



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 206 DEL 25 NOVEMBRE 2015

PREC 214/15/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 presentata dal Comune di Verona - “*Progettazione, realizzazione e gestione del collegamento stradale per il completamento dell’anello circonvallatorio a nord e traforo delle Torricelle*” - Importo a base di gara: 802.080.337,17 euro - S.A: Comune di Verona

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 27 luglio 2015, il Comune di Verona ha presentato un’istanza di parere, ai sensi dell’articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006, sulla procedura di project financing per la “*Progettazione, realizzazione e gestione del collegamento stradale per il completamento dell’anello circonvallatorio a nord e traforo delle Torricelle*”, al fine di conoscere la posizione dell’Autorità in ordine all’intenzione del Comune di indire una nuova procedura per l’affidamento del contratto in questione, mettendo a base di gara la proposta modificata del promotore.

Il Comune di Verona, con avviso indicativo pubblicato il 9 aprile 2008, aveva indetto una procedura ai sensi dell’articolo 153 del d.lgs. n. 163/2006, allora vigente, in esito alla quale erano pervenute tre proposte. Con deliberazione della giunta Comunale n. 152 del 29 maggio 2009 era stata dichiarata di pubblico interesse la proposta presentata dal raggruppamento temporaneo Technital S.p.A. - Verona Infrastrutture Consorzio Stabile, individuato come promotore, che dopo essere stata adeguata e modificata secondo alcune richieste del Comune, veniva approvata. Con successiva deliberazione n. 235 del 9 agosto 2011, il Comune approvava il piano economico finanziario, la bozza di convenzione e la disciplina di gara e conseguentemente, in data 10 agosto 2011, indiceva la procedura ristretta ai sensi dell’articolo 155 del d.lgs. n. 163/2006, allora vigente, per l’individuazione dei due migliori offerenti da invitare poi alla procedura negoziata.

Il bando disponeva che “*l’opera sarà realizzata a totale cura e spese del concessionario, fatto salvo un contributo economico da parte della Società Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A. dell’importo complessivo di euro 53.349.091,00, la cui erogazione è distribuita nell’arco di cinque anni sulla base degli stati di avanzamento dei lavori [...]. L’effettiva erogabilità del suddetto contributo economico è condizionata all’efficacia della delibera CIPE del 5/5/2011 «Approvazione dell’integrazione delle prescrizioni apposte alla delibera CIPE 18/11/2010 n. 94, sullo schema di convezione unica tra la società Autostrada Brescia – Padova e ANAS S.p.A.» che è attualmente in attesa di*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

registrazione da parte della Corte dei Conti. Pertanto, sono sottoposti alla condizione sospensiva gli interventi direttamente correlati al predetto contributo che il Promotore ha provveduto ad inserire nel progetto preliminare posto a base di gara su richiesta del Comune di Verona e approvati con Deliberazione della Giunta Comunale n. 148 del 07/06/2011. In relazione all'effettiva erogabilità del predetto contributo economico, il piano economico-finanziario potrà essere oggetto di revisione mediante rideterminazione delle condizioni di equilibrio, prima dell'affidamento della Concessione”.

Il bando prevedeva, altresì, che qualora la procedura ristretta fosse andata deserta o non risultassero offerte ammissibili, la concessione sarebbe stata aggiudicata al soggetto promotore previa negoziazione di migliorie con lo stesso.

Poiché la procedura di gara ristretta era andata deserta, in data 21 febbraio 2013, si procedeva all'aggiudicazione provvisoria della concessione in project financing al promotore e, in data 6 marzo 2013, all'aggiudicazione definitiva.

Successivamente, nelle more della stipula del contratto, il promotore aveva manifestato l'esigenza di apportare delle modifiche al progetto ed al contratto al fine di garantirne la sostenibilità economica. In particolare, egli proponeva di realizzare gli interventi in due fasi successive: nella prima, sarebbe stata realizzata una prima carreggiata, con una corsia per senso di marcia ed un unico fornice bidirezionale per il traforo delle Torricelle; nella seconda, sarebbe stato ampliato il collegamento stradale realizzando la seconda carreggiata in affiancamento a quella già in esercizio e sarebbe stato realizzato l'altro fornice, in affiancamento al primo. Tali modifiche, che rimodulavano i termini di entrata in esercizio dei due trafori – il primo nell'anno 2017, il secondo nell'anno 2027 - e modificavano anche il piano economico-finanziario, erano giustificate dalla mutata domanda di trasporto dell'asse infrastrutturale interessato dai lavori, nonché dalle condizioni del mercato finanziario, a causa delle grave congiuntura economica del Paese.

