

DELIBERA N. 737

9 settembre 2020

Fascicolo 1942/2018

Oggetto

Concessione di progettazione, costruzione e gestione di un parcheggio interrato destinato alla sosta breve, agli esercizi ed alle persone in città Alta, nell' area denominata Omissis.

Riferimenti normativi

Articoli 37**bis**, 37**quinquies** e 37**octies** L. 109/1994 – Artt. 110 e 177 D.Lgs. 50/2016

Parole chiave

Project financing – Modifica soggettiva e perdita dei requisiti di qualificazione del concessionario – Continuità del possesso dei requisiti, anche durante l'esecuzione – Risoluzione.

Transazione novativa – Inammissibilità per affidamenti pubblici.

Risoluzione consensuale – Scorrimento della graduatoria – Divieto di applicazione analogica o estensiva dell'art. 110 d.lgs. 50/2016.

Massima

È preclusa la possibilità di procedere allo scorrimento della graduatoria formatasi all'esito dell'originaria procedura di gara, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture, qualora il pregresso rapporto contrattuale sia venuto meno per mutuo consenso delle parti.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

VISTA la legge 11 febbraio 1994, n. 109, Legge quadro in materia di lavori pubblici;

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

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

VISTA la relazione dell'Ufficio Vigilanza collaborativa e vigilanze;

Considerato in fatto



Con nota del 7.5.2018 è stato **avviato il procedimento di vigilanza** relativo all'affidamento in oggetto nei confronti del Comune di Omissis (concedente) e di Omissis s.p.a. (concessionaria).

Nell'ambito del procedimento di vigilanza, sono state presentate memorie e si sono svolte le audizioni avanti l'ufficio istruttore del Comune di Omissis (memoria del 20.6.2018, producendo la documentazione ivi indicata; audizione del 3.8.2018), del concessionario (memoria del 6.7.2018, producendo la documentazione ivi indicata; audizione del 30.5.2018) nonché degli esponenti (audizione del 3.8.2018). Tutti hanno acceduto alla documentazione agli atti dell'ufficio mediante plurimi accessi nel 2018.

Nel corso del procedimento, si è preso atto anche di talune segnalazioni del "Comitato omissis" che non ha chiesto di partecipare al procedimento (ex art. 14 co. 1 lett. b, Regolamento di Vigilanza del 15.2.2017) ma ha chiesto l'accesso alla documentazione, differito ai sensi dell'art. 10 co. 6 del Regolamento ANAC del 24.10.2018.

All'esito dell'istruttoria, si è proceduto ad una **comunicazione di risultanze istruttorie – CRI** (nota del 23.9.2019), con la quale sono stati chiesti ulteriori chiarimenti, con particolare riferimento alla modifica soggettiva della società di progetto Omissis s.p.a.: quest'ultima, infatti, nel 2016, ha estromesso i soci operativi responsabili della realizzazione delle opere (che *medio tempore* avevano perso i requisiti di qualificazione) e ha stipulato un nuovo contratto di appalto di lavori con altro soggetto (RTI omissis), all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, ex art. 177 d.lgs. 50/2016.

Il Comune di Omissis e Omissis s.p.a. hanno riscontrato la CRI rispettivamente con memorie del 18.10.2019 e del 22.10.2019.

Successivamente alla CRI, il Comune di Omissis (con nota del 6.11.2019) e Omissis spa (con nota del 21.11.2019) hanno rappresentato che era intervenuta una risoluzione consensuale del contratto di appalto tra Omissis s.p.a. e RTI omissis.

Su richiesta del Comune di Omissis (nota del 6.11.2019), inoltre, si è svolta un'**audizione** avanti il Consiglio dell'Autorità, in data 22.1.2020, nell'ambito della quale è stato illustrato il contenuto delle memorie già inviate, con contestuale deposito di documenti e riserva di produrne altri (come richiesto dall'Autorità con nota del 24.1.2020); tale documentazione è stata trasmessa solo in data 20.5.2020. Inoltre, è pervenuta una memoria illustrativa di Omissis s.p.a., recante un'ulteriore richiesta di accesso agli atti prodotti dal Comune di Omissis (nota del 28.5.2020). All'esito delle comunicazioni di rito (con plurime note del 18.6.2020 e del 23.6.2020), l'Autorità ha trasmesso la documentazione richiesta (salvo quella già comunicata nel 2018), concedendo un termine di 20 giorni per eventuali osservazioni, formulate da Omissis s.p.a. con nota dell'8.7.2020.

Il procedimento di vigilanza ha consentito di ricostruire la seguente **evoluzione dell'affidamento**.

La Giunta comunale ha dichiarato di pubblico interesse la proposta di **project financing** per la realizzazione dell'opera in oggetto (determinazione n. 436 del 29.11.2001), inserita nel Programma Triennale delle Opere Pubbliche 2002/2004 (con deliberazione n. 56/5104 del 27.2.2002 del Consiglio comunale). Il progetto definitivo è stato approvato dalla Giunta Comunale in data 30.12.2003.

Il **project financing** è stato dunque assegnato alla Omissis s.p.a. previa gara (ex art. 37^{quater} L. 109/1994) e il relativo **contratto**, stipulato in data 20.5.2004 (con rep. n. 71240/23688), per un valore di € 8.663.804,00, in origine aveva ad oggetto:



- la progettazione, la costruzione e la gestione (per 29 anni) del parcheggio per 460 posti auto destinati alla rotazione pubblica a tariffa oraria e della viabilità di accesso al parcheggio medesimo;
- la gestione, per 29 anni, delle aree in superficie destinate alla sosta regolamentata su strada ad uso pubblico per complessivi 737 posti auto, di cui 202 a pagamento a tariffa oraria e 535 non a pagamento riservati ai residenti autorizzati.

omissis s.p.a. è una società di progetto, subentrata nel contratto di concessione, *ex art. 37 quinquies* co. 1 L. 109/94, al RTI aggiudicatario composto da: omissis s.p.a. (mandataria), Omissis S.p.a. (mandante), Omissis S.p.a. (mandante), Omissis S.p.a. (mandante), Omissis S.p.a. (mandante).

Il **progetto esecutivo** è stato approvato con deliberazione comunale n. 73 del 28.2.2008, elevando il valore dell'investimento ad € 12.101.767,74, di cui € 9.109.127,00 per costi di costruzione. Al fine di riequilibrare il PEF, le parti hanno rinegoziato le condizioni contrattuali (atto integrativo del 24.4.2008):

- al *concessionario* è riconosciuta la credibilità in favore di terzi del diritto di superficie su 50 posti auto, per 90 anni dall'emissione del certificato di collaudo dell'opera, per un prezzo di € 40.000,00 ciascuno, con diritto ad incassare il corrispettivo; estensibile ad ulteriori 14 posti auto;
- il *Comune* ha ridotto il contributo pubblico in conto capitale da € 1,69 mln ad € 1 mln, oltre IVA.

