Autorità Nazionale Anticorruzione

AREA VIGILANZA CONTRATTI

Ufficio Verifica Analisi Varianti

Deliberazione n. 757 del 13 luglio 2016

Fascicolo 2342/2013

Oggetto: Comune di Milano. Nuova linea metropolitana M4 da Lorenteggio a Linate. Importo circa € 1,7 mld.

Il Consiglio

- Vista la comunicazione di risultanze istruttorie prot.61245 del 15.5.2015;
- Viste le controdeduzioni prot.85869 del 6.7.2015;
- Considerata l'audizione che ha avuto luogo in data 20 gennaio 2016;
- Viste le ulteriori controdeduzioni allegate alla nota prot.24545 del 12.2.2016 (relazione del RdP del 28.1.2016);
- Vista la relazione istruttoria dell'Ufficio Verifica Analisi Varianti prot.92818 del 13.6.2016;

Considerato in fatto

1.1. Con nota prot.61245 del 15.5.2015 sono state trasmesse al Comune di Milano le risultanze istruttorie relative alla costruzione della nuova linea metropolitana M4. Le controdeduzioni sono pervenute con prot.85869 del 6.7.2015. Il Comune ha richiesto l'audizione di fronte al Consiglio dell'ANAC che si è svolta in data 20 gennaio 2016. All'audizione - documentata con apposita registrazione - ha fatto seguito un'ulteriore memoria acquisita al prot.24515 del 12.2.2016 (con n.12 allegati, cui sarà fatto riferimento di volta in volta nel prosieguo).

1.2. La M4 è stata oggetto di un'ispezione dal 17 al 21 settembre 2012 culminata con la delibera n.105 del 20.12.2012. Il modello contrattuale per la gestione e costruzione dell'opera s'inquadra nel cd. "partenariato pubblico privato-istituzionalizzato" (v. Libro Verde della CE e direttiva 2004/18). Esso implica una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno a una società mista detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato (v. art.116, del d.lgs. n.267 del 2000). Il bando di gara per la scelta del socio privato fu pubblicato poco prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n.163 del 2006; l'aggiudicazione è stata interessata da un lungo contenzioso del secondo classificato.

Per la gestione dell'appalto il Comune si è avvalso di due società interamente partecipate: MM SpA per la progettazione a base di gara e la direzione dei lavori, AMAT SrL per l'alta vigilanza in favore del RdP; ATM SpA, anch'essa interamente partecipata dal Comune, sarà utilizzata la successiva gestione della linea metropolitana M4. L'intervento di tali società partecipate è stato previsto nel bando di gara per la scelta del socio privato esecutore.

Le caratteristiche tecniche dell'opera si possono riassumere come segue: la linea si snoda per 15,2 km con 21 stazioni. In origine era stata concepita in due tratte e un unico contratto: tratta 1 di 7,7 km da Lorenteggio a Sforza/Policlinico con 8 stazioni, e tratta 2 di 6,5 km da Sforza Policlinico a Linate con 13 stazioni. Nelle more delle procedure di scelta del socio privato era stata prevista l'anticipazione di una cd. tratta Expo Linate-Forlanini FS, per facilitare l'afflusso dei viaggiatori provenienti dall'aeroporto di Linate e diretti all'area dell'evento (cd. obiettivo Expo 2015 poi non conseguito).

La delibera n.105 del 20.12.2012 si concludeva favorevolmente sull'operato del Comune tenendo presente che l'aspetto più critico a suo tempo emerso, era quello di valutare l'idoneità del *contratto accessorio* per passare dall'aggiudicazione alla progettazione esecutiva: aspetto che non era coperto da alcuna disciplina. Segnatamente la delibera indicava:

- le procedure di selezione dei concorrenti 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, appaiono rispettose dei principi di parità di condizioni e trasparenza di cui all'art.2, comma 1, del d.lgs. n.163 del 2006;
- il *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;

- le disfunzioni prodottesi dopo l'aggiudicazione sono state limitate dal Comune con la decisione di concludere il *closing* finanziario entro il termine del maggio 2013, termine ritenuto idoneo a salvaguardare il raggiungimento del rilevante obiettivo Expo 2015.

In seguito, con nota prot.18139 del 7.2.2014, veniva avviato il monitoraggio del procedimento di realizzazione della M4. Il RdP ha fornito puntuali chiarimenti e documentazioni con le seguenti note di riscontro:

- prot.31588 del 10.03.2014 (e successive dell'1.4.2014 e dell'11.7.2014);
- prot.134179 del 28.11.2014 (PG n.714222/2014 del 24.11.2014);
- prot.17314 del 17.2.2015 (PG n.79178/2015 del 9.2.2015).

Il monitoraggio ha registrato nel 2014 due fasi di verifica, prima di luglio e prima di dicembre. Un esito interlocutorio del monitoraggio è stato inviato al RdP con prot.122342 del 4.11.2014. Il *contratto accessorio* è stato integrato con un *addendum* prima della costituzione della società mista e del *closing* finanziario (v. all.6).

1.3. La comunicazione di risultanze istruttorie ha sottolineato che gli adempimenti principali di costituzione della società mista-concessionaria e del *closing* finanziario a cura del Socio privato sono stati espletati sebbene con notevole ritardo; sono state tuttavia evidenziate una serie di criticità come segue:

- le modifiche introdotte al contratto (e al PEF) per la "sospensione" dei lavori nella Cerchia dei Bastioni non appaiono giustificabili ex art.132 del d.lgs. n.163/2006;
- la sospensione dei lavori nella Cerchia dei Bastioni e altre importanti questioni, sono state concertate con una negoziazione non ancorata alle procedure del d.lgs. n.163/2006 e dunque in violazione dei principi di trasparenza dell'art.2, co.2, del codice;
- la direzione dei lavori affidata a MM SpA pone in essere un conflitto d'interessi della società medesima sia dal punto di vista sostanziale che formale (art.53 del d.lgs. n.165/2001 come no-

vellato dalla legge n.190/2012);

- la direzione dei lavori affidata alla società MM SpA è in contrasto con l'art.13 della legge 248/2006 e viola i principi di libera concorrenza di cui all'art.2, d.lgs. 163/2006;
- le attività di MM SpA e AMAT sono ridondanti e di ciò si dovrà tener conto anche per le attività già espletate;
- le modalità di contabilizzazione delle prestazioni dei contratti di MM SpA e AMAT SrL dovrebbero essere opportunamente rivisitate e di ciò si dovrebbe tener conto anche per le attività già espletate;
- il computo dei corrispettivi previsti per la direzione dei lavori di MM SpA non può desumersi dalla Tariffa professionale per ingegneri e architetti, ancorché decurtata, bensì dall'art.92 del d.lgs. n.163/2006; di ciò si dovrebbe tener conto anche per le attività già espletate;
- il *mandato gestorio* (v. all.8) conferito dalla Concessionaria (SPV LINEA M4 S.p.A.) al Socio privato (Consorzio SPM4) non appare compatibile con il partenariato pubblico privato-istituzionalizzato previsto a suo tempo nella *lex specialis*; di conseguenza risultano violati i principi di trasparenza e parità di condizioni dei concorrenti ai sensi dell'art.2, d.lgs. n.163/2006.

2. Nel seguito sono passate in rassegna le controdeduzioni del RdP comprese quelle avanzate dai vari rappresentanti del Comune nel corso dell'audizione e nella successiva memoria.

2.1. In merito all'ammissibilità della sospensione dei lavori nella Cerchia dei Bastioni e della rinegoziazione contrattuale

Nella comunicazione di risultanze istruttorie si osservava come la "sospensione" dei lavori nella zona centrale della Città dissimulava in realtà una perizia di variante in corso d'opera e che, in quanto tale, si collocava al difuori della fattispecie di cui all'art.132 del d.lgs. 163/2006 (v. par. 3.2, da pag.7, della comunicazione). Infatti la sospensione comportava significative modifiche del contratto accessorio (all'epoca in corso, poi sostituito): un aumento del tempo di esecuzione dei lavori da 78 mesi a 88 mesi; un ristoro forfettizzato pari a circa € 9 mln e il riconoscimento di ulteriori € 59,7 mln da inserire nella prossima revisione del Piano Economico e Finanziario (modifica della convenzione di concessione, v.

all.9). Veniva inoltre evidenziato il possibile aumento che si avrà sulle tariffe a carico del Comune (cd. tariffa ombra) o forse degli utenti (*tiket*). La "sospensione" è stata accordata insieme alla rinuncia dell'impresa alle riserve per andamento anomalo dei lavori e di tutte le altre riserve iscritte, quale esito di un negoziato tra impresa e amministrazione comunale (v. delibere di Giunta n.1893 del 26.11.2014 e n.2418 del 28.11.2014).

La sospensione è stata giustificata con l'opportunità di evitare cantieri nella città nel corso dell'evento Expo 2015, sia per una migliore fruibilità della città, sia per evitare che si costituissero vie preferenziali per atti terroristici. In particolare, in ordine alla variante irritualmente adottata per modificare il contratto accessorio all'epoca in corso (all.5) e il PEF, emergevano i seguenti rilievi:

a) non è risultata ancorata ad alcuna delle fattispecie dell'art.132 del d.lgs. 163/2006;
b) la negoziazione sulle riserve non ha seguito né l'art.239 né l'art.240 del codice dei contratti e sono stati violati numerosi aspetti sostanziali inerenti le riserve: pareri del direttore dei lavori, commissione di collaudo in corso d'opera, commissione di accordo;
c) è stato violato il principio di trasparenza e adeguatezza di cui all'art.2, co.2, del codice, laddove la negoziazione ha pacificamente assunto la totale "riconoscibilità" di tutte le riserve iscritte.

Quanto sopra nonostante il negoziato Comune/Impresa si sia svolto al cospetto della Giunta municipale dietro impulso del Responsabile del procedimento: Questi infatti aveva evidenziato all'Amministrazione il grave inadempimento del Socio privato nella fornitura della quota di finanziamento a lui spettante entro i 45 giorni dalla delibera CIPE e la sussistenza degli elementi per la risoluzione della concessione (v. già citate delibere n.1893 del 26.9.2014 e n.2418 del 28.11.2014).

Il RdP, dopo aver svolto la ricostruzione dell'iter amministrativo ha rappresentato che la sospensione (e ciò che ne ha conseguito) è una scelta discrezionale dell'Amministrazione che ha valutato di ridurre l'impatto dei lavori nel centro cittadino. Ciò anche per un controllo più agevole dei varchi e per ampliare la sosta dei mezzi turistici, senza disturbare la configurazione esteriore della città e la sua fruizione. Tanto che analoga sospensione dei lavori vi è stata per il Teatro alla Scala. Si sarebbero inoltre ingenerate disfunzioni al traffico che si snoda in (e da) Piazza San Babila. In breve si tratta di una decisione di "politica amministrativa". Il RdP ha

inoltre rimarcato che la "sospensione" altro non è che l'applicazione dell'art.4 (4.5) dell'atto di sottomissione del contratto (all.5), laddove veniva rivisitato il cronoprogramma dei lavori una volta verificata la sopraggiunta impossibilità di realizzare la tratta Expo in tempo per l'evento. Tale articolo 4.5, volto a posticipare i lavori nella Cerchia dei Bastioni, è stato inserito nell'addendum (atto di sottomissione) al contratto accessorio poiché si era già rilevato il notevole ritardo delle delibere CIPE di approvazione del progetto definitivo: anche se a tale ritardo si sommano in seguito i ritardi propri del socio privato il quale era tenuto a produrre il closing entro 45 giorni dalla delibera CIPE. Quanto ai maggiori costi della rimodulazione della tempistica dei lavori (sempre nell'addendum), il RdP ha specificato che ciò non costituisce violazione del principio di economicità di cui all'art.2 codice: "quello che la legge richiede è la sana e prudente gestione del danaro pubblico che si raggiunge evitando spese non utili o eccessive, il che non significa impedire di elevare il costo di un'opera ove ciò sia necessario".

Infine, non vi è stata alcuna violazione dei principi di cui all'art.2 del d.lgs. 163/2006: la clausola inserita nell'atto aggiuntivo "ha saputo cautelarsi perseguendo i valori di economicità delle proprie decisioni, il che ha reso efficace la rimodulazione dei lavori ... consistente nel riconoscimento dei soli costi vivi dovuti … all'allungamento dei tempi".

Nella memoria prot.24515 del 12.2.2016 (PG49032/2016) non sono state formulate altre considerazioni sul tema della sospensione. In sede di audizione il Sindaco ha sottolineato che la sospensione è stata una scelta suggerita anche da ragioni di sicurezza. Infatti, come noto, puntualmente vi sono stati atti di devastazione diffusa in alcune strade del centro in occasione dell'apertura dell'evento Expo, cui peraltro la cittadinanza ha prontamente risposto. Quindi ciò prova la concreta fondatezza dei motivi della sospensione, giacché la presenza di cantieri nelle aree centrali avrebbe facilitato o amplificato gli atti di devastazione.

2.2. In merito al conferimento dell'incarico di direzione dei lavori alla MM SpA. Nella comunicazione di risultanze istruttorie sono state evidenziate le motivazioni che rendono la MM SpA non idonea a svolgere la direzione dei lavori. Una prima risiede nel fatto che da un lato MM è una società interamente partecipata dal Comune e dall'altro è sottoposta funzionalmente e gerarchicamente al

Concessionario (privato) che le eroga i compensi professionali ragguagliati all'ammontare dei lavori. Alla direzione dei lavori sono richieste valutazioni su aspetti di massima rilevanza in contrasto con gli interessi della medesima amministrazione (riserve, varianti, revisione del PEF, forza maggiore, cause di inadempimento, ecc.). Una seconda motivazione risiede nell'art.13, co.1, d.l. n.223 del 4.7.2006, convertito in legge 248/2006, dove si stabilisce il divieto per le società costituite per i servizi strumentali dell'Ente (come appunto MM SpA) di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati: divieto che vale sia per in caso di affidamento diretto, sia a seguito di gara pubblica, con la sola esclusione dei servizi pubblici locali (v. anche Consiglio di Stato, Sez.V, 22.1.2015).

Si segnalava altresì l'incompatibilità dello *status* di soggetto pubblico di MM SpA a operare alle dipendenze di un soggetto privato. Infatti, gli incarichi a dipendenti della società pubblica MM SpA, sono in contrasto con l'art.53, co. 5, d.lgs. n.165/2001, come novellato dall'art.1, comma 42, legge n.190/2012, secondo cui ogni incarico conferito direttamente dall'amministrazione deve essere tale "*da escludere casi di incompatibilità, sia di diritto che di fatto, nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione o situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi, che pregiudichino l'esercizio imparziale delle funzioni attribuite al dipendente*."

Il RdP ha osservato che la scelta nel bando di gara (prima del d.lgs. 163/2006) di affidare la direzione dei lavori a una società in house, ha avuto ed ha il fine di tutelare il Comune di più che ricorrendo al mercato dei servizi di ingegneria e architettura. Essa si trova peraltro in linea con gli attuali orientamenti del Governo (in sede di recepimento delle direttive comunitarie), di evitare che siano scelti soggetti privati da parte del concessionario. E che, diversamente da quanto nella comunicazione di risultanze istruttorie, i corrispettivi a MM saranno corrisposti dalla Concessionaria ex dell'art.5.4. della convenzione di concessione (e non dal socio privato). Quanto al conflitto d'interessi di MM, viene chiarito che la Concessionaria non esercita un controllo sulla direzione dei lavori, né mai potrebbe accadere poiché la funzione di direzione dei lavori è tipicamente terza persino rispetto alla parte per cui viene svolta. Deporrebbero in tal senso gli artt. 8 e 11 del capitolato speciale e art.3 della convenzione secondo cui il RdP controlla il direttore dei lavori, e quest'ultimo non può mai aggravare la spesa senza il preventivo accordo del RdP. Cade inoltre in radice anche la censura della violazione dell'art.53, co.5, del d.lgs.

165/2001 dato che MM SpA non opera alle dipendenze di un soggetto privato.

Anche nella memoria prot.24515 del 12.2.2016, veniva ribadito che la scelta del Comune di affidare a MM la direzione dei lavori, oltre che prevista dal bando di gara (v. art.5.5 della convenzione), è tesa a sottrarre al privato la nomina del direttore dei lavori, in linea con la legge delega appena approvata (14.1.2016); la società concessionaria ha dichiarato comunque di volerne beneficare. Si evidenziava inoltre che la presenza di MM in veste di DLL ecc. (e quella di AMAT), permette di attuare le indicazioni del Piano Nazionale Anticorruzione: infatti questo prevede come misura di prevenzione la presenza di diversi soggetti dotati di poteri sul procedimento, "a forziori se di controllo, come nel caso in esame" (v. all.13). Venivano inoltre ampiamente declamate le caratteristiche virtuose del nuovo corso di MM SpA introdotto dal 2008: nuovo statuto, codice etico, OdI, sistema di gestione della qualità, mod.231, Piano anticorruzione e della trasparenza, ecc. **(quasi tutte note e considerate in fase istruttoria; v. anche all.11 e all.12).**

Sull'affidamento a MM del servizio di DLL, veniva infine richiamata la significativa apertura in tema di in house providing dell'art.12 della direttiva 2014/24, apertura non ridotta dalla legge delega: vale a dire, nel caso di specie, permettere "che anche la società Concessionaria **(mista)*****, in quanto controllata dal comune di Milano, possa assumere le vesti di affidataria verso una società a sua volta operante in house providing per il medesimo ente".***

2.3. In merito al conferimento dell'incarico di supporto a MM SpA. Nella CRI veniva rilevato un conflitto d'interessi tutto "interno" di MM SpA, laddove la società è stata incaricata di svolgere anche l'attività di supporto per il medesimo RdP oltre che, come detto, la direzione dei lavori sotto la vigilanza del RdP: in sostanza un doppio ruolo di controllore e controllato.

