



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 759 del 4 settembre 2019

Fascicolo 2415/2016

Oggetto: Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di costruzione del nuovo molo centrale dell'aerostazione internazionale (Molo C) dell'aeroporto di Fiumicino - Importo a base di gara € 169.550.822,00.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 4 settembre 2019;

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

Vista la legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni nonché il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni ed il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Visti il Decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, il Decreto Ministeriale 19 aprile 2000, n. 145 e successive modificazioni, il Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 e successive modificazioni;

Visto il Regolamento in materia di attività di vigilanza e di accertamenti ispettivi del 9 dicembre 2014 e successive modificazioni;

Visti i provvedimenti del Presidente dell'Autorità prot. n. 145810 del 5.10.2016 e prot. n. 166279 del 10.11.2016, con i quali veniva disposta l'effettuazione di apposita visita ispettiva presso le competenti sedi della società Aeroporti di Roma S.p.A. avente ad oggetto il procedimento di realizzazione del nuovo molo centrale dell'aerostazione internazionale (Molo C) di Fiumicino



Autorità Nazionale Anticorruzione

nonché gli altri affidamenti operati da Aeroporti di Roma S.p.A. nell'ambito di lavori, servizi e forniture, funzionali all'operatività del medesimo molo centrale;

Vista la relazione del gruppo ispettivo ISP-39/2016-Fascicolo 4401-2016, la relazione dell'Ufficio Vigilanza Contratti di Partenariato Pubblico Privato prot. n. 25310 del 20.3.2018, la relazione dell'Ufficio Vigilanze Collaborative e Vigilanze Speciali prot. n. 57231 del 15.7.2019 nonché le memorie prodotte dalle parti unitamente alla documentazione allegata e gli esiti delle audizioni svolte.

Considerato in fatto

La società Gozzo Impianti S.p.A., aggiudicataria in ATI con Cimolai S.p.A. (mandataria) ed altri, con nota prot. n. 129040/2015, formulava all'Autorità istanza di parere ex art. 6, co. 7, lett. n) del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. e richiesta di attivazione dell'attività di vigilanza¹.

L'istanza di precontenzioso veniva ritenuta improcedibile mentre l'attività di vigilanza veniva avviata mediante accertamento ispettivo ex art. 213, co. 5 d.lgs. 50/2016 e s.m. con l'ausilio del Corpo della Guardia di Finanza-Nucleo Speciale Anticorruzione.

In data 24.10.2016 e 7.11.2016 venivano effettuati gli accessi ispettivi presso la sede legale di AdR S.p.A. e presso la sede della società incaricata della Direzione dei lavori (SPEA Engineering già AdR Engineering); l'attività ispettiva proseguiva presso la sede dell'Autorità mediante ulteriore acquisizione ed analisi documentale nonché mediante accertamenti rimessi al Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza.

In adempimento al mandato ispettivo venivano analizzati gli atti e i documenti acquisiti e venivano messe in evidenza una serie piuttosto ampia di criticità nelle varie fasi dell'appalto, dalla programmazione all'affidamento nonché nella fase di esecuzione dell'opera; emergevano criticità anche in relazione agli altri affidamenti operati da Aeroporti di Roma S.p.A. nell'ambito di lavori, servizi e forniture, funzionali all'operatività del medesimo molo centrale.

¹ In particolare era eccepito che: in corso di esecuzione dei lavori aveva presentato istanza di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale e, con decreto del Tribunale competente, aveva ottenuto l'autorizzazione alla prosecuzione del rapporto contrattuale; successivamente al decreto del Tribunale, la mandataria Cimolai S.p.A., con atto unilaterale era subentrata nelle lavorazioni impiantistiche di competenza della mandante Gozzo Impianti S.p.A. e la committente Aeroporti di Roma S.p.A. aveva disposto l'estromissione di quest'ultima dall'appalto; la mandataria non sarebbe in possesso di adeguata qualificazione per l'assunzione delle lavorazioni impiantistiche.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Comunicazioni risultanze istruttorie e invito a controdurre

Con nota prot. n. 28897 del 3.4.2018 venivano comunicate ai soggetti interessati le risultanze istruttorie (approvate dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 28.3.2018), che possono essere così riassunte: assenza dei termini di estinzione della concessione e scarsa chiarezza circa le fonti di finanziamento e il sistema di tariffazione quale eventuale modalità di reperimento parziale della copertura finanziaria; progettazione esecutiva svolta (in parte) dall'aggiudicatario invece che da ADR SpA, in difformità dalle obbligazioni della convenzione originaria; valutazioni dei costi della sicurezza in difformità alle norme vigenti e discrasie rilevanti tra i quadri economici; carenze del bando di gara in ordine alle indicazioni delle categorie scorporabili; assenza dei requisiti di qualificazione in capo al soggetto che ha sottoscritto il contratto, peraltro "diverso" da quello risultato aggiudicatario; illegittimità delle varianti in corso d'opera, talora per assenza di giustificazioni, talora per inammissibilità delle stesse alla luce dell'art. 25 della l.109/94 o art.132 del d.lgs.n.163/2006; varianti migliorative prive dei caratteri propri richiesti dal DM 145/2000 e ss.mm. e ii. per la catalogazione delle stesse in tale fattispecie; anticipazione dei lavori in violazione dei principi di trasparenza e in violazione della parità di condizioni dei concorrenti alla gara originaria; premio di accelerazione introdotto ed erogato in corso d'opera in assenza delle condizioni di ammissibilità; eccessiva durata dei lavori, caratterizzata da numerose varianti in corso d'opera, con riflessi sui corrispettivi degli accordi e in violazione dei principi di trasparenza; violazione degli obblighi di trasmissione delle varianti in corso d'opera ai sensi dell'art. 37 della legge 114/2014 e dei Comunicati del Presidente dell'Anac; accordi bonari non aderenti alle buone pratiche indicate dall'ex Avcp; modifiche soggettive dell'ATI aggiudicatrice non conformi al DPR 554/1999 (e DPR 207/2010); subappalti in violazione dei limiti e dei divieti del DPR 554/1999; carente attività dell'organo deputato alla vigilanza dei lavori; carente attività della commissione di collaudo in corso d'opera; criticità degli appalti minori connessi a quello principale, ma di importo complessivo rilevante, tra cui le irregolarità delle comunicazioni all'Anac.

La comunicazione di risultanze istruttorie veniva trasmessa al Presidente, al Direttore Appalti ed Acquisti ed al Responsabile del Procedimento della società AdR S.p.A., al Presidente dell'ENAC, al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, all'ATI Cimolai S.p.A., al Curatore fallimentare della società Gozzo Impianti S.p.A. ai quali veniva data facoltà, ai sensi dell'art. 19, co. 3 del



Autorità Nazionale Anticorruzione

“Regolamento sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di contratti pubblici” dell’Autorità del 15.2.2017 di presentare memorie e/o ulteriore documentazione probatoria ed eventuale istanza di audizione, presso l’Ufficio Vigilanza o dinanzi al Consiglio dell’Autorità ai sensi dell’art.16 del medesimo Regolamento citato.

In esito ad alcune istanze formulate dalle parti, il termine ultimo per la presentazione di memorie e/o ulteriore documentazione probatoria veniva prorogato al 31.7.2018 valutato l’interesse dell’Autorità di acquisire eventuali controdeduzioni con il dovuto grado di analiticità e completezza in relazione alle questioni prospettate.

Controdeduzioni Ente Nazionale per l’Aviazione Civile - ENAC – Con nota acquisita al prot. n. 37560 del 2.5.2018 ENAC formulava istanza di accesso agli atti, riscontrata positivamente dall’Ufficio istruttore con nota prot. n. 54367 del 22.6.2018. Con nota acquisita al prot. n. 67164 del 31.7.2018 formulava le proprie controdeduzioni, che si richiamo integralmente, e si riservava di richiedere audizione; alla memoria venivano allegati n. 57 documenti acquisiti al prot. nn. 67487, 67488 e 67490 del 1.8.2018.