In data 23.9.2008 sono **iniziati i lavori** e in data 28.12.2008 all'interno dell'area di cantiere si è verificato un crollò che ha comportato la sospensione dei lavori (verbale D.L. n. E9348 del 28.1.2009) e la messa in sicurezza dell'area. Con relazione dell'11.3.2009, il collaudatore in corso d'opera (Ing. Omissis) ha accertato che la frana era dovuta ad un'errata esecuzione del progetto esecutivo.

La messa in sicurezza dell'area è stata affidata alla Omissis Spa (socio della società di progetto/concessionaria, subentrata alla Omissis Spa per acquisizione del ramo d'azienda, *ex art. 35* L. 109/94), mediante contratto di appalto del 22.1.2009. Con sentenza della Corte di Appello di Omissis n. 319/2016, è stato accertato che il materiale utilizzato per la messa in sicurezza era diverso da quello pattuito nel contratto del 22.1.2009 ed era costituito da rifiuti di diversa provenienza; per l'effetto, taluni esponenti aziendali sono stati condannati per il delitto di frode in pubbliche forniture. La Omissis s.p.a. si è costituita parte civile ottenendo una provvisoria di circa € 350mila, non incassati stante l'insolvenza della parte condannata (secondo quanto riportato nella memoria del 22.10.2019 – p. 9).

I lavori sono dunque rimasti bloccati dal 28.1.2009 al marzo 2016 per consentire l'istruttoria penale, pur senza un provvedimento formale (p. 9 memoria di Omissis s.p.a. del 22.10.2019). Durante questo periodo, è stato redatto il "**Progetto esecutivo di Variante 2011**", approvato con delibera comunale n. 265 dell'11.6.2015, che prevedeva sostanziali modifiche progettuali (relative, tra l'altro al sistema strutturale di contenimento del fronte di scavo in roccia a Sus e al restringimento dell'autorimessa sul lato Est – cfr. p. 2 della relazione generale del progetto esecutivo) che ha incrementato il valore dell'investimento da € 12.101.767,74 (valore del 2008) ad € 16,5 mln.

Nel 2016, il Consiglio comunale di Omissis ha approvato il **nuovo piano della sosta** (delibera n. 137 del 10.10.2016); con **atto attuativo/accordo transattivo** del 10.11.2016 le parti hanno modificato il progetto a base dell'affidamento (per le mutate esigenze di traffico cittadino), revisionando l'organizzazione della sosta su tutto il perimetro delle Mura Omissis; in tal occasione sono state modificate le condizioni economiche della concessione, ponendo in essere una soluzione transattiva del contenzioso derivante dalle esposte vicende ed incrementando l'importo complessivo



dell'investimento fino € 18.422.450,00. In particolare, l'atto attuativo del 2016 prevede una sostanziale modifica dell'opera (art. 5 co.5) e delle condizioni economiche di concessione (artt. 2-4) con:

- l'elevazione a n. 64 dei posti auto cedibili a terzi per 90 anni per un valore di € 48.400,00 (art. 3);
- l'elevazione della tariffa oraria della sosta in struttura a € 2,30 (art. 4);
- l'elevazione della tariffa oraria della sosta in superficie ad € 1,60 (cfr. asseverazione del PEF – allegato n. 2 alla memoria del Comune del 18.10.2019);
- l'eliminazione dei posti blu gratuiti in favore dei residenti, sostituiti con il diritto di concedere ai residenti la locazione dei posti auto in strada per un canone annuo di € 99,00 (art. 5).

In tale occasione, il concessionario ha dichiarato che le imprese originariamente responsabili dei lavori (Omissis Spa - ex Omissis Spa - Omissis Spa) avevano perduto le necessarie qualificazioni e cioè i requisiti speciali di capacità tecnica (cfr. n. 23 della premessa dell'accordo). Pertanto, in virtù dell'art. 177 D.Lgs. 50/2016 e dell'art. 1 dell'atto attuativo del 2016, Omissis s.p.a. selezionava il RTI omissis s.p.a./ Omissis s.r.l., cui affidare i lavori di costruzione del parcheggio interrato. La selezione avveniva mediante procedura ristretta, per un valore di € 10.942.893,84 (oltre accessori), pubblicata sulla GURI n.125/2016 (CIG 6841716AA4) e si è conclusa in data 19.7.2017.

I lavori, iniziati in data 12.9.2017 e suddivisi in 4 fasi, avrebbero dovuto concludersi il 15.3.2019 (cfr. art. 5 co. 7 dell'accordo attuativo del 10.11.2016); tuttavia, dall'esame della documentazione inviata all'Autorità **successivamente alla CRI**, si è appreso che:

- RTI omissis, sin dall'avvio delle lavorazioni, ha iscritto diverse riserve (n. 15) e ha proposto una variante, causando un progressivo deterioramento dei rapporti con Omissis s.p.a.;
- le parti, in data 14.10.2019, hanno risolto consensualmente il contratto di appalto;
- omissis s.p.a. ha scorso la graduatoria della gara del 2016, ottenendo la disponibilità alla prosecuzione dei lavori della terza classificata (RTI Omissis s.p.a.);
- il Comune di Omissis sta applicando la penale contrattuale da ritardo sin dal 15.3.2019 (€ 911,00 al giorno), con divieto di introitare i ricavi della gestione delle aree di parcheggio in superficie.

Ad oggi, i lavori sono sospesi e l'opera è stata completata solo fino alla fase 2 di 4, realizzando opere per un controvalore economico di € 5,7 milioni, su un totale di circa € 10,4 milioni (in particolare sono state completate le paratie di sostegno, in fase di collaudo, mentre deve essere ancora realizzato il parcheggio - cfr. documentazione depositata durante l'audizione del 22.1.2020 e nota del concessionario del 31.8.2020).

Su queste ultime specifiche questioni vi è diversità di vedute tra le parti ed è richiesta anche l'opinione dell'Autorità.

ommissis s.p.a. ritiene di poter procedere alla **sostituzione** dell'attuale appaltatore (RTI omissis), mediante scorrimento della graduatoria della gara svolta nel 2016 in favore del terzo classificato (RTI Omissis s.p.a.). Ciò, nonostante il rapporto tra Omissis s.p.a. e il RTI omissis si sia interrotto per mutuo consenso e non per risoluzione da inadempimento, invocandosi un'applicazione analogica o estensiva dell'art. 110 d.lgs. 50/2016 e, da ultimo, dell'art. 5 d.l. 76/2020.

Omissis s.p.a. invero ha già assunto la determinazione con delibere del c.d.a. del 22.7.2019 e del 19.2.2020 e con atto di mutua risoluzione del 14.10.2019, fondati anche su due pareri legali (allegati alla memoria prodotta dal Comune di Omissis in data 20.5.2020).



