

osservazioni del Magistrato delegato al controllo dell'Ente, in punto di fatto e di diritto, in merito all'art.5 della direttiva interministeriale n.283/Segr. DICOTER, in esame.

2. Lo "Schema-tipo di convenzione, ex art.11 legge 23.12.1992, n.498".

L'intervento del dott. POLIFRONI, inerente ad una prospettazione di principio e conseguente alle svolte considerazioni ed osservazioni di cui al precedente punto 1, si limita all'esame della questione essenziale che nel medesimo schema di convenzione/tipo trova concreta applicazione, quale modulo operativo, dell'art. 5 della menzionata direttiva interministeriale 20 ottobre 1998.

Ciò premesso, il Magistrato rileva - innanzi tutto - nel profilo del mancato adeguamento agli indirizzi desumibili dalla giurisprudenza del controllo (Corte dei conti, Sez. cont. Stato, delibera n.136/1997 e SS.RR. n.20/E/1998) l'omesso richiamo, sia nelle premesse e sia nel testo dello schema di convenzione in esame, della legislazione comunitaria (direttiva 89/440/CEE, del 18 luglio 1989, in vigore dal luglio 1990, ex art.3) nonché della legislazione nazionale di recepimento (il decreto leg.vo 19 dicembre 1991, n.406), e specificamente, per quanto

inerisce alla disciplina delle concessioni di lavori pubblici, agli articoli 4 (comma 2), 8 (comma 3) e 9 (comma 2, lett.d) del medesimo decreto n.406.

La riferita normativa era, pertanto, già in vigore nel 1992 e conseguentemente doveva (come deve) disciplinare la corretta applicazione dell'art.11, legge n.498/1992, recante gli indirizzi sulla revisione delle convenzioni che disciplinano le esistenti concessioni amministrative di costruzione e di gestione di autostrade.

Passando, quindi, all'esame dell'art.24/bis (in rubrica "Rapporti inerenti alla successione tra subentrante ed il concessionario uscente"), in particolare commi 2 e 3, di detto schema di convenzione/tipo nel richiamare tutto quanto già osservato e rilevato nella sua relazione n.140/1998 (prgg. 7 e 8, di cui innanzi punto 1, pg.19) nonché nel verbale (n.19) del Consiglio in data 10 dicembre 1998 (in ordine ai formulati rilievi sulla legittimità del ripetuto art.5 della direttiva "de qua"), il Magistrato referente ulteriormente precisa (e ciò anche in coerenza con la legge ultima - la c. d. Merloni/ter - 18 novembre 1998, n. 415) che la risoluzione del rapporto concessorio - nel corso della esecuzione delle opere, secondo il piano finanziario

approvato (ovvero la determinazione del momento interruttivo, incidente ai fini della realizzazione dell'opera pubblica) - è consentita, la cessazione del medesimo rapporto, nelle ipotesi normativamente previste, di cui all'art.37/septies della cennata legge n.415/1998.

Specificamente, con la direttiva interministeriale del 20 ottobre 1998, si incide sui principi che disciplinano e che danno ragionevolezza all'istituto della concessione amministrativa di costruzione e di esercizio di opere pubbliche (ex art.23, regio decreto 8 febbraio 1923, n. 422 e succ.ve modif.ni), ed in particolare ai ripetuti principi che presiedono alle concessioni di costruzione e di esercizio di autostrade (ex art.3, legge 21 maggio 1955, n. 463; art.5, legge 7 febbraio 1961, n. 59; artt.2 e 16 legge 24 luglio 1961, n. 729; artt.1 e 6, legge 28 marzo 1968, n. 385; e da ultimo, art.3, dec. leg.vo n.143/1994) venendo meno così il peculiare interesse che lo stesso legislatore ha intestato al concessionario, in merito alla buona esecuzione dell'opera pubblica, e che il medesimo concessionario è poi chiamato a gestire (divenendo la gestione "controprestazione di lavori consistente unicamente nel diritto di gestire l'opera oppure in

questo diritto accompagnato da un prezzo", ex art.1, lett.d, direttiva 89/440/CEE; art.4, comma 2 dec. leg.vo n.406/1991; e da ultimo, art.19, comma 2, legge n.415/1998).

