al progetto, a parere del RdP, non ha variato il nucleo essenziale della proposta originaria (anche se è stata necessaria una variante urbanistica) e ha mantenuto la conformità agli obiettivi pubblici iniziali.

Con atto del C.C. n.22 del 19.4.2011, a due anni dalla convenzione, è stata approvata la modifica al progetto preliminare "Centro Città" ai sensi dell'art.143 del d.lgs.163/2006, comportante sia il riequilibrio del PEF che la variante urbanistica allo strumento attuativo vigente (PUC) (ai sensi dell'art. 15, co. 5 L.34/92, cd. varianti non sostanziali). Con successiva delibera del C.C. n.12 del 3.4.2012, a distanza di un anno, è stato approvato in via definitiva il nuovo progetto preliminare della finanza di progetto denominato "Centro Città" e il relativo PF con schema di convenzione modificativa di quella del 2009. Il nuovo intervento ha previsto:

- parcheggi auto a pagamento coperti: n. 180 posti (anziché n. 197),
- garage cedibili sul mercato unitamente alle residenze: n. 81 (anziché n. 139);
- parcheggio auto a pagamento di superficie: n. 270 posti (anziché 53);
- parcheggio autobus: n.15 posti (anziché 12);
- porzione fabbricato residenziale e porzione commerciale al grezzo da cedere in permuta di 908 mq (anziché 500 mq);
- fabbricato da cedere in permuta per attività commerciali: mq 288 (anzi-

ché 240 mq);

- costruzione di n. 2 ascensori per la risalita meccanizzata con attraversamento pedonale via semaforo;
- realizzazione di fabbricati residenziali/direzionali e dei relativi box di pertinenza per una cubatura complessiva di mc 14.760 (come nella prima stesura ma per 3.760 mq anziché 4.350 mq);
- sistemazione del piazzale Adriatico;
- sistemazione piazzale ex Foro Boario;
- realizzazione di una bretella di collegamento fra parcheggio ex campo sportivo e rotatoria di svincolo (non compresa precedentemente);
- realizzazione di strada di collegamento e rampa di accesso con piazzale Adriatico (non compresa precedentemente).

A seguito di ciò è stato approvato il progetto definitivo dell'intervento "Centro città" (Delibera G.C. 163 del 9.8.2012) per un importo complessivo di € 12.460.125,00; ciò fa registrare un raddoppio dell'importo posto a base dell'avviso per la successiva gara andata deserta e volta alla individuazione di due migliori offerte da confrontare con il Promotore.

In data 11.8.2012 è stata quindi stipulata la nuova convenzione in variante all'originale del 2009 che ha modificato la remunerazione del Concessionario come segue:

- gestione del parcheggio interrato di 180 posti per 99 anni (anziché 45);
- gestione del parcheggio pubblico a raso a rotazione di circa 649 posti, comprensivo di area pullman e area sosta camper dalla data di sottoscrizione delle convenzione fino a 45 anni decorrenti dall'emissione del certificato di collaudo del parcheggio interrato.

Il 6.12.2012 (determina G.C. n. 225) è stato approvato un primo stralcio funzionale esecutivo (realizzazione di paratia in pali di c.a. per il contenimento dei

fronti di scavo). La consegna definitiva delle aree oggetto dell'intervento è avvenuta il 7.1.2013.

Da quanto riferito, appena iniziati i lavori si sono verificati dei problemi di natura geologica per i quali è stata coinvolta l'Università Politecnica delle Marche con cui è stata effettuata una rielaborazione dell'intervento di stabilizzazione che ha previsto un incremento dei costi di circa € 200.000. In data 3.5.2013 (delibera n.69/2013) è stata approvata la variante allo stralcio esecutivo approvato il 6.12.2012 nella considerazione che i maggiori costi trovavano copertura contabile all'interno del Q.E. del progetto e relativo PEF. Con delibera n.95 dell'1.6.2013 è stato approvato il progetto esecutivo dell'intervento.