Il Comune di Omissis, invece, in più occasioni (da ultimo con la nota del 20.5.2020 e già con nota del 6.11.2019), ha espresso dubbi sull'applicabilità dell'art. 110 d.lgs. 50/2016 al caso di specie.

Quanto alle **penali contrattuali**, il Comune di Omissis le ritiene applicabili in ragione del superamento dei limiti temporali contrattualmente fissati di conclusione dei lavori (15.3.2019), mentre Omissis s.p.a. ritiene il ritardo imputabile a sopravvenienze/sorprese geologiche, che avrebbero meritato la redazione di una ulteriore variante (note del 28.5.2020 e dell'8.7.2020).

Tanto ciò premesso, l'Autorità

DELIBERA

Alla luce della complessità della vicenda e delle successive evoluzioni descritte, si procederà ad una sintesi delle criticità emerse e delle controdeduzioni offerte dalle parti, per poi successivamente esprimersi in riferimento alle stesse criticità e alle problematiche più recenti rappresentate dopo l'invio della CRI del 23.9.2019.

Una prima criticità attiene all'**elevata durata dell'affidamento e al grave inadempimento del concessionario**.

Con la CRI del 23.9.2019 era stato evidenziato che i lavori avrebbero dovuto concludersi in 28 mesi (in quanto l'art. 8 del contratto del 24.5.2020 concedeva 90 giorni per l'acquisizione delle autorizzazioni connesse al progetto definitivo, altri 90 giorni per la redazione di quello esecutivo e 22 mesi per l'esecuzione delle opere) e che la concessione avrebbe avuto una durata di 29 anni, con decorrenza dall'emissione del certificato di collaudo delle opere (art. 3-6 del contratto del 20.5.2004).

La concessionaria ha iniziato ad incassare gli introiti derivanti dalla gestione delle aree di parcheggio su strada in data 1.9.2004 (art. 7 della convenzione del 2004), di fatto, avviando la *fase di gestione* della concessione in tale data, seppur solo relativamente alla sosta su strada.

Invero, era emerso che la *progettazione* si è conclusa dopo quasi quattro anni (rispetto ai 180 giorni previsti in via contrattuale). I *lavori* sono rimasti sospesi:

- dal gennaio 2009 al marzo 2016, in conseguenza del crollo e delle conseguenti vicende penali;
- successivamente, sino al 12.9.2017, in relazione allo svolgimento della gara per la sostituzione dei soci operativi di omissis s.p.a., responsabili dell'esecuzione dei lavori.

Infine, i lavori, che avrebbero dovuto concludersi entro il 15.3.2019 (dopo l'affidamento al RTI omissis), a tutt'oggi, sono nuovamente sospesi ed è stata completata poco più della metà dell'opera.

Sotto altro profilo, si era contestato che la frana (in quanto derivante da un errore progettuale ed esecutivo del concessionario) e la successiva condotta di frode in pubbliche forniture (posta in essere da un socio operativo della concessionario) integrano il grave inadempimento contrattuale del concessionario. Inoltre, alla data del riaffidamento dei lavori (2016), l'opera era in stato embrionale (essendo i lavori interrotti dal dicembre 2009) e la eventuale risoluzione contrattuale non avrebbe impattato su un'opera sostanzialmente mai iniziata.

In sede di controdeduzioni, il *Comune di Omissis* ha condiviso il rilievo sull'eccessiva durata dell'intervento, tuttavia:

- imputa al concessionario i ritardi progettuali (dovuti anche a sopravvenienze normative ed



- amministrative) ed esecutivi (in particolare per la frana del 2008);
- ritiene che la perizia dell'Ing. Omissis (commissionata dal Comune di Omissis stesso nel 2009) non abbia accertato in maniera definitiva l'imputabilità del crollo, in assenza di uno specifico contenzioso (non avviato per ragioni di opportunità);
- non ha risolto il contratto, per l'incerto esito di un contenzioso, sia relativo alla frana che alla frode, in quanto la responsabilità penale dell'impresa che ha messo in sicurezza l'area non si estenderebbe al concessionario in modo automatico;
- afferma di aver valutato di proseguire l'opera, in quanto di rilevanza strategica.

Quanto agli ulteriori ritardi (successivi alla transazione del 2016), il Comune osserva che sta applicando le relative penali contrattuali sin dal 15.3.2019.

Omissis s.p.a. sostiene di aver rispettato le prescrizioni ricevute in sede di progettazione, mentre i ritardi sarebbero imputabili all'ente comunale (che avrebbe ritardato il rilascio dell'autorizzazione paesistica) o a difetti di progettazione definitiva (quelli relativi alla fase di esecuzione). I ritardi e le sospensioni relative al crollo e alle conseguenti vicende penali sarebbero inoltre imputabili alla *omissis spa*, la quale avrebbe agito in autonomia rispetto alla società di progetto, ai fini della messa in sicurezza delle aree. Si afferma inoltre che il contratto prevede solo ipotesi di risoluzione del contratto per fatto dell'Amministrazione e di recesso per sopravvenuto interesse pubblico; entrambe fattispecie che prevedono un indennizzo in favore del concessionario.

omissis s.p.a., inoltre, contesta la legittimità delle penali applicate dal 15.3.2019, in quanto riferibili ad errori progettuali o a sorpresa geologica, giustificanti una ulteriore variante contrattuale.

In sede di CRI, inoltre, sono state evidenziate criticità relative sostanzialmente **due varianti**:

- la variante del 2011, volta a ripristinare l'opera in conseguenza dell'evento franoso del 2008;
- la variante del 2016 che realizza un "nuovo piano della sosta di Omissis", con modifica sostanziale e radicale del sistema viario, di gestione dei parcheggi comunali e delle connesse condizioni economiche (come cristallizzato nell'atto transattivo del 2016, art. 5 co. 5).

In sede di controdeduzioni, le parti ascrivono la variante del 2011 alle ipotesi tipizzate dall'art. 25 co. 1 lett. b-*bis*) e lett. c) L. 109/94. *omissis s.p.a.* fa riferimento ad una perizia, del 2019, a sostegno di un'ulteriore richiesta di variante. Il Comune fa inoltre riferimento alla sopravvenienza di norme sismiche (cfr. p. 21 della memoria del 18.10.2019).

La variante del 2016 è ritenuta da entrambi attuativa della modifica del piano della sosta del Comune di Omissis *medio tempore* adottato e, secondo il *Comune di Omissis*, non stravolge l'impianto dell'originaria convenzione. Secondo *Omissis spa* la variante del 2016 sarebbe ascrivibile a modifica normativa (*ex art. 19 co. 2bis* L. 109/94), tanto da giustificare la modifica dell'equilibrio economico finanziario della concessione, ma non tanto da dar luogo a un nuovo affidamento.

Ulteriore criticità attiene **all'aumento complessivo dei costi**.