Controdeduzioni AdR S.p.A. – Con nota acquisita al prot. n. 67108 del 31.7.2018 AdR S.p.A. formulava le proprie controdeduzioni, che si richiamo integralmente, e contestuale istanza di audizione; alla memoria venivano allegati n. 37 documenti, acquisiti al prot. nn. 67728 e 67926 del 2.8.2018. L’audizione veniva effettuata in data 12.9.2018 nel corso della quale i rappresentanti di AdR S.p.A. illustravano i contenuti della memoria e della documentazione prodotta, focalizzando l’attenzione sulle tematiche che hanno riguardato le obiezioni circa l’andamento dell’appalto ed i tempi di ultimazione dei lavori, le varianti disposte anche con riferimento ai tempi contrattuali, le modalità ed il contesto del computo degli oneri di anticipata esecuzione riferiti al cd. “premio di accelerazione”. Nel corso dell’audizione sono state, inoltre, affrontate le tematiche relative alle dinamiche del traffico aeroportuale che hanno determinato modifiche - poi recepite nel contratto di programma approvato con DPCM del 2012 - anche all’appalto del nuovo terminal internazionale. Si è fatto cenno all’evoluzione della tariffa in rapporto all’aumento del traffico nonché alle fonti di finanziamento dell’opera sia mediante l’utilizzo di fondi pubblici che della tariffa aeroportuale conseguente al contratto di programma approvato con DPCM del 2012.



Autorità Nazionale Anticorruzione

In esito all'audizione, con nota acquisita al prot. n. 82256 del 5.10.2018, AdR S.p.A. forniva una seconda memoria contenete ulteriori integrazioni, anche documentali, che si richiamo integralmente.

Controdeduzioni ATI Cimolai S.p.A. – Con nota acquisita al prot. n. 29546 del 5.4.2018 Cimolai S.p.A. formulava istanza di accesso agli atti e contestuale istanza di audizione; l'istanza di accesso veniva riscontrata positivamente dall'Ufficio istruttore con nota prot. n. 47338 del 4.6.2018. Con successiva nota acquisita al prot. n. 66872 del 31.7.2018 Cimolai S.p.A. formulava le proprie controdeduzioni, che si richiamo integralmente, e ribadiva la richiesta di audizione già formulata. L'audizione veniva effettuata in data 12.9.2018 nel corso della quale i rappresentanti della Cimolai S.p.A., dopo una preliminare presentazione della società, evidenziavano l'importanza dell'opera realizzata ed oggetto di attività istruttoria dell'Anac, la gestione di un relevantissimo cantiere di lavori che ha registrato la presenza di un numero di maestranze tra operai e tecnici con picchi di circa 1200/1300 unità nelle 24 ore. A fronte di tale complessità la società ha prestato sempre la massima attenzione agli aspetti connessi alla sicurezza registrando l'assenza di qualsivoglia infortunio occorso durante l'esecuzione dei lavori. La gestione della commessa ha comportato anche peculiari attività quali ad esempio il rispetto del protocollo autorizzativo per l'accesso e per l'uscita degli operai in cantiere con code anche di circa 1,5 ore; circostanza questa che ha coinvolto anche i fornitori designati. I lavori sono stati realizzati in presenza di traffico aereo senza alcuna interruzione così come anche i lavori di collegamento tra la vecchia e la nuova aerostazione. La società Cimolai S.p.A. ha sempre mostrato il massimo impegno e la massima disponibilità nell'esecuzione dell'appalto senza integrare alcuna condotta illegittima ed in piena trasparenza ha adottato decisioni connesse a problematiche esecutive sempre previa condivisione e comunicazione con la società committente. Inoltre, la società Cimolai S.p.A. ha anticipato i tempi contrattuali sopportando ingenti onerosità ed anzi non conseguendo gli utili attesi; l'ultimazione dei lavori è avvenuta in data 21.12.2016 rispetto ad una scadenza contrattuale fissata al mese di maggio 2017. I lavori sono stati collaudati positivamente nell'anno 2018.

In esito all'audizione, con nota acquisita al prot. n. 82366 del 5.10.2018, Cimolai S.p.A. forniva una seconda memoria contenente ulteriori integrazioni, anche documentali, che si richiamo integralmente,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Controdeduzioni Gozzo Impianti S.p.A. – Con nota acquisita al prot. n. 36575 del 27.4.2018 il Curatore del Fallimento Gozzo Impianti S.p.A. formulava esclusivamente istanza di accesso agli atti; l'istanza di accesso veniva riscontrata negativamente dall'Ufficio istruttore con nota prot. n. 53338 del 19.6.2018 nella considerazione che l'interesse all'accesso, così come manifestato nell'istanza, esulava dall'oggetto del procedimento istruttorio correlato alla comunicazione delle risultanze istruttorie ed invito a controdedurre.

Ritenuto in diritto

In considerazione della complessiva attività istruttoria e dell'approfondito esame delle controdeduzioni presentate, devono trovare conferma, con riguardo all'affidamento esaminato, alcune delle criticità segnalate nella comunicazione di risultanze istruttorie, di cui di seguito si dà conto.

Redazione progetto esecutivo

Va preliminarmente osservato che, in base agli atti di convenzione (tra AdR e Enac), la redazione della progettazione esecutiva spettava al concessionario AdR S.p.A. (che aveva redatto il progetto definitivo nella sua ultima versione in data 24.6.2003, progetto poi approvato dall'Enac in data 26.8.2003).

AdR S.p.A. ha poi affidato mediante appalto integrato all'ATI Cimolai una parte della progettazione esecutiva²; la scelta (approvata anche da Enac) era giustificata dall'esigenza di realizzare il nuovo terminal entro dicembre 2007 (come previsto dal 2° atto aggiuntivo alla convenzione n. 3997/86).

Il progetto esecutivo è stato consegnato dall'ATI Cimolai con un ritardo di oltre 250 giorni, rispetto al termine di 90 giorni previsto dall'art. 8 del c.s.a.: cioè solo in data 2.8.2007, invece che in data 27.11.2006, (già computando le due proroghe accordate da AdR S.p.A. fino alla data del 3.8.2007). Tale ritardo appare ingiustificabile e AdR non ha applicato le penali contrattuali (pari

² dall'appalto integrato veniva comunque esclusa la progettazione esecutiva degli impianti di trattamento automatico bagagli, impianti dei pontili di imbarco ed impianti di pre-condizionamento e di alimentazione a 400 Hz degli aeromobili, già sviluppata da AdR S.p.A. e facente parte dei documenti di gara.



Autorità Nazionale Anticorruzione

ad € 20.000,00 per ogni giorno di ritardo), previste dal Capitolato speciale di appalto (art. 8) e dal contratto di appalto (art.8.a).

In sede di **controdeduzioni** è stato eccepito che l'allungamento dei tempi di realizzazione della progettazione esecutiva è dipeso da esigenze oggettive connesse alle sopravvenienze intervenute tra l'approvazione del progetto definitivo e la redazione dell'esecutivo.

Infatti, dall'approvazione del progetto definitivo posto a base di gara - datata 26.8.2003 – alla stesura del progetto esecutivo – a far data dal 30.8.2006 – erano sopravvenuti numerosi atti e interventi normativi che incidevano sulla progettazione (nuove Norme Tecniche sulle Costruzioni di cui al D.M. 14.09.2005, pubblicato nella G.U. 23.9.2005, n. 222, l'O.P.C.M. 3274 e l'O.P.C.M. n. 3431 del 3.5.2005, in materia di costruzioni in zona sismica, il D.lgs. n. 192/2005, inerente al recepimento della direttiva europea 2002/91/CE relativa al rendimento energetico in edilizia, l'emendamento del maggio 2005 al "Regolamento ENAC per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti", con le relative circolari applicative APT 21 30.01.2006 e APT 24 del 28.07.2006).

Al riguardo devono svolgersi le seguenti **osservazioni**.

Le giustificazioni addotte non possono trovare accoglimento considerato che AdR S.p.A. e l'ATI Cimolai S.p.A. erano a conoscenza delle evoluzioni normative intervenute tra la redazione del progetto definitivo e la stipula del contratto. Del pari, erano note l'inadeguatezza della progettazione definitiva posta a base di gara, nonché la necessità di adeguare la progettazione esecutiva (come confermato dalle memorie prodotte nell'ambito dell'istruttoria); non si tratta, quindi, di circostanze sopravvenute alla stipula del contratto di appalto.

Con particolare riferimento alla posizione di AdR S.p.A., ferme le perplessità in ordine alla legittimità dell'affidamento della progettazione esecutiva all'appaltatore (in ragione degli obblighi retribuiti assunti dal concessionario nei confronti di ENAC), deve osservarsi che AdR S.p.A., una volta divenuto committente, assume anche specifici obblighi: di fornire una progettazione definitiva adeguata (ed aggiornata); di intraprendere iniziative volte a mitigare i rischi connessi all'introduzione di una normativa tecnica divenuta obsoleta (rispetto a quella posta a base di gara); di vigilare sulla tempestiva redazione di tale progettazione.

Pertanto, la condotta di AdR S.p.A. è censurabile nella parte in cui non ha adottato alcuna iniziativa volta ad aggiornare la documentazione di gara o almeno a mitigare i rischi connessi



Autorità Nazionale Anticorruzione

all'introduzione di una normativa tecnica che ha reso obsoleta la documentazione a base di gara, nonostante le modifiche normative in questione fossero note da tempo.

In riferimento all'ATI Cimolai S.p.A., deve rilevarsi che quest'ultima ha stipulato il contratto affermando l'adeguatezza e completezza della progettazione definitiva (cfr. art. 4 del contratto di appalto TDS 254/2006), con ciò assumendo l'obbligo di redigere, entro 90 giorni, una progettazione esecutiva conforme alle regole dell'arte, vigenti al momento in cui la dichiarazione è resa o la prestazione di progettazione è svolta (e in quel momento erano già intervenute le normative in discussione): tale impegno è stato smentito, in via di fatto, dalle effettive tempistiche di redazione della progettazione esecutiva (sopra indicate).

L'antioriorità delle modifiche normative rispetto all'impegno progettuale contrattualmente assunto rende il ritardo ingiustificabile, in quanto, al tempo della stipula, la maggiore gravosità dell'impegno progettuale (per effetto delle modifiche normative addotte) era comunque adeguatamente valutabile da un operatore professionale.

Pur volendo ritenere tale impegno contrattuale una mera dichiarazione di stile, è lecito attendersi da un progettista professionale, nell'ottica della buona fede contrattuale, almeno una segnalazione al concessionario di tali sopravvenienze (soprattutto se di così notevole impatto sul progetto); invero, nulla al riguardo è stato segnalato al momento della stipula del contratto, salvo poi chiedere, immediatamente dopo, una duplice proroga.

Valgano, infine, anche con riferimento all'ATI Cimolai S.p.A., le considerazioni già svolte in riferimento alla concessionaria: non è emerso (dalla pur ampia attività istruttoria condotta) una specifica ed effettiva complessità delle sopravvenienze normative, tale da giustificare la quadruplicazione della tempistica di redazione della progettazione esecutiva, senza l'applicazione di alcuna penalità. A tacere, inoltre, che una parte del progetto esecutivo era stato già redatto da AdR S.p.A. e, quindi, non appaiono proporzionati i circa 250 giorni di proroga rispetto ai 90 giorni contrattualmente assegnati.

Va, infine, confermata la contestazione relativa alla previsione nel quadro economico del progetto esecutivo approvato della voce aggiuntiva "compensazione aumento costi primi" pari ad €



Autorità Nazionale Anticorruzione

4.150.000,00, non inserita nella voce imprevisti come indicato all'art. 26 legge 109/94 (poi art. 133 d.lgs. 163/2006).

E' stato eccepito: la non applicabilità del citato art. 26 ad AdR S.p.A., in quanto soggetto aggiudicatore del settore speciale aeroportuale; che tale riconoscimento è stato negoziato con l'appaltatore a titolo di indennizzo per l'aumento dei costi (variazione dei prezzi), riferiti al periodo compreso tra la data dell'offerta del 26.1.2005 e la data di consegna del progetto esecutivo del 3.8.2007.

Al riguardo deve osservarsi che, contrariamente a quanto riferito, l'art. 7 del contratto di appalto (intitolato "revisione dei prezzi") prescrive l'applicabilità dell'istituto nei limiti e con le modalità disciplinate dall'art. 26 della legge 109/94 e s.m. Peraltro, appare arbitrario anche un eventuale riconoscimento a titolo di indennizzo in sede di progetto esecutivo (commisurato ad una maggiore durata dei tempi di progettazione di competenza dell'appaltatore), ciò esulando da qualsivoglia disposizione normativa.

Esecuzione contratto d'appalto – 1° perizia di variante (II atto aggiuntivo) -

Si confermano le **contestazioni** mosse in ordine alla prima perizia di variante (II atto aggiuntivo) che ha determinato un incremento contrattuale all'incirca di € 1,5 Mln.

Nello specifico, al di là dell'erroneo riferimento normativo indicato nella suddetta perizia (si fa infatti riferimento all'art. 132, co. 3, secondo e terzo periodo del d.lgs. n. 163/2006, quando, invece, si sarebbe dovuto richiamare l'art. 25, co. 3 della legge n. 109/94 e s.m.), con la stessa si è proceduto, per un verso, ad ampliare l'oggetto dell'appalto e, per l'altro, a "sanare" opere eseguite in difformità al progetto originario (nella specie, il collettore).

In sede di **controdeduzioni**, AdR S.p.A. giustifica l'adozione della perizia affermando che si sarebbero verificati inattesi "*incrementi del traffico registrati negli ultimi anni*" che avrebbero reso necessarie lavorazioni aggiuntive riferite alla realizzazione e riqualificazione di nuova pavimentazione portante per aeromobili anche esterna all'area di cantiere, che, peraltro, non sarebbe stato possibile governare ove fosse stato affidato a un'impresa autonoma. Inoltre, quanto al collettore, si afferma che lo stesso sarebbe stato realizzato con l'assenso del Committente.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Tuttavia, non si possono condividere le controdeduzioni formulate.

Anzitutto difettano i requisiti per l'adozione della perizia di variante in parola. Infatti, anche avuto riguardo alla tempistica di redazione ed approvazione del progetto esecutivo oggetto del I atto aggiuntivo (intervenuto a circa 8 mesi di distanza rispetto alla perizia in questione), non si rilevano *“circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto”*, che, in ogni modo, non possono essere integrate dai dedotti *“incrementi del traffico registrati negli ultimi anni”*.

Infatti, nonostante la relazione del direttore di lavori relativa alla prima perizia di variante faccia un generico riferimento ad *“incremento del traffico registrato sull'Aeroporto di Fiumicino nel corso degli ultimi anni”*, la relazione descrittiva generale del progetto, sia definitivo che esecutivo, presenta uno scenario di traffico³ che trova conferma nella tabella prodotta da Adr S.p.A. *sub* doc. 15⁴.

Inoltre, la carenza dei requisiti richiesti dalla normativa trova conferma anche nella relazione descrittiva generale del progetto sia definitivo che esecutivo. Da questa, infatti, emerge che era stata condotta una campagna dei rilievi che aveva interessato, già in fase di progetto preliminare, le aree in prossimità dell'edificio X-Ray e poi, in fase di progetto definitivo, altre zone dei piazzali a sud del nuovo Satellite Ovest e dell'attuale Molo Ovest. Proprio le aree in questione sono state poi interessate dalla nuova pavimentazione di cui alla perizia in argomento.

Alla luce delle argomentazioni che precedono, dunque, non può che convenirsi sul fatto che la riconfigurazione e l'incremento della capacità dei piazzali per gli aeromobili oggetto della variante non sia strettamente connessa all'oggetto del contratto, bensì integri un vero e proprio nuovo progetto. Come tale lo stesso avrebbe dovuto porsi alla base di una nuova procedura ad evidenza pubblica e non già risolversi – come è stato – con l'adozione di una perizia di variante.

Al riguardo, priva di pregio appare la doglianza di A.d.R. S.p.A., secondo la quale l'individuazione di un nuovo operatore economico per la realizzazione dei lavori oggetto di perizia avrebbe

³ Nel 2002 di 25,2 mpa (12,3 mpa nazionale - 5,3 mpa unione europea - 7,6 extra unione europea) e nel 2007 di 35,3 mpa (16,4 mpa nazionale - 10,2 mpa unione europea - 8,7 extra unione europea).

⁴ La tabella di raffronto dei dati di traffico a consuntivo e quelli previsti dal PSA 2003 e dal PSA 2011, infatti, lungi dal dimostrare un'impennata del traffico tra il 2007 e 2008, conferma un incremento di circa 2 mln di passeggeri – da 6,02 mln ad 8,02 mln passeggeri annui totali componente non Europa – come originariamente previsto.