Alla luce di tali circostanze, con istanza del 17 aprile 2014, era stato richiesto un parere all'Autorità che si era pronunciata, in data 17 novembre 2014, sulla possibilità di modificare il piano economico-finanziario, i termini e le modalità di esecuzione della concessione, già aggiudicata al soggetto promotore - il raggruppamento temporaneo con mandataria la società Technital S.p.A. e mandante Verona Infrastrutture Consorzio Stabile e soggetti ausiliari l'Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Società Autostrade Serenissima S.p.A. – e sulla possibilità di avviare una procedura negoziata ex articolo 57 del d.lgs. n. 163/2006 a cui invitare gli operatori economici che avevano manifestato interesse a partecipare alla gara per l'individuazione dei competitori e lo stesso promotore. Sul punto, il parere dell'Autorità concludeva, rispetto alla proposta allora avanzata dal Comune, nel senso che *“sembra difficilmente sostenibile la legittimità della stessa alla luce dell'attuale Codice de contratti pubblici”*, in considerazione del fatto che le modifiche alla proposta originaria erano tali da incidere in maniera sostanziale sulla modalità di realizzazione dell'opera - la c.d. fasizzazione - e sulle condizioni contrattuali e che, conseguentemente, *“appaia alquanto difficile ritenere giustificata la procedura invocata dalla norma codicistica dell'articolo 57, anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali più restrittivi che nel tempo si sono registrati al riguardo.”*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In esito a tale parere, come si evince dalla memoria del Comune, lo stesso aveva invitato l'aggiudicatario a confermare la volontà di sottoscrivere la convenzione ed il relativo piano economico-finanziario, risultante a valle della procedura negoziata aggiudicata in data 6 marzo 2013.

L'aggiudicatario aveva manifestato la propria disponibilità a sottoscrivere la convenzione a condizione che *“venissero individuate condizioni contrattuali idonee a garantire il mantenimento delle condizioni di equilibrio economico finanziario del progetto e quindi di verificare al momento del closing finanziario del progetto le condizioni di bancabilità dello stesso rispetto al tempo trascorso, come rappresentate negli elementi del PEF a suo tempo approvato con la determina di aggiudicazione”* e rappresentando alcune modifiche da apportare.

Il Comune, ritenendo di non poter accogliere le modifiche proposte dal promotore, con deliberazione del 25 febbraio 2015, decideva di *“richiedere al promotore di presentare una proposta con le modifiche sostanziali idonee a riportare in condizioni di equilibrio il PEF al fine di esperire una procedura di gara”*, non tenendo conto del contributo di 53 milioni di euro da parte della Società Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A. che non era ancora erogabile, alla luce della prevista clausola del bando di gara, già richiamata, relativa a tale finanziamento.

A riscontro di quanto richiesto, il raggruppamento, in data 11 maggio 2015, faceva pervenire la propria proposta, comprensiva di piano economico-finanziario e relazione illustrativa, cronoprogramma, bozza di convenzione, studio del traffico e corografia generale su fotopiano con individuazione delle fasi realizzative.

In particolare, la proposta progettuale presentata dal promotore - come risulta dal quadro di raffronto prodotto dal Comune tra la proposta precedente e quella modificata - si articola in quattro fasi realizzative, di differente durata; individua il diverso piano tariffario; non contempla, in mancanza del contributo previsto, la realizzazione delle opere aggiuntive predefinite; stabilisce un costo dell'intervento incrementato di circa il 14 % rispetto alla proposta derivante dalla procedura negoziata; prevede un incremento delle spese di redazione della proposta, nonché definisce l'ammontare degli introiti previsti, in considerazione dei volumi di traffico derivanti dagli studi di traffico aggiornati. Inoltre, vengono apportate alcune modifiche anche alla bozza di convenzione, rispetto alle quali, come riportato nella relazione tecnica del Comune del 17 giugno 2015, richiamata poi dalla deliberazione di Giunta del 24 giugno 2015, viene precisato che *“da una prima analisi, in particolare della bozza di convenzione, appare evidente il capovolgimento dei rischi propri della concessione dal concessionario al concedente [...] In particolare, con la proposta da ultimo presentata, ha luogo il trasferimento (indiretto, attraverso la modifica tariffaria che riequilibra il piano economico-finanziario) in capo al concedente di tutti i rischi connessi alla realizzazione delle opere, al verificarsi dei volumi di traffico previsti e da ultimo anche dei rischi relativi al mancato mantenimento delle covenants bancarie connesse all'ottenimento del credito.”*

Nella medesima deliberazione del 25 giugno 2015, il Comune, confermando il proprio interesse all'opera, chiedeva altresì al promotore di introdurre alcune migliorie al progetto, quali: l'utilizzo gratuito del tunnel durante le serate della stagione del Teatro Romano, la possibilità per i mezzi pesanti delle sole ditte della Valpantena e della Valpolicella di poter transitare attraverso il tunnel negli orari non di punta, nonché l'introduzione degli abbonamenti ridotti per i pendolari e riteneva opportuno che,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

“nelle more del perfezionamento delle procedure per la concessione del contributo da parte di Autostrade A4, il PEF sia redatto prevedendo entrambe le ipotesi.”