All'esito della CRI del 23.9.2019 e delle memorie prodotte dalle parti in sede di controdeduzioni, sono emersi i seguenti elementi, che solo in tale sede è stato possibile precisare con esattezza.

Il *costo complessivo* dell'intervento è stato elevato da € 8.663.804,00 (previsto nel contratto del 20.5.2004) ad € 18.422.450,00, IVA compresa, di cui € 13.750.000,00 per costo di costruzione (n. 21 della premessa dell'atto attuativo del 10.11.2016).



Il *contributo comunale* è stato pari a di € 900 mila, versato in sede di progettazione nel 2008. L'ulteriore *contributo comunale*, inizialmente previsto in € 1,69 milioni (dall'art. 5 del contratto del 20.5.2004) si è ridotto ad € 1 milione, di cui solo € 300 mila corrisposti (memoria del Comune del 18.10.2019, pag. 9). Dal confronto tra l'art. 13 del contratto del 20.5.2004 e l'art.2-4 dell'atto attuativo del 10.11.2016, è emerso che le *tariffe* per l'utilizzo dei posti auto sono aumentate:

- per la sosta in parcheggio (non ancora realizzato) da € 1,03 a € 2,30 l'ora;
- per la sosta su strada da € 0,50/€ 1,30 (a seconda della fascia oraria) a € 1,60 l'ora.

Per i residenti, si è passati da un abbonamento annuale (compreso tra € 80,00 e € 150,00) ad un abbonamento annuo di € 99,00, con eliminazione del parcheggio gratuito.

Inoltre, è stata introdotta la facoltà del concessionario di cedere il *diritto di superficie* di n. 64 posti auto/box in struttura, per 90 anni, al prezzo di € 48.400,00 (controvalore totale: € 3.097.600,00); tale facoltà non era ammessa nel contratto originario del 2004, ma solo nella successiva variante del 2008. In sede di controdeduzioni le parti hanno eccepito che i maggiori costi occorsi nel tempo sono rimasti a carico del concessionario e che il contributo pubblico, ad oggi, si è limitato ad € 300 mila, mentre la differenza sarà corrisposta solo all'esito del collaudo e sotto condizione che ci siano delle economie (p. 10 della memoria del concessionario del 22.10.2019; p. 12 della memoria del Comune del 18.10.2019). Si osserva inoltre che i maggiori costi di esecuzione sono connessi alle modifiche occorse in seguito alle varianti succedutesi nel tempo, ritenute legittime: pertanto anche i relativi aumenti sono valutati come legittimi (cfr. p. 3-4 della memoria di omissis s.p.a. del 22.10.2019).

Le parti eccepiscono infine che gli introiti della gestione del parcheggio (avviata sin dal 2004 da omissis s.p.a.) sono confluiti nel PEF (quindi anche in favore del Comune), non costituendo un vantaggio indebito per la concessionaria e che la concessione è rimasta invariata (pari a 29 anni).

Infine, sono state espresse riserve sulla **qualificazione del concessionario**.

In sede di CRI, è stato contestato che l'affidamento in oggetto è un *project financing* disciplinato *ratione temporis* dall'art. 37 *bis* e ss. L. 109/94: la perdita dei requisiti di qualificazione, durante la vigenza del contratto, dunque, avrebbe dovuto determinare la risoluzione del rapporto *ex art. 37 quinquies* co. 1^{ter} L. 109/94 e del consolidato orientamento giurisprudenziale ("*secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità*" - Ad. Plen., n. 8/2015). In tal senso depongono anche:

- l'art. 18 co. 1, primo alinea, della convenzione, prevede la decadenza "*in caso di cessione, anche parziale e sotto qualsiasi forma, della presente concessione a terzi soggetti*";
- l'art. 9.2.1. dello statuto della concessionaria, dispone che "*ai sensi dell'art.37 quinquies comma 1^{ter} legge n. 104/1994 e smi nei limiti del 51 per cento del capitale sociale sono intrasferibili sino all'emissione del certificato di collaudo del parcheggio interrato*".

Si era pure contestata la legittimità dell'individuazione dell'ulteriore appaltatore mediante procedura ristretta, richiamando l'art. 177 D.Lgs. 50/2016, norma *ratione temporis* inapplicabile che si occupa di ipotesi in cui l'affidamento originario sia avvenuto senza gara (contrariamente al caso in esame).

In sede di controdeduzioni, il *Comune di Omissis* ha eccepito che la perdita dei requisiti di qualificazione



del concessionario (soprattutto in quanto dovuta a crisi dei soci esecutori dei lavori) non comporta la risoluzione del contratto di concessione, in quanto i principii richiamati dall'Adunanza Plenaria 8/2015 (in tema di continuità dei requisiti) non sarebbero applicabili al settore delle concessioni (o del *project financing*) e la risoluzione per perdita dei requisiti non sarebbe ipotesi espressamente prevista in via contrattuale.

Omissis spa, condividendo la tesi del Comune, ha eccepito di non aver mai perduto i requisiti relativi alla *gestione* dell'opera e che il nuovo appaltatore sarebbe stato individuato comunque mediante evidenza pubblica, *ex art.* 177 D.Lgs. 50/2016.

Considerato in diritto

1) L'oggettività e la gravità dei **ritardi** appaiono indiscutibili: a fronte di una durata contrattuale teorica dei lavori (comprensiva della progettazione) di 28 mesi, dopo oltre 16 anni, l'opera è stata completata per poco più della metà e oggi i lavori sono sospesi.

Inoltre, quantomeno i ritardi connessi alla frana e alla sospensione dei lavori per le vicende penali occorse avrebbero dovuto ritenersi imputabili a *omissis s.p.a.*:

- i primi in quanto la frana, a parere del collaudatore in corso d'opera, è imputabile all'esecuzione delle lavorazioni in difformità dal progetto esecutivo;
- i secondi, relativi al periodo più lungo di sospensione (dal gennaio 2009 al marzo 2016), sono riferibili alla condotta di frode posta in essere da uno dei soci operativi della società di progetto di *omissis s.p.a.*, accertata in sede penale.

Entrambe le condotte, diversamente da quanto eccepito dal concessionario, avrebbero dovuto ritenersi contrattualmente riferibili allo stesso, anche alla luce del chiaro disposto dell'art. 37 *quinquies* co. 1 *bis* L. 109/94 (*ratione temporis* applicabile): "*i lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società disciplinate dal comma 1 si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci*".

Le eccezioni delle parti - relative al mancato accertamento in via giudiziale dei fatti e le incertezze che sarebbero derivate da eventuali contenziosi - non escludono il significativo rilievo oggettivo dei ritardi stessi, né la loro riferibilità, in via contrattuale, al concessionario.