Per riequilibrare i costi sostenuti nella prima parte delle opere e dovuti a:

- variante in corso d'opera (circa € 200.000);
- maggiori lavori per l'ampliamento di 231 mq dell'immobile comunale su richiesta dell'Ente in corso d'opera di circa € 337.676 (sede dei Vigili del Fuoco);
- spese ed assistenza tecnica (circa € 27.230);
- spese amministrative di competenza comunale sostenute dal Promotore (€ 114.380);
- allacci ASTEA (circa € 22.000);
- maggiori permute a seguito di frazionamenti (circa € 17.500);

per un totale di € 718.720,50, è stato ulteriormente incrementato il costo totale dell'intervento da € 12.460.125,00 a € 13.178.845,50. Tuttavia, poiché il Comune non poteva coprire tali costi suppletivi, deliberava di stralciare dal quadro economico la realizzazione dei due impianti di risalita meccanizzata. Con il medesimo atto (del. n.95) è stato stabilito di trasferire all'interno del realizzando *Project Financing* il finanziamento ottenuto dalla Regione Marche per la realizzazione di altro impianto di risalita meccanizzato da realizzare per

l'accesso all'area del Duomo (intervento 4.1.4.2-FAS Marche 2007/2013), di importo pari a € 800.000,00 di cui € 396.000 a carico della Regione e 404.000 a carico del comune. Nello stesso giorno (1.6.2013), con atto di G.C. n. 96, è stato approvato un distinto progetto definitivo dei due impianti di risalita stralciati dal *Project Financing*, a firma del RdP, per un importo complessivo di € 800.000,00. Per la copertura finanziaria si stabiliva:

- di richiedere alla Regione Marche la localizzazione del contributo di € 396.000,00 presso l'area di intervento, anziché presso il Duomo;
- di finanziare la restante parte (pari ad € 404.000,00) mediante l'ampliamento della gestione dei parcheggi.

Con il medesimo atto (del. n.96) è stato stabilito di affidare direttamente i lavori per tale opera al Concessionario ai sensi dell'art.147 del codice (opere complementari). Ottenuta l'approvazione della Regione Marche in data 27.6.2013 (Decreto n. 153/TPL), con determina n. 553 del 23.7.2013 venivano affidati direttamente alla ditta *Project Recanati Spa* i lavori relativi ai due impianti di risalita meccanizzati. Come detto in premessa, l'opera è stata completata.

2.2. In merito ai requisiti di qualificazione dei vari soggetti della concessione e alle comprese sulle misure di pubblicità del bando per la scelta delle migliori offerte da confrontare con quella del Promotore, il RdP ha comunicato l'impossibilità di fornire delucidazioni a causa della citata indisponibilità degli atti.

3. Nel seguito sono riportate le criticità formulate con la comunicazione di risultanze istruttorie (CRI) e le corrispondenti giustificazioni del RdP.

3.1. La prima questione riguarda lo sdoppiamento della concessione in due distinte società di progetto, una per la costruzione delle opere e una per la loro gestione, rilevando che ciò non è conforme ai principi dell'art.156 del d.lgs.163/2006: la *ratio* della norma è quella che restino in capo a un unico

soggetto (Concessionario) tutti i rischi dell'operazione economica, sia quelli di costruzione che di gestione dell'opera. Infatti in ordine agli assetti azionari si sono registrate significative modifiche del Concessionario (v. società n.1 e n.2 alla fine del § 2.) nel passaggio dall'aggiudicazione alla fase *post* collaudo. In particolare, alla data dell'8.7.2009, la *Project Recanati Spa*, era detenuta al 100% dalle due imprese dell'ATI aggiudicataria, ossia il Consorzio Stabile Maceratese (91%) e Omac Architetture in acciaio srl (9%); la *Project Parcheggi Srl*, deputata alla gestione dei parcheggi, era detenuta al 99% dalle stesse due imprese dell'ATI aggiudicataria (Consorzio M. e Omac A.) e vi era la partecipazione dell'1% del capitale sociale da parte di una terza società, la SIS Srl. Mentre da una verifica dell'Anac si è appurato che dal 19.1.2015, il 99% della società *Project Parcheggi Srl* non è più detenuto dalle due imprese originarie Consorzio Maceratese e Omac Architetture in acciaio, bensì dall'impresa Interparking Servizi Srl, oltre al 100% della SIS Srl a partire dal 26.7.2007.