Alla luce delle descritte circostanze, l'amministrazione comunale, nella propria memoria illustrativa, ha rappresentato che ad oggi permane l'interesse a procedere alla realizzazione dell'opera e di aver conseguentemente ipotizzato, per dare impulso alla procedura sulla base della proposta rimodulata, di rinnovare i segmenti procedurali successivi alla designazione del promotore, previo atto di ritiro/decadenza dell'aggiudicazione definitiva, ritenendo ad essi applicabile, stante l'unicità della procedura, la disciplina vigente al momento dell'indizione della gara, dunque quella del 2008, successivamente abrogata.

Al riguardo, ha richiesto, pertanto, una pronuncia dell'Autorità in merito alla corretta individuazione della disciplina applicabile alla nuova procedura che sarà indetta, nonché in merito alla possibilità o meno di escutere la cauzione ex articolo 75 in capo al promotore.

L'Autorità, in data 14 settembre 2015, ha comunicato l'avvio del procedimento, al quale hanno partecipato, i soggetti interessati.

Ritenuto in diritto

Al fine di definire le questioni giuridiche sottoposte all'attenzione dell'Autorità, appare opportuno premettere che rientra nella discrezionalità dell'amministrazione, nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria, la scelta della procedura da seguire tra quelle previste dal Codice, anche in considerazione degli atti che l'amministrazione intende mettere a base di gara, nonché dello specifico effetto di stimolo del mercato che intende ottenere ai fini della soddisfazione dell'interesse pubblico di cui è portatrice. Valutazioni queste che spettano specificamente ed esclusivamente all'amministrazione procedente.

Nel caso di specie, spetta dunque all'amministrazione comunale effettuare - prima di definire quale procedura indire e le relative modalità procedurali – gli opportuni accertamenti e valutazioni, tenendo in considerazione sia che le condizioni che avevano portato alla procedura di gara con l'avviso indicativo del 2008 appaiono diverse, così come potrebbero essere differenti le caratteristiche del mercato e degli operatori economici potenzialmente interessati o in grado di soddisfare al meglio le esigenze della stazione appaltante, sia che qualunque scelta dovrà in ogni caso essere effettuata nel rispetto della disciplina in materia di affidamento delle concessioni.

Se, infatti, le modifiche sopravvenute alle condizioni iniziali sono state tali da necessitare la rivalutazione dell'interesse pubblico, con conseguente possibile esercizio dell'autotutela rispetto all'aggiudicazione intervenuta, le mutate circostanze, le possibili diverse caratteristiche del mercato, l'eventuale impatto delle modifiche proposte sulla natura dell'opera e sulle sue qualità essenziali, nonché la differente allocazione dei rischi derivante dalle diverse caratteristiche contrattuali non possono non essere oggetto di una specifica valutazione preliminare da parte dell'amministrazione, nell'esercizio di un potere che le compete in via esclusiva.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In tale ottica, spetterà dunque all'amministrazione comunale effettuare una valutazione dell'interesse pubblico che intende perseguire, delle caratteristiche degli atti posti a base di gara - ovvero la proposta progettuale, il piano economico-finanziario e la bozza di convenzione - affinché siano tali da garantire il rispetto della normativa nazionale ed europea in materia, nonché siano in grado di stimolare il mercato alla presentazione di offerte competitive e di garantire dunque l'effettiva concorrenza nella procedura di gara che verrà indetta, a prescindere dalla tipologia procedimentale scelta e dalla disciplina ad essa applicabile.

Inoltre, appare particolarmente opportuno che la procedura in corso di indizione abbia caratteristiche chiare anche per quei profili che, dalla documentazione in atti, non appaiono ancora ben definiti, quali il persistere della mancata conclusione dell'*iter* procedimentale necessario ai fini del riconoscimento del contributo di oltre 53 milioni di euro, nonché le eventuali criticità in ordine all'allocazione dei rischi tra le parti. Condizione, quest'ultima, che, insieme alla verifica dell'effettiva ricorrenza delle condizioni e dei presupposti necessari per l'ordinamento ai fini dell'inquadramento del contratto nel novero delle concessioni, non solo è imprescindibile per garantire l'equilibrio economico-finanziario del contratto, ma che può anche rilevare in termini di responsabilità amministrativa e contabile, qualora non fosse rispettata (come precisato da questa Autorità nella *determinazione n. 10 del 23 settembre 2015 "Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi ai sensi dell'articolo 153 del d.lgs. n. 163/2006"*).

Se, dunque, rientrano nell'esclusiva discrezionalità dell'amministrazione sia le valutazioni a supporto dell'eventuale potere di autotutela sugli atti della procedura che avevano condotto all'affidamento della concessione al promotore, sia gli indicati ed ulteriori accertamenti che l'amministrazione è tenuta ad effettuare sull'indizione della nuova fase di gara, differenti saranno le soluzioni percorribili a seconda degli esiti di tali valutazioni.

Qualora, infatti, l'amministrazione pur ritenendo sussistente il permanere dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, accerti, tuttavia, che le modifiche apportate alla proposta e alle condizioni contrattuali siano tali da incidere significativamente sulla natura dell'opera, alterandola nelle sue caratteristiche essenziali, ovvero che le stesse non garantiscano la corretta allocazione dei rischi secondo le prescrizioni normative in materia di concessioni, allora l'*iter* procedimentale finora percorso dovrà concludersi e sarà necessario indire una nuova procedura di gara per l'affidamento della concessione in project financing, secondo le regole dell'attuale disciplina di cui all'articolo 153 del Codice.

Si tratterà, dunque, in tal caso di una nuova gara, inevitabilmente distinta da quella del 2008, che necessiterà di tutte le fasi prescritte dalla normativa vigente per addivenire all'aggiudicazione del contratto di concessione per la realizzazione dell'opera e dunque la soddisfazione dell'interesse pubblico.

Diversamente opinando, infatti, si realizzerebbe un *vulnus* alla disciplina in materia di concessioni sia sotto il profilo concorrenziale, alterando, di fatto, i principi di libera concorrenza, massima partecipazione e *par condicio*, sia per quanto concerne i canoni fondamentali che l'ordinamento impone per il riconoscimento di un rapporto concessorio. Al riguardo, rileva sottolineare quanto recentemente



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

sancito dall'Autorità nella menzionata *determinazione n. 10 del 23 settembre 2015*, relativamente alla corretta allocazione dei rischi e al rispetto della decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004.

Qualora, invece, in esito delle valutazioni che gli competono, il Comune dovesse ritenere sussistente l'interesse pubblico all'opera ed accertare che le modifiche contrattuali proposte dall'amministrazione e dal promotore non alterino in maniera sostanziale la natura dell'opera e le sue caratteristiche intrinseche e non inficino la corretta allocazione dei rischi tra le parti contrattuali, potrebbe ritenersi percorribile la soluzione prospettata dall'amministrazione nell'istanza di parere: procedere in autotutela al ritiro dell'aggiudicazione disposta e, successivamente, alla riedizione della seconda fase dell'*iter* procedimentale, mettendo a gara la proposta del promotore, così come modificata. In tale circostanza, sembrerebbe, infatti, poter sussistere un collegamento tra i due segmenti procedurali, quello già indetto che ha portato alla scelta del promotore e quello da indire per l'affidamento del contratto, rendendoli parte di un unico sistema.

Al riguardo, come noto, è unanime l'orientamento che riconosce al project financing la caratteristica di essere una fattispecie a formazione progressiva il cui scopo finale – l'aggiudicazione della concessione – è interdipendente dalla fase prodromica di individuazione del promotore. Essa si realizza, infatti, attraverso due fasi, la selezione del progetto di pubblico interesse e la gara ad evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità, che non solo sono funzionalmente collegate, ma anche biunivocamente interdipendenti, così che la prima non è logicamente e giuridicamente concepibile senza la seconda e viceversa, non potendo essere separate tra loro pena l'inesistenza della procedura (*cfr., ex multis, TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, sentenza n. 9662 del 17 luglio 2015, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 1 del 28 gennaio 2102*).

