ANAC
Autorità Nazionale Anticorruzione

Deliberazione n.105 Adunanza del 20 dicembre 2012

Oggetto: Nuova linea metropolitana M4 di Milano, da Lorenteggio a Linate.

Il Consiglio

- Vista la relazione ispettiva dell'Ufficio VI.CO-NI1 prot.n.00120195 del 13.12.2012

Considerato in fatto

Si premette che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 21 - 22 marzo 2012, ha approvato il Piano delle ispezioni per il 2012 nel quale è compresa la costruzione della nuova linea metropolitana M4 di Milano.
La linea M4 è una metropolitana leggera, ad automatismo integrale o *driverless*, sviluppata interamente in sotterraneo da Lorenteggio (zona sud di Milano) a Linate (a nord, in adiacenza dell'aeroporto di Linate); nella zona centrale, il tracciato attraversa una parte dell'antica Cerchia dei Navigli. Lo sviluppo dell'intera linea, compresi l'asta di manovra di Linate e il raccordo al deposito di S. Cristoforo, è di circa 15,2 km con 21 stazioni. In origine, l'opera era stata concepita in due lotti o tratte pur se eseguibili anche con un unico contratto: tratta 1 di 7,7 km da Lorenteggio a Sforza-Policlinico S.Babila con 8 stazioni, e tratta 2 di 6,5 km da Sforza Policlinico-S.Babila a Nord con 13 stazioni. Nel punto di contatto delle due tratte, Sforza-Policlinico, S.Babila, si trovano gli snodi di altre importanti vie di trasporto ferroviario e metropolitano esistenti di Milano, compresa una linea di collegamento diretto all'area di EXPO 2015. Il valore complessivo dell'opera posta in gara e la ripartizione della copertura finanziaria, risultano nel seguente quadro di sintesi:

A) Valore dell'opera: € 1.698.709.532,00 compresa la progettazione di € 9.900.000,00.

B) Copertura finanziaria:

46,27%	€786.026.509,00	CIPE, Legge Obiettivo L. 222/07 e L.296/06, MIT € 9.900.000,00 Legge 159/07
23,56%	€ 400.124.418,00	Comune di Milano, con prestito flessibile e mutuo BEI anno 2010
30,17%	€ 512.558.605,00	Contributo a carico dei privati selezionati con gara

Le tematiche poste dalla realizzazione dell'opera, sono riassumibili come segue:

- L'architettura contrattuale per l'esecuzione e gestione della metropolitana M4 di Milano: bando per la scelta del socio privato, concessione e *risk assessment*;

- La presenza di istituti non rituali nel procedimento, come il contratto accessorio;

- L'oggetto e l'ampiezza della negoziazione tra il comune e l'aggiudicatario sulla revisione dello Statuto societario, del PEF e della convenzione di concessione, nella fase precontrattuale;

- La frammentazione delle obbligazioni precontrattuali dell'aggiudicatario e la difficoltà di reperimento del contratto di finanziamento;

- I tempi per la stipula del contratto di concessione in vista dell'obiettivo Expo' 2015.