Ciò significa che le due imprese aggiudicatarie della concessione, hanno venduto tutte le loro quote e non hanno più alcuna responsabilità nella gestione del servizio del parcheggio: in altre parole, il socio costruttore che si era qualificato come Promotore ecc., non figura più nella società concessionaria, ora devoluta solo a una terza società cooptata senza gara.

Il RdP ha rappresentato che nello sdoppiamento non v'è ragione di ravvisare alcuna violazione dell'art.156 del d.lgs 163/2006, essendo riscontrabile al massimo una mera violazione formale. Ha altresì sottolineato che in entrambe le società vi è la presenza dei medesimi soci aggiudicatori (Consorzio Stabile Maceratese e di OMAC) e che il Comune aveva acquisito un parere legale sulla legittimità complessiva della procedura.

Nelle controdeduzioni il RdP ha dichiarato che le due società intervenute nel rapporto contrattuale per la gestione dei parcheggi (Interparking e

SIS) non sono soggetti terzi ma figurano già nel progetto preliminare, approvato in data 27.5.2008, come soggetti affidatari della gestione. In tale occasione, infatti, l'ATI, adeguando il Progetto alle richieste del Comune, ha presentato una nuova e definitiva proposta designando le società Interparking Italia o SIS come affidatarie della gestione.

In particolare in merito alla modifica dell'assetto societario viene evidenziato che:

- **l'accertamento di Anac è stato effettuato in data molto recente, quando ormai la fase esecutiva dei lavori è stata terminata;**
- **la cessione delle quote è avvenuta previa autorizzazione del Comune di Recanati ed in seguito al collaudo delle opere, quindi rispettando le norme sul PF.**

In sostanza il RdP ha rimarcato che le due imprese aggiudicatrici hanno ceduto le proprie quote solo dopo il collaudo e previa autorizzazione del Comune.

3.2 In secondo luogo la CRI ha evidenziato l'importanza di verificare se un aggiudicatario, divenuto concessionario con una gara ai sensi dell'art.98, co.2 del dPR554/99 (art.95 dPR 207/2010), possa ricercare liberamente un ulteriore socio gestore "qualificante", in qualsiasi momento nella fase *post* contrattuale (qui in sede di adeguamento del progetto preliminare alle richieste del Comune prima della seconda gara). Ciò si rendeva necessario in quanto l'ATI aggiudicataria era composta da soggetti idonei solo alla realizzazione di opere civili e non di gestione di servizi, quali quello dei parcheggi. Segnatamente è stato evidenziato che l'ingresso di un socio "qualificante" per il servizio di gestione della struttura, avvenuto in fase di *post* aggiudicazione, senza aver partecipato alla selezione pubblica insieme alle altre due concorrenti, si pone in contrasto con l'art.149, co.3 del Codice. Sul punto, già l'Autorità aveva ram-

mentato che la Sezione II, Capo II, Titolo III, Parte II del d.lgs. 163/20106 disciplina la cessione di quote societarie ma non reca disposizioni specifiche per l'ingresso di soci "qualificanti" - come quelli abilitati allo svolgimento del servizio in argomento - nella fase post aggiudicazione. Ciò significa che, per le norme generali, i soci "qualificanti" devono entrare nella compagine della società di progetto come attori che partecipano alla gara per ottenere la concessione - riuniti in raggruppamento o consorzio (cfr. art. 149, co. 3, d.lgs.163/2006); oppure, in alternativa, con le procedure di evidenza pubblica per selezionare i soci privati di un partenariato pubblico privato istituzionalizzato (non è il caso in questione). Ciò al fine di consentire all'amministrazione concedente la verifica dei requisiti idonei allo svolgimento delle prestazioni richieste. Solo per i soci "non qualificanti", ai sensi dell'art.156, co. 3, ultimo periodo del d.lgs.163/2006, l'ingresso è consentito liberamente, in qualsiasi stadio della concessione, nella veste di enti finanziatori. In merito alla necessità di verifica dell'idoneità dei soci qualificanti fin dalla fase di aggiudicazione la CRI ha altresì ribadito quanto già rappresentato nella deliberazione n.18 del 8.5.2013.