Autorità Nazionale Anticorruzione

comportato l'ingestibilità del cantiere in ragione della compresenza di più imprese nelle stesse aree. Infatti, i lavori in questione sono stati eseguiti da un subappaltatore estraneo all'ATI aggiudicataria. È di tutta evidenza che il ricorso all'istituto del subappalto per l'esecuzione, da parte di un operatore economico distinto dall'aggiudicatario, di lavorazioni non previste nel contratto originario si possa, invero, tradurre in un affidamento diretto, in patente spregio alla normativa dettata in tema di appalti.

Infine, deve trovare conferma anche l'ulteriore contestazione in merito all'impegno della perizia in questione per "sanare" opere realizzate in difformità rispetto al progetto originario.

Nello specifico, infatti, il collettore che, secondo le previsioni dell'originario progetto, doveva essere realizzato con struttura gettata in opera, è stato eseguito ricorrendo a un sistema prefabbricato. Tanto è avvenuto in assenza di uno specifico ordine di servizio del Direttore dei lavori, sebbene, successivamente, venga fatto oggetto della perizia di variante, in violazione dell'art. 134, co. 1 del d.P.R. n. 554/99.

Esecuzione contratto d'appalto - Perizia in diminuzione (III atto aggiuntivo)

In data 7.12.2009, l'appaltatore ha proposto una variante migliorativa, ai sensi dell'art. 11 del d.m. n. 145/2000 (autorizzata da AdR S.p.A. in data 22.1.2009), che ha comportato un'economia di € 3.655.770,67 ripartita in parti uguali, tra la stazione appaltante e appaltatore, ai sensi del comma 5 del citato art. 11, con riconoscimento a quest'ultimo dell'importo di € 1.827.885,33.

Detta variante ha riguardato: la variazione ed ottimizzazione del sistema fondale del costruendo edificio Molo C tra gli allineamenti 1-14 da realizzarsi con platea nervata in sostituzione della palificata prevista dal progetto esecutivo; la semplificazione del sistema fondale del costruendo edificio Molo C compreso tra gli allineamenti 14-21, privo di volumi interrati, mediante l'ottimizzazione del numero dei pali di fondazione, della tipologia e della distribuzione della fondazione prevista nel progetto esecutivo con plinti su pali.

Al riguardo, è stata **contestata** l'effettiva portata migliorativa della variante, quantomeno per quanto attiene alla semplificazione del sistema fondale, nonché la circostanza che la modifica in questione non sia stata recepita già nel progetto esecutivo o nella prima perizia di variante.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Inoltre, sotto diverso profilo, è stato contestato che a fronte della riduzione dell'importo contrattuale non abbia fatto seguito una conseguente riduzione né degli oneri di sicurezza, né dei costi primi e, nemmeno, della durata dell'esecuzione del contratto.

In sede di **controdeduzioni** è stato eccepito:

- che la necessità della variante è derivata dalla campagna di indagini geognostiche suppletive e dalle relative prove di laboratorio eseguite dall'ATI a seguito dell'entrata in possesso delle aree di cantiere; tali indagini non potevano essere eseguite in fase di redazione del progetto definitivo ed esecutivo in quanto le aree erano interessate dal regolare transito degli aeromobili;
- l'indiscutibile carattere migliorativo in quanto la variante avrebbe determinato un miglioramento del progetto sotto il profilo geotecnico, consentendo al terreno di fondazione di offrire le reazioni necessarie;
- che la proposta migliorativa non poteva essere anticipata al progetto esecutivo ovvero alla prima perizia di variante, in quanto l'intuizione di apportare le modifiche in esame può avvenire anche nel corso dell'appalto e non necessariamente prima, ovvero in fase di predisposizione del progetto esecutivo (ad avviso dell'appaltatore, se così non fosse si andrebbe ad escludere la possibilità di procedere con varianti migliorative in tutti i casi di appalti integrati).

Al riguardo deve **osservarsi** quanto segue.

Nel caso di specie non è irrilevante che si verta nell'ambito di un appalto integrato nel quale la progettazione esecutiva è stata svolta dall'appaltatore: già con l'approvazione del progetto esecutivo in data 15.2.2008 l'Enac aveva formulato raccomandazione in ordine alle fondazioni per le quali andava approfondito il comportamento dei pali, attraverso affinamento delle prove geotecniche e con prove dirette in fase costruttiva. Inoltre, dalla relazione geotecnica della variante migliorativa emerge che, già nel mese di maggio 2008, l'ATI affidava l'esecuzione di un programma di indagini integrative in sito (realizzato poi nei mesi di giugno/luglio 2008) conclusosi con la fase di studio dei dati raccolti nel mese di ottobre 2008; successivamente, venivano esaminate e confrontate diverse soluzioni progettuali e da qui la scelta tecnica di modificare la soluzione prevista nel progetto esecutivo.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Pertanto, le variazioni che hanno poi comportato una diminuzione dell'importo contrattuale in sede di variante migliorativa (ma anche una semplificazione dell'intervento in termini di esecuzione, di costi per l'impresa e di tempi di realizzazione dei lavori) dovevano essere identificate se non già nell'ambito del progetto esecutivo, nell'ambito della precedente perizia di variante *ex art. 25 della legge n. 109/94 e s.m.*, determinando un'economia per la stazione appaltante che, diversamente da quanto avvenuto, non sarebbe stata assorbita dall'appaltatore, nemmeno in parte (nell'importo di € 1.827.885,33).

La motivazione che si rinviene a supporto della modifica introdotta riguarda sia la migliore utilizzazione delle caratteristiche tecniche dei terreni a valle delle indagini integrative effettuate, sia la diminuzione delle sollecitazioni di progetto in seguito all'applicazione delle nuove norme tecniche sulle costruzioni (di cui al dm 14.1.2008, pubblicate dopo la redazione del progetto esecutivo, rispetto a quanto previsto nell'Ordinanza 3274 N.T.C. 2005). Ciò posto, l'ottimizzazione della fondazione può in generale ritenersi "proposta migliorativa" ma deve essere comunque dimostrata attraverso specifiche tecniche di valutazione che non sono state prodotte in atti (seppur richiamate nella relazione tecnica generale). Lo stesso carattere migliorativo non può essere affermato con riferimento alla parziale sostituzione della fondazione profonda prevista in progetto con platea nervata, in quanto questa comporta una modifica delle prestazioni qualitative e quantitative stabilite nel progetto esecutivo e non ammissibili in sede di variante migliorativa *ex art. 11 del d.m. n. 145/2000*.

Sotto diverso profilo, poi, appare censurabile la circostanza che, a fronte di una pretesa miglioria che ha comportato, accanto ad una riduzione dell'importo contrattuale (di fatto assorbita dalla Stazione appaltante e dall'appaltatore), anche una semplificazione nella realizzazione dell'opera (con conseguente riduzione dei costi e dei tempi di esecuzione dell'appalto), non sia conseguita una riduzione né degli oneri di sicurezza, né dei costi primi, né tantomeno della durata della durata dei lavori.

Al riguardo, non appare fondato l'assunto secondo il quale non sarebbe legittimo procedere alla riduzione degli oneri di sicurezza perché così facendo si sarebbe posto a rischio la sicurezza dei lavoratori. Infatti, gli oneri di sicurezza sono necessariamente correlati alla complessità delle lavorazioni oggetto di appalto. Da tanto discende che, ove nel corso dell'appalto sia disposta, con



Autorità Nazionale Anticorruzione

una variante, una semplificazione della realizzazione dell'opera, vi dovrà conseguentemente essere una riduzione degli oneri di sicurezza che tenga in debito conto la minor complessità esecutiva dei lavori oggetto di variante. Né, d'altro canto, risulta dimostrato – né peraltro appare verosimile – che la semplificazione apportata abbia comportato l'impiego di un maggior numero di maestranze.

Esecuzione contratto d'appalto – 2° perizia di variante (IV atto aggiuntivo)

La 2° perizia di variante è stata redatta nel mese di maggio 2010 e approvata da ENAC in data 14.07.2010. Negli atti legittimanti la perizia di variante in questione non vengano indicati i riferimenti normativi in virtù dei quali la stessa è stata assunta; AdR S.p.A., solo in sede di controdeduzioni, specifica che l'inquadramento della variante è da ricondurre alla fattispecie di cui all'art. 25, co. 3 della legge n. 109/1994.