Il medesimo RdP ha osservato che tali ruoli discendono dalla legge di gara e segnatamente dall'art.5.3 della convenzione. Tuttavia il RdP sembra ammettere l'anomalia e si rimette alle valutazioni dell'Autorità. Infine, circa il conflitto d'interessi di MM SpA scaturente dal "mandato gestorio", il RdP rinvia ad altro punto delle controdeduzioni. La nota prot.24515 del 12.2.2016 non reca nuove argomentazioni, salvo l'integrazione della documentazione con l'all.11 recante il sistema di controllo interno di MM SpA.

2.4. In merito all'entità dei corrispettivi per la direzione dei lavori a MM SpA. Nella comunicazione di risultanze istruttorie sono state evidenziate due irregolarità:

- mentre i compensi per la direzione dei lavori dei professionisti interni di MM SpA sono quelli dei contratti di lavoro dipendente, i compensi corrisposti dal Socio privato (come da bando di gara), sono dedotti dalla Tariffa professionale. Ciò equivale all'esborso di somme ben più elevate rispetto alla spesa effettiva sopportata da MM, che rimangono pertanto nella disponibilità dell'azienda. Peraltro la *lex specialis* per la scelta del socio privato si è limitata a prevedere l'incarico e il corrispettivo in capo a MM SpA, ma senza sottoporlo al ribasso di gara;
- poiché la società MM è una società totalmente partecipata dal Comune di Milano, il corrispettivo per la direzione dei lavori doveva essere ricompreso nell'incentivo alla progettazione di cui all'odierno art.92 del d.lgs. n.163/2006 (all'epoca della gara art.17 della legge n.109/1994): in tal senso non vi può essere alcuna distinzione tra i dipendenti del Comune e quelli di MM SpA.

Il RdP ha precisato che i compensi previsti per MM sono stati decurtati del 29 % rispetto alla Tariffa professionale e ciò riconduce tale importo ai soli costi sostenuti dalla Società per svolgere al direzione dei lavori e specificatamente rendicontati. Anzi tale importo (max € 20.859.159,06) risulterebbe ancor più ridotto rispetto agli atti gara. Il RdP ha quindi concluso che tale servizio d'ingegneria, così ridotto, "rende le attività in oggetto non contendibili sul mercato" (l'importo è da aggiornare con il quadro economico).

2.5. In merito alla sovrapposizione delle attività di MM SpA e AMAT SrL

Con la comunicazione di risultanze istruttorie sono state formulate varie obiezioni sulla ridondanza delle prestazioni a supporto del RdP, da svolgere sia a cura di MM che di AMAT. Infatti, non si comprende la *ratio* di sottoporre l'attività dell'impresa esecutrice ("Consorzio SPM4", socio privato della Concessionaria ora subentrato alla società mista in forza del *mandato gestorio*) all'alta vigilanza di AMAT, laddove MM opera essa stessa per il Comune concedente (supporto al RdP e direzione dei lavori). Veniva anche rimarcato che la detta ridondanza è amplificata dal *mandato gestorio*: a fronte di una società concessionaria pubblico-privata nella quale il concedente detiene la ampia maggioranza, ogni controllo "esterno" di alta sorveglianza sarebbe ridondante; gli interessi dell'amministrazione comunale sarebbero perfettamente

tutelati proprio dall'interno della società, ragione stessa per la quale è stato scelto l'istituto del partenariato pubblico privato-istituzionalizzato (cfr. dichiarazioni rese a verbale dell'ispezione 17-21 settembre 2012, in seguito concisamente riprodotte al § 2.6).

Il RdP ha controdedotto che l'incarico ad AMAT risale alla lex specialis nella quale si prevedeva l'intervento* in house providing *della società: ciò a maggiore tutela dell'interesse pubblico a contenere costi e tempi di esecuzione, peraltro con una sola unità di 7 dipendenti e i cui compensi sono limitati al solo rimborso dei costi sostenuti (€ 20.116.840,94). La società in house garantirebbe una Alta Vigilanza con maggiore sensibilità, competenza ed esperienza (rispetto a un soggetto esterno). Quanto alla sovrapposizione delle attività di supporto al RdP rese da MM e AMAT, il RdP ha fornito ulteriori ed estese precisazioni (peraltro già sufficientemente note) sull'attività di AMAT riassumibili in estrema sintesi: sopralluoghi in cantiere, controllo della contabilità, controdeduzioni riserve, controllo a campione sui subappalti, verifica delle procedure di qualità, supporto specialistico su accordi bonari, controllo applicazione normativa sulla sicurezza ecc. e molte altre attività marginali. Sono anche citate: vigilanza sull'operato della direzione dei lavori, protocollo di legalità e relative banche dati, procedure di comunicazione, analisi e gestione dei processi ad uso della costruzione di M4. Infine il RdP ha assicurato che nessuna delle suddette attività è svolta dalla direzione dei lavori (v. all.18).

Di analogo tenore le giustificazioni espresse con la nota prot.n.24515 del 12.2.2016 (v. all.12). Viene riportato un esempio nel quale si dice in estrema sintesi: MM SpA effettua già una serie di attività di controllo della progettazione esecutiva della Concessionaria (ora socio privato esecutore), che le assorbono gran parte delle risorse, di talché AMAT Srl vigila sull'applicazione del piano di sicurezza (tali controlli hanno comportato un risparmio sulla sicurezza di circa € 15 mln riversati sul progetto).

2.6. In merito al *mandato gestorio* conferito dalla società mista SPV LINEA M4 S.p.A. al socio costruttore Consorzio CMM4 e alle conseguenti alterazioni del contratto di concessione

Nella comunicazione di risultanze istruttorie, veniva rilevata l'inaccettabilità delle modifiche apportate alla società mista concessionaria dopo la gara. In fase di costituzione della SPV LINEA M4 S.p.A., gli istituti

finanziatori avevano posto come condizione per la erogazione dei mutui al socio privato, che venisse eliminato il conflitto d'interessi tra concedente - rappresentato nella SPV concessionaria al 66% - e il medesimo socio privato costruttore (pag.3, punto L, *mandato gestorio*). Ciò perché poteva verificarsi che le richieste di riequilibrio del PEF o di altre pretese economiche del socio costruttore fosse limitato o ostacolato sul nascere dalla concessionaria, per così dire dall'interno. Con il consenso dell'amministrazione concedente, veniva così sottoscritto un mandato con il quale il mandatario (socio privato costruttore Consorzio CMM4) potesse per tutta la durata della costruzione della M4:

- avere il potere di gestire tutti i diritti contrattuali della Concessionaria SPV nei confronti del Concedente (Comune di Milano) ecc.;
- avere il potere di gestire il rapporto contrattuale direttamente con il Concedente ecc.;
- inviare direttamente al Concedente le richieste di revisione del PEF;
- rispondere ad ogni richiesta del Concedente ecc.;
- proporre azioni di natura giudiziale per conto del Mandante (SPV).

In sostanza, la società mista è stata sostituita con un nuovo rapporto concedente-concessionario alla stregua di una concessione classica, rinnegando l'intera formula del partenariato pubblico privato-istituzionalizzato a base della gara (v. art.116 d.lgs. 267/2000). Anche e soprattutto nella fase di co-struzione. Veniva meno anche uno dei motivi addotti dal Comune per scegliere l'istituto del partenariato pubblico privato istituzionalizzato (Comune e socio privato). Venivano quindi riportate le dichiarazioni acquisite nella visita ispettiva:

- "*Suddetto modello (di PPP-istituzionalizzato, ndr) è stato scelto in quanto, a seguito della comparazione con altre procedure alternative (project financing, general contractor e concessione di costruzione e gestione), è risultato essere la soluzione più opportuna, in funzione delle disponibilità economiche dell'Ente Concedente e del rispetto dei tempi previsti, nonché del maggior controllo operabile in qualità di socio di maggioranza.";*
- "*A* questo *scopo è stata indetta la "Gara per la ricerca del socio privato di una società mista ex art. 116 del D.Lgs 267/2000, cui affidare la concessione di costruzione e di gestione della Linea 4 della metropolitana di Milano". Non è stata utilizzata pertanto né lo schema dell'art.142 del d.lgs. n.163/2006, né dell'art.153 del medesimo*.";

- " … *la* convenienza *alla scelta del comune di partecipare alla società di progetto (partenariato istituzionalizzato) deriva dallo studio di un gruppo di lavoro costituito con Determina Dirigenziale 13/2009 (allegato 19), che chiudeva i lavori con una "Relazione conclusiva GDL M4-M5" del 19.10.2009 a firma … (allegato 20); in estrema sintesi lo studio suddetto si può riassumere come segue: dopo aver esaminato e comparato il modello del contratto di appalto, il modello della concessione e il modello di finanza di progetto puro, si riteneva più conveniente la soluzione di investire, da un lato, la propria controllata MM ai fini dello svolgimento della progettazione e direzione dei lavori, dall'altro, attraverso la presenza del comune fino a due terzi dell'assetto societario, si attuava in tal modo sia un forte controllo tecnico che un elevato livello di governance; aspetti entrambi molto sentiti dall'amministrazione in vista di garantire la funzionalità del sistema di trasporto cittadino con le esigenze dell'EXPO 2015.*" ;
- *"La detta convenienza, è stata accertata anche sotto il profilo finanziario*";
- "*Vi è inoltre un forte vantaggio in termini di governance esercitabile nella SPV, sul piano del recupero della simmetria informativa a favore del pubblico, nel corso di esecuzione del contratto.*"

Le ragioni che hanno indotto il Comune a tali modificazioni, venivano spiegate/contestate con le premesse del mandato dove si legge: le norme di gara prevedono espressamente che la responsabilità per la costruzione e gestione della Linea M4 sia esclusivamente dei soci privati (in verità il *mandato gestorio* è riferito anche alla fase di gestione). In effetti, all'art.5.1 (ii), del contratto di concezione, dedotto dall'art.5.2 della bozza a base di gara con rivisitazioni del testo, prevede la traslazione dei rischi, in termini di costo (e di risultato), dalla concessionaria al socio costruttore (e poi socio gestore).

Ma da tali premesse non può dedursi la legittimazione ad assumere il *mandato gestorio*, peraltro di amplissima portata e non presente negli atti di gara. La formulazione di tali articoli della convenzione a base di gara, come approfondito in sede ispettiva, era tesa ad assicurare un efficiente "*trasferimento dei rischi di costruzione*", come parte della tematica più generale del trasferimento dei rischi nel partenariato pubblico privato (cfr. decisione Eurostat del 2004 ed ex plurimis delibera Avcp 18/2013).

Mentre la volontà/necessità di trasferire il rischio di costruzione sull'esecutore (socio costruttore privato) non ha a che vedere con le strategie di revisione del PEF. Inoltre, avendo il Concedente Comune, tramite la MM SpA, svolto anche la progettazione esecutiva/definitiva (prima Tratta/seconda Tratta), appare

improbabile che possa risultare manlevato da un possibile coinvolgimento nelle responsabilità conseguenti a un aumento dei costi di costruzione.

Il controllo "interno" della concessionaria sarebbe stato perciò un presidio più efficace per evitare sovra costi di costruzione pur se il Concedente, come in tutte le concessioni, è e rimane titolare della vigilanza sulla revisione del PEF. Quest'ultima forma di controllo, non si pone sullo stesso piano della prima, per le numerose valutazioni che possono condurre all'aumento dei costi (cfr. ad esempio artt.11, 15, 16, 31, 47 ecc. della convenzione) e che abbisognano della massima trasparenza informativa. In altre parole, è venuto a mancare proprio quel sano livello di controllo che il Comune aveva previsto di esercitare attraverso la *governance* maggioritaria della società mista concessionaria.

Nella CRI è stata quindi evidenziata la incompatibilità del mandato con le condizioni a base di gara: i concorrenti si sono trovati evidentemente a formulare un'offerta tecnica ed economica riferita a un modello contrattuale diverso, nel senso di più impegnativo per il contraente rispetto a quello invece attuato in concreto. Quindi sono stati violati i principi di cui all'art.2, del d.lgs. 163/2006 (già previsti dall'art.2 legge 109/94 reggente la gara) e segnatamente della trasparenza e della parità di condizioni dei concorrenti.

Il RdP ha spiegato che l'analisi dinanzi svolta non è corretta. Inoltre, le modifiche dello Statuto in discussione sono state portate a conoscenza dell'AVCP sin dal 2012 e poi di ANAC, senza ricevere rilievi specifici sul mandato gestorio. Quanto alla genesi del mandato gestorio, sottoscritto il 22.12.2014, il RdP ha chiarito:

a) ***l'origine del mandato gestorio va ricercata nella stessa lex specialis laddove, i concorrenti ebbero a manifestare il conflitto d'interessi del Comune nella sua doppia veste di Concedente e di Socio di maggioranza della Concessionaria; infatti, secondo i finanziatori, l'architettura contrattuale avrebbe reso difficile l'ottenimento della bancabilità del progetto in quanto il Comune avrebbe potuto, in astratto, negare sempre le richieste del socio privato in tema di riequilibrio del PEF nel corso della gestione ecc.;***
b) ***conseguentemente lo Statuto fu modificato durante la gara* (v. all.2 e all.3, quesito n.136) *e prima delle offerte conferendo al Vice Presidente della società mista, nominato***

dai soci privati, il potere diretto sui temi economici della società; ciò anche con riferimento alla richieste di riequilibrio del PEF (le modifiche dello Statuto sono state ampiamente esaminate nella delibera n.105/2012)*;*

c) *dopo la gara, alla fine del 2014, a seguito della due diligence degli enti finanziatori, tra le condizioni per concedere il finanziamento* (closing)*, gli enti hanno richiesto un'ulteriore modifica dell'architettura contrattuale della società mista con il "mandato gestorio"; i poteri del Vice Presidente erano ritenuti insufficienti alla bancabilità del progetto e del resto il mandato non altera la governance della Concessionaria.*

Quanto alla funzione del mandato, il RdP ha chiarito che esso ha lo scopo di correggere l'ontologico conflitto d'interessi del Comune: infatti, detenendo 3 consiglieri su 5 nel Consiglio della Concessionaria, potrebbe respingere ogni richiesta dei soci costruttore e gestore se pur legittima. Il RdP ha riportato un elenco di casi per i quali si attiva il mandato tra cui si legge: il mandato si attiva unicamente quando la Concessionaria deliberi di non attivare alcun diritto nei confronti del Concedente. In altre parole, si attiva solo qualora si abbia una risposta negativa alla richiesta dei soci privati, con una delibera che deresponsabilizzi il Comune concedente o che non sia adottata entro 10 giorni dalla richiesta. Inoltre, la facoltà di attivare il mandato gestorio è esercitale su base volontaria anche direttamente dal Vice Presidente della Concessionaria. Il RdP ha concluso che a ben vedere e contrariamente a quanto sostenuto nelle risultanze istruttorie, non vi è alcun potere "dirompente" dei soci privati (sic) e nessuna modifica del modello di partenariato pubblico privato-istituzionalizzato (sic). Si tratta solo di uno strumento per attuare il principio del pass through *– sancito nel bando di gara – per cui i soci privati sono tenuti a eseguire gli obblighi di costruzione e gestione secondo la convenzione. Aggiuntivamente, il RdP ha spiegato che i soci privati, ex art.6.2 del mandato, hanno sottoscritto un* pactum de non petendo *nei confronti della Concessionaria secondo cui, il diritto di ottenere una revisione del prezzo è subordinato al riconoscimento da parte del Comune. La Concessionaria sarà chiamata alla revisione del PEF solo se il Comune non lo riconoscesse prima ai soci privati. Con la prot.24515 del 12.2.2016, il RdP ha confermato la sussistenza di un grave confitto*

d'interesse del Comune a danno dei soci privati di minoranza della Concessionaria. Essa infatti avrebbe sempre la possibilità di respingere sul nascere le richieste di revisione del PEF, paralizzando la dialettica che dovrebbe esserci tra concessionario e concedente. Sarebbero addirittura da temere misure ritorsive dei soci privati che potrebbero interrompere i lavori e attivare contenziosi di vario genere. Il RdP ha inoltre rappresentato che la modifica dello Statuo è una replica di quanto già fatto con provvedimento n.7 del 15.12.2010 (v. all.1). In ogni caso il Comune, quale Concedente, conserva sempre la libertà di respingere le richieste dei soci privati e che il pactum de non petendo è una misura per mitigare l'eccesso di posizione dominante del Comune. Quindi il mandato gestorio non solo è compatibile con gli atti di gara, ma ne rappresenta il corretto sviluppo senza alcuna violazione dei principi di trasparenza e parità di condizioni dei concorrenti. Il RdP ha segnalato infine che ad oggi le parti non hanno fatto mai ricorso al mandato gestorio **(v. dichiarazione in all.10).**