Circa l'ingresso del socio "qualificante" per il servizio di gestione in fase di post aggiudicazione, il RdP ha ribadito che le due società intervenute nel rapporto contrattuale per la gestione dei parcheggi non sono soggetti terzi ma figurano già nel progetto preliminare, approvato in data 27.5.2008. Il RdP ha sottolineato come la giurisprudenza prevalente ammetta la variazione soggettiva nella fase preliminare della Finanza di Progetto ed ha citato la sentenza del TAR Sardegna Sezione I, 24.10.2009, n. 1569, in cui si afferma che il divieto di variazione soggettiva dei raggruppamenti temporanei non opera in tutte le ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice verifichi, prima dell'aggiudicazione o della stipulazione del contratto, la sussistenza dei requisiti nei confronti

del nuovo soggetto che si aggiunga ai componenti originari del raggruppamento o che ne sostituisca alcuno.

3.3. Una ulteriore tematica della CRI ha riguardato la “classificazione” degli impianti di risalita meccanizzati come opere “complementari” (odierne *prestazioni supplementari* ex art.106, co.2, d.lgs.50/2016), e come tali affidabili direttamente ex art. 147 del d.lgs.163/2006 senza ricorrere a procedure di evidenza pubblica. La CRI ha fatto presente che a mente dell’art.147, la nozione di lavori complementari è ancorata a tre condizioni. In primo luogo, deve trattarsi di lavori non compresi nel progetto iniziale. Nel caso in esame, come è stato ribadito dal RdP, gli impianti di risalita sono stati presenti fin dal primo preliminare, nonché nella convenzione per l’attuazione del PF. D’altronde non avrebbe potuto essere altrimenti, vista la natura delle opere e il necessario superamento del dislivello di quota fra parcheggio e centro storico. La seconda condizione afferisce alla necessità di esecuzione di tali lavori a seguito di una circostanza imprevista, ossia derivante da casualità o accidentalità e non imputabile alla Stazione appaltante. Nel caso in argomento lo stralcio in sede di approvazione dell’esecutivo di tali opere per riequilibrare il PEF non può certo essere considerato una circostanza imprevista ma piuttosto una scelta dell’amministrazione, peraltro poco condivisibile dato il tipo di opere eliminate. La terza condizione risiede nella sussistenza di gravi inconvenienti qualora i lavori complementari siano separati dall’intervento principale ovvero siano strettamente necessari al suo perfezionamento. Tale condizione è sicuramente da ritenersi soddisfatta in quanto, come si è detto sopra, la realizzazione degli impianti di risalita meccanizzata non può essere scissa dal sistema delle opere che erano in corso di realizzazione a pena dell’impossibilità di procedere al collaudo della struttura. In tal senso i succitati impianti non potevano essere

stralciati dal progetto originario, essendone una componente essenziale al corretto funzionamento.

In merito ai lavori complementari, il RdP ha affermato che in data 1.6.2013 l'Ente, per ragioni non prevedibili, si è trovato nella necessità di riequilibrare il PEF per un importo di € 718.720,50. In quel momento i lavori del parcheggio erano già iniziati mentre le opere ancora da realizzare erano gli appartamenti e la viabilità per accedere al parcheggio. Le permute del residenziale non potevano essere stralciate, né si poteva rinunciare alla viabilità prevista in progetto, altrimenti il parcheggio sarebbe stato irraggiungibile. L'unica soluzione possibile è stata di eliminare una parte dei lavori non fondamentali per la buona riuscita dell'opera principale - gli impianti di risalita, previsti fin dall'origine - riservandosi la possibilità di realizzarla a fronte di un successivo finanziamento e/o con interventi diretti da parte dell'Ente. La scelta è ricaduta sugli impianti di risalita in quanto, sebbene non si ottemperasse alle norme per l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici pubblici (dPR 503/96), ciò non avrebbe portato irreparabili conseguenze sul completamento dell'opera principale. Infatti il superamento del dislivello di quota fra parcheggio e centro storico poteva avvenire con soluzioni pedonali diverse.

Il RdP ha poi precisato che sia in dottrina che in giurisprudenza il concetto di circostanza imprevedibile non ha una definizione puntuale. In tale senso ha citato un passaggio del manuale di Diritto Amministrativo di Caringella/Giustiniani in cui si afferma che «la ricorrenza dei requisiti di imprevedibilità è rimessa alla valutazione della stazione appaltante». Alla luce di ciò ritiene che il requisito fosse sussistente e che il Comune abbia agito correttamente. Il RdP comunque ha concordato con quanto

evidenziato nella CRI circa il fatto che gli impianti di risalita non potevano essere tecnicamente ed economicamente separati dal contratto iniziale senza gravi inconvenienti per la stazione appaltante.

3.4. Un ultimo aspetto rappresentato nella CRI, riguardava il venire meno della realizzazione di un'opera pubblica per la quale era stato ottenuto un finanziamento regionale (nuovo ascensore di accesso all'area del Duomo): il relativo stanziamento è stato infatti "sottratto" per finanziare direttamente il riequilibrio del PEF. Una volta stralciati i due impianti di risalita, il Comune decideva di chiedere alla Regione Marche la *ri-localizzazione* del contributo messo a disposizione con il programma FAS Marche 2007-2013 nell'area del PF, anziché in quella del Duomo per la quale era previsto un altro impianto di risalita il cui progetto definitivo era stato già approvato con atto di G.C. 280 del 14.10.2010. Tali fondi pubblici dunque sono stati destinati su un altro progetto e utilizzati per compensare al Promotore una parte della realizzazione degli impianti di risalita, affidata direttamente ai sensi dell'art.147 del Codice. Tale scelta ha comportato, pertanto, da un lato l'irrealizzabilità del deliberato progetto per l'impianto di risalita meccanizzata all'area del Duomo, e dall'altro l'uso improprio di fondi pubblici per riequilibrare il PEF del Concessionario; in tal modo è stato disatteso uno dei principali precetti del *Project Financing*, ossia il ricorso a capitali privati per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità. Infine, nella CRI si è rilevato che la sottrazione dei fondi pubblici stanziati per l'impianto di risalita, ricadente nel programma FAS Marche, ha privilegiato il Promotore dopo l'avviso, in violazione dei principi generali di non discriminazione, libera concorrenza, trasparenza, parità di trattamento degli operatori economici di cui all'art. 2, co.1, del d.lgs. 163/2006.

Per quanto concerne la mancata realizzazione dell'impianto di risalita in località Duomo per finanziare gli impianti di risalita del PF affidati diret-

tamente al concessionario, il RdP ha precisato che è un intervento destinato a favorire la pedonalizzazione del centro storico. Di fronte alla scelta di realizzare un impianto di risalita in località Duomo – nel punto estremo del centro storico di Recanati – rispetto alla necessità di costruirne uno in zona molto più centrale, l’Ente ha privilegiato quello nel cuore del centro città. Il RdP ha aggiunto che comunque sono rimasti inalterati se non migliorati tutti gli obiettivi regionali e che la procedura del Comune è stata trasparente e ponderata nei confronti della Regione Marche. Ha anche sottolineato che la scelta compiuta rientra tra quelle di merito e programmatiche proprie del Comune.

Sulla “teoria” dell’Autorità per cui la sottrazione di fondi pubblici stanziati per l’impianto di risalita ricadente nel programma FAS Marche ha privilegiato direttamente il Concessionario producendo, quindi, la violazione dei principi generali di non discriminazione, libera concorrenza, trasparenza e parità di trattamento degli operatori economici, il RdP fa rilevare che il contributo regionale è di € 396.000,00 e rappresenta una percentuale di circa il 3% rispetto al costo dell’intervento dei PF (€ 12.460.125+ 718.720,50), irrisoria e deriva da un aumento di costi non ipotizzabili in fase di gara.

Considerato in diritto

4.1 Una prima questione da esaminare riguarda lo sdoppiamento della concessionaria in due distinte società di progetto ex punto 17 della convenzione 2788/2009: come detto al § 3.1, da un lato la costruzione delle opere, dall’altro la gestione dei parcheggi, realizzando in tal modo la netta separazione degli oneri e dei rischi propri della concessione. Ma è proprio in ciò che si ravvede la prima significativa violazione dell’istituto della concessione: in capo al Concessionario privato dovrebbero gravare tutti i rischi dell’operazione eco-

nomica, da quelli inerenti alla costruzione delle opere a quelli riguardanti la gestione e la finanza delle stesse con il fine di ripagare l'investimento. Non a caso l'art.156 del d.lgs. 163/2006 fa sempre riferimento alla costituzione di un'unica società di progetto che diventa concessionaria, subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario e, dunque, divenendo una delle due parti del contratto. Mentre l'aggiudicatario originario ha eseguito le opere solo attraverso l'acquisizione di aree edificabili commercializzabili e del tutto distinte dalla logica della concessione (v. art.4 della convenzione: *“le opere realizzate sulle aree in diritto di superficie perpetuo potranno essere liberamente commercializzate”*); vale a dire che i ricavati delle vendite non entrano nel flusso di cassa del PEF ma costituiscono più semplicemente il prezzo che il Comune corrisponde per la costruzione dei parcheggi; anche la costruzione dei due ascensori viene compensata da erogazioni del Comune (v. § 3), in conto capitale mediante il “dirottamento” del fondo regionale, oppure, in parte, attraverso l'allungamento della durata della concessione di altro soggetto distinto dal concessionario-costruttore. In altre parole la prima società concessionaria (1-Project Recanati Spa), non ha dovuto attendere la gestione bensì ha operato di fatto alla stregua di un appaltatore puro e dunque sottraendosi integralmente ai rischi di questa seconda fase più incerta per definizione; i rischi tipici della gestione di una concessione, sono stati così trasferiti solo in capo al Comune che vi dovrà provvedere con una società del tutto distinta dall'ATI aggiudicatario e che non ha partecipato alla procedura di selezione del concessionario.

L'architettura procedurale dinanzi illustrata, evidenzia che in realtà non si tratta di una concessione di costruzione di un bene e della sua gestione, bensì piuttosto, di un suo mascheramento con un contratto congiunto (cessione statica di aree comunali a fronte della costruzione del parcheggio) e di un auto-

nomo contratto di gestione di un parcheggio comunale senza il vaglio del mercato. Il valore di vendita degli alloggi sulle aree comunali e dei costi dei posti auto, non entrano a far parte del flusso di cassa ma costituiscono un pagamento statico delle opere: viceversa il prezzo degli alloggi sarebbe dovuto entrare, con tutta la sua variabilità, a rimpinguare le entrate del PEF e in ipotesi costituire esse stesse motivo di ripianamento del PEF ex art.143, co.8, del d.lgs. 163/2006. Ma nulla di tutto ciò si è verificato. E' evidente che tale impostazione ha permesso l'alienamento del primo concessionario.

Per di più, così operando, l'ente concedente avrebbe rinunciato ad ottenere rispettivamente dal mercato dei lavori e dei servizi, sconti percentuali più rilevanti di quanto non abbia conseguito con un'unica gara per l'affidamento (congiunto) della concessione di costruzione e gestione. Ma sotto tale profilo, il caso di specie è anche più delicato: non essendovi stata la cd. seconda gara per la scelta delle due migliori offerte da confrontare con il promotore; di fatto il concessionario-costruttore ha eseguito le opere senza alcun ribasso di aggiudicazione.

Con ciò le varie prescrizioni date dal Comune in sede di riconoscimento dell'interesse pubblico alla proposta dell'ATI originaria, hanno comportato una variante pari a circa il doppio dell'importo posto a base dell'avviso pubblico (v. § 2.1). Al riguardo, la giurisprudenza ha sancito che si ha *variante sostanziale* qualora si introducano modifiche che avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di selezione, cosa che è lecito presupporre con il raddoppio del valore della concessione. Il concetto è stato di recente trasfuso nell'art.106, comma 4, del d.lgs.50/2016. Si evidenziano in tal modo i presupposti per un danno erariale ragguagliabile *prima facie* al prodotto del valore delle opere eseguite per il ribasso medio risultante dai dati pubblicati nelle relazioni al Parlamento (del 2009 o successive). Sotto il profilo della gravità della suddivisione

e delle conseguenze procedurali ed erariali dinanzi delineate, non rileva se la cessione delle quote societarie della Interparking Servizi SrL sia stata operata dopo il collaudo o in precedenza: ciò che rileva è quale sia la società deputata alla gestione dei parcheggi volta al ri-pagamento effettivo dell'investimento (in verità unitamente alla vendita dell'edificazione residenziale), gestione che non può che decorrere dal collaudo delle opere.

4.2. Passando al tema della ricerca di un socio gestore in qualsiasi momento nella fase *post* contrattuale, non è accettabile la tesi del RdP laddove sostiene la modificabilità del contratto nella finanza di progetto: l'inserimento delle due società Interparking e Sis è avvenuto dopo l'avviso pubblico e non in fase di offerta che, sotto tale riguardo non poteva essere modificata in occasione delle richieste di adeguamento del Comune (la seconda gara non vi è stata). Pertanto sul punto non può che ribadirsi quanto già nelle risultanze istruttorie, ossia che l'ingresso dei soci "qualificanti" deve avvenire in fase di gara, come anche chiarito dall'Avcp.

4.3. Quanto poi all'affidamento diretto dei lavori complementari, le argomentazioni fornite dal RdP in ordine non hanno dissipato nessuna delle anomalie sollevate con la CRI (v. § 3.3.). Rimane infatti provato che i due impianti di risalita (dal parcheggio al centro storico) erano già presenti nel progetto Centro Città, quindi giammai costituivano una circostanza imprevista ex art.147, d.lgs.163/2006, che rendeva necessari lavori non compresi nel contratto iniziale. La circostanza imprevista è stata costruita in modo del tutto artificioso: dapprima, con la delibera n.95 dell'1.6.2013 sono stati stralciati i due ascensori, quindi con delibera n.96 dell'1.6.2013, cioè *contestualmente*, sono stati rifinanziati nel medesimo intervento con i fondi regionali di un terzo ascensore e con un progetto degli ascensori questa volta a firma del RdP (area tecnica comunale) (v. Duomo non più realizzato); in sostanza, sul piano procedurale e

tecnico è stata simulata una *aggiunta* fittizia con una progettazione esecutiva esterna alla concessione a cura dell'area tecnica (RdP) per l'importo di circa € 800.000. Oltre alla estensione del tempo contrattuale della concessione, per sopperire evidentemente alle carenze di fondi comunali. Si è trattato di assicurare la copertura finanziaria dei due impianti non più con il PEF, bensì eliminando da un autonomo programma le risorse di un terzo impianto di risalita che ne prevedeva l'affidamento con procedura di evidenza pubblica. Peraltro, anche la progettazione degli ascensori a cura dell'area tecnica comunale (firma del geometra RdP) desta ulteriori perplessità, laddove è stata svolta tra due delibere adottate nello stesso giorno (il progetto definitivo degli ascensori era stato utilizzato per la richiesta di finanziamento alla regione): ciò a significare che la progettazione definitiva era già sostanzialmente disponibile e quindi fosse sostanzialmente la medesima stralciata dal progetto del promotore; in merito al progetto definitivo è stato anche corrisposto l'incentivo per la progettazione ex art.92, d.lgs.163/2006.

Con il ricorso all'art.147 del d.lgs.163/2006, si è così sopperito (a parte le nuove richieste del Comune) ai maggiori costi delle opere progettate proprio dal medesimo proponente-concessionario (v. la sorpresa geologica di oltre € 199.000): ciò in contrasto ai principi di buona amministrazione.

Tale scelta, infatti, ha causato un danno all'amministrazione, laddove l'affidamento diretto privo di una procedura concorsuale non ha consentito di ottenere un ribasso di aggiudicazione (nel 2007 ribasso medio pari a circa il 19 %, nel 2011 il 23,4%, ecc.). Il danno è inoltre da valutarsi sulla protrazione della durata della concessione (appalto di servizi sottratto al libero mercato) equivalente alla differenza tra la somma complessiva di € 800.000 e la somma coperta dalla Regione di € 396.000.