Il modello contrattuale assunto dal comune di Milano per la costruzione e gestione dell'opera, benché derivante da un bando di gara pubblicato prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n.163 del 2006, s'inquadra nell'ambito del cd. partenariato pubblico - privato istituzionalizzato, già previsto nel Libro Verde della CE e nella stessa direttiva 2004/18. Per definizione, esso implica una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno ad una entità distinta detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato, con la finalità di assicurare la costruzione di un'opera pubblica o di un servizio a favore dell'utenza pubblica. Il modello più utilizzato per tali finalità è quello della "società mista", disciplinata nell'ordinamento italiano dall'art.116 del d.lgs. n.267 del 2000 e, limitatamente alla sola definizione, dall'art.3, comma 15-ter, del d.lgs. n.163/2006. Pur in assenza di norme specifiche nel codice dei contratti pubblici o nella legislazione dei contratti previgente, alla luce della giurisprudenza italiana (cfr. C.S., Sez.V, n.192 del 1998), il socio privato deve essere scelto con procedure di evidenza pubblica e segnatamente con licitazione privata (e pre-qualifica dei candidati). Come appunto si è verificato nelle procedure del comune di Milano.
Il bando per la scelta del *partner* privato veniva pubblicato nella GURI il 13.06.2006 e inviato all'Ufficio delle pubblicazioni delle comunità europee il 6.06.2006. Dal punto di vista dei contenuti, dai requisiti di qualificazione per la partecipazione alla gara, ai criteri di aggiudicazione e alle norme societarie (statuto), ecc., gli atti di gara, per quanto è stato possibile accertare, si presentano correttamente informati alla legge n.109/94, al d.lgs. n.190 del 2002, alla direttiva CE 93/37 e alla direttiva 2004/18. Per le stesse finalità indicate, il bando non reca altre richieste di requisiti del soggetto deputato a gestire il servizio*post* costruzione, poiché, la gestione, rientra nei compiti della società concessionaria nella quale è presente il gestore pubblico ATM.
Un punto significativo del bando (cfr. art.II.1.4.3) riguarda la possibilità di estendere l'oggetto del contratto, da una prima tratta indicata nel bando stesso (Lorenteggio – Sforza/Policlinico), a due tratte (prima tratta più la seconda Sforza/Policlinico-Linate) e quindi all'intera linea M4 (clausola presente anche nei bandi delle metropolitane di Roma). In sostanza, poiché l'estensione è intervenuta dopo la pubblicazione del bando e nel corso di validità, per l'intervenuto co-finanziamento da parte del CIPE, il comune ha prorogato i termini per la formulazione delle offerte per consentire ai candidati di formulare le offerte stesse con riferimento all'oggetto definitivo del contratto. Tale variazione, come ricostruito nei paragrafi che precedono, da una singola tratta all'intera linea, si è resa necessaria per la riconosciuta connessione trasportistica della linea M4 con la realizzazione di EXPO 2015 (cfr. provvedimento del Commissario straordinario delegato n.3 del 4.05.2010); segnatamente, la seconda tratta consentirà di collegare l'aeroporto di Linate alla fermata Sforza-Policlinico, punto nel quale si snoda il cd. passante ferroviario per EXPO 2015. In conclusione, sul punto, per quanto è stato possibile esaminare, il bando soddisfa le condizioni richieste dalle norme del Trattato sulla libera concorrenza nonché sul rispetto dei principi di

trasparenza, parità di trattamento e di proporzionalità.
Un secondo rilevante tema, riguarda le modalità di ottenimento dei vari adempimenti dell'aggiudicatario, nella fase compresa dall'aggiudicazione (definitiva) alla stipula della convenzione (contratto di concessione); adempimenti particolarmente complessi poiché, diversamente dalle procedure usuali, dopo l'aggiudicazione, si deve provvedere ad una serie di adempimenti quali l'acquisizione della progettazione esecutiva, la formazione della società concessionaria, la messa a punto del PEF, ecc.; solo dopo tali adempimenti, si può procedere alla stipula della convenzione di concessione tra Concedente (comune) e Concessionario (SPV). La particolare delicatezza di questa fase, risiede nella forte cooperazione delle Parti necessaria per giungere alla stipulazione della contratto di concessione.
Va ricordato preliminarmente che, nella lettera d'invito ai candidati (n.3), a pag.3, si sollecitavano i medesimi ".. in ragione della ricordata complessità .. a formulare ogni possibile osservazione critico-costruttiva in merito ai punti che, a loro giudizio, condizionano negativamente .. l'iter procedimentale .. i contenuti contrattuali .. gli atti di gara .. ". Ne sono conseguiti n.236 osservazioni che hanno consigliato il comune a rivisitare (oltre a concedere la proroga dei tempi utili per la formulazione delle offerte), nel documento "Istruzioni e informazioni ai concorrenti" (leggasi disciplinare di gara), il seguente art.5.7 del documento:
"art.5.7 Stipula del contratto accessorio. Immediatamente dopo la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, il comune inviterà l'aggiudicatario a presentarsi nel giorno indicato per la stipula del **contratto accessorio**, consegnando, se del caso, la documentazione di cui al paragrafo 5.5 che precede, nonché un deposito cauzionale costituito conformemente a quanto stabilito dall'art.113 del D.Lgs. 163/06, per un ammontare pari al quattro per mille dell'importo a base di gara per la Linea (€ 1'543'552'812) al fine di garantire l'adempimento delle prestazioni contenute nel contratto accessorio. Nel caso di risoluzione del contratto accessorio per il mancato rispetto del termine essenziale di cui all'art. 9 di detto contratto accessorio, il comune escuterà il deposito cauzionale anzidetto, riservandosi la facoltà di contattare il concorrente secondo classificato, e così via".
Si tratta di un interessante e necessitato strumento giuridico atto ad assicurare i vari adempimenti propedeutici alla sottoscrizione del contratto, equivalente, ma anche più ricco, nella legislazione *post* bando di gara (cfr. art.153 d.lgs. n.153/2006 e artt.168 e 169 del d.P.R. n.210/2010), allo strumento dell'ordine di servizio che il Responsabile del procedimento emette nelle procedure dell'appalto integrato o della finanza di progetto, dove la progettazione, gli espropri, ecc. sono trasferiti in capo al contraente (dopo la sottoscrizione del contratto).
In particolare, il contratto accessorio ha lo scopo di acquisire e armonizzare la progettazione definitiva dell'intera Linea 4 (solo una tratta né era dotata), il cd. piano di mobilità e relativi nulla osta, per assicurare il minor impatto possibile della cantieristica sulla viabilità esistente e l'acquisizione delle aree di servizio e di cantiere, nonché della costituzione della società concessionaria (Statuto della società ecc.) e, quale aspetto forse più rilevante, il reperimento del contratto di finanziamento pro-quota dei privati (30 % circa dell'investimento complessivo) con la predisposizione del PEF contrattuale (cd. di offerta); solo dopo tali adempimenti si sarebbe potuto (e si potrà) sottoscrivere la convenzione di concessione; prevedendo altresì l'anticipata consegna provvisoria di opere civili strumentali alla disponibilità delle aree di cantiere ecc. (da verbale risulta ..) nonché l'istituto dello scorrimento, recepito nel codice dei contratti pubblici che alla data di aggiudicazione definitiva era entrato in vigore.
Dunque, a fronte della complessità della procedura, la previsione del contratto accessorio, completo peraltro dei tempi (differenziati) per i vari adempimenti e di clausole di risoluzione, benché irrituale, si deve considerare adeguato a disciplinare la fase precontrattuale con valore di atto transeunto fino alla sottoscrizione del contratto con la SPV concessionaria; la validità di tale impostazione è stata peraltro confermata dal Tar Lombardia che, come già accennato nei precedenti paragrafi, ha

respinto, tra gli altri motivi di ricorso del raggruppamento secondo classificato, la richiesta di annullamento della "aggiudicazione definitiva e la volontà di stipulare il contratto accessorio"Anche il Consiglio di Stato ha rigettato l'istanza cautelare avanzata sugli stessi punti sempre dal secondo classificato (cfr. Tar Lombardia, Sez. III, 18010/2011 e C.S., Sez. V, n.460/2012), con la motivazione che "risulta prevalente l'interesse pubblico alla celere realizzazione di un'opera pubblica di interesse strategico".
Altra questione importante sul contratto accessorio, riguarda le clausole di risoluzione nell'art.9: dopo l'elenco degli adempimenti, tra cui la fornitura del contratto di finanziamento, si prescrive che "I suddetti termini sono ritenuti essenziali dal comune .. e pertanto in caso di mancato rispetto anche di uno solo di detti termini il contratto accessorio potrà essere risolto dal comune ex art.1457 CC e si procederà all'incameramento della cauzione di cui al paragrafo 5.7 delle istruzioni ed informazioni ai concorrenti, ed all'annullamento dell'aggiudicazione".
Poiché sono trascorsi alcuni termini dell'art.9 (comprese le proroghe di cui si è fatto cenno) e segnatamente la scadenza del tempo per completare il contratto di finanziamento, il comune potrebbe, in ipotesi, già valutare la convenienza alla risoluzione del contratto e all'annullamento dell'aggiudicazione. In tal caso, da un lato, probabilmente non si conseguirebbe l'obiettivo di realizzare il collegamento in tempi utili per l'evento EXPO 2015, per la necessità di esercitare lo scorrimento ecc., dall'altro però non si perderebbe l'interesse pubblico alla celere realizzazione delle opere, laddove, l'intervento trasportistico fortemente necessitato dalla città di Milano, è stato rubricato dal CIPE "opera pubblica di interesse strategico" alla luce della legge n.443 del 2001 (oggi d.lgs. n.163 del 2006); sicché, non si perderebbero gli esiti giurisprudenziali favorevoli sulle procedure seguite dal comune di Milano.
Venendo alla negoziazione in corso tra il comune e l'aggiudicatario, essa si è originata sin dalla fase di predisposizione delle offerte (sollecitate dallo stesso bando) e riguarda varie questioni, alcune di capitale interesse. La prima concerne la richiesta di modifica dello Statuto della SPV (*governance*). L'aggiudicatario (ma anche gli altri concorrenti in fase di offerta) ha rilevato che l'originaria formulazione dello Statuto determinava un potenziale e permanente conflitto di interessi tra il Concedente (comune) e gli amministratori (3 di espressione comunale, 2 dei privati) che costituiscono la maggioranza del Consiglio della società e, come tale circostanza, incidesse negativamente sulla strutturazione del finanziamento da parte della banche. In breve, l'aggiudicatario invocava la possibilità di formulare istanze di riequilibrio del PEF senza che il Comune potesse, attraverso il voto di maggioranza dei propri soci, bloccarle sul nascere perché non gradite e pur se fondate.
Il comune riteneva opportuno introdurre elementi di mitigazione (con versione approvata nel dic. 2010), poiché comunque il ruolo di controllo, sanzione e indirizzo, non viene meno per le sue prerogative di ente concedente. In sintesi, le modifiche apportate risultano:

a. previsione, sia nella fase di costruzione sia nella fase di gestione, di un consiglio di amministrazione a numero fisso di cinque membri, di cui tre di designazione comunale e due dei soci privati, da eleggersi tramite un meccanismo di voto di lista;
b. previsione di un vice-presidente scelto dai soci privati, con rappresentanza legale della Società e potere gestorio in relazione all'esercizio, anche in sede contenziosa, dei diritti di diretto contenuto economico che spettano alla Società in base alla Convenzione o comunque alla Concessione (ivi comprese le richieste di riequilibrio economico ai sensi dell'articolo 47 della Convenzione), fermo restando che il Consiglio di Amministrazione potrà in ogni tempo avocare a sé ogni decisione al riguardo, ma in tal caso solo deliberando preventivamente in merito all'avocazione con il voto favorevole di almeno quattro amministratori e poi sulla questione oggetto di avocazione (sempre con il voto favorevole di almeno quattro amministratori);

c. previsione di un quorum qualificato:
    1. per le decisioni sulle materie in cui gli amministratori di designazione comunale si trovino in conflitto potenziale, e quindi le materie relative a concessione e PEF;
    2. per le decisioni di maggior rilievo sui contratti di finanziamento, salvo per il caso in cui la deliberazione avvenga su proposta del Presidente e sia accompagnata dal parere favorevole di una primaria banca d'affari scelta dal Consiglio di Amministrazione con il voto favorevole di almeno quattro amministratori ovvero, in mancanza, designata dal Preside pro-tempore della Facoltà di Economia dell'Università Statale di Milano su richiesta del Presidente;
    3. per tutte le delibere di assemblea straordinaria ad eccezione delle delibere di aumento del capitale sociale ai sensi dell'articolo 2447 cod. civ (ricostituzione del capitale per perdite) ovvero nei casi in cui l'aumento del capitale sia necessario per rispettare covenant finanziari previsti dai contratti di finanziamento.

Allo stato, le suddette modifiche dello Statuto non sembrano aver superato i limiti oltre i quali si altererebbero le condizioni di parità di trattamento dei candidati.
Strettamente concatenato con le modifiche dello Statuto, vi è la negoziazione per l'ottenimento del contratto di finanziamento. Già nella fase di predisposizione di offerta, l'Aggiudicatario aveva evidenziato varie criticità ai fini della finanziabilità del progetto. Al punto 27 del quesito n.136 si legge: "Gli Istituti bancari hanno già informalmente comunicato che non finanzieranno un progetto che non prevede la libertà da parte del Concessionario di far valere i diritti derivanti dalla Convenzione nei confronti del Concedente, in ragione delle partecipazioni del Concedente nella società Concessionaria." Nel successivo punto 28: "Considerata la situazione di volatilità ed incertezza dei mercati finanziari, i tempi intercorrenti tra la presentazione dell'Offerta, la stipula della Convenzione e il *closing* finanziario con le Banche, e l'impegno di cui all'art. 4.3.4 delle "Informazioni ai Concorrenti", si chiede quale strumento il Comune ritenga di adottare qualora si verifichi un peggioramento delle condizioni finanziarie tenute in considerazione al momento dell'Offerta, al fine di attenuare o mitigare questa eventuale sopravvenienza negativa." Dopo aver espresso anche altre varie perplessità sul tema della bancabilità, l'Aggiudicatario, al punto 92 comunicava: "Ciò premesso, il Raggruppamento conferma di aver già coinvolto in questa fase prodromica alla presentazione di un'offerta, un pool di banche composto da primari istituti di credito con i quali ha iniziato un serio ed approfondito confronto ed ha definito un piano di lavoro finalizzato ad ottenere, nel più breve tempo possibile a valle dell'eventuale aggiudicazione, la stipulazione di un contratto di finanziamento, subordinatamente all'esito positivo dell'attività di *due diligence* e alla delibera favorevole degli organi deliberanti delle banche." Ciò prova che, alla data del 10.11.2010 (quesito n.136 in fase di offerta), il candidato divenuto successivamente aggiudicatario, da un lato era pienamente consapevole degli oneri richiesti dall'offerta, dall'altro si era già attivato con istituti di credito idonei a fornire il contratto di finanziamento.
In seguito, il comune, preso atto di tutti i rilievi dei concorrenti, approvava le modifiche allo schema dello Statuto con provvedimento del Commissario Delegato per l'evento EXPO 2015 n.7 del 15.12.2010. La risposta al detto specifico quesito dell'Aggiudicatario, veniva comunque data dal comune attraverso l'art.4.3.4 del documento "Istruzioni e informazioni ai concorrenti":
"art.4.3.4 I Concorrenti devono presentare, a pena di esclusione dalla Gara, la dichiarazione di interesse di una banca o di una società finanziaria autorizzata e soggetta a vigilanza di stabilità secondo le norme europee, che assuma l'impegno di a erogare alla Società Concessionaria il credito indicato nel Piano Economico Finanziario di Offerta di cui al paragrafo 4.3.1 che precede, entro l'ammontare massimo ivi previsto, a copertura del fabbisogno residuo d'investimento. Detta

Dichiarazione dovrà essere impegnativa, e subordinata unicamente al verificarsi della condizione che il Piano Economico Finanziario di Offerta sia accettato dal Comune e divenga il Piano Economico Finanziario Contrattuale, e che, costituitasi la Società Concessionaria, fra essa e il Comune venga stipulata la Convenzione di Concessione. Rimane salva la facoltà della banca o della società finanziaria di porre la condizione che l'erogazione del finanziamento non sarà esigibile da parte della Società Concessionaria se non dopo che il suo capitale sia stato interamente sottoscritto e versato. Detto credito dovrà essere effettivamente disponibile entro il termine indicato all'art. 9 del Contratto Accessorio, pena l'escussione della cauzione di cui al paragrafo 5.7 che segue e la risoluzione del Contratto Accessorio ai sensi dell'art. 1457 C.C. .. "

Dunque, il tempo per concludere il contratto di finanziamento da parte dell'Aggiudicatario con gli istituti bancari di riferimento va dall'8.08.2011 (aggiudicazione definitiva con determina dirigenziale n.613 dell'8.08.2011), al 24.01.2012 (sottoscrizione del contratto accessorio), oltre ad un tempo di mesi 6 assegnato per l'adempimento contrattuale e una proroga di 40 giorni (delibera n.856 del 23.04.2012), fino alla scadenza del 1.08.2012; per un totale di circa mesi 12. Il tempo trascorso realmente per giungere al *closing* finanziario, è da considerare in realtà più esteso, visto l'anticipato coinvolgimento della banche nella fase di studio dell'offerta conclusasi nel dicembre 2010. E neppure, sembra, possano ritenersi del tutto valide le giustificazioni delle contestuali richieste di modifica della *governance* della SPV da parte delle banche; infatti, da un lato l'onerosità della*governance* era disciplinata nel bando di gara, nella lettera d'invito e nelle "Informazioni e istruzioni ai concorrenti", dall'altro, il comune, già nel 2010 (provvedimento del CD EXPO 2015, n.7, del 15.12.2010), aveva apportato le integrazioni allo Statuto della SPV per meglio garantire l'accessibilità verso il Concedente delle eventuali richieste di riequilibrio del PEF da parte delle banche. Pur se, per altro verso, non possono disconoscersi le difficoltà correlate alla recente crisi economica del Paese.

Stanti le rappresentate difficoltà del *closing* finanziario, si chiedeva un aggiornamento *post* ispezione su vari temi e segnatamente di far conoscere entro quale ulteriore termine potessero essere prorogati i tempi previsti nel contratto accessorio e nelle successive proroghe per la consegna del contratto di finanziamento, senza compromettere definitivamente l'obiettivo temporale di EXPO 2015. E se fossero subentrate, in ipotesi, criticità in ordine alla permanenza delle condizioni proprie del PEF di progetto/di offerta. Dall'esame dei più recenti atti come sopra, si è rilevata una condizione del procedimento (relativamente) più rassicurante di quanto emerso nell'ispezione.

In particolare, secondo il Responsabile del procedimento (cfr. Relazione per AVCP-Aggiornamento al 3.12.2012), non sono emerse specifiche criticità del Contratto accessorio ed è possibile ipotizzare, allo stato, come termine indicativo per la sottoscrizione del contratto di finanziamento, il 30 giugno 2013; termine, quest'ultimo, in corso di formalizzazione tra le parti. Tale differimento del termine di reperimento del contratto di finanziamento, non pregiudica, si legge ancora, l'obiettivo EXPO 2015 in quanto, sulla base degli atti di gara, l'Amministrazione ha provveduto alla consegna anticipata dei vari adempimenti.

Allo stato, l'ATI si accinge, in esecuzione del contratto accessorio, alla consegna del progetto definitivo dell'intera Linea 4 da sottoporre all'approvazione del CIPE ex art.166 del d.lgs. n.163 del 2006; approvazione essenziale anche per il *closing*finanziario. Sono inoltre in corso di esame anche le condizioni di aggiornamento del PEF, come previsto nell'*Assumption Book* a base di gara, mentre, sempre secondo il RP, le argomentazioni dell'ATI sul *closing* finanziario sono state verificate con il coinvolgimento degli *advisor* legali e finanziari del Soggetti finanziatori.

Per quanto riguarda l'ulteriore aggiornamento della *governance* della SPV e quindi dello Statuto, non si sono evidenziati scostamenti sostanziali da quanto già illustrato precedentemente; salvo un ultimo miglioramento secondo cui "le azioni della Società possono essere costituite in pegno a favore dei finanziatori dell'opera, considerato che quest'ultimi non hanno diritto di ricorso (azione)

sul socio pubblico di maggioranza, in caso di default del progetto". Il significato da attribuire a tale precisazione del RP, va nel senso di consentire, ma nello stesso tempo di circoscrivere, il pegno delle azioni di parte pubblica.
Per quanto riguarda la convenzione di concessione, la rimodulazione operata nel mese di novembre, dopo l'ispezione, sembra tesa a eliminare ambiguità interpretative e all'adeguamento al codice dei contratti, ma senza scostamenti di peso.

Considerato in diritto

La procedura seguita dal comune di Milano per la scelta del socio privato, appare conforme alla normativa all'epoca rinvenibile nell'art.116 del d.lgs. n.267 del 2000, nella legge n.109/94 e successivamente, in quanto applicabile, nel d.lgs. n.163/2006. E' da osservare inoltre che il bando di gara e l'intera architettura procedurale, sarebbero conformi anche al vigente d.lgs. n.163 del 2006, laddove, il partenariato istituzionalizzato, previsto all'interno delle definizioni dell'art.3, comma 15-ter, d.lgs. n.163/2006, con riferimento alle "società miste", non trova una puntuale disciplina degli adempimenti compresi dall'aggiudicazione alla stipula della convenzione di concessione, come invece per l'appalto integrato e/o finanza di progetto (artt. 168 e 169 del d.P.R. n.207/20101 e art.153 del d.lgs. n.163/2006). Dalla descritta circostanza, si è resa necessaria l'introduzione del contratto accessorio quale strumento succedaneo al codice dei contratti pubblici, per assicurare la disciplina del procedimento dall'aggiudicazione al contratto di concessione, tra cui la contrattualizzazione dell'istituto dello scorrimento in coerenza con la*lex specialis*.
Il trasferimento dei rischi, alla luce della decisione Eurostat 2004, appare ragionevolmente conseguito: il rischio di costruzione è trasferito solo al socio costruttore della SPV, mentre il rischio di disponibilità è ancorato all'applicazione di rigidi automatismi di penalità, fino alla risoluzione contrattuale; pur se tali rischi sono incidenti pro-quota sulla parte pubblica della SPV, inevitabilmente in un partenariato istituzionalizzato.
La procedura nel suo complesso, è stata fortemente caratterizzata per conseguire l'obiettivo finanche a valenza nazionale - e da qui l'interesse pubblico a realizzare l'opera di trasporto - di favorire gli accessi commerciali all'area sede di EXPO 2015. La conduzione del procedimento, dalla pubblicazione del bando alla fase di confronto con i concorrenti prima delle offerte, è apparsa altresì rispettosa dei principi di parità di condizioni dei concorrenti e di trasparenza di cui all'art.2 del d.lgs. n.163 del 2006.
Un aspetto apparso invece critico, reso tale dalla stringente necessità di eseguire i lavori della tratta Linate Sforza-Policlinico, in un tempo utile per l'evento EXPO di maggio 2015, risiede nei tempi eccessivamente dilatati per il *closing* finanziario da parte dell'Aggiudicatario. Tuttavia, nonostante l'ATI si sia resa, allo stato, già inadempiente rispetto alla scadenza fissata originariamente nel contratto accessorio, come sopra precisato, è stato raggiunto un accordo (in corso di formalizzazione) per il differimento della sottoscrizione del contratto di finanziamento nel prossimo 30 giungo 2013, senza compromettere l'obiettivo di EXPO2015.
In definitiva, l'Amministrazione comunale sembra aver superato la situazione di stallo manifestatasi nella fase ispettiva, laddove ha assentito all'Aggiudicatario un ulteriore termine per il conseguimento del contratto di finanziamento, ancora compatibile con l'obiettivo temporale di EXPO 2015; dall'altro, in ogni caso, l'Amministrazione ha la facoltà di ricorrere all'istituto dello scorrimento legittimamente contrattualizzato e, al contempo, attivare le misure alternative per assicurare il collegamento tra Linate e il passante ferroviario nella fermata Forlanini.
In ultimo, qualunque sia la scelta operata dal comune di Milano, che resta naturalmente autonomo nell'esercizio delle prerogative proprie di amministrazione aggiudicatrice, incombe la necessità di contenere quanto più possibile la negoziazione in atto: sotto il profilo sostanziale, per mantenersi coerenti con le scelte dell'architettura contrattuale del partenariato istituzionalizzato; sotto il profilo

temporale, per soddisfare le esigenze trasportistiche di EXPO 2015. Il rispetto del primo profilo sottolineato, eviterebbe il superamento dei limiti fissati nei richiamati principi di cui all'art.2 del d.lgs. n.163 del 2006 e, segnatamente, della parità di condizioni dei concorrenti (cfr.ex plurimis C.S., IV, 25.03.2003, n.1544), superati i quali si metterebbe forse a repentaglio la procedura di affidamento.
Tanto premesso,

Il Consiglio

1. Approva la presente delibera alla luce delle considerazioni che precedono;
2. Rileva che le procedure di selezione dei concorrenti seguite dal Comune di Milano per la individuazione del socio privato del contratto di partenariato pubblico privato istituzionalizzato di cui all'art.116 del d.lgs. n.267/2000 e art.3, comma 15-ter, d.lgs. n.163/2006, per la costruzione della nuova linea metropolitana M4, appaiono rispettose dei principi di parità di condizioni e trasparenza di cui all'art.2, comma 1, del d.lgs. n.163 del 2006;
3. Rileva che l'adozione del contratto accessorio appare uno strumento giuridico idoneo a governare la fase compresa dall'aggiudicazione alla costituzione della società mista pubblico-privato per la costruzione e gestione dell'opera, attesa la specificità del contratto di partenariato pubblico privato istituzionalizzato richiamata in narrativa;
4. Rileva che le specificazioni effettuate sulla base della *lex specialis* ecc. in alcuni atti propedeutici alla costituzione della società mista pubblico-privato, segnatamente lo statuto della società e la bozza di convenzione, appaiono, allo stato, rispettose del principio di parità di condizioni dei concorrenti; anche le mitigazioni apportate all'originaria disciplina della*governance*, appaiono altresì ispirate ai criteri di ragionevolezza e di proporzionalità;
5. Rileva che le disfunzioni prodottesi dopo l'aggiudicazione, sono state in ultimo contenute dall'Amministrazione comunale di Milano con il differimento, concordato con l'Aggiudicatario e in corso di ratifica, di concludere il *closing* finanziario entro il termine del maggio 2013, termine ritenuto idoneo a salvaguardare il raggiungimento del rilevante obiettivo EXPO2015 d'importanza finanche nazionale;
6. Invita l'Amministrazione comunale a curare con la massima puntualità, il rispetto degli impegni assunti con il nuovo termine convenuto;
7. Dispone che la Direzione Vigilanza Contratti invii la presente delibera al Responsabile del procedimento in segno di definizione del procedimento ispettivo in seno all'Autorità.

Il Consigliere relatore: Luciano Berarducci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato in Segreteria in data: 21 dicembre 2012
Il Segretario: Maria Esposito