Considerato in diritto

3.1. Una prima questione riguarda l'ammissibilità della sospensione nella Cerchia dei Bastioni. Le modifiche introdotte con l'art. 4.5 dell'*addendum* al contratto accessorio - una diversa successione temporale dei lavori rispetto al bando di gara - sono la conseguenza, anche se non esclusivamente, dei notevoli ritardi nella pubblicazione delle delibere CIPE di approvazione del progetto definitivo. Infatti, poiché la delibera CIPE è stata pubblicata molto dopo l'inoltro del progetto, anche se il *closing* a carico del socio privato fosse intervenuto nel fissato termine di 45 giorni dalla delibera, il tempo per la costruzione della tratta dell'obiettivo Expo 2015 non sarebbe stato più sufficiente. Dunque sotto tale riguardo la stazione appaltante si è trovata di fronte a un evento imprevedibile in fase pubblicazione del bando di gara. D'altro canto è pacifico che la stazione appaltante avrebbe ben potuto indicare la priorità di esecuzione dei lavori purché ciò fosse avvenuto nel bando di gara ecc. Rileva perciò, non già la tematica della sicurezza, quanto la circostanza che alla stazione appaltante non è stato possibile esercitare una tale facoltà essendosi trovata suo malgrado a sopperire in corso d'opera a una circostanza "imprevista e imprevedibile" in fase di progetto (2006-2011). In altre parole, pur se il ritardo delle delibere non è una fattispecie di variante formalmente ammessa dal vigente codice (si inquadra nel cd. rischio amministrativo nei contratti

di partenariato pubblico privato), la disfunzione segnalata ha condizionato l'agire della stazione appaltante alla stregua di un fatto di forza maggiore. La sospensione appare dunque ammissibile anche se ha già comportato conseguenze assai onerose, i cui effetti non sono destinati a esaurirsi nelle pattuizioni viste.
Restano comunque perplessità sul fatto che un tempo contrattuale di sei mesi, dunque breve, avrebbe comportato l'avvio di attività così numerose e intense da compromettere l'immagine e la sicurezza della Città. La esiguità del periodo avrebbe consentito di sospendere i lavori nella Cerchia dei Bastioni senza legarla ad una complessa procedura transattiva, laddove la sospensione sarebbe stata legittima *ex se*; il ristoro al concessionario avrebbe potuto gravare solo in parte sull'amministrazione, proprio perché si sarebbe trattato di una sospensione finalizzata a perseguire un interesse pubblico.

3.1.1. La sospensione nella Cerchia dei Bastioni rappresenta un elemento di una transazione ben più ampia. Ma proprio sulla convenienza di tale accordo – v. elementi forniti con nota del RdP prot.85869 del 6.7.2015 – sorgono perplessità perché con esso si conseguono prestazioni in realtà già dovute da parte del socio privato, oppure secondarie.
Nella citata delibera n.2418 del 28.11.2014 si legge che: "*a seguito delle negoziazioni autorizzate dalla Giunta con delibera 1893/2014 ..i futuri soci privati hanno acconsentito alle richieste del Comune, costituenti presupposto essenziale per la decisione da parte dell'Amministrazione comunale di proseguire nel rapporto contrattuale sulla base delle principali condizioni che di seguito si riportano*:

- *rinuncia integrale alle riserve iscritte fino alla data di sottoscrizione della convenzione di concessione;*
- *(rinuncia alla ?) applicazione di penali per il mancato conseguimento del 70 % dei lavori della tratta Expo alla data del 30.4.2015;*
- *servizio sostitutivo di trasporto pubblico locale ..;*
- *rimodulazione del cronoprogramma generale dei lavori a 88 mesi* (sospensione di 10 mesi nella Cerchia dei Bastioni, peraltro tutti da verificare) *senza ulteriori costi … fatti salvi i costi economici per maggiore durata ..stimati in € 11 mln circa e € 48,7 mln* (costi coperti con incrementi del canone che il comune verserà al concessionario, ovvero con riduzione del beneficio al comune di € 228 mln) .. *oltre a € 9,4 mln;*
- *prestito obbligazionario ulteriore di € 45 mln a carico dei soci con aumento da € 161 mln a € 206 dell'equity a loro*

carico … ;

- *presa d'atto della riduzione dell'IRR di progetto … ;*
- *assunzione da parte dei futuri soci privati dei costi delle garanzie … degli istituti finanziatori.*

A fronte di tali ed altre concessioni sulla modifica dello Statuto e sul conferimento del *mandato gestorio*, il Comune si esprimeva in favore della prosecuzione del rapporto fissando un nuovo termine al 31 dicembre 2014 (il terzo). Detta prosecuzione del contratto - si legge in delibera - consente di evitare eventuali richieste risarcitorie e di vedere per lungo tempo aree della città coinvolte dai cantieri già avviati. Il mancato accordo pregiudicherebbe inoltre l'extra finanziamento di €172,2 mln se non intervenisse entro la data indicata (dicembre 2014) il contratto di finanziamento a cura del privato.

E' evidente che tutto è stato sacrificato all'ottenimento del *closing*, cioè di uno dei più rilevanti obblighi contrattuali del socio privato, mentre la sospensione nella Cerchia dei Bastioni era già prevista nell'*addendum* e quindi non necessitava di essere sottoposta ad una nuova o distinta accettazione. Mentre il Comune ha dovuto riconoscere anticipatamente gli indennizzi al socio privato, impegnandosi anticipatamente con la revisione del PEF oltre quanto dovuto per i 10 mesi di sospensione (questo è l'andamento anomalo): peraltro è da verificare che la dilazione di 10 mesi del tempo contrattuale sia effettivamente contenibile in questo lasso temporale, cioè che i lavori possano essere ripresi senza ulteriori aggravi economici.

Si pone inoltre un evidente problema di procedura essendosi trattato di una negoziazione avvenuta fuori dai canoni dell'art.239 (o art.240) del d.lgs. 163/2006 in merito alla sorte di € 49.979.111,14 di riserve, e la separazione delle varie questioni: da un lato il riconoscimento delle riserve e la sospensione, dall'altro le sorti del contratto ecc. Mentre il tutto si è risolto in una sostanziale proroga pre-indennizzata dei lavori con il recupero anche dei ritardi lamentati dal Comune. Con le contestuali modifiche allo Statuto, il Comune ha dovuto rinunciare anche a ogni prerogativa sull'effettivo controllo della direzione dei lavori, sebbene abbia tentato di giustificarlo - come meglio in seguito - con argomentazioni poco lineari.

3.2. In merito al conferimento dell'incarico di direzione dei lavori alla MM SpA (v. dichiarazione di accettazione della direzione dei lavori in all.14) le argomentazioni del RdP sulla nozione di direzione dei lavori non sono corrette poiché il d.ll. non è una figura terza. Nei contratti di appalto, esso è

chiamato ad operare per conto e nell'interesse della stazione appaltante, così come, a normativa vigente, nei contratti di concessione opera per conto del concessionario. Per di più, esse risultano in contrasto con il tenore letterale della convenzione di concessione. Basti osservare che la delibera n.2418/2014 ha modificato l'art.5.5 della convenzione di concessione (v. pag. 8 cit. delibera), inserendo la seguente clausola: "***La Direzione dei lavori …sarà svolta nel rispetto delle indicazioni che le saranno impartite anche dalla Concessionaria, nei confronti della quale MM risponderà anche direttamente per eventuali inadempimenti/responsabilità, fermo restando l'obbligo di informativa al concedente***." Già tale clausola non permette il "controllo" del RdP sul direttore dei lavori come in un contratto di appalto. Con l'aggravante che, in virtù del *mandato gestorio* con il quale la concessionaria ha devoluto l'esecuzione al socio privato, la direzione dei lavori è sottoposta direttamente al socio privato e ai cui ordini non può che ottemperare. Nello stesso senso si esprime l'art.19, co.3, dello Statuto della concessionaria dove si legge: "***Spetta altresì al Vice Presidente*** **(la cui nomina compete solo al socio privato)** ***la gestione dei rapporti anche contrattuali con la direzione dei lavori.***"

Dunque il socio privato mantiene la direzione dei lavori alle proprie dipendenze funzionali - come avviene nella concessione a normativa vigente - esattamente come se la designazione della direzione dei lavori fosse avvenuta a iniziativa del privato o del concessionario (la componente pubblica è totalmente esautorata); perciò, sotto tale riguardo, è del tutto irrilevante se la designazione di MM provenga o meno dal bando di gara, che peraltro l'ha sottratto al libero mercato (per inciso è assai probabile il maggiore costo della prestazione di direzione dei lavori. Mentre, la disposizione del bando che prevede l'erogazione dei compensi a cura della concessionaria (ora socio privato), si spiega con il fatto che il direttore dei lavori dipende funzionalmente da essa ovvero dal socio privato esecutore.