Allo stesso modo, deve imputarsi al concessionario il successivo ritardo provocato dalla necessità di individuare nuovi soggetti qualificati per l'esecuzione delle lavorazioni (ritardo maturato fino al 12.9.2017, data di avvio delle nuove lavorazioni). Tale ritardo, infatti, è stato causato dalla necessità di garantire il recupero dei requisiti e delle capacità perdute del concessionario, il quale ha un preciso obbligo di mantenere i requisiti di qualificazione necessari allo svolgimento delle lavorazioni per l'intera durata dell'esecuzione contrattuale (Ad. Plen. 8/2015, ma l'argomento sarà ripreso oltre).

2) In riferimento alle **varianti**, costituisce *ius receptum*, che le stesse sono ammissibili nelle sole ipotesi tassativamente previste dalle norme, nel caso di specie, individuate dall'art. 25 L. 109/94 (Delibera ANAC 388/2017).

In riferimento alla **variante del 2011**, il Comune e la concessionaria ascrivono la stessa, rispettivamente, ad un adeguamento antisismico o a sorpresa geologica e difficoltà impreviste: la contraddittorietà dei



riferimenti normativi citati evidenzia l'illegittimità della variante. Peraltro, dall'esame dello stralcio della perizia prodotta dalla concessionaria, non è stato possibile individuare gli adeguamenti alla normativa antisismica citati dal Comune di Omissis.

Invero, alla luce delle considerazioni svolte dal collaudatore statico in corso d'opera (riportate anche nella delibera del consiglio comunale di Omissis del 10.10.2016), sembra che la variante del 2011 sia stata posta in essere al fine di riparare ad un errore progettuale/esecutivo della concessionaria, legittimante piuttosto una risoluzione contrattuale.

Anche in ordine alla variante del 2016, le eccezioni delle parti sono in contraddizione tra loro, poiché il Comune ritiene che non vi sia stato uno stravolgimento della convenzione originaria (sottendendo che non sia occorsa una variante), mentre omissis s.p.a. la ritiene un *factum principis*, quindi ammettendo che trattasi di una variante.

Invero, con l'accordo del 2016 si modifica significativamente l'opera, prevedendo: un nuovo piano della sosta comunale (con implementazione di un piano ZTL originariamente non previsto – cfr. art. 5 dell'accordo del 10.11.2016); il sostanziale raddoppio dell'investimento iniziale (elevato a oltre 18 milioni di euro, rispetto agli originari 8 milioni); la modifica del piano tariffario e delle penali contrattuali (come emerge dagli artt. 2, 4 e 5 dell'accordo attuativo del 10.11.2016).

Nel complesso, le modifiche apposte non sono ascrivibili a nessuna delle ipotesi tipizzate dall'ordinamento e avrebbero meritato l'indizione di una nuova gara.

3) Conseguentemente appaiono illegittimi anche gli aumenti sopravvenuti – sia in termini di investimento, che tariffari – in quanto volti a compensare, i maggiori costi connessi alle varianti adottate. In particolare, deve osservarsi che gli aumenti tariffari sono corrisposti dall'utenza, cittadina e non, e quindi ricadono su questi ultimi, piuttosto che sul concessionario (come sostenuto dalle parti). Residuano inoltre dubbi in ordine alla cedibilità del diritto di superficie sui posti auto/box in struttura, per un periodo di addirittura 90 anni, completamente scollegato dalla durata originaria della concessione (29 anni): tale diritto non appare inserito nel contratto iniziale (2004) ma, per ammissione anche delle parti, solo nell'atto integrativo del 2008.

Infine, deve osservarsi che, in conseguenza dei ritardi occorsi, non è mai decorso il termine di 29 anni per la gestione dei parcheggi su strada: infatti, la odierna durata dei lavori (16 anni) si sta sommando al periodo complessivo di durata contrattuale della gestione (appunto 29 anni), decorrenti dalla conclusione dell'opera. Di fatto, pertanto, tale ritardo ha aumentato nel tempo il periodo di gestione complessivo dei parcheggi su strada del concessionario e i relativi ricavi.

Per completezza, deve darsi atto che il concessionario ha dichiarato di versare annualmente al Comune una quota di tali ricavi (come riferito nella memoria del 22.10.2019, p. 3).

4) In riferimento alla qualificazione del concessionario (e alla relativa perdita dei requisiti), oltre quanto rilevato in ordine ai ritardi incidenti sull'esecuzione dei lavori, si osserva quanto segue.

Il rapporto tra il Comune di Omissis e omissis s.p.a. a tutt'oggi è regolato dal contratto di *project financing* stipulato in data 20.5.2004 (ancorchè più volte modificato) e *ratione temporis* dall'art. 37bis e ss. L. 109/94.



omissis s.p.a., quale società di progetto, ha assunto l'obbligo e il rischio di realizzare l'opera (ex art. 37 bis co. 1 L. 109/94) e successivamente gestirla. I soci qualificanti e responsabili dell'esecuzione dei lavori al tempo dell'aggiudicazione (2004) erano: Omissis S.p.a., Omissis S.p.a., Omissis S.p.a.

Rilevano dunque:

- l'art. 37 *quinquies* co. 1 *ter* L. 109/94 che dispone "Il contratto di concessione stabilisce le modalità per la eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società ed a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera";
- l'art. 18, co. 2, 1° alinea, della convenzione che dispone che il concessionario può decadere "in caso di cessione, anche parziale, della presente convenzione e sotto qualsiasi forma della presente convenzione".

Alla luce di tali norme, una volta accertato che i suddetti soci operativi avevano perso i requisiti di qualificazione (cfr. n. 23 delle premesse dell'atto attuativo transattivo del 10.11.2016) e tenuto conto che le opere non erano state collaudate (ma anzi si trovavano in uno stadio embrionale), la concessione poteva essere risolta e l'opera eventualmente proseguire ai sensi dell'art. 37 *octies* L. 109/94 (richiamato anche dall'art. 18 co. 6 della convenzione del 20.5.2004).

La conclusione trova un chiaro fondamento anche nel consolidato principio di continuità nel possesso dei requisiti e immodificabilità soggettiva anche dell'esecutore dell'affidamento pubblico, di recente ribadito dalla sentenza del Cons. St., IV, n. 4401 del 9.7.2020: "il consolidato insegnamento della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, in base al quale si impone la continuità nel possesso dei requisiti soggettivi, dal momento della presentazione della domanda al momento di stipula del contratto, anche in caso di subappalto e, comunque, fino al completamento dell'esecuzione" (cfr. in senso analogo, anche Cons. Stato, Ad. plen., nn. 10 del 2016, 5 e 6 del 2016, 8 del 2015, 15 e 20 del 2013, 8 del 2012 e 1 del 2010; nonché Corte di giustizia UE, sez. IX, 10 novembre 2016, C-199/15).