Non meno grave il mancato presidio del Comune del corretto trasferimento dei *rischi di costruzione* in capo al Concessionario, come si richiede nel *Project Financing* ex della decisione Eurostat 2004 (v. art.3, comma 15-ter, del d.lgs.163/2006, odierno art.3, co.2, lett. aaa, d.lgs.50/2016): una parte significativa dei maggiori costi di costruzione si sarebbe dovuta assumere direttamente dal privato, anche in considerazione che il concessionario è l'autore della progettazione: dal progetto a base della proposta iniziale di *Project Financing* alla successiva progettazione definitiva/esecutiva, evitando che la progettazione imperfetta fosse trasferita nel PEF.

4.4. Infine, si segnala che l'eliminazione dell'ascensore nella zona del Duomo ha arrecato uno svantaggio ai cittadini residenti in località più periferiche: essi infatti, sono stati privati di un impianto di risalita che, si deve ritenere, avrebbe costituito un beneficio in termini di fruibilità complessiva del centro storico; non a caso l'amministrazione comunale aveva pianificato di servire codeste aree più lontane, evidentemente per compensare i deficit naturali della mobilità cittadina. Si sottolinea inoltre che, pur in considerazione dell'autonomia valutativa dell'amministrazione, la scelta del Comune ha violato/disatteso le norme in tema di programmazione dei lavori pubblici, in particolare le prescrizioni contenute nell'art.128 del d.lgs.163/2006.

Risultano infine violati i principi generali di non discriminazione, libera concorrenza, trasparenza, parità di trattamento degli operatori economici di cui all'art. 2, co.1 del d.lgs 163/2006.

Il Consiglio

- 1) Approva la presente delibera alla luce delle considerazioni che precedono;
- 2) Rileva:
 - a) la violazione dell'art.3, co.15 ter del d.lgs. 163/2006 relativamente al-

- la mancata corretta allocazione dei rischi in capo al Concessionario;
- b) la violazione degli artt.143 e 156 del d.lgs. 163/2006, laddove lo sdoppiamento del Concessionario in due distinte società, una per la costruzione e una per la gestione, ha contravvenuto ai principi fondativi dell'istituto della concessione;
 - c) la violazione del divieto consolidato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, di apportare modifiche sostanziali al contratto, divieto ora dettato dall'art.106, comma 4, d.lgs.50/2016;
 - d) la mancata comprova della verifica di idoneità ex art.98, dPR 554/99, delle imprese "Interparking Srl" e "SIS Srl" e altre questioni in ordine al bando di gara e alla pubblicità;
 - e) la violazione dell'art.147 del d.lgs. 163/2006, laddove in modo artificioso sono stati classificati come opere complementari lavori presenti fin dal progetto originario formulato dal Concessionario;
 - f) la conseguente omissione delle procedure di evidenza pubblica di cui all'art.122 del d.lgs. 163/2006, derivanti dall'affidamento diretto al Concessionario della somma di € 356.000,00; in sostanza attraverso la rappresentazione di opere artificiosamente classificate come "complementari";
 - g) la violazione dell'art.92, co.5 d.lgs 163/2006 per la corresponsione non dovuta, in parte, al personale dell'Ufficio tecnico, dell'incentivo per la progettazione dei due impianti di risalita meccanizzata del PF "Cento Città", laddove la stessa progettazione è stata desunta da quella del Concessionario;
 - h) la violazione dell'art.128 d.lgs. 163/2006 in materia di programmazione delle opere pubbliche per la mancata realizzazione dell'impianto di risalita in area Duomo, per il quale era stato anche ottenuto un fi-

nanziamento regionale;

- i) la violazione dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e di libera concorrenza di cui al richiamato art.2, del D.lgs. 163/2006.
- 3) Invita l'amministrazione comunale, a comunicare all'Autorità Nazionale Anticorruzione le misure che intende adottare in ordine alla concessione in corso e alle opere realizzate, alla luce dei rilievi dinanzi evidenziati;
- 4) Dispone affinché la presente delibera sia inviata agli interessati al procedimento e all'esponente;
- 5) Dispone altresì che la delibera sia trasmessa alla Procura della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Macerata, nonché alla Procura regionale della Corte dei Conti.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 settembre 2016
Il Segretario, Maria Esposito