Neppure è corretta l'argomentazione dove si afferma che il RdP ha il "controllo" sul direttore dei lavori ai sensi dell'art.8 del capitolato: ciò, secondo il Comune, deriverebbe dall'art.3 della concessione dove è stabilito che il concedente svolge il controllo della concessione tramite il RdP. Ma tale affermazione, riferita al contratto di appalto, è troppo generica e non vale per le concessioni. La conferma di una condizione fortemente conflittuale in cui MM SpA è chiamata ad operare, è del tutto evidente nel citato art.11 del capitolato speciale, laddove è stabilito che il "***DLL non può richiedere all'appaltatore*** **(qui Con-**

cessionario) ***di eseguire lavorazioni che comportino aggravamenti di spesa senza il preventivo accordo con il RdP*** ". Non a caso infatti, come dinanzi segnalato, il socio privato ha introdotto nella convenzione una clausola secondo cui MM risponderà direttamente al medesimo socio privato per inadempimenti/responsabilità in caso di mancato rispetto delle disposizioni impartite dal concessionario: rispetto al Concedente e per esso al RdP del Comune, MM è tenuta solo ad un obbligo di comunicazione ma che non la legittima a eseguire *tout-court* ordini di servizio che fossero emessi dal RdP. In sostanza, gli oneri di comunicazione del direttore dei lavori verso il RdP, sono privi di qualsiasi conseguenza sul piano pratico e procedimentale.

Vale anche precisare che, la giustificazione tesa a riguardare la presenza di MM nella veste di direttore dei lavori (e di assistente al Concedente) quale strumento di prevenzione della corruzione in quanto ridondante, appare dedotta in maniera forviante dal Piano Nazionale Anticorruzione. Infatti, tale ragionamento condurrebbe a una ingiustificata amplificazione delle spese e alla confusione dei livelli di responsabilità, proprio come qui avviene per quanto dinanzi argomentato. Quindi l'argomentazione non è ammissibile per giustificare *ex post* l'affidamento operato: semmai si sarebbe dovuto prospettare *ex ante*.

Infine, non appare neppure ammissibile il richiamo all'apertura in tema di *in house providing* dell'art.12 della direttiva 2014/24 per giustificare l'affidamento da parte della concessionaria (controllata in maggioranza dal Comune concedente) a MM (controllata totalmente dal Comune concedente): infatti l'art.12 presuppone che il soggetto affidante (Concessionaria mista controllata in maggioranza dal Comune) non perda la sua funzione di controllo di amministrazione aggiudicatrice sul soggetto affidatario (MM SpA); mentre, subito dopo l'affidamento, è intervenuto il *mandato gestorio* che ha annullato radicalmente tale possibilità. Sorge inoltre perplessità sulla sussistenza delle condizioni di applicazione dell'art.12 della direttiva 2014/24 riferite alle amministrazioni aggiudicatrici: la società mista infatti, non può essere riguardata alla stregua di un'amministrazione aggiudicatrice alla luce della definizione recata nel d.lgs. n.163/2006 e confermata nell'art.5, comma 3, d.lgs. 50/2016. In breve, allo stato, le condizioni del citato art.12 non sono rispettate non esistendo più un concessionario misto ma un socio privato.

Infine, alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici, il **conflitto d'interessi** insito nel doppio ruolo di MM, appare rafforzato ex art.42, comma 2, d.lgs. 50/2016 laddove si fa riferimento alla **percezione** di un

interesse economico, finanziario o altro personale ecc. che possa compromettere anche solo in apparenza l'operato di un determinato soggetto. Precetto che vale anche nella fase di esecuzione del contratto. Infatti, anche per quanto argomentato nel prosieguo, la minaccia all'imparzialità e indipendenza del direttore dei lavori può essere percepita con reciprocità sia dal concedente sia dall'appaltatore esecutore, soprattutto nei riguardi di scelte cruciali per la concessione (v. ad esempio l'aggiornamento del PEF ecc.).

3.3. Passando alla questione del conferimento del servizio di supporto di MM SpA al RdP, è da osservare che l'art.5.3 della convenzione sembra far riferimento ad attività di supporto da espletare o prima della consegna dei lavori o al collaudo/inizio esercizio, ma non in corso d'opera. Il RdP – che si è comunque rimesso alle indicazioni dell'ANAC - ha ammesso il paventato conflitto (nelle risultanze istruttorie) di MM che potrebbe tendere in ipotesi ad aumentare l'importo dei lavori onde incrementare i corrispettivi spettanti. Sul punto, in un primo momento, ha comunicato la disponibilità a introdurre una nuova clausola della convenzione con MM SpA che renda fisso e invariabile il corrispettivo assentito in gara in caso di incremento del valore delle opere. In realtà non è stato posto o accettato alcun tetto: nella memoria prot.24515 del 12.2.2016, il RdP ha precisato che l'importo a MM "***non potrà essere modificato per l'eventuale aumentare dell'importo contrattuale, ma solo nel caso di richieste da parte del Comune di attività integrative che risultassero imprescindibili, per esempio in una fase di eventuale aggiornamento dei tempi di esecuzione della commessa in termini di proroga contrattuale*** **(come avverrebbe in caso di proroga del termine finale disposto in sede di revisione del PEF; v. anche lettera MM SpA in all.15)**". Come dire che, se le attività vanno oltre quelle già contrattualizzate si procederà all'aggiornamento delle competenze professionali. Esattamente ciò che si è obiettato: vale appena richiamare che le "richieste" del Comune potrebbero dipendere anche dalle pertinenti valutazioni della direzione dei lavori.

Si conferma pertanto l'anomalia delle prestazioni di direzione dei lavori affidate a MM SpA e si prende altresì atto della non disponibilità a dissipare le questioni sollevate: eliminazione dell'attività di supporto in capo a MM SpA che svolge anche le funzioni di direzione dei lavori, e tetto alle spettanze professionali in caso di incremento del valore dell'opera. In definitiva, si conferma che MM SpA ha due referenti con finalità contrapposte e da qui, appunto, il doppio conflitto d'interessi (endogeno ed esogeno) paventato

nella comunicazione di risultanze istruttorie e non dissipato dal RdP.

3.4. Circa l'entità dei corrispettivi per la direzione dei lavori a MM SpA, nell'allegato citato dal RdP, si trovava una mera dichiarazione di MM SpA circa la coincidenza del corrispettivo oggetto di contestazione con i costi per la direzione dei lavori, ma nessun computo che fosse riscontrabile (ad esempio mancava un elenco prezzi delle prestazioni unitarie). Restava quindi senza adeguata risposta la richiesta della comunicazione di risultanze istruttorie. E' da sottolineare inoltre che non è ammissibile l'affidamento *in house providing* se i corrispettivi sono dedotti dalla Tariffa professionale.

Con la nota prot.24515 del 12.2.2016, il RdP (v. all.16 e all.17) ha prodotto questa volta un computo analitico della prestazione, basata sui costi orari del personale preposto all'ufficio di direzione dei lavori (n.25 unità) per i 7,33 anni di durata dei lavori, per l'importo complessivo di € 20.056.883,71 (con aggiornamento annuo del 5 %); dunque non in ragione del valore delle opere, ma del tempo della prestazione di direzione dei lavori. Il RdP ha posto anche in evidenza che tale somma è più bassa del 44 % e del 54 % della Tariffa professionale calcolata in ragione del valore delle opere rispettivamente con il DM 4.4.2001 (vecchia Tariffa) e DM 140/2012 (nuova Tariffa per le prestazioni giudiziali). I costi orari presi a riferimento per i vari professionisti interni di MM (da 62 €/h a 156 €/h comprese spese generali), sono però di molto superiori ai valori previsti nell'art.6 della Tariffa per i corrispettivi orari da porre a base di gara ex DM 143/2013 (da 30 €/h a 75 €/h). Ciò vuol dire che, anche considerando le spese generali (dal 13% al 17 %), la Tariffa è comunque superata.