Il medesimo principio è stato affermato anche con specifico riferimento al *project financing*: "Nella procedura di finanza di progetto, così come in tutte le procedure concorsuali, risponde all'interesse pubblico che, nella fase successiva all'individuazione del promotore (in tal senso cfr. Cons. Stato, 2 ottobre 2009, n. 6009), il concorrente, prima, e l'aggiudicatario, poi, mantenga per tutta la durata della procedura, ed anche nella fase esecutiva dell'opera, i requisiti documentati al momento della partecipazione, per evitare che un operatore economico si trovi a realizzare l'opera quando, per vicende sopravvenute, non dia più affidamento sulle capacità tecnico professionali che avevano consentito l'aggiudicazione a suo favore" (Cons. St., V, 3608/2018).

Con ciò appaiono smentite le eccezioni formulate dalle parti, in ordine alla pretesa inapplicabilità del principio di continuità dei requisiti al caso di specie.

4.1) Ad ulteriore comprova dell'illegittimità di tale affidamento (del 2016), deve osservarsi che tale procedura è stata giustificata mediante un richiamo all'art. 177 d.lgs. 50/2016, a mente del quale "(...) i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare, una



quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica (...)".

La norma richiamata è evidentemente inapplicabile al caso di specie, in primo luogo *ratione temporis* in quanto il rapporto tra concedente e concessionario era regolato dalla L. 109/94.

In secondo luogo, ferma la valenza assorbente di quanto appena rilevato, deve osservarsi che omissis s.p.a. è risultata assegnataria di un *project financing* all'esito di una procedura ad evidenza pubblica (cfr. p. 4 delle premesse della convenzione del 20.5.2004), mentre la norma ha quale presupposto applicativo proprio la mancanza a monte di una procedura di evidenza pubblica. Nel caso di specie, dunque, viene a mancare il presupposto oggettivo di applicabilità della norma.

In conclusione, la procedura di gara mediante la quale omissis s.p.a., nel 2016, ha affidato l'esecuzione dei lavori alla RTI omissis ha concretato null'altro che la sostituzione degli originari soci, in violazione dell'art. 37 *quinquies* co. 1 *ter* L. 109/94, dell'art. 18 della convenzione del 20.5.2004 e dell'art. 177 d.lgs. 50/2016.

5) Le esposte criticità sono in gran parte confluite **nell'accordo transattivo** del 10.11.2016, sostanzialmente ispirato alla volontà di proseguire un'opera ritenuta di interesse strategico e che ha legittimato talune scelte ulteriori, quale la sostituzione del socio operativo di omissis s.p.a. Di tale accordo e del notevole lasso di tempo intercorso, per un verso, deve prendersi atto, in quanto hanno comunque cristallizzato e condizionato le successive scelte delle parti. Per altro verso, la scelta transattiva non può dirsi sia stata ottimale sotto il profilo dei principii di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, perché non ha condotto ad una effettiva e rapida realizzazione dell'opera, ad oggi ulteriormente in ritardo (in quanto completata per poco più di metà).

Inoltre, la rinuncia transattiva del Comune ad ogni pretesa relativa alle pregresse criticità e le nuove condizioni poste (art. 9 dell'accordo del 10.11.2016), con parziale novazione oggettiva del precedente contratto del 20.5.2004 (art. 7 dell'accordo), realizzano una situazione che si pone in contrasto con la consolidata opinione secondo la quale *"dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, a tale appalto non può essere apportata una modifica sostanziale senza l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, anche qualora tale modifica costituisca, obiettivamente, una modalità di composizione transattiva comportante rinunce reciproche per entrambe le parti, allo scopo di porre fine a una controversia, dall'esito incerto, sorta a causa delle difficoltà incontrate nell'esecuzione di tale appalto"* (Corte di Giustizia UE, 7.9.2016, C 549/14; in termini Corte di Giustizia UE, 14.11.2013, C 221/12; Corte di Giustizia UE, C 454/06, Corte di Giustizia UE, 2.4.2004, C 496/99; Cons. St., VI, 8.4.2015, n. 1778; Cons. St., V, 2.2.2010, n. 445; Cons. St., VI, 2.8.2004, n. 5365; Delibera AVCP n. 103 del 5.12.2012).

6) Come esposto nella ricostruzione dell'evoluzione dell'affidamento, solo successivamente all'invio della CRI del 23.9.2019, sono emerse ulteriori circostanze sulle quali si è chiesta l'opinione dell'Autorità. In particolare è emerso che i lavori sono attualmente sospesi e omissis s.p.a. intende completare l'opera, affermando la **legittimità del subentro** del omissis in luogo del omissis, ai sensi dell'art. 110 d.lgs. 50/2016.



6.1) Invero, anche questa ulteriore sostituzione pare non conformarsi all'assetto normativo di riferimento, in virtù delle medesime considerazioni svolte in riferimento alla sostituzione, occorsa nel 2016, degli originari soci operativi della omissis s.p.a. con il RTI omissis.

Infatti, per le ragioni già espresse al par. 4 della presente delibera, la modifica soggettiva odiernamente prospettata da omissis s.p.a. si pone in contrasto con i medesimi principi di continuità nel possesso dei requisiti e di immodificabilità soggettiva dell'esecutore, da ritenersi violati in occasione della modifica soggettiva del 2016.

Pertanto, e per ciò solo, devono condividersi i dubbi espressi dal Comune di Omissis, ritenendosi la illegittimità della modifica soggettiva prospettata dal concessionario.

6.2) Alla medesima conclusione pare doversi pervenire, tuttavia, anche ove voglia esaminarsi la questione valorizzando esclusivamente gli eventi successivi al 2016, come cristallizzati dall'atto attuativo del 10.11.2016.

Il rapporto di appalto di lavori tra omissis s.p.a. e il RTI omissis sorge nel 2016, in seguito ad una procedura ad evidenza pubblica, ex art. 61 d.lgs. 50/2016.

Le parti hanno risolto in via consensuale il contratto di appalto, in data 14.10.2019, in quanto era compromesso il reciproco rapporto di fiducia e si volevano sterilizzare ulteriori pretese economiche del RTI omissis (cfr. lett. p-s delle premesse dell'accordo); non era quindi integrata la fattispecie della risoluzione per inadempimento, che è notorio presupposto per l'applicabilità dell'art. 110 citato.

A giudizio di *omissis s.p.a.*, tuttavia, tale motivazione costituirebbe, per un verso, un fatto soggettivo dell'appaltatore (pur non essendo stato contestato alcun inadempimento). Per altro verso, l'interpello previsto dall'art. 110 d.lgs. 50/2016 dovrebbe ammettersi anche in caso di risoluzione consensuale, in virtù di un'interpretazione estensiva della norma, fondata sui principi del buon andamento, economicità ed efficienza (si tratterebbe di soluzione poco dispendiosa, che evita la ripetizione della gara, mantiene i prezzi di riferimento al 2016, senza alterare il progetto).

La tesi, nonostante le perplessità del Comune di Omissis, è ribadita più volte: nella lett. r) delle premesse dell'atto di risoluzione del 14.10.2019; nelle delibere di omissis s.p.a. del 22.7.2019 e del 19.2.2020, cui sono allegati due pareri legali del 2.2.2020 e del 14.2.2020; nella memoria del 28.5.2020, che fa espresso rinvio ai citati pareri legali, sui quali vale la pena soffermarsi per completezza.