In merito si deve confermare che non ricorrono i requisiti della imprevedibilità e delle circostanze sopravvenute per alcune lavorazioni contenute nella perizia, siccome connesse ad opere introdotte con la perizia di variante precedente (come ad esempio, la realizzazione dell'impiantistica dei nuovi piazzali).

Peraltro, il nuovo Piano di Sviluppo aeroportuale del 22.07.2011 - che recepisce la “ridefinizione dei flussi di traffico aeroportuale” (con un anno di anticipo rispetto al DPCM 21.12.2012, con il quale è stato approvato e reso esecutivo il Contratto di programma del 12.10.2012 - pag. 63 della memoria AdR S.p.A. del 31.07.2018) - è posteriore all'adozione della variante; dunque, il suddetto piano non può essere utilizzato per giustificare l'adozione della perizia di variante in questione siccome adottata ben prima del citato Piano.

Esecuzione contratto d'appalto – 3° perizia di variante (V-VI-VII atto aggiuntivo)

La 3° perizia di variante si articola in diversi atti aggiuntivi, ognuno dei quali relativo a una o più fasi dell'appalto.

In via preliminare, si deve osservare come sia stato contestato l'esercizio dello *ius variandi* e la decisione di frammentare la terza perizia di variante in più atti aggiuntivi, siccome in contrasto con i principi di efficienza, efficacia e, soprattutto, economicità.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Per contro, A.d.R. S.p.A. sostiene che la decisione assunta sul punto sia legittima se contestualizzata al radicale mutamento di contesto, sia fattuale che normativo, determinato sia dal Piano di Sviluppo Aeroportuale approvato da Enac nel luglio 2011, che dalla Convenzione e del nuovo Contratto di Programma approvato con dPCM 21.12.2012, nonché dal IV Atto aggiuntivo alla convenzione n. 3997/1986 sottoscritto in data 19.4.2013.

Tuttavia, da un esame complessivo degli atti, come integrati in sede di contraddittorio, si confermano le contestazioni sulla variante introdotta tra l'altro per le conseguenze connesse all'esecuzione del contratto (stato avanzamento lavori, tempistica di esecuzione, rispetto del cronoprogramma) ed agli atti modificativi intervenuti nel corso del medesimo contratto (varianti, atti aggiuntivi).

Per meglio comprendere le suddette conclusioni, si analizzeranno distintamente i singoli atti aggiuntivi e, per ognuno di essi, si formuleranno le relative considerazioni.

Con il V atto aggiuntivo, relativo alla fase 1 (redatto nel mese di dicembre 2011 ed inviato da A.d.R. S.p.A. ad ENAC in data 22.12.2011, senza che vi fosse l'indicazione nell'atto della normativa che ne consentisse l'adozione) vengono apportate significative modifiche al progetto plano-volumetrico dell'appalto del manufatto "Avancorpo". Quale conseguenza di questa variazione si determina un incremento contrattuale di € 29.735.335,82 e della durata dell'appalto di n. 1287 giorni per l'esecuzione dei lavori così come variati. Inoltre, con l'art. 4 dell'atto aggiuntivo in questione vengono apportate modifiche all'art. 12 del contratto originario in merito alla contabilizzazione e ai pagamenti⁵.

A.d.R. S.p.A. ha **controdedotto** che l'adozione della perizia in questione – riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 25, co. 1, lett. a) della legge n. 109/1994 - fosse giustificata dalle modifiche normative intervenute; mentre le modifiche delle previsioni in ordine alla contabilizzazione e ai pagamenti, valevoli per i lavori futuri, non sarebbero *ex se* idonei ad influire sull'apertura del mercato.

⁵ Nello specifico, è stata consentita la contabilizzazione dei manufatti ed i materiali a piè d'opera anche presso gli stabilimenti di produzione (possibilità non prevista in precedenza); l'emissione di certificati di pagamento "*non oltre 25 giorni dalla contabilizzazione dei lavori di cui al precedente comma*", rispetto ai 45 giorni previsti nel contratto originario; l'emissione di fatture inerenti tutti i pagamenti solo dopo l'emissione dei relativi certificati di pagamento (i pagamenti verranno effettuati entro 90 giorni dalla data di emissione della fattura, fine mese, e non più 120 giorni come originariamente previsto) .



Autorità Nazionale Anticorruzione

Al riguardo, si deve **osservare** come l'atto aggiuntivo (in relazione al quale A.d.R. S.p.A. identifica il riferimento normativo legittimante la sua adozione solo con le proprie controdeduzioni) sia stato redatto dopo l'adozione del nuovo Piano di Sviluppo aeroportuale del 22.07.2011, che recepisce la "*ridefinizione dei flussi di traffico aeroportuale*" (pag. 63 della memoria A.d.R. S.p.A. del 31.07.2018), ma con un anno di anticipo rispetto al DPCM 21.12.2012, con il quale è stato approvato e reso esecutivo il Contratto di programma del 12.10.2012. (pag. 73 memoria A.d.R. S.p.A. del 31.07.2018).

Al riguardo, si deve tuttavia evidenziare come le modifiche che vengono apportate sono di tal entità che avrebbero dovuto determinare l'indizione di una nuova gara. Concorrono a confermare l'assunto, oltre alla natura delle modifiche apportate, anche l'incremento della durata dell'appalto (quasi duplicato).

Si deve comunque ribadire l'orientamento dell'Autorità⁶ secondo il quale, nell'ipotesi di sopravvenienze che rendano necessaria la realizzazione di un'opera totalmente diversa o in quantità notevolmente minori o maggiori, non si è in presenza di una variante in senso proprio bensì di una nuova pattuizione in senso formale e talvolta anche sostanziale.

Parimenti censurabili sono le nuove pattuizione delle condizioni di contabilizzazione e pagamento previste con l'atto aggiuntivo in esame, che, anche rispetto alle previsioni originarie, determinano un diverso regime di contabilizzazione e pagamento.

Dette modifiche, che tra l'altro non trovano alcuna plausibile giustificazione, si pongono in contrasto con il rispetto della *par condicio participationis*, che trova quale suo corollario il principio, più volte espresso anche da questa Autorità, secondo cui la disciplina dei pagamenti dei corrispettivi dell'appalto, contenuta nella *lex specialis*, non può subire variazioni durante

⁶ Al riguardo, è appena il caso di ricordare come questa Autorità, conformemente alla unanime giurisprudenza, tanto nazionale quanto comunitaria, ritenga che, "*dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, a tale appalto non può essere apportata una modifica sostanziale senza l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione*" (Corte di Giustizia europea, 7 settembre 2016, n. 549/14), o ancora che "*una modifica sostanziale di un appalto pubblico dopo la sua aggiudicazione non può essere apportata in via di trattativa privata tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario, ma deve dare luogo a una nuova procedura di aggiudicazione vertente sull'appalto così modificato*" (Consiglio di Stato, 3 maggio 2018, n. 2630).



Autorità Nazionale Anticorruzione

l'esecuzione del contratto, costituendo un elemento essenziale dell'appalto stesso (cfr. Delibera Anac n. 855 del 3 agosto 2016).

Infine, si deve osservare come la sottoscrizione dell'atto aggiuntivo V è avvenuta senza l'approvazione in linea economica da parte di Enac, la cui *successiva* approvazione è intervenuta con riserva (nello specifico in ordine all'esclusione dalle modalità di rimborso tariffario previste dal DPCM del 21.12.2012 approvativo del contratto di programma, di alcune voci di costo del progetto variato che sono rimaste a carico di A.d.R. S.p.A.).

Esecuzione contratto d'appalto – 3° perizia di variante - Parte 2/Fase n. 2 (VI atto aggiuntivo)

Con la perizia di variante 3 – fase 2 (oggetto del VI atto aggiuntivo, redatta a marzo 2014) sono state apportare modifiche motivate sia per “*sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari*”, sia per “*eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera*” che hanno determinato un incremento dell'importo contrattuale di € 31.579.724,66. A detto importo, si giunge sottraendo alle nuove lavorazioni previste in perizia (per un importo pari ad € 47.756.206,72), alcuni lavori previsti in origine che, con detta perizia, vengono stralciati⁷.