Pertanto, si innesta - nella relativa segmentazione esecutiva (in capo a distinti concessionari) nel procedimento di realizzazione dell'opera pubblica - a fronte del principio di connessione unitaria e funzionale delle situazioni giuridiche, normativamente disciplinate in testa al medesimo concessionario (o concessionario/committente) per la stessa realizzazione dell'opera (situazioni giuridiche quali: sospensione e proroga dei lavori; perizie di variante tecniche e suppletive; riserve; determinazioni di responsabilità a sèguito delle operazioni di collaudo, in corso d'opera e/o finale, ecc.) un procedimento patologico (preordinato nello stimolare il contenzioso), procedimento che contrasta con la legislazione in materia di lavori pubblici, in particolare con gli enunciati criteri di efficienza e di efficacia, non in linea con la procedura improntata alla tempestività ed alla economicità nella esecuzione delle opere e nel rispetto del diritto comunitario e nazionale (ex art.1, legge n.415/1998).

E' sintomatico al riguardo anche il primo

approccio dell'Ente con le Società concessionarie, come tempestivamente reso palese dall'Amministratore, con nota (prot.324) in data 27 gennaio 1998, al Ministero dei lavori pubblici, Direzione generale del coordinamento territoriale (DICOTER) circa il "Rinnovo delle concessioni autostradali" secondo la direttiva in esame "per la revisione degli strumenti revisionali".

Tre sono, essenzialmente, le contestazioni mosse al nuovo procedimento dalle Società concessionarie e che, per quanto in atti (cfr. prgg.4 e 5, relaz. n.140/1998, cit.) il "documento programmatico" (da coordinare con la menzionata legislazione comunitaria e nazionale, che disciplina i c. d. "lavori complementari") aveva superato, dando legittime soluzioni alle cause di insorgenza delle relative controversie.

Nel riassumere, le contestazioni attuali ineriscono:

- = alla quantificazione del contenzioso tariffario;
- = alla individuazione del "Margine Operativo Lordo (MOL)" (in ordine ai suoi effetti);
- = alla scadenza delle concessioni in essere.

In questa sede - ricorda il dott. POLIFRONI - per quanto attiene sia "alla quantificazione del

contenzioso tariffario" e sia alla connessa tematica della "scadenza delle concessioni in essere" - coordinando l'una con l'altra problematica (e dalla lettura degli stessi valori rilevabili dal documento in alleg. n.8 alla ripetuta relazione n.140/1998) - emerge la valenza di quanto in merito rappresentato al Consiglio (e da questo fatto proprio) dal Direttore centrale della competente Direzione autostrade e trafori.

Chiariva, nella sintesi, il Direttore centrale che gli anni di proroga considerati (ai fini della realizzazione degli interventi normativamente previsti: di adduzione alle aree metropolitane; ovvero necessari alla sicurezza del traffico nonché al mantenimento del livello del servizio, ex artt. 5 e 14, legge 12 agosto 1982, n.531) erano stati "prudenzialmente stimati sulla base dei flussi generati dalla gestione operativa (così da assorbire anche il contenzioso esistente) come desunti dai piani finanziari presentati (questi secondo il menzionato "modello unificato di piano finanziario" redatto "alla stregua dei criteri indicati al punto 1.1 della direttiva del CIPE, 20 dicembre 1996, ex punti 2.1 e 2.2).

Rappresentava ancora al Consiglio lo stesso

Direttore - nel quadro di una compiuta prospettazione del lavoro svolto - "che nella ipotesi in cui venissero stralciati alcuni interventi, dalla complessiva programmazione degli investimenti previsti nei singoli piani, occorrerebbe rideterminare la quantificazione dei medesimi anni di proroga, così da assicurare il necessario equilibrio economico dei piani stessi".

Da ciò conseguiva che con l'autorizzazione alla "realizzazione dei nuovi investimenti non si dovrà procedere a sommare gli anni relativi al ristoro del contenzioso con quelli relativi alle singole fasce di intervento atteso che (in ragione di quanto evidenziato) il numero degli anni di proroga riconoscibili viene determinato sulla base del complessivo equilibrio economico/finanziario del singolo piano, considerando sia gli importi relativi al contenzioso che i lavori" (cfr. relaz. cit. pgg. 84/85).

Circa poi la contestazione relativa alla "individuazione del Margine Operativo Lordo (MOL)", in ordine ai conseguenti effetti, il Magistrato referente rinvia a quanto puntualmente osservato nel menzionato verbale (n.19) del Consiglio (cfr. pgg.13/15) ribadendo che "il frazionare la esecuzione di nuovi

lavori la cui realizzazione supera la misura della proroga concessa - in ragione del contenzioso preventivamente accertato - frazionamento conseguente all'espletamento delle procedure di gara per un nuovo affidamento, nella vigenza del rapporto convenzionale, viola la norma comunitaria (ex art. 5, pg. 3, lett.d, direttiva 89/440/CEE) e quella nazionale di recepimento (ex art. 9, comma 2, lett.d, dec. leg.vo n.406/1991) dando così ingresso al manifestarsi di una possibile e successiva attività contenziosa".

L'art. 24/bis in esame rende così manifesta la disparità di trattamento tra concessionari non sussistendo (come peraltro desumibile secondo la menzionata disciplina dei c. d. "lavori complementari") una obiettiva determinazione del momento (secondo la progettazione esecutiva dell'opera, secondo l'ordine dei lavori) del trasferimento delle competenze e delle relative responsabilità nella costruzione della medesima opera in capo al nuovo concessionario (o concessionario/committente) .E ciò in disparte da tutte le correlate problematiche inerenti alla difesa occupazionale ed altresì (come è stato puntualmente osservato) dal mantenimento delle garanzie fideiussorie ovvero dal mantenimento dei finanziamenti

concessi dagli istituti di credito in capo all'originario concessionario (o concessionario/committente) delle opere da realizzare (cfr. verbale n.19, del Consiglio, pag. 6 - intervento del Consigliere, Arch. Sergio BASILE).

E' conseguente che l'art.24/bis del nuovo schema di convenzione/tipo (commi 2 e 3) è palese violazione - nel dare applicazione all'art. 5 della direttiva interministeriale del 20 ottobre 1998, così come formulato - della stessa disposizione dell'art.11 della legge n.498/1992 ponendo in essere non la revisione delle convenzioni che disciplinano le concessioni autostradali (già assentite alla data di entrata in vigore della legge 28 aprile 1971, n.287, ex art. 11) bensì la revisione dei principi che disciplinano la stessa concessione amministrativa di lavori pubblici.

Invero, il concessionario a cui è assentita la proroga della concessione - unicamente sulla base dei valori del solo contenzioso riconosciuto e non considerando, nella misura della stessa proroga, i costi inerenti ai nuovi interventi (ex artt. 5 e 14, legge n. 531/1982 - viene ad assumere, in ordine alla realizzazione di dette nuove opere, una qualificazione assimilabile alla situazione giuridica della "gestione

di affari" (nel quadro delle rispettive obbligazioni, ex artt.2030 e 2031, cod. civ.) - una gestione cioè per conto di altri - che certamente contrasta con la menzionata legislazione comunitaria e nazionale inerente alla disciplina della concessione amministrativa di costruzione e di gestione di autostrade.

Si inverte - con l'art.24/bis - il principio della concessione di lavori pubblici ove, secondo legge, la costruzione è il "prius" (l'interesse pubblico da perseguire) cui segue il sinallagma della gestione, quale ristoro per l'opera prodotta.

E né appare superfluo il ricordare che l'art.24/bis contrasta altresì con lo stesso "modello unificato di piano finanziario" innanzi richiamato ed approvato - ribadisce il dott. POLIFRONI - con il ripetuto decreto del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con i Ministri del bilancio e della P.E., n. 125/Segr. DICOTER, in data 15 aprile 1997.

3. La "2ª Convenzione aggiuntiva Società Autostrade p: A.".

In merito alla disposizione dell'art. 10 ("Durata della concessione"), della medesima convenzione aggiuntiva, per quanto previsto nel comma 2 (che richiama l'art. 24/bis dello schema di

convenzione/tipo) il Magistrato rinvia alle considerazioni ed alle osservazioni svolte nel precedente punto 2. Chiarisce, tuttavia, che nei confronti della società "AUTOSTRADE S.p.A., acquisita la scadenza della concessione all'anno 2038 il rilievo assume una valenza più formale che sostanziale.

Permane tuttavia il rilievo - anche se con differente formulazione, considerata la novella recata dal legislatore all'art. 19, comma 3, della legge n. 109/1994 con l'ultima legge n.415/1998 - circa la competenza del Ministro dei lavori pubblici a nominare " una o più commissioni" ai fini dell'aggiudicazione, a sèguito di gara, degli appalti inerenti ai lavori da ricondurre nelle attribuzioni della medesima Società concessionaria.

Dispone al riguardo la riferita norma che le "amministrazioni aggiudicatrici e i soggetti di cui all'art. 2, comma 2, lett.b) (i concessionari di lavori pubblici) non possono affidare a soggetti pubblici o di diritto privato l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici".

Pertanto, la competenza a nominare dette commissioni, come l'espletamento delle relative gare, già di competenza dell'Anas (ex art. 19, comma 3,

legge n. 109/1994 - cfr. cit. relaz. n. 140/1998, pagg. 115/116) viene ora intestata alla medesima società "AUTOSTRADE S.p.A.".

Rimane ascritta all'Anas la competenza del controllo/vigilanza sulla legittimità e sulla regolarità dell'intero procedimento di affidamento dei menzionati lavori da parte delle Società concessionarie ai sensi dell'art. 98, comma 3, lett.e, del decreto leg.vo 31 marzo 1998, n.112.

Alle ore 14,30 la seduta viene momentaneamente sospesa per riprendere alle ore 15,00.

Il Presidente, quindi, attesa l'importanza che riveste ai fini del processo di privatizzazione della Società Autostrade la definizione del 2° atto aggiuntivo alla convenzione stipulata con Autostrade il 4 agosto 1997, invita i presenti ad anticipare la trattazione dello schema di atto in questione, sottoponendo all'attenzione del Consiglio il testo trasmesso dal Ministero dei Lavori Pubblici raffrontato con il testo riformulato dalla Direzione Autostrade, che ha proceduto ad una analisi dettagliata dei singoli articoli, anche al fine di valutarne la rispondenza alla recente normativa

emanata in materia di lavori pubblici.

Invita quindi il Direttore Ing. Sabato ad illustrare i documenti elaborati - che vengono acquisiti agli atti - e ad informare i presenti in merito agli esiti della riunione del 25 gennaio u.s. indetta dal Capo di Gabinetto del Ministro dei Lavori Pubblici, per esaminare alcuni degli aspetti inerenti al suddetto schema di atto aggiuntivo.

L'Ing. Sabato, nell'illustrare la proposta di schema elaborata dagli Uffici, raffrontandola con quella trasmessa dal Ministero, riferisce in ordine alle considerazioni emerse nel corso del suddetto incontro su alcuni articoli, considerazioni contenute in una nota distribuita a tutti i presenti e che viene anch'essa acquisita agli atti.