Tale operato si è dunque posto in violazione sia dei principi di economicità del procedimento declamati all'art.2, del d.lgs. 163/2003, sia della tutela della libera concorrenza avendo omesso le procedure di evidenza pubblica previste dal medesimo d.lgs. 163/2006 (e dalla legge 109/94); in sostanza sottraendo la prestazione al regime del libero mercato dei servizi di ingegneria e architettura che, come noto, conosce ribassi di aggiudicazione assai consistenti. La procedura è altresì in contrasto con lo stesso contratto di servizio di MM (con il Comune) laddove, secondo il tenore letterale del contratto sopra riportato, i corrispettivi per le attività espletate non sembra possano esorbitare dal computo dei costi diretti e indiretti (nel contratto del 2009 mai si cita la Tariffa). Né in capo al Comune vi era (e vi è) l'obbligo tassativo di affidare la prestazione a MM SpA.

3.5. Quanto alla "sovrapposizione" dei servizi di MM SpA e AMAT SrL, gran parte delle attività elencate si qualificano come una sostanziale replica dei compiti affidati alla direzione dei lavori ex dPR 207/2010: controllo della contabilità, delle riserve, dei subappalti, della sicurezza, della qualità, ecc. Peraltro le attività sembrano sproporzionate alle sette risorse messe a disposizione di AMAT. Il ruolo di AMAT poteva essere giustificato qualora non fosse stata presente MM SpA né in veste di supporto al RdP né di soggetto incaricato della direzione dei lavori. In sostanza, AMAT poteva essere coinvolta in attività del tipo descritto qualora la direzione dei lavori fosse stata individuata dal Concessionario: a questa, e non ad altre fattispecie, erano indirizzati i precetti della citata determina n.2/2010 circa l'opportunità (ben intesi non obbligo) di un organo di alta sorveglianza. Quanto alle più recenti argomentazioni del RdP, si rileva che esse vanno esattamente nella direzione contraria a quanto si intende giustificare (coesistenza e sovrapposizione):

1) MM non ha le risorse adeguate alla commessa e quindi di ciò risentirà anche la direzione dei lavori;
2) se è vero che MM controlla la progettazione per il tramite di un OdI indipendente da ogni altra attività aziendale, il controllo della progettazione non assorbe risorse che invece dovrebbero verificare l'attuazione del Piano di sicurezza;
3) la verifica del Piano di sicurezza ecc. affidata alle cure di AMAT è una competenza specifica della direzione dei lavori;
4) il risparmio conseguito per effetto della diligente opera di AMAT pone in evidenza disfunzioni a carico di MM, vuoi nella fase di progettazione, vuoi nella fase di esecuzione;
5) scarsa chiarezza, utilità e affidabilità della funzione espletata da MM a supporto del RdP; in altre parole, tanto varrebbe devolvere le "carenti" risorse di MM alla direzione dei lavori.

Sembra pertanto confermata la necessità di rivisitare i ruoli di MM e AMAT anche per rendere più trasparente (a misura) le modalità di contabilizzazione delle prestazioni, nonché per eliminare le sovrapposizioni di competenze. Un'ultima considerazione è da farsi sull'organico di AMAT (impegno di circa € 6,4 mln per cinque anni salvo proroghe, v. all.19 alla prot.24515/2016): di 16 unità preposte dell'alta vigilanza della linea M4, 13 sono professionisti esterni, data evidentemente l'inadeguatezza della società (non è noto

se reperiti con procedura concorrenziale). Le funzioni vanno dal controllo di cantiere, alle tematiche ambientali e fino a un esperto di riserve/contenzioso: tutte competenze della direzione dei lavori di MM SpA. Quanto al computo dei costi e del loro aggiornamento, questi saranno incrementati in caso di attività aggiuntive (v. all.19 e all.20 alla prot.24515/2016).

3.6. E' necessario a questo punto esaminare l'ammissibilità del *mandato gestorio* conferito dalla concessionaria mista al socio privato esecutore. In primo luogo, non è vero che il *mandato gestorio* del 22.12.2014 sia solo un diverso modo di risolvere il conflitto d'interessi rispetto a quanto già previsto in fase di gara con i poteri attribuiti al Vice Presidente (peraltro non si spiegherebbero le richieste degli Istituti finanziatori dopo la modifica di cui al "quesito n.136", in all.3).

Nello schema di Statuto modificato in fase di gara e anche in seguito con provvedimento n.7 del 15.12.2010 (v. all.1), ma prima della delibera n.105/2012, all'art.19, punto 3, era sì conferito al Vice Presidente espresso dai soci privati il potere gestorio dei diritti di diretto contenuto economico, ma che esso fosse controbilanciato come segue: "… *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*". Si tratta di un contrappeso volto a non privare la Concessionaria di qualsiasi prerogativa decisoria sulle richieste di revisione del PEF, e ciò spiega perché nella delibera n.105 del 20.12.2012 non ne è stata obiettata l'ammissibilità. Vero è che tale clausola è stata riprodotta nello Statuto modificato (v. parte finale del co.3, art.19, all.1), ma il *mandato gestorio* ne ha svuotato completamente gli effetti e la necessità stessa di ricorrere alla clausola in commento: in sostanza eliminandola, in modo che i soci privati potessero gestire definitivamente la generalità delle richieste di revisione della concessione. Del resto, prima dell'adozione della delibera n.105/2012, le modifiche allo statuto proposte dall'aggiudicatario erano state valutate sufficienti "…*per favorire la bancabilità dell'operazione e dunque volte a consentire il reperimento dei finanziamenti*" (v. all.6, lett. k, ultima parte").

Appare inoltre inaccettabile l'idea secondo cui la Concessionaria darebbe a priori parere negativo a tutte le richieste di revisione del PEF da parte del Socio privato (queste sono disciplinate nell'art.47 della convenzione attraverso una serie di clausole di cui alcune pressoché automatiche ex art.143, co.8, codice, altre caratterizzate da discrezionalità). Diversamente da quanto prospettato, la Concessionaria dovrebbe essere

vista come una punta avanzata di conoscenze sull'andamento della concessione che proprio nella revisione del PEF assicurerebbe i dovuti livelli di garanzia e di trasparenza; senza rimettere le decisioni a un concedente lontano dalla gestione e con ovvie difficoltà a presidiare il contenimento dei costi; del resto, come dinanzi ricordato, proprio questa è stata l'impostazione originaria che ha suggerito nel 2007 il ricorso a una società mista in una operazione di finanza di progetto nella quale il contributo richiesto ai privati è piuttosto contenuto rispetto all'investimento (v. delibera n.105/2012). In conclusione, il modello amministrativo per la costruzione e gestione della metropolitana è risultato significativamente distorto rispetto alle condizioni di gara: la società Concessionaria concepita in origine come società mista per meglio tutelare gli interessi del Comune (v. art.112 del d.lgs. 267/2000), è stata neutralizzata facendola divenire uno strumento superato e peraltro non più giustificato sotto il profilo della spesa.

Le ulteriori controdeduzioni del RdP non recano nuovi elementi di valutazione. Vale comunque ribadire due questioni.

La giustificazione del *mandato gestorio* da parte degli istituti finanziatori si basa sull'idea che la concessionaria (mista) non opererebbe secondo i principi di buona fede contrattuale, laddove sarebbe sempre e comunque prevenuta nei riguardi delle richieste di riequilibrio del PEF. Ma ciò non è accettabile: la concessionaria non avrebbe alcun interesse a sottrarsi a motivate richieste economiche, dovendo perseguire per definizione l'interesse pubblico a completare l'opera, e dunque sarebbe motivata più degli stessi privati a tenere in vita il sinallagma contrattuale. Per altro verso, e qui si evidenzia una contraddizione nelle argomentazioni dei soci privati (e del RdP), si dovrebbe ritenere che l'eliminazione della società mista, vedrebbe sempre e comunque accolte le istanze economiche del socio costruttore. Il verosimile fine dell'operazione è invece quello di evitare un controllo aziendale interno di costi e ricavi a fondamento delle pretese economiche; senza trascurare che il trasferimento del "*rischio di costruzione*" avvenuto in capo al socio privato - i sovracosti dell'opera non possono far carico alla PA - non sarebbe efficacemente presidiabile dall'esterno. Neppure è accettabile riguardare il mandato come se fosse una ripetizione del provvedimento n.7/2010 viste le posizioni degli enti finanziatori. Anche il *pactum de non petendo* non sembra una misura originale di attenuazione del *mandato gestorio*: la rinuncia a rivendicare una qualsiasi richiesta alla concessionaria, che non fosse stata prima approvata dal concedente, non è

un'espressione di particolare correttezza, bensì un atto dovuto per evitare un inutile aggiramento del concedente cui spetta la decisione finale sulla richiesta; se una istanza è stata respinta dal concedente, è inutile riproporla attraverso la concessionaria, giacché non si può ipotizzare un conflitto tra concedente e concessionario.