In sede di **controdeduzioni**, AdR S.p.A. sostiene che tali modifiche sono riconducibili alla necessità di: recepire il decreto di valutazione di impatto ambientale (VIA) n. 236 del 8.8.2013 (che imponeva, per le nuove costruzioni e/o ristrutturazione rilevanti dei Terminal, interventi tesi al contenimento del consumo energetico); nonché di consentire l'impiego del Molo C a aeromobili di nuova generazione (A380) nell'ambito della nuova configurazione dell'Hub ovest.

Le argomentazioni svolte da A.d.R. S.p.A. **non possono essere condivise**.

Anzitutto, l'atto aggiuntivo in questione non può essere giustificato per la sopravvenienza normativa.

Infatti, le lavorazioni aggiunte con la perizia⁸ non possono verosimilmente ritenersi imposte dalla legge 3 agosto 2013 n. 90 (recante “*Disposizioni urgenti per il recepimento della Direttiva*

⁷ Ovvero, pontili, condizionamento e alimentazione a 400 Hz, opere di allestimento interne nonché dal ridimensionamento economico (6,7 Mln€ su 37,7 Mln€) del sistema automatico di trattamento bagagli BHS

⁸ Tra questi, rientrano, oltre ad una riprogettazione delle strutture vetrate ed opache (che incide parzialmente sull'importo complessivo), anche modifiche all'involucro edilizio con riconfigurazione volumetrica, della copertura, delle facciate, dei torrioni e delle pre-passerelle d'imbarco



Autorità Nazionale Anticorruzione

2010/31/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 2010, sulla prestazione energetica nell'edilizia per la definizione delle procedure d'infrazione avviate dalla Commissione europea, nonché altre disposizioni in materia di coesione sociale”) che prevedeva l’obbligo per le nuove costruzioni di essere a “energia quasi zero”, ai sensi dell’art. 4-bis del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 192⁹, con decorrenza al 1° gennaio 2018.

In relazione, invece, alla necessità di modificare l’infrastruttura per renderla idonea all’impiego dei nuovi aeromobili A380, la stessa difficilmente può essere qualificata come imprevedibile: già a partire dal 2011, A.d.R. S.p.A. aveva disposto interventi tampone per adeguare l’aeroporto ad accogliere i voli A380 (cfr. doc. 20 A.d.R. S.p.A. S.p.A.) già sul mercato a partire dagli anni 2007/2008.

In secondo luogo, poi, non si può che confermare la circostanza per cui la sottoscrizione dell’atto, datata 1.8.2014, è avvenuta in assenza dell’approvazione da parte di Enac, intervenuta solo con dispositivo del 28.4.2015. In proposito, non può condividersi l’assunto di A.d.R. S.p.A.: l’approvazione di Enac non può ridursi alla sola valutazione dell’aspetto finanziario, tanto più, nel caso di specie, in cui si è in presenza di una variante che importa significative modifiche di natura tecnica, oltre che economica.

In conclusione, si deve confermare l’illegittimità dell’atto aggiuntivo in questione, in quanto fondato su presupposti fattuali (la pretesa sopravvenienza normativa o di eventi connessi alla natura e alla specificità dei beni) non in linea con le modifiche introdotte, e, peraltro, sottoscritto senza la preventiva autorizzazione di ENAC.

Esecuzione contratto d'appalto – 3° perizia di variante - Parte 3 e 4/Fase n. 3 e 4 (VII atto aggiuntivo)

La perizia di variante 3-fase 3 e 4 (oggetto del VII atto aggiuntivo, redatto ad agosto 2014) ha disposto la realizzazione delle opere di completamento civile e degli impianti relativi al Molo C e all’Avancorpo, comportando un incremento dell’importo contrattuale di € 72.531.728,32 e della

⁹ Il suddetto articolo, introdotto dall’art. 5 della legge n. 90 del 2013, prevede, infatti, che “A partire dal 31 dicembre 2018, gli edifici di nuova costruzione occupati da pubbliche amministrazioni e di proprietà di queste ultime, ivi compresi gli edifici scolastici, devono essere edifici a energia quasi zero. Dal 1° gennaio 2021 la predetta disposizione è estesa a tutti gli edifici di nuova costruzione”.



Autorità Nazionale Anticorruzione

durata dell'appalto di 323 giorni aggiuntivi, con la conseguente protrazione del termine contrattuale per l'ultimazione dei lavori al 12.5.2017 (durata complessiva dell'appalto di 3348 giorni naturali e consecutivi). A fronte della riformulazione del termine contrattuale, l'ATI Cimolai S.p.A. ha assunto contrattualmente l'obbligo di anticipare l'ultimazione complessiva dell'appalto al 30.9.2016 (con un conseguente anticipo di 224 giorni), ottenendo in cambio il riconoscimento, in aggiunta al corrispettivo d'appalto, di un importo forfettario ed onnicomprensivo di € 14.200.000,00 per anticipata consegna, destinato a essere ridotto (fino a giungere al suo completo assorbimento) in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi intermedi e finali.

Con riguardo alla perizia in esame, oltre alla predetta premialità per anticipata consegna, sono state inoltre contestate le voci poste all'interno del quadro economico aggiornato della perizia riferite a "*compensazione aumento costi primi*" (€ 4.934.673,30) ed "*equo indennizzo*" (€ 4.515.631,18) nonché l'anticipazione di € 19.807.017, da erogare all'appaltatore in un'unica soluzione entro 90 giorni dalla data di sottoscrizione dell'atto diottomissione (7.8.2014).

Infine, è stata contestata la mancata comunicazione della perizia in esame all'ANAC, come imposto dalla normativa vigente all'epoca dell'adozione della perizia stessa.

Nell'atto aggiuntivo, infine, in ragione della necessità del contenimento dei tempi operativi e del rispetto del termine di ultimazione lavori anticipato, si dava atto che la dichiarazione di subappalto dell'ATI Cimolai doveva intendersi integrata con la previsione di fare ricorso al subappalto per le attività ricomprese nella categoria OS4 (e segnatamente per i montaggi dell'impianto BHS, in quanto nella nuova conformazione dell'appalto tale intervento rientrava nei limiti di ammissibilità del subappalto per le categorie specialistiche a qualificazione obbligatoria di cui all'art. 118 del previgente codice), originariamente non subappaltabili.

Le criticità relative al premio di accelerazione e alla categoria OS4 saranno oggetto di specifica trattazione (cfr. *infra*), mentre nel presente paragrafo si tratteranno le altre contestazioni formulate alle parti.

Al riguardo è stato osservato, in sede di **controdeduzioni**, che:

- con riferimento alle voci "*compensazione aumento costi primi*" ed "*equo indennizzo*", A.d.R. S.p.A. riferisce che è attualmente pendente un giudizio;



Autorità Nazionale Anticorruzione

- in merito al riconoscimento dell'anticipazione di € 19.807.017, A.d.R. S.p.A. sostiene la legittimità dell'operazioni in virtù dell'art. 26-ter del d.l. 21.6.2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, che avrebbe ripristinato l'istituto dell'anticipazione del prezzo con efficacia eterointegrativa dei contratti già stipulati;
- con riguardo alla mancata comunicazione ad ANAC della perizia in questione, l'art. 37 del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 non imponeva alcun obbligo di comunicazione in merito alle perizie assunte sulla base dell'art. 132 lett. a) della legge n. 109/94.

Le eccezioni non possono essere condivise e si devono, perciò, svolgere le seguenti **considerazioni**. Quanto alle voci incluse nel piano economico relative ai *“compensazione aumento costi primi”* e *“equo indennizzo”*, fermo restando quanto riferito da A.d.R. S.p.A. in ordine al contenzioso in essere su detti aspetti, non può che trovare conferma la contestazione mossa in quanto con l'accordo del 7.8.2013 le parti hanno concordato, tra l'altro, *“a titolo di equo indennizzo, di un incremento della voce compensazione costi primi [...] un importo forfettario omnicomprensivo pari a € 1.800.000 da intendersi fisso ed invariabile qualunque sia l'importo finale della prevista futura perizia suppletiva e di variante alla Perizia 3”*.