Se, pertanto, i due segmenti procedurali avviati, il primo, nel 2008, con l'avviso indicativo e, il secondo, nel 2011, con l'indizione della procedura ristretta ai sensi dell'articolo 155 del d.lgs. n. 163/2006 (nel testo in vigore prima del terzo correttivo) erano entrambi volti all'aggiudicazione del contratto di concessione, avvenuta nel 2013, e dunque costituivano un unico *iter* procedurale, la rappresentata intenzione di agire in autotutela sull'atto di aggiudicazione, resasi necessaria per le mutate condizioni e per garantire la soddisfazione dell'interesse pubblico perseguito dal Comune mediante la riapertura del confronto concorrenziale, con conseguente riedizione della seconda fase della procedura, non sembrerebbe interrompere il nesso funzionale e di interdipendenza tra le due fasi, fermo restando, in ogni caso, il necessario esito negativo delle verifiche preliminari di competenza del Comune in ordine alla essenzialità delle modifiche sulla natura dell'opera ed all'eventuale capovolgimento del rischio dal concessionario al concedente.

Ne consegue che, in tale ipotesi, la nuova procedura che l'amministrazione intende bandire – in esito alle valutazioni discrezionali che le competono, la cui importanza preliminare è stata ampiamente evidenziata - sembra potersi incardinare nell'*iter* procedimentale avviato nel 2008, applicando ad essa la normativa all'epoca vigente, anche per quanto concerne la non riconoscibilità del diritto di prelazione al promotore. È, infatti, proprio nel carattere unitario della procedura che si incardina l'immodificabilità



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

delle regole inizialmente poste, fino al provvedimento conclusivo di aggiudicazione (*cf.*, *sul punto*, *Determinazione n. 8 dell'11 ottobre 2007*).

Per quanto riguarda poi, la questione relativa all'escussione della cauzione provvisoria di cui all'articolo 75, è nota la funzione che tale garanzia svolge nei confronti dell'amministrazione, in quando essa "*copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario*", intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile.

Tale cauzione rappresenta dunque uno strumento volto a garantire l'affidabilità dell'offerta e la serietà e correttezza del procedimento di gara. È stato, infatti, notato che la cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, può assolvere una duplice funzione: da un lato, quella indennitaria in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, dall'altro una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti da parte dei concorrenti durante la gara. In quest'ottica, la cauzione provvisoria è destinata a garantire tutti gli aspetti della partecipazione e la correttezza di tutti i comportamenti posti in essere dai concorrenti, ivi inclusa la produzione di dichiarazioni veritiere che caratterizzano la serietà dell'offerta (*cf.* *Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 4 maggio 2012 n. 8*).

Da tali premesse deriva che, nel caso di specie, l'eventuale incameramento della cauzione presuppone necessariamente una verifica sulle cause che hanno determinato la mancata stipula del contratto e la loro imputabilità all'aggiudicatario: verifica che impone all'amministrazione di valutare la sussistenza di un rapporto causale tra il comportamento del concorrente e la mancata sottoscrizione del contratto.

In altre parole, sarà l'amministrazione, prima di procedere all'escussione della cauzione, a dover valutare, sulla base delle circostanze di fatto e di diritto verificatesi ed a lei note, se il fatto che il promotore non abbia confermato la possibilità di eseguire l'opera secondo le modalità tecniche e le condizioni contrattuali di cui alla proposta oggetto di aggiudicazione dipenda da circostanze a lui imputabili in via esclusiva, ovvero se invece il verificarsi delle circostanze impeditive dipenda da eventi sopravvenuti e non prevedibili, pur adottando la diligenza professionale e qualificata di un operatore economico del settore. In tale valutazione l'Amministrazione dovrà distintamente tener conto delle richieste dalla stessa avanzate al promotore tendenti alla modifica della proposta presentata.

Infatti, solo nel caso in cui si dovesse accertare l'imputabilità all'aggiudicatario della mancata stipulazione del contratto, potrebbe essere legittimamente escussa la cauzione provvisoria di cui all'articolo 75.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- l'eventuale riconoscimento di un nesso tra l'*iter* procedimentale avviato nel 2008 e la procedura che l'amministrazione vuole indire per l'affidamento del contratto di concessione, in seguito all'atto di autotutela del provvedimento di aggiudicazione, e la conseguente definizione della disciplina applicabile alla nuova procedura, dipende dall'esito delle valutazioni che il Comune stesso è tenuto ad effettuare in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, alle



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

condizioni progettuali e contrattuali, all'essenzialità delle modifiche apportate sulla natura delle opere ed alla corretta allocazione dei rischi nel rispetto della normativa nazionale ed europea in materia di concessioni;

- l'eventuale escussione della cauzione provvisoria presuppone che l'amministrazione comunale verifichi preliminarmente, sulla base delle circostanze verificatesi, se la mancata stipulazione del contratto alle condizioni di cui al provvedimento di aggiudicazione dipenda da fatti imputabili in via esclusiva al promotore aggiudicatario.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 dicembre 2015

Il Segretario Rosetta Greco