➤ Il *primo parere legale* del 2.2.2020, dopo aver ricostruito l'istituto dell'interpello previsto dall'art. 110 d.lgs. 50/2016, dà atto che anche secondo la prevalente giurisprudenza la norma è di stretta interpretazione ed è applicabile solo in talune ipotesi tipizzate di risoluzione (per inadempimento o perdita dei requisiti dell'appaltatore), al di fuori delle quali la norma non può utilizzarsi.

Tra queste ipotesi non rientra la risoluzione consensuale: infatti, i pochi precedenti giurisprudenziali richiamati a sostegno di un'interpretazione estensiva sembrano non pertinenti e nessuno ammette lo scorrimento dopo una risoluzione consensuale.

Infatti, alcuni precedenti estendono agli appalti di servizi o concessione l'art. 110 d.lgs. 50/2016 (o della pari norma di cui all'art. 140 d.lgs. 163/2006); in altri casi lo scorrimento è avvenuto in conseguenza dell'annullamento o della revoca dell'aggiudicazione, per mancanza dei requisiti di aggiudicazione, e quindi per fatti imputabili all'aggiudicatario (Cons. St. 2106/2018; Cons. St.



1050/2017); anche la sentenza del TAR Lombardia 1339/201 pare poco pertinente in quanto trae origine da una situazione di default dell'appaltatore e successiva transazione (ipotesi dunque connessa al mancato possesso dei requisiti generali); in altro precedente (TAR Bolzano 338/2008), lo scorrimento della graduatoria è ammesso, nell'ambito di una concessione di servizi revocata a causa di plurime inadempienze del primo concessionario (e non quindi in riferimento ad una risoluzione consensuale).

Tuttavia, il parere sostiene comunque la legittimità di un'interpretazione estensiva della norma, fondata sui principi di buon andamento, efficienza ed economicità.

- Il *secondo parere legale* (reso in data 14.2.2020), come il primo parere, esclude l'applicabilità nel caso di specie dell'art. 110 d.lgs. 50/2016, in quanto norma operante solo in ipotesi tassative.

Tuttavia, si afferma che il rapporto tra omissis s.p.a. e RTI omissis sarebbe sottratto alle norme in materia di esecuzione di contratti pubblici (ex art. 2 co. 3 L. 109/94 e art. 164 co. 5 d.lgs. 50/2016), in quanto si tratterebbe di un appalto affidato da un concessionario di lavori ad un terzo, che si articolerebbe secondo logiche sostanzialmente privatistiche.

L'applicazione del d.lgs. 50/2016 sarebbe poi esclusa:

- *ratione temporis*, perché il rapporto tra omissis s.p.a. e RTI omissis sarebbe regolato dalle norme vigenti al tempo dell'aggiudicazione della concessione (2004);
- dal fatto che il contratto stipulato tra omissis s.p.a. e il RTI omissis in data 20.7.2017 non farebbe mai riferimento alle norme del d.lgs. 50/2016.

A tal specifico riguardo, deve precisarsi che, in più occasioni (da ultimo con nota prot. U. 39696 del 29.5.2020), l'Autorità ha chiesto alle parti copia del contratto d'appalto stipulato in data 20.7.2017 tra omissis s.p.a. e il R.T.I. omissis, senza ricevere alcun riscontro, nonostante le memorie successivamente inviate (da ultimo in data 8.7.2020, da omissis s.p.a.).

6.3) Ebbene, pur volendo esaminare la vicenda valorizzando atomisticamente i fatti e i rapporti sviluppatisi successivamente al 2016, deve dubitarsi della legittimità dello scorrimento in conseguenza della risoluzione consensuale, ai sensi dell'art. 110 d.lgs. 50/2016.

Infatti, già secondo i pareri legali riportati e nelle stesse delibere di omissis s.p.a., la prospettata soluzione si pone in contrasto con l'art. 110 che è norma di stretta interpretazione, non applicabile al di fuori dei casi tassativamente previsti, tra i quali non rientra la risoluzione consensuale.

In tal senso, e a beneficio delle parti, vale la pena ribadire la chiara *ratio* della norma: ove si ammettesse uno scorrimento della graduatoria in presenza di ogni risoluzione consensuale, si potrebbe facilmente eludere l'esito della gara, delineandosi un'ipotesi di cessione del contratto di appalto pubblico; circostanza questa contraria al principio generale di immodificabilità soggettiva dell'appaltatore pubblico. Infatti, se così non fosse, si potrebbe teoricamente verificare che la possibilità di scorrere – di risoluzione in risoluzione – la graduatoria fino a giungere all'operatore economico "gradito" con il quale dare esecuzione al contratto di appalto.

È preclusa la possibilità di procedere allo scorrimento della graduatoria formatasi all'esito dell'originaria procedura di gara, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture, qualora il pregresso rapporto contrattuale sia venuto meno per mutuo consenso delle parti.



Anche la tesi “privatistica” (sostenuta nel parere del 14.2.2020), non può essere condivisa, perché tesa a escludere l’applicazione dell’art. 110 del d.lgs. 50/2016 prendendo le mosse dall’assunto (infondato) secondo cui il rapporto tra omissis s.p.a. e RTI omissis sarebbe da ritenersi sostanzialmente “privato” o comunque ampiamente sottratto alle regole pubblicistiche in tema di contratti pubblici.

Nello specifico, la tesi da ultimo prospettata appare priva di fondamento perché:

- originariamente (nel 2004), l’esecutore delle opere era un socio operativo della società di progetto omissis s.p.a., e non un mero appaltatore, obliterando completamente che l’esecutore del contratto in esame deve essere un socio della società di progetto, tenuto al rispetto di diritti e obblighi nascenti dal contratto del 2004; peraltro, e per questo motivo, nel rapporto tra il Comune di Omissis e omissis s.p.a. deve farsi riferimento al contratto del 20.5.2004, in quanto sorto all’esito di una gara condotta in quella data;
- diversamente, per regolare il rapporto tra omissis s.p.a. e il RTI omissis deve farsi riferimento al bando di gara pubblicato nel 2016, a maggior ragione ove si affermi (come fa omissis s.p.a.) che si tratti di un rapporto “altro” e disgiunto dal rapporto con il concedente. In tal senso, pur volendo ammettersi che omissis s.p.a. operi quale concessionario di lavori pubblici (e non quale concessionario di un *project financing*), e che abbia in tale veste assegnato l’appalto con bando pubblicato il 21.10.2016, deve richiamarsi l’art. 1 co. 2 lett. c) d.lgs. 50/2016 secondo il quale: “*Le disposizioni di cui al presente codice si applicano, altresì, all’aggiudicazione dei seguenti contratti (...) c) lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici;*”. Tra le norme in tema di contratti pubblici che si applicano ai contratti affidati dai concessionari di lavori pubblici, dunque, vi è anche l’art. 110 d.lgs. 50/2016; ed infatti, tale norma è espressamente richiamata nella lett. r) delle premesse dell’atto di risoluzione consensuale del 14.10.2019, oltre che nelle varie delibere adottate;
- in ogni caso, tutta la documentazione esaminata induce a ritenere che omissis s.p.a. abbia scelto di applicare il d.lgs. n. 50/2016 nei rapporti con il RTI omissis, in quanto:
 - il bando di gara è stato indetto e condotto ai sensi del d.lgs. 50/2016 (è stata indetta una procedura ristretta ai sensi dell’art. 61 e sono state rispettate tutte le relative norme);
 - nella fase esecutiva sono stati eseguiti pagamenti, iscritte riserve e gestite le varianti nel cono applicativo del d.lgs. 50/2016;
 - le riserve pendenti saranno gestite secondo la procedura di accordo bonario prevista dall’art. 205 d.lgs. 50/2016 (cfr. art. 2.4 dell’atto di risoluzione del 14.10.2019).