Con riguardo all'importo di € 19.807.017, anticipato da A.d.R. S.p.A. a Cimolai S.p.A., non si può condividere l'argomentazione della stazione appaltante, in quanto deve ritenersi applicabile al caso di specie l'art. 5, comma 1 della legge 28 maggio 1997, n. 140¹⁰. Tanto trova conferma nella circostanza che il primo punto dell'art. 14 del capitolato speciale di appalto, rubricato *“Pagamenti in acconto e pagamenti a saldo”*, prevede espressamente che *“non è dovuta alcuna anticipazione”*.

Con riguardo all'obbligo di comunicazione, contrariamente a quanto riferito da AdR S.p.A., l'obbligo di comunicazione delle varianti nei settori speciali era stato introdotto al punto 3, lett. c), del comunicato del Presidente ANAC del 17.9.2014 e doveva essere perciò assolto dal responsabile del procedimento con la trasmissione della variante all'Ufficio Vigilanza Analisi Varianti dell'ANAC.

¹⁰ L'articolo in questione prevede che *“È fatto divieto alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, (ed agli enti pubblici economici) di concedere, in qualsiasi forma, anticipazioni del prezzo in materia di contratti di appalto di lavori, di forniture e di servizi, con esclusione dei contratti già aggiudicati alla data di entrata in vigore del presente decreto (e di quelli riguardanti attività oggetto di cofinanziamento da parte dell'Unione europea.) Sono abrogate tutte le disposizioni, anche di carattere speciale, in contrasto con quelle di cui al presente comma (omissis)”*.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Esecuzione contratto d'appalto – 4° perizia di variante (VIII atto aggiuntivo)

Con la quarta perizia di variante, è stato **contestato** che A.d.R. S.p.A. abbia predisposto un'ulteriore variante (per € 8.114.243,14) per la riconfigurazione delle esistenti strutture della copertura del Molo (filo 19-20) con abbassamento della testata del Molo di almeno 2,4 m finalizzato al miglioramento della visibilità delle vie di rullaggio nonché per assicurare una migliore flessibilità nell'utilizzazione della nuova infrastruttura (modifiche che si sono rese necessarie successivamente alla perizia di variante n.3-fase 3 e 4).

La perizia di variante n. 4 non veniva accettata dall'ATI Cimolai S.p.A. (nota prot. n. PPR/gg/2006.024/02 del 3.5.2016) in ragione dei tempi ristretti assegnati per l'ultimazione dei lavori, per la discontinuità operativa che l'introduzione delle modifiche comportava, per la ritenuta inadeguatezza dei riconoscimenti aggiuntivi previsti nella perizia stessa e per la necessità di una migliore considerazione delle richieste avanzate nelle riserve iscritte negli atti di contabilità.

Per garantire il regolare svolgimento dei lavori e assicurare il completamento dell'appalto in conformità alle nuove linee di definizione del Molo C, con Ordine di servizio n. 21, datato 5.5.2016, il Direttore dei lavori ordinava l'esecuzione dei lavori oggetto della perizia, firmato con riserva dall'appaltatore.

Solo a seguito della conclusione dell'accordo bonario (che riconosceva all'ATI stessa un importo di € 27.976.191,87) veniva assunto l'impegno di sottoscrivere l'atto aggiuntivo n. 8 (di recepimento della perizia di variante n. 4) e la conferma del termine di ultimazione dei lavori al 31.12.2016. In tale sede venivano inoltre ricomputati gli oneri per anticipata esecuzione dei lavori, pari ad € 14.200.000,00, allocandoli all'interno della voce "*lavorazioni da compensare a corpo*" ed in ordine ai nuovi termini di ultimazione dei lavori - rispettivamente stabiliti al 30.9.2016, per i lavori relativi al fabbricato Avancorpo ed al 31.12.2016, per i lavori relativi al Molo C - rispetto al termine ultimo fissato al 30.9.2016, sono state rideterminate le modalità ed i termini per il riconoscimento del corrispettivo per anticipata esecuzione dei lavori già pattuiti in sede di variante precedente.

In sede di **controdeduzioni** si è affermata la riconducibilità della perizia n. 4 alle ipotesi di sopravvenienze normative/regolamentari, di cui all'art. 25 co. 1 lett. a) L. 109/1994, in quanto la stessa ENAC ha rilevato una serie di evoluzioni, anche tecniche, *medio tempore* intervenute



Autorità Nazionale Anticorruzione

interessanti il molo C, che hanno originato le modifiche oggetto di variante, richieste e approvate tardivamente (rispetto al programma contrattuale) dalla stessa ENAC.

Al riguardo deve **osservarsi** che l'effettiva riconducibilità delle modifiche in esame alla casistica prevista dall'art. 25 co. 1 lett. a) L. 109/1994 risulta dubbia, attesa la natura amministrativa, più che normativa delle stesse, in quanto le modifiche sono richieste dall'Autorità di controllo (ENAC). Con ciò è integrata anche la violazione dell'art. 37 d.l. 90/2014, in ordine alla omessa comunicazione all'Autorità della variante posta in essere.

Tuttavia, poco condivisibili appaiono le modalità attuative di tale perizia, come anche indicato nel verbale della commissione di collaudo del 13.11.2015 e ribadito nella seduta di visita del 8.4.2016, in quanto:

- è stata di fatto subordinata alla stipulazione di un accordo bonario che ha riconosciuto un importo di oltre 27 milioni di euro all'appaltatore;
- ha rideterminato le tempistiche di consegna delle lavorazioni in precedenza previste, in riferimento al premio di accelerazione di 14,2 milioni di euro, senza indicare un'effettiva e reale incidenza tra queste ultime e le lavorazioni oggetto di variante, così elidendo le penali applicabili in caso di eventuali ritardi rispetto alle tempistiche prefisse dall'art. 5 dell'atto aggiuntivo n. 7.

Inoltre, la progettazione della variante, nella parte riguardante gli interventi provvisori atti a consentire la rotazione della copertura per conseguire l'abbassamento della testata del Molo C, risulta essere stata eseguita dall'ATI Cimolai S.p.A. alla quale è stato riconosciuto il compenso di € 177.762,87.

La progettazione, invece, doveva essere eseguita dalla direzione lavori senza alcun riconoscimento economico all'ATI Cimolai S.p.A.: il richiamo a tempi stretti per giustificare l'intervento dell'ATI Cimolai S.p.A. anche in sede di progettazione, oltre ad avere comportato conseguenti ulteriori nuovi costi, non appare congruente con la tempistica connessa alla necessità di eseguire gli interventi di modifica richiesti.

Oneri per anticipata esecuzione dei lavori



Autorità Nazionale Anticorruzione

E' stato **contestato** il riconoscimento all'ATI Cimolai S.p.A. di un importo forfettario ed omnicomprensivo di € 14.200.000,00 per anticipata consegna, in aggiunta al corrispettivo d'appalto (cfr. art. 4 dell'atto di sottomissione del 7.8.2014, poi recepito nell'atto aggiuntivo n. VII del 15.02.2015 e successivamente rimodulato con l'atto aggiuntivo n. VIII del 21.10.2016). Ciò in quanto tale anticipazione costituisce un premio che non trova riscontro nel quadro normativo di riferimento ed è stato negoziato contestualmente alla fissazione del maggiore termine di ultimazione lavori.

In tal senso si era espressa la stessa Enac, in sede di approvazione della perizia (prot. n. 85010 del 6.8.2015), affermando che: "tali somme qualificate come "oneri per anticipata esecuzione dei lavori" non trovino giustificazione nel quadro normativo applicabile".

Si è, inoltre, **contestato** che l'accordo bonario del 21.10.2016 (avente ad oggetto una serie di riserve) di circa € 27 Mln ha riconosciuto anche la spettanza della riserva n. 20^{bis} avanzata dall'impresa per la remunerazione di maggiori oneri per anticipata consegna dei lavori per un importo di € 4.836.553,78.

Al riguardo è necessario precisare che:

- con la redazione della 3° perizia di variante è spostato complessivamente il termine finale contrattuale al 12.5.2017 e nel contempo, AdR S.p.A. riconosceva all'appaltatore un importo di 14,2 milioni di euro come remunerazione dell'anticipata conclusione delle opere entro il 30.9.2016 (art. 5 del VII atto aggiuntivo);
- quest'ultimo termine è stato ulteriormente spostato al 31.12.2016 (cfr. VIII atto aggiuntivo in conseguenza della 4° perizia di variante);
- l'importo è stato pagato secondo le scadenze indicate dall'art. 4 del VII atto aggiuntivo (in via anticipata tra il 2015 e il settembre 2016).

