



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Comune di Verona

17/11/2014

Oggetto: Parere giuridico, ex art. 3, comma 3, regolamento sull'esercizio della funzione di regolazione delle controversie relativo alla concessione di costruzione e gestione dell'anello circonvallatorio a nord, traforo delle Torricelle richiesto dal Comune di Verona.

Con istanza del 17 aprile 2014, prot. 47042, il Comune di Verona, nella persona del Sindaco, sottoponeva a questo Ufficio una richiesta di parere finalizzata a valutare la possibilità di modificare il Piano economico finanziario (PEF), nonché i termini e le modalità di esecuzione dell'affidamento della concessione di lavori, derivante da procedimento di *project financing*, per il completamento dell'opera "*anello circonvallatorio a nord, traforo delle Torricelle*".

Con successiva nota integrativa 14 ottobre 2014, prot. 112766, il medesimo istante, sia a seguito di richieste istruttorie sia a seguito di incontro avvenuto presso la sede dell'Autorità, richiamando la propria precedente nota, avanzava la proposta di sollecitare nuovamente il mercato relativamente alla procedura ristretta già espleta per l'affidamento della citata concessione di lavori.

Esponneva, in particolare, nella prima richiesta, che:

- il contratto *de quo* derivava da un procedimento di finanza di progetto, avviato con avviso indicativo in data 9 aprile 2008;
- all'avviso pubblico era seguita la dichiarazione di pubblico interesse e l'individuazione del promotore nel RTI Technital Spa in data 29 maggio 2009;
- a seguito di richieste di integrazioni alla proposta del promotore, si era proceduto all'approvazione del progetto preliminare e – in data 9 agosto 2011 - all'approvazione del piano economico finanziario, della bozza di convenzione, della bozza del bando e del disciplinare di gara;
- il RUP aveva indetto la procedura ristretta ai sensi dell'art. 155 d.lgs 163/2006 per l'individuazione, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei soggetti presentatori delle due migliori offerte da invitare alla procedura negoziata, mediante pubblicazione del bando di gara in GUCE e GURI in data 13 agosto 2011;
- la suddetta procedura ristretta era andata deserta, con la conseguenza che l'amministrazione aveva optato per l'aggiudicazione della concessione al promotore previa negoziazione di migliorie;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- a conclusione della suddetta fase, si era pervenuti all'aggiudicazione provvisoria della concessione in *project financing*, in data 21 febbraio 2013;
- la concessione era stata aggiudicata in via definitiva in data 6 marzo 2013, per un valore di € 805.194.748,87, parte dei quali € 53.349.091,00 derivanti da contributo pubblico da parte della Società Autostrada Brescia Padova;
- a seguito dell'aggiudicazione, ma ancora nelle more della sottoscrizione del contratto, in data 21 novembre 2013, il RTI aveva inoltrato formale proposta al Comune di “*modificare l'orizzonte temporale dei lavori prima di addivenire alla stipula della convenzione, chiedendo di realizzare l'intervento strutturale in due fasi temporali successive e distinte*”, precisando di “*non voler modificare nessuna caratteristica qualitativa/quantitativa dell'opera, bensì variando unicamente le modalità attuative del progetto, al fine di garantirne la sostenibilità economico-finanziaria*”;
- in particolare, gli interventi sarebbero stati distinti in due successive fasi: nella prima sarebbe stata, principalmente, realizzata una prima carreggiata, con una corsia per senso di marcia, e di 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 il secondo fornice in affiancamento al primo già in esercizio;
- questa proposta avrebbe comportato sia una rimodulazione dei termini di entrata in esercizio dei due trafori - il primo nell'anno 2017, il secondo con entrata in esercizio nell'anno 2027 – sia a un aggiornamento del PEF;
- le ragioni di tali richieste di modifiche contrattuali sarebbero da rinvenirsi nella “*mutata domanda di trasporto sull'asse infrastrutturale interessato dai lavori*”, nonché nelle “*condizioni del mercato finanziario, a causa della grave congiuntura economica che ha interessato ogni settore economico del Paese*”.

Con la successiva nota già sopra indicata, il richiedente - unitamente al deposito di alcuni documenti richiesti a comprova della situazione meramente allegata in fatto – trasmetteva memoria integrativa, nella quale esponeva la volontà di sollecitare il mercato al fine di verificare se vi fossero manifestazioni di interesse da parte delle imprese che avevano richiesto di partecipare alla procedura di gara del 2011 per l'affidamento della concessione di lavori, come sopra definita.

A tale nota integrativa, veniva allegata la documentazione atta a giustificare l'asserito mutamento del piano del traffico, nonché le mutate condizioni economico finanziarie del mercato di settore.

In essa veniva, altresì, indicata la procedura che si intendeva seguire per un nuovo appello al mercato; in particolare, la stazione appaltante avrebbe invitato ad una nuova procedura negoziata le quattro imprese che avevano avanzato domanda di partecipazione alla procedura ristretta per



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

l'affidamento dell'opera, senza tuttavia formulare la relativa offerta; nel caso in cui fossero pervenute manifestazioni di interesse da parte delle suddette imprese, si sarebbe proceduto alla revoca in autotutela dell'aggiudicazione definitiva e alla successiva, eventuale, effettuazione di vera e propria procedura negoziata cui avrebbero preso parte le imprese interessate, oltre al promotore; diversamente, ove non fossero giunte manifestazioni di interesse da parte delle suddette imprese interpellate, si sarebbe stipulata la nuova convenzione di finanza di progetto, in base alla modificata proposta del promotore, così come già poco sopra rappresentata.

L'aggancio normativo per tale procedura si riteneva poter essere individuato nell'art. 57, Codice appalti, *“non essendo state modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali della commessa e registrandosi una situazione di estrema urgenza, dovuta all'eccessivo protrarsi della procedura di evidenza pubblica”*

* * *

Tale essendo la ricostruzione dei fatti storici, l'Autorità ritiene di esprimere il proprio parere nei termini di seguito indicati.

La caratteristica principale del rapporto concessorio (naturale esito della finanza di progetto) consiste nella realizzazione di un'opera in assenza di corrispettivo da parte dell'amministrazione, atteso che il concessionario conta di trarre il suo utile dallo sfruttamento economico e dalla gestione dell'opera.

La controprestazione a favore del concessionario consiste, infatti, nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente l'opera oggetto della concessione (cfr. sul punto Commissione europea, Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, 2000/C121/02 del 29 maggio 2000).

In conseguenza di tale essenziale caratteristica, la giurisprudenza ha chiarito che *“l'onere di valutare la convenienza economica dell'operazione ricade in primo luogo sul concessionario, al quale spetta accertare se i costi siano adeguatamente coperti dai ricavi ragionevolmente prevedibili. In altri termini, il rapporto di concessione di lavori pubblici coinvolge una stazione appaltante e un imprenditore il quale, in quanto tale, sopporta il rischio economico dell'operazione in vista del conseguimento, necessariamente non garantito, di un utile patrimoniale adeguato, mentre la stazione appaltante agisce in vista del conseguimento di un utile non patrimoniale, consistente nell'incremento dei servizi a favore della collettività”* (testualmente, Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2012, n. 3474).

Il d.lgs 163/2006 ammette la possibilità di variare il piano economico finanziario della concessione, prevedendo che *“i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dalla stazione appaltante a detti presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

scadenza delle concessioni. In mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dal contratto. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente” (art. 143, comma 8).

Le condizioni di equilibrio economico finanziario, fissate nel PEF non sono, quindi, da ritenersi immutabili e impermeabili a ogni situazione: le stazioni appaltanti, infatti, possono consentire la modifica del PEF al ricorrere di due fattispecie:

- a) variazioni apportate dalla Stazione appaltante, mediante modalità di revisione stabilite nel contratto di concessione, secondo quanto indicato anche dall’Autorità nella Determinazione 2/2010;
- b) variazioni necessarie a seguito di nuove norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l’esercizio delle attività oggetto della concessione.

La disposizione codicistica, molto succintamente commentata, pare inidonea ad affrontare la situazione contingente; la crisi economico- finanziaria, che ha investito l’economia italiana e globale, coinvolge, infatti, inevitabilmente, nei suoi perniciosi effetti, il mercato delle opere pubbliche, *in primis* quelle di grandi proporzioni quali quelle dei concessionari di pubblici lavori.

E’ un’affermazione quest’ultima che, anche tenendo conto dell’osservatorio privilegiato di cui gode questa Autorità, sembrerebbe rendere necessario o quantomeno opportuno un intervento legislativo, volto a disciplinare situazioni che potrebbero rivelarsi deleterie per l’intera economia; il vuoto normativo rischia, infatti, di rimettere alla amministrazione pubblica o al conflitto giurisdizionale decisioni sul caso concreto che potrebbero apparire insoddisfacenti o persino arbitrarie o speculative.

Una soluzione, invece, in via generale e astratta garantirebbe un equo bilanciamento tra la necessità di prevedere nuovi casi di *ius variandi* delle opere pubbliche in relazione alla contingenza economica e la discrezionalità di decisioni che, in via amministrativa o giurisdizionale, espandano a dismisura tale (spesso necessario) rimedio; dell’esigenza di individuare un equo temperamento tra i contrapposti interessi alla sostenibilità delle imprese e all’equilibrio di bilancio pubblico si auspica terrà conto il legislatore in sede di recepimento della direttiva 2014/23/CE.

La situazione che si prospetta nel caso di specie appare peculiare per una ulteriore ragione; il concessionario – chiamato ad applicare gara e convenzione con la propria massima diligenza professionale - sollecita una rivisitazione del PEF e dei termini per la costruzione dell’opera ancor prima di iniziare i lavori, sulla scorta della ritenuta imprevedibilità di una crisi economica, laddove sia al momento dell’avviso indicativo nel 2008 sia alla data della procedura ristretta ex art. 155, nel 2001, di una crisi di proporzioni globali erano già noti quantomeno i primi sintomi.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

E di questi sintomi non si è tenuto conto alcuno nella stesura del piano economico pluriennale in cui non sono stati affatto contemplati meccanismi volti al riassorbimento di oscillazioni, che, per quanto si è detto, erano da considerarsi tutt'altro che inattese del mercato.

L'Autorità, dal canto suo, si è già, almeno parzialmente, confrontata con questa problematica.

Nel Parere sulla normativa 6 marzo 2013, AG 39/12, aveva, infatti, fornito un'interpretazione evolutiva della previsione codicistica dell'art. 143, comma 8, giungendo a ritenere che – ai sensi del rinvio alle disposizioni civilistiche, contenuto nell'art. 2, comma 4, d.lgs 163/2006 – potesse essere consentito accedere a un'interpretazione estensiva dell'art. 143, comma 8, includendo nei casi di rinegoziazione anche la previsione dell'art. 1467 c.c. relativa all'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Tale interpretazione, opportunamente circostanziata da una prudente valutazione dei fatti emergenti, consente di far rientrare nelle ipotesi di rinegoziazione anche l'eccessiva onerosità sopravvenuta derivante dall'attuale crisi economica.

In questa prospettiva, però, l'eccessiva onerosità sopravvenuta, derivante dalla congiuntura economica nazionale, pone alle stazioni appaltanti il duplice problema di come coniugare l'interesse pubblico – nel caso di specie di rilevante entità, attesa la rilevanza strategica e infrastrutturale dell'opera in oggetto - alla realizzazione dell'opera, da una parte, con il rispetto degli equilibri di bilancio della stazione appaltante, nonché, dall'altra, con il rispetto delle norme sulla concorrenza che presidono alla sistematica del Codice dei contratti pubblici.

Con riguardo all'asserito calo della domanda di trasporto, va osservato che – a seguito della richiesta di approfondimento istruttorio – il Comune di Verona ha depositato due Rapporti ampiamente documentati sullo studio del traffico nella zona interessata dal Progetto (Relazione 2011 e Relazione 2013).

Il Primo Rapporto (2011), in particolare, afferma che *“dallo studio è emerso con chiarezza che l'evoluzione naturale del traffico porterebbe ad una saturazione insostenibile le strade asservite contestualmente alla penetrazione urbana e al traffico di attraversamento”*; e ancora che *“la nuova infrastruttura di progetto, soggetta a pedaggio, è risultata in grado di mantenere buoni livelli di servizio fino al 2027, cominciando a dare segnali di congestionamento al 2037 in una delle due direzioni (carreggiata nord della Gronda e carreggiata Est del traforo), limitatamente al tratto compreso tra lo svincolo della Valpolicella e lo svincolo di via Gardesane con un flusso massimo direzionale nell'ora di punta di poco superiore ai 3.000 veicoli”* (Studi e indagini preliminari – Studio del traffico – Relazione 2011, p. 78).

Quello del 2013, che *“si configura quindi come un aggiornamento del precedente elaborato”* (Proposta realizzativa in due fasi successive, Studi e indagini preliminari - Studio del traffico – Relazione 2013, p. 1), evidenzia in conclusione che – alla luce dei dati più recenti – l'indagine ha permesso di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ricalibrare i parametri delle curve di deflusso del modello matematico di simulazione del traffico e affinare il modello di assegnazione. Con l'ausilio del modello di traffico si è quindi potuto valutare il grado di saturazione delle reti stradali a livello urbano e in particolare quantificare la domanda di traffico pagante per lo scenario di progetto” (Relazione 2013, p. 55).

Dall'analisi congiunta dei rapporti emerge che per il periodo 2013- 2017 “*si è adottato un tasso di evoluzione per il traffico leggeri più conservativo rispetto alle precedenti stime, e pari a 1,23%; così pure per il traffico merci su strada si è adottato un tasso ridotto, pari all'1,33%*”, mentre “*nei periodi successivi si sono adottati tassi medi annui da ritenersi ancora certamente conservativi (ai fini del calcolo degli introiti di pedaggio) considerando che tutti gli organismi internazionali di ricerca prevedono una ripresa del PIL e della conseguente movimentazione delle merci ed espansione del traffico passeggeri, che non potrà non beneficiare di un, per quanto contenuto, effetto di rimbalzo*” (Relazione 2013, p. 38).

La soluzione prospettata dal richiedente, a seguito dei mutamenti della situazione economica complessiva e del conseguente ridimensionamento stimato del traffico dei mezzi sull'arteria che si andrebbe a realizzare, consiste - come già detto sopra più diffusamente - nel domandare una modifica del piano economico finanziario e delle condizioni di realizzazione dell'opera in due fasi (cd fasizzazione) anziché in unica soluzione ed individua anche un rimedio alla possibile alterazione delle condizioni di concorrenza del mercato, che si verifica necessariamente nel momento in cui le condizioni contrattuali vengono modificate dopo l'avvenuta aggiudicazione definitiva.

Se in linea astratta la procedura individuata parrebbe, almeno in parte, garantire il rispetto delle condizioni di concorrenza del mercato (la stipula della nuova convenzione sarebbe preceduta dall'interpello non dell'intero mercato ma di quei soggetti che già avevano manifestato il loro interesse), sembra difficilmente sostenibile la legittimità della stessa alla luce dell'attuale Codice dei contratti pubblici.

Il Comune di Verona invoca, infatti, il ricorso alla procedura di cui all'art. 57 del Codice sostenendo che non sarebbero state “*modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali della commessa*” e in considerazione di una “*situazione di estrema urgenza, dovuta all'eccessivo protrarsi della procedura di evidenza pubblica*”.

Il Codice nell'ammettere la procedura negoziata senza previa pubblicazione prevede che non debbano essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto (art. 57, comma 1, lett.a) e nel caso in cui tale misura sia giustificata dall'estrema urgenza che “*le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti*” (art. 57, comma 2, lett. c).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Su quest'ultimo aspetto si è ampiamente motivato che appare insostenibile invocare il sopraggiungere inatteso dell'attuale crisi economica a giustificazione della invocata procedura negoziata. In un progetto di siffatta portata, anche temporale, addurre l'imprevedibilità dei cicli economici equivarrebbe infatti a sostenere l'ignoranza o la scarsa diligenza professionale dell'operatore economico.

Sul primo punto, invece, le ragioni di perplessità appaiono ancora maggiori; mutano, infatti, in modo significativo le condizioni contrattuali sia con una proroga temporale della concessione (da 3,5 anni a 12,5 anni) sia con un mutamento della tipologia dell'intervento, distinto in due fasi e che consente, in tempi brevi, di ottenere già una prima remunerazione a favore del concessionario con l'apertura di una prima careggiata a doppio senso di marcia.

Non rientra certo nei poteri dell'Autorità poter sindacare la motivazione adottata dall'amministrazione in indirizzo a sostegno del ricorso alla procedura *de qua*, perché si è nell'ambito dell'esercizio di un potere discrezionale, sia pure di tipo tecnico.

E quest'ultima considerazione consente, però, di rimarcare come appaia alquanto difficile ritenere giustificata la procedura invocata dalla norma codicistica dell'art. 57, anche alla luce anche degli orientamenti giurisprudenziali più restrittivi che nel tempo si sono registrati al riguardo.

Essi escludono interpretazioni analogiche o estensive delle tassative ipotesi legali che l'art. 57 del Codice individua al fine di non vanificare le norme limitative introdotte dall'ordinamento sia interno che comunitario;

i casi indicati – rappresentando un'eccezione al principio generale della pubblicità e massima concorrenzialità tipica della procedura aperta – sono, infatti, tassativi e devono essere interpretati restrittivamente (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997, C. Conti Liguria, Sez. giurisdiz., 11 novembre 2013, n. 196, Cons. Stato, sez. III, 08 gennaio 2013, n. 26, T.A.R. Campania, Napoli, I, 29 maggio 2012, n. 2528, Tar Piemonte, sez II, 21 luglio 2011, n. 903, Cons. St., sez V, 10 novembre 2010, n. 8006).

Raffaele Cantone