Resta precluso l’esame del contratto del 20.7.2017 (tra omissis s.p.a. e RTI omissis), in quanto, seppur più volte richiesto (anche da ultimo con nota del 28.5.2020), non è mai stato prodotto nella pur lunghissima istruttoria condotta nel presente procedimento.

Da ultimo deve dubitarsi dell’applicabilità dell’art. 5, co. 4, d.l. 76/2020, che consentirebbe lo scorrimento della graduatoria in caso di sospensione del contratto (come segnalato da ultimo dal concessionario con nota del 31.8.2020). Infatti, in proposito sorgono diversi dubbi sull’applicabilità della norma: oltre al fatto che *prima facie* la stessa sembra applicabile solo ai lavori, per un verso non pare essere stata rispettata la procedura ivi prevista (che impone il previo coinvolgimento del collegio consultivo tecnico), per l’altro, non è nemmeno più in essere tra omissis e del RTI omissis il contratto



– che l'articolo citato sembra richiedere come presupposto fattuale prodromico – in quanto risolto *inter partes* per mutuo consenso. Da tanto discende, peraltro che l'impossibilità di proseguire il rapporto tra le parti non sia ascrivibile ad una impossibilità materiale o giuridica, come sembrerebbe suggerito dalla norma invocata.

Conclusivamente, la sostituzione del RTI omissis con il omissis, odiernamente prospettata da omissis s.p.a., al fine di affidare a quest'ultimo la prosecuzione delle opere:

- si pone in contrasto con l'art. 37 *quinquies* co. 1^{ter} L. 109/94, l'art. 18 della convenzione del 20.5.2004 e l'art. 177 d.lgs. 50/2016, come già avvenuto con la estromissione dei soci operativi di omissis s.p.a. e con l'affidamento dei lavori alla RTI omissis;
- dovrebbe comunque ritenersi preclusa dall'art. 110 D.Lgs. 50/2016.

7) Da ultimo occorre fare riferimento alla questione delle **penali contrattuali** che il Comune di Omissis sta applicando in ragione del ritardo dei lavori, fermi dal 15.3.2019.

Secondo omissis s.p.a. il ritardo sarebbe giustificato, in quanto imputabile a soprese geologiche che avrebbero meritato una ulteriore perizia di variante.

Effettivamente, i tecnici che si sono espressi sul punto ascrivono la necessità della perizia a sorpresa geologica, causata dalla particolare conformazione del fronte della collina da scavare, evidenziata nell'ambito del monitoraggio sull'opera condotto in corso di esecuzione (cfr. parere del collaudatore del 5.4.2019, allegato alla memoria del omissis s.p.a. del 18.10.2019; nonché tutti gli altri richiamati nella memoria dei omissis s.p.a. del 28.5.2020).

Anche tenuto conto della complessità della vicenda descritta (sia sotto il profilo contrattuale che di vigilanza) non possono sindacarsi tali valutazioni tecniche, che comunque spettano agli organi del procedimento e alle parti del contratto. Tuttavia, deve osservarsi che la odierna sospensione dei lavori è occorsa in parte per i descritti motivi tecnici e, in altra parte, per l'avvenuta risoluzione consensuale del rapporto tra omissis s.p.a. e il RTI omissis, motivata dall'incrinarsi delle ragioni di reciproca fiducia. Peraltro, le sorprese geologiche evidenziate sono emerse nell'ambito dell'esecuzione di lavori, di fatto, avviati solo nel 2017, per cause sostanzialmente riferibili al concessionario, che ha svolto la progettazione esecutiva, in almeno tre occasioni (2008, 2011 e 2016), ponendola pure a base di una gara (2016).

Resta dunque nella competenza del Comune la valutazione in ordine alla corretta rilevanza dei prospettati ritardi e delle connesse, eventuali, varianti.

Per tutto quanto esposto si esprimono le seguenti

Conclusioni

Le criticità evidenziate nei paragrafi 1-4 della sezione "*considerato in diritto*" della presente delibera, e per i motivi ivi indicati, appaiono gravi e significative, dovendo tuttavia prendersi atto che sono confluite e hanno trovato parziale definizione nell'atto attuativo/accordo transattivo del 10.11.2016, il quale, a



propria volta, per un verso, si pone in contrasto con l'assetto normativo (par. 5) e, per altro verso, anche in ragione del tempo intercorso, ha condizionato e orientato le successive valutazioni delle parti, volte a garantire la prosecuzione e la realizzazione dell'opera.

In ordine alle ulteriori criticità in essere, si ritiene che la modificazione soggettiva dell'esecutore materiale delle opere, prospettata da omissis s.p.a., si ponga in contrasto con l'assetto normativo di riferimento, per le ragioni esposte al paragrafo 6; mentre in riferimento alla attuale sospensione dei lavori, si richiama quanto affermato al paragrafo 7.

Si esprime inoltre la seguente **raccomandazione**: tenuto conto che il Comune di Omissis ha espresso il persistente interesse pubblico alla prosecuzione dell'opera, le parti potranno individuare una modalità di prosecuzione del rapporto alle medesime condizioni attuali e senza ulteriori modifiche contrarie all'assetto normativo, che comunque non consente di superare le criticità già evidenziate e connesse all'atto attuativo del 10.11.2016. Diversamente, ove il rapporto tra il concedente e il concessionario si dovesse risolvere, l'opera potrà essere proseguita ai sensi dell'art. 37 *octies* L. 109/94 oppure mediante nuovo affidamento.

La stazione appaltante è altresì invitata a comunicare all'A.N.AC. le eventuali determinazioni al riguardo assunte, entro il termine di 45 giorni dalla comunicazione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22, del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 4.7.2018.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 11 settembre 2020

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente