

il Sindaco

Milano



Comune
di Milano

COMUNE DI MILANO
SINDACO
PG: 426213/2016
SINDACO
Del: 12/08/2016 08:47:44
(S) AUTORITÀ NAZIONALE A:
12/08/2016

11 agosto 2016

Spettabile
Autorità Nazionale Anticorruzione
Unità Operativa Speciale Expo 2015
Via Marco Minghetti, 10
00187 - ROMA

c.a. Presidente Dr. Raffaele Cantone

**Oggetto: Comune di Milano, linea metropolitana M4 -
Deliberazione ANAC n. 757 del 13.7.2016. Provvedimenti
dell'Amministrazione Comunale.**

Con la presente si comunicano a codesta Autorità gli orientamenti del Comune di Milano con riferimento ai provvedimenti che si intendono adottare in relazione ai rilievi formulati nella deliberazione in oggetto, come enucleati nei singoli punti alle pagine 37 e 38 della medesima.

Occorre in premessa richiamare le osservazioni formulate nelle memorie in atti del 22 dicembre 2009, del 27 aprile 2012, del 14 maggio 2012, del 19 giugno 2012, del 26 settembre 2012, mail 14 novembre 2012, del 3 dicembre 2012, del 2 luglio 2013, del 6 marzo 2014, Pec del 1 aprile 2014, dell'11 luglio 2014, del 24 novembre 2014, del 9 febbraio 2015, del 2 luglio 2015, del 28 gennaio 2016, e nel corso dell'audizione del 20/01/2016, osservando che le stesse sono alla base delle scelte operate nel corso degli ultimi anni dall'Amministrazione Comunale in un quadro di legittimità, al fine di assicurare il proseguimento delle attività per la realizzazione di un'opera infrastrutturale di assoluta rilevanza tale quale è la Linea Metro 4.

Ciò premesso, il Comune di Milano - nel pieno rispetto del ruolo istituzionale di codesta Autorità, rafforzato peraltro anche dal



nuovo Codice dei Contratti, in considerazione della singolarità e della straordinaria complessità delle questioni di diritto e di fatto sottese al caso in esame - intende tenere in considerazione e recepire le osservazioni in oggetto secondo le modalità di seguito evidenziate.

a) La sospensione nella cerchia dei Bastioni appare legittimamente assunta, pur se permangono perplessità in ordine alle modalità della sua adozione.

b) L'ampia ri-negoziazione del contratto per conseguire il closing finanziario, la sospensione, le riserve, ecc. è stata condotta attraverso l'accettazione di elementi in realtà già dovuti da parte del socio privato, nonché al di fuori dei canoni e delle procedure di cui all'art. 239 (e/o art. 240) del d.lgs. 163/2006, ciò che non ne rende riscontrabile la convenienza.

L'Amministrazione Comunale intende procedere ad avviare un confronto con la Società Concessionaria - a cui peraltro non è stato ad oggi liquidato né riconosciuto alcun indennizzo (come da comunicazione del Responsabile del Procedimento alla Società con nota del 2 luglio 2015) - al fine di ottenere un parziale adeguamento degli effetti economici della sospensione sopra citata nell'ambito di un procedimento transattivo ex art. 239 d.lgs. 163/06, procedimento reso ora possibile grazie al fatto che la stessa Autorità ha ritenuto la sospensione legittima ed imputabile a un evento di forza maggiore. Non si ritiene, invece, opportuno riaprire la negoziazione sulle riserve, eventualità che potrebbe determinare la reviviscenza di richieste risarcitorie da parte dei soci privati in danno al Comune e che potrebbe comportare il rischio di perdita dei vantaggi conseguiti dall'Amministrazione con particolare riguardo alla riduzione dell'IRR per i soci privati.

c) La nomina della direzione dei lavori della MM SpA fa sorgere profili di conflitto di interessi e di incompatibilità ex art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 come novellato dalla l. 190/2012, laddove la



società, in qualità di soggetto pubblico, si trova a operare sia alle dipendenze dirette del socio privato esecutore, verso il quale risponde in caso di dissenso dalle indicazioni impartite, sia del responsabile del procedimento; l'ANAC ravvisa, sul punto, la violazione dell'art. 42 comma 2 del D.lgs. 50/2016.

Occorre premettere che, da una parte, in forza del contratto (c.d. Accordo Operativo) sottoscritto tra MM e il Comune di Milano per le funzioni di Direttore dei Lavori (DL), MM risponde al Concedente, che può dunque impartire alla stessa ordini di servizio di vario genere ai sensi dei patti contrattuali in essere; dall'altra, non sussiste dipendenza funzionale - propria di relazioni interorganiche che nel caso di specie non si ravvisano - tra DL e soci privati.

Ciò premesso, l'Amministrazione Comunale intende confermare la scelta di affidare la direzione dei lavori alla suddetta società in house, in ragione dei connessi vantaggi per l'Amministrazione stessa correlati al controllo che l'Ente esercita sulla propria società, analogo a quello svolto sui propri uffici e servizi, oltre che per evitare gli effetti negativi di un subentro in corso d'opera di un soggetto diverso. In tale contesto, l'Amministrazione procederà tenendo conto delle indicazioni dell'Autorità sul punto, che sottolinea l'importanza di evitare qualsiasi dipendenza funzionale della DL rispetto ai soggetti privati.

d) La nomina alla direzione dei lavori della MM SpA, i cui compensi - superiori alla Tariffa professionale - sono dipendenti dalla durata del contratto (o da altri eventi), pongono ancora una volta la società in condizioni di conflitto in quanto il contratto potrebbe essere modificato anche per le pertinenti valutazioni della direzione dei lavori (oltre che del socio privato deputato a erogare i compensi alla Direzione dei lavori).

L'Amministrazione Comunale intende avviare, sulla base delle indicazioni contenute nella deliberazione dell'Autorità, un tavolo di confronto con la propria società in house volto a raffrontare gli oneri economici esposti da MM con quelli di mercato, assumendo



poi le eventuali determinazioni conseguenti. Inoltre, a maggior tutela della spesa pubblica, l'Amministrazione intende tenere in considerazione le preoccupazioni espresse dall'Autorità richiedendo anche alla commissione di collaudo in corso d'opera, tramite apposite istanze, autonome e ulteriori valutazioni in merito alla legittimità delle richieste di proroga temporale dei lavori.

e) La nomina alla direzione lavori della MM SpA pone un ulteriore conflitto di interessi tutto interno a Comune, laddove alla stessa società è stata affidata anche l'attività di supporto al RdP, attività che per definizione confligge con il ruolo di direttore dei lavori.

f) L'affidamento ad AMAT S.r.l. del servizio di supporto al RdP - che più propriamente deve intendersi come assistenza all'Amministrazione concedente - si sovrappone alle competenze della direzione dei lavori svolte da MM SpA in applicazione del d.P.R. 207/2010.

L'Amministrazione Comunale, sulla base dei rilievi formulati da codesta Autorità, si impegna a revocare l'incarico di coordinamento e assistenza al Concedente affidato a MM, pur evidenziando la necessità di scongiurare contestualmente il rischio che tale determinazione potrebbe comportare in termini di diminuzione del presidio del Concedente e dei suoi ausiliari sulle attività esecutive volte alla realizzazione dell'opera.

In tale ottica, trattandosi di attività che l'Amministrazione ritiene imprescindibili per garantire il controllo del Concedente sull'esecuzione dei lavori, attesa la rilevanza delle problematiche di interesse generale immanenti alla realizzazione di un'opera di tale complessità e considerata la necessità che sia garantita la professionalità e l'esperienza del personale impiegato, sono in corso approfondimenti finalizzati ad individuare modalità alternative volte a garantire, comunque, l'espletamento di tali funzioni essenziali per l'Amministrazione.