Da ultimo, la rassicurazione fornita circa la mancata attivazione sino ad ora del *mandato gestorio* (sottoscritto il 22.12.2014), per significare la prudente applicazione dell'istituto, non è affatto pregnante: la negoziazione sulla sospensione nella cerchia dei bastioni, ecc. ha già assicurato il consenso del Comune alla significativa revisione del PEF nonostante il ridotto lasso temporale trascorso dalla consegna dei lavori; inoltre, nulla può dirsi circa la futura frequenza di applicazione dell'istituto nell'arco temporale ancora molto lungo per l'ultimazione dei lavori.

3.6.1. Dunque la formalizzazione di un *mandato gestorio* "generalizzato" si pone in contrasto – prima ancora che con la *ratio* dell'istituto – con la lettera del citato art.116. La società mista – nel prevedere un sistema per effetto del quale il socio privato diviene l'unico interlocutore con la stazione appaltante per quanto attiene ad ogni profilo connesso al rapporto contrattuale – impedisce in radice al socio pubblico di esercitare qualsivoglia forma di controllo sul socio privato-costruttore, il quale ultimo risulta quindi beneficiario di una sorta di "delega in bianco" da parte della PA; controllo che è invece imposto quale elemento costitutivo della società mista, dall'obbligo di nomina di amministratori e sindaci, rispetto al quale il conferimento del *mandato gestorio* assume portata elusiva. Infatti, in relazione all'illegittimità dell'utilizzo della società mista al fine di far confluire i rapporti facenti capo ad essa al solo soggetto privato, è stato ritenuto che: "*ai sensi dell'art. 116, D.Lgs. 18 agosto 200 n. 267, gli enti locali hanno facoltà di costituire apposite società per azioni di gestione delle farmacie comunali senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria e in deroga alla normativa in materia di identità dei soci eligibili quali partner delle dette società … Il trasferimento della titolarità di farmacie comunali costituisce il trapasso della disponibilità materiale e giuridica dei soli beni strumentali all'esercizio dell'impresa (ed azienda farmaceutica), ma non anche della titolarità del servizio pubblico di distribuzione dei farmaci ai dettaglio, che rimane in capo all'ente locale attraverso l'intestazione delle relative autorizzazioni (Nella specie, mediante costituzione di società per azioni cui veniva temporaneamente trasferito il compendio aziendale e con esso la possibilità di esercitare professionalmente, in forma collettiva l'attività economica organizzata di scambio di medi-*

cinali)" (T.A.R. Lombardia Milano Sez. I, 29/9/2004 n. 4195).

3.6.2. Quanto poi all'effetto distorsivo sulla concorrenza, ad avviso del Consiglio di Stato "*il ricorso al modello della società a capitale misto pubblico e privato - distinto da quello dell'* in house *poiché, nel primo, l'assenza della partecipazione pubblica totalitaria esclude in radice la possibilità di configurare il requisito del controllo analogo, richiesto dalla giurisprudenza comunitaria per gli affidamenti* in house - *è ammissibile nel caso in cui essa NON costituisce, in sostanza, la beneficiaria di un "affidamento diretto", ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione CONTROLLA l'affidamento disposto, con gara, al "socio operativo" della società; l'amministrazione deve comunque motivare in modo adeguato perché si avvale di una società mista invece di rivolgersi integralmente al mercato, dovendo inoltre sussistere - oltre alla specifica previsione legislativa che ne fondi la possibilità, alle motivate ragioni e alla scelta del socio con gara, ai sensi dell'art. 1, 2 comma, D.Lgs. n. 163 del 2006 - garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza: in particolare, appare possibile l'affidamento diretto ad una società mista che sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati da rendere almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato ma anche allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara*" (Cons. Stato, Sez. II, 18/4/2007 n. 456; analogamente, in relazione agli effetti potenzialmente distorsivi della concorrenza derivanti da un'interpretazione dell'istituto che comporti un affidamento diretto dell'appalto al socio privato, si veda anche T.A.R. Puglia Lecce Sez. II, 1/2/2003 n. 318). Per inciso, le motivate ragioni di scelta del socio privato certamente vi sono state salvo il travisamento dopo la gara.

Sotto il profilo ermeneutico, la disciplina della gara per la scelta del socio privato, laddove prevedeva che sul medesimo socio privato sarebbero stati trasferiti tutti i "*rischi di costruzione*", non può essere interpretata nel senso di legittimare l'utilizzo del *mandato gestorio* per consentire al privato medesimo di gestire (senza alcun controllo da parte del socio pubblico) tutti i rapporti dei quali è titolare la società mista. Il che, in concreto, ha avuto l'effetto di distorcere la concorrenza sotto un ulteriore autonomo profilo: l'appalto riferito alla scelta del socio privato della società mista, si è svolto con un oggetto del tutto differente rispetto quello che si sarebbe dovuto porre a base di una pertinente selezione pubblica di un concessionario. Anche la direttiva 2014/24, art.72, co.4, ha indicato che è modifica sostanziale quella che:

a) introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;

b) cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale o nell'accordo quadro;

c) estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto o dell'accordo quadro;

d) altro caso di avvicendamento del contraente qui non pertinente.

Sebbene l'articolato in commento sia stato da poco trasfuso *tout court* nel nuovo codice dei contratti pubblici approvato con d.lgs. 50/2016, secondo una certa giurisprudenza detta direttiva conterrebbe prescrizioni già sufficientemente dettagliate, tali da imporne un'immediata applicazione. In tal senso il Consiglio di Stato ha ritenuto che la "*direttiva appalti 2014/24/UE, sebbene non sia stata ancora recepita (essendo ancora in corso il termine relativo per l'incombente), appare di carattere sufficientemente dettagliato tale da presentare pochi dubbi per la sua concreta attuazione*" (Cons. Stato, Sez. III, 27/4/2015 n. 2154; analogamente Cons. Stato, sez. II, 30/1/2015, n. 298).

Orbene, com'è evidente da quanto dinanzi argomentato, i limiti qualitativi richiamati sono stati superati sotto molteplici profili. Il che si pone in contrasto:

- con i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, cui devono uniformarsi gli affidamenti pubblici (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 163/2006);
- con i principi generali che regolano il ricorso alle varianti in sede di esecuzione dei contratti pubblici, vieppiù rafforzati nell'art.106, comma 3, del nuovo codice approvato con d.lgs.50/2016.

3.7. Le restanti questioni in merito agli incarichi di collaudo sembra siano state superate.

Tutto ciò premesso,

Il Consiglio

1) Approva la presente delibera alla luce delle considerazioni che precedono;

2) Rileva:

   a) la sospensione nella cerchia dei Bastioni appare legittimamente assunta, pur se permangono perplessità in merito 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 difuori 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;

   c) la nomina alla direzione dei lavori della MM SpA fa sorgere molteplici e sostanziali questioni di conflitto d'interessi e di incompatibilità ex art.53 del d.lgs. 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; con violazione dell'art.42,comma 2, del d.lgs.50/2016;

   d) la nomina alla direzione dei lavori della MM SpA pone in essere un ulteriore conflitto d'interessi tutto interno al 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;

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

   f) l'affidamento ad AMAT SrL del servizio di supporto al RdP si sovrappone largamente alle competenze della direzione dei lavori svolte da MM SpA in applicazione del dPR 207/2010;

   g) la sottoscrizione del *mandato gestorio* pone in essere 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;

3) Invita l'amministrazione comunale a comunicare all'Autorità Nazionale Anticorruzione i provvedimenti che intende adottare alla luce dei rilievi evidenziati;
4) Dispone affinché la presente delibera sia inviata agli interessati al procedimento nonché alla Procura regionale della Corte dei Conti;
5) Dispone, altresì, che la delibera sia trasmessa, per quanto di competenza, alla Procura della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Milano;
6) Dispone infine che l'Ufficio Varianti svolga il monitoraggio sull'esecuzione della presente delibera e in particolare sull'aggiornamento del PEF.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20 luglio 2016

Il Segretario, Maria esposito