Evidenzia che il Ministero ha convenuto su alcune modifiche, fra le quali: l'inserimento dell'intervento per gli "Assi di penetrazione di Firenze", la composizione del Collegio Sindacale nel cui ambito - ai sensi della normativa vigente in materia - deve essere mantenuta la presenza del sindaco di nomina Anas; mentre non si è pronunciato su altri aspetti quali, ad esempio, la specificazione delle tipologie degli elaborati progettuali in progetti preliminari in linea con quanto previsto dalla Merloni ter (art.2),

la competenza sui collaudi (art.3)) ed il mantenimento della clausola (art.9) relativa alla regolamentazione dei prezzi per lo scambio di beni e servizi intragruppo, nonché l'eliminazione dell'art.8 "Regime dei lavori e delle forniture di beni e di servizi".

Il Consiglio, preso atto dell'informativa fornita, passa ad esaminare il testo di schema di atto aggiuntivo, nelle premesse e nell'articolato, formulando le proprie osservazioni che vengono di volta in volta recepite.

Particolare attenzione viene riservata all'aspetto relativo al collaudo che si ritiene non debba essere inserito tra gli impegni del concessionario, in quanto è proprio mediante lo strumento del collaudo che l'Ente concedente può espletare le proprie funzioni di controllo e vigilanza, attraverso tecnici di fiducia.

Ciò risulta conforme, precisa il Dr. Polifroni, alla giurisprudenza costante della Sezione del controllo della Corte dei conti che ritiene elusiva della legge e dei principi di economicità e trasparenza la prassi consistente nell'affidare al concessionario il collaudo dei lavori.

I presenti si soffermano quindi sul contenuto dell'art.8 relativo al "Regime dei lavori e delle

forniture di beni e servizi", con il quale viene istituita una Commissione, nominata dal Ministero dei Lavori Pubblici, per l'aggiudicazione dei lavori.

Al riguardo il Direttore fa presente che, in linea con le perplessità formulate dal Consiglio nella precedente adunanza, si è proposta l'eliminazione dell'art.8, che viene a modificare l'art.19 della convenzione vigente con Autostrade, in quanto non si ritiene che rientri nello schema procedurale previsto dalla L.11.02.1994 n.109 e successive modifiche (Merloni Ter).

L'Ing. Sabato richiama in proposito il disposto dell'art. 19 della legge quadro che, al comma 3, come modificato dalla Merloni ter, vieta di affidare a terzi non previsti dal medesimo articolo le funzioni e le attività di stazione appaltante.

Rappresenta altresì che, nell'eventualità venisse confermata la necessità di istituire tale Commissione in relazione agli impegni che potrebbero essere stati assunti dal Governo Italiano nei confronti della Comunità Europea, occorre comunque affrontare alcune modificazioni al disposto dell'articolo, escludendo dal campo di attività della istituenda Commissione la competenza per i lavori di manutenzione ordinaria e di "manutenzione minuta" (quest'ultima non definita) e

mantenendo la previsione che debba comunque essere portato a conoscenza dell'Ente l'esito delle gare.

Su tale delicato ed importante argomento si apre un ampio dibattito al quale partecipano tutti i presenti. In particolare il Consigliere Basile, nel ribadire il possibile contrasto di tale clausola contrattuale con la normativa vigente, di recente sopravvenuta, sottolinea che l'attività che è chiamata a svolgere la Commissione è meramente tecnica, tipica delle attività delegate al concessionario, non consentendo alcuna discrezionalità specie nell'analisi delle offerte anomale, purtroppo sempre presenti, in quanto devono essere applicati i criteri deliberati da questo Consiglio.

Trattasi dunque di attività operative non attribuibili ad un organismo di nomina ministeriale, in quanto al Ministero competono esclusivamente funzioni di indirizzo e di alta vigilanza.

Al termine della discussione il Consiglio, nell'associarsi a quanto espresso dal Consigliere Basile, preso atto delle considerazioni ed osservazioni esposte dal Magistrato e tenuto conto delle proposte formulate,

all'unanimità delibera

di approvare lo schema di 2° atto aggiuntivo alla