g) La sottoscrizione del mandato gestorio determina una modifica sostanziale della *lex specialis* e del contratto (accessorio) originario laddove risulta in palese violazione dei principi di libera concorrenza e parità di condizioni di cui all'art.2, comma 1, del d.lgs. 163/2006, avendo pubblicato dapprima un bando per la selezione di un socio meramente esecutore dell'opera e in seguito facendolo divenire puro concessionario sulla base di spinte esogene; è altresì violato l'art.116 del d.lgs. 267/2000 avendone totalmente snaturato e disatteso le finalità e le garanzie sulle quali invece il Comune aveva esplicitamente fatto leva ab origine proprio per motivare la procedura prevista nella *lex specialis* e per tutelare il trasferimento del rischio di costruzione.

h) Il mandato gestorio, qualora permanga, comporta che alla luce delle originarie motivazioni la società mista concessionaria non è più utile alla realizzazione e gestione dell'opera e di conseguenza la relativa spesa di mantenimento è ingiustificata.

Con riferimento al mandato gestorio, il Comune ritiene, per le ragioni più dettagliatamente illustrate nelle precedenti fasi del procedimento, che esso non abbia alterato le regole di gara. Si tratta, infatti, di un contratto stipulato tra la società Concessionaria e i soci operativi, che ha l'unico ed esclusivo fine di garantire che i claims di costruttore e gestore possano in ogni caso essere sottoposti al Concedente e dallo stesso valutati; ne segue che il meccanismo delineato dall'istituto in parola ha solo funzioni tecnico-procedurali e che un intervento diretto da parte dell'Amministrazione non sarebbe idoneo a produrre gli effetti indicati dall'Autorità.

In particolare, il mandato gestorio è infatti un contratto tutto interno alla società, di cui il Comune non è parte (se non indirettamente, come socio di maggioranza della società mista Concessionaria). Esso dà ai soci privati la garanzia che le loro richieste vengano sempre rappresentate al Concedente, che poi sarà libero di valutarle; dunque, come detto in precedenza, il mandato introduce solo una procedura senza riconoscere alcun diritto "sostanziale". Occorre, altresì, osservare che tale meccanismo

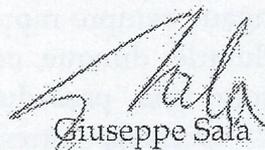


garantisce anche la protezione del Comune, come socio di maggioranza della Concessionaria, e i finanziatori di quest'ultima da richieste dei soci privati dirette verso la società mista, perché si accompagna da un patto di non petendo grazie al quale tutti i soci privati hanno rinunciato ad agire nei confronti della Concessionaria (soggetto a maggioranza pubblica) ove il Concedente non abbia prima riconosciuto un correlato diritto in favore della società mista. Il mandato gestorio è dunque stato pensato e implementato per evitare extra oneri.

Occorre inoltre ricordare che il finanziamento privato è stato concesso (tra gli altri anche da CDDPP e BEI) proprio a fronte di tale strumento; pertanto, un intervento che porti a disconoscere alla radice le regole del mandato gestorio potrebbe avere effetti negativi sulla bancabilità e sulla realizzazione dei lavori, mettendone a rischio la fattibilità ed esponendo l'Amministrazione a richieste risarcitorie e indennitarie di notevole entità.

In tale contesto, l'Amministrazione Comunale ritiene comunque opportuno, alla luce degli aspetti critici rilevati da ANAC, avviare un apposito tavolo di conciliazione finalizzato a identificare una puntuale regolazione, da una parte, dei rapporti fra mandato gestorio e società Concessionaria e, dall'altra, dei seguenti aspetti: trattazione delle riserve, revisione dei prezzi, eventuali richieste di proroga, varianti e altri profili sensibili.

Sulla base degli orientamenti sopra esposti, il Comune manifesta sin d'ora la propria disponibilità ad avviare un apposito tavolo tecnico con codesta Autorità, nell'ambito del quale individuare e condividere le migliori modalità attraverso cui declinare i citati orientamenti, anche con riferimento agli aspetti di dettaglio.


Giuseppe Sala