In sede di **controdeduzioni** è stato eccepito quanto segue.

AdR S.p.A sostiene che il riconoscimento degli oneri per anticipata esecuzione non può essere qualificato come un "*premio di accelerazione*" dei lavori attribuito ai sensi dell'art. 23 del dm n. 145/2000, dato che l'appaltatore avrebbe avuto diritto a completare la prestazione entro un termine di adempimento più lungo. Si tratterebbe, invece, di un corrispettivo aggiuntivo per aver



Autorità Nazionale Anticorruzione

l'appaltatore dovuto anticipare l'esecuzione entro il termine indicato da AdR S.p.A. (così come derivante dal Contratto di programma e dal relativo dPCM di approvazione), eseguendo, quindi, le prestazioni contrattuali in condizioni oggettivamente più gravose e meno remunerative del previsto.

In tal senso anche l'ATI Cimolai S.p.A. la quale ha, altresì, precisato che i ritardi esecutivi (che hanno poi determinato una maggior durata dell'appalto necessaria al completamento delle lavorazioni, contrattualizzata nei citati atti aggiuntivi) non fossero imputabili alla stessa appaltatrice. L'ATI Cimolai S.p.A. aggiunge, quanto alla riserva 20bis, che “non tutte le voci di cui si componeva la riserva in parola potevano dirsi, tuttavia, compensate dagli oneri per anticipata esecuzione delle opere perché, in concreto, gli stessi riguardavano solo i maggiori sforzi esecutivi compiuti per dar corso all'anticipata esecuzione in parola. Non venivano disciplinate le conseguenze di detta anticipazione in termini di inefficienza complessiva dettata dall'esponentiale incremento di maestranze in ogni singola area operativa e tanto, in termini risarcitori, è stato fatto esplicitamente oggetto della riserva” (memoria del 5.10.2018).

ENAC riferisce, invece, di aver esercitato effettivamente ed efficacemente i propri compiti di vigilanza avendo valutato l'ammissibilità degli importi al recupero tariffario (tra cui quello di € 14.200.000,00) in occasione dell'approvazione delle perizie di variante nn. 3 e 4 ed avendone contestato la previsione così come prospettata da AdR S.p.A.¹¹.

Nel quadro delineato, deve **osservarsi** che assume fondamentale valenza la qualificazione dell'importo di € 14.200.000,00, quale onere per l'anticipata esecuzione (come sostenuto da A.d.R. S.p.A. e Cimolai S.p.A.) ovvero quale premio di accelerazione. All'uopo giova precisare che, dalla complessiva istruttoria, è emerso in modo pacifico e condiviso che:

- l'importo di € 14.100.000,00 (rispetto ai previsti € 14.200.000) è stato corrisposto in via anticipata, in connessione alla conclusione anticipata dei lavori (entro il 31.12.2016, invece che in data 12.5.2017), come previsto dagli artt. 4 e 5 del VII atto aggiuntivo;

¹¹ sul punto, infatti, è pendente un contenzioso avviato da AdR S.p.A. per vedersi riconosciuti tutti gli importi che ENAC ha ritenuto di non ammettere a tariffa ponendoli a carico della società di gestione aeroportuale; mentre, sugli importi convenuti tra stazione appaltante ed appaltatore, ENAC riferisce di restare soggetto estraneo



Autorità Nazionale Anticorruzione

- le lavorazioni siano state effettivamente completate entro l'anticipato termine pattuito (cfr. p. 39 del certificato di collaudo del 19.3.2018);
- l'accordo bonario del 21.10.2016 (a composizione di un ampio numero di riserve avanzate dall'impresa) ha remunerato anche la riserva *20bis* avente ad oggetto gli oneri da anticipata esecuzione dei lavori, per un importo di oltre € 4.800.000,00.

Ove trovassero condivisione le controdeduzioni delle parti - che qualificano il pagamento anticipato in questione come onere di anticipata esecuzione dei lavori - si dovrebbe concludere che detti oneri siano stati pagati ben due volte: la prima in esecuzione dell'art. 5 del VII Atto Aggiuntivo e la seconda nell'ambito dell'accordo bonario del 21.10.2016. Una siffatta duplicazione integra una ipotesi di indebito oggettivo (doverosamente ripetibile ex art. 2033 c.c. da parte di AdR S.p.A.), attesa l'identità del titolo di pagamento, che tra l'altro risulta in contrasto con il terzo capoverso dell'art. 5 del citato atto aggiuntivo che prevede che *“resta inteso che l'appaltatore, qualora dovesse completare tutte le opere d'appalto in anticipo ..., rinuncia sin d'ora ad ogni e qualsiasi richiesta di maggiori compensi, corrispettivi, risarcimenti, indennizzi rispetto a quanto disciplinato e previsto dall'articolo 3”* (articolo che prevede la corresponsione dei € 14.200.000,00).

D'altro canto, non si possono condividere nemmeno le ulteriori osservazioni dell'ATI Cimolai S.p.A., secondo la quale non vi sarebbe, nel caso di specie, alcuna duplicazione perché l'anticipazione prevista dall'atto aggiuntivo remunererebbe i maggiori sforzi esecutivi, mentre la riserva *20bis*, accolta nell'accordo bonario avrebbe, invece, lo scopo di remunerare le conseguenze risarcitorie di tale sforzo. Tale assunto è infatti:

- smentito dall'art. 5 del suddetto atto aggiuntivo, che espressamente ritiene che l'importo corrisposto anticipatamente ha carattere forfettario ed onnicomprensivo di tutte le spese sostenute, connessa all'anticipata consegna: ogni diverso importo successivamente corrisposto, in connessione o in conseguenza di tale anticipazione appare illegittimo, in quanto trattasi di una spesa già adeguatamente remunerata e compensata;
- irragionevole, in quanto opera un distinguo, meramente teorico, tra un preteso maggior sforzo esecutivo e le conseguenze di tale sforzo, non risultando apprezzabile tale differenza in assenza di qualsiasi prova;



Autorità Nazionale Anticorruzione

- contraddittorio, ove si consideri che AdR S.p.A., nella propria memoria integrativa, ha precisato che l'importo è stato il frutto di un'attenta valutazione di congruità, tale quindi da comprendere ogni ulteriore e successiva spesa (in accordo esattamente con la previsione contrattuale di cui al citato art. 5).

A conferma di quanto sopra l'ulteriore considerazione che l'importo riconosciuto con l'accordo bonario del 21.10.2016 a tacitazione della riserva n. 20^{bis} (€ 4.836.553,78) si compone delle sottovoci: sub A) afferente a oneri per improduttività ed inefficienza (€ 1.884.681,00); sub E) afferente a maggiori oneri per assunzione personale impiegatizio e cantieristico (€ 1.472.000,00); sub I) afferente a spese generali ed utile computata in percentuale sulla precedente voce sub E) (€ 166.041,60) e sub J) afferente a maggiore incidenza sicurezza per incremento produttivo (€ 1.313.831,18).

Pertanto, ove si volesse aderire alla tesi di Cimolai S.p.A., quanto meno il pagamento operato in sede di accordo bonario dovrebbe ritenersi un indebito oggettivo, in relazione al quale AdR S.p.A. sarebbe stata tenuta ad attivare la doverosa azione di ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c. (fermo restando il termine decennale di prescrizione dell'azione).

A diverse conclusioni, invece, si giungerebbe qualora – come peraltro fa la commissione di collaudo, nel riportare i pareri espressi al riguardo da ENAC (cfr. verbale del 19.3.2018, p. 39-40) - si qualificassero gli importi di cui all'art. 5 del VII Atto aggiuntivo come premio di accelerazione, mentre quelli indicati nell'accordo bonario quale forma di ristoro per danni occorsi successivamente (in connessione all'anticipata esecuzione delle lavorazioni).

Preliminarmente emerge già nel verbale di accordo sottoscritto in data 7.8.2013 (documento n. 24 della memoria AdR) quale appendice all'atto di sottomissione del 12.12.2011, l'impegno di AdR S.p.A. a riconoscere un "*premio di accelerazione*" commisurato al vantaggio di AdR S.p.A. stessa per l'anticipata ultimazione dei lavori, "*qualunque sia l'importo finale dei lavori ricompresi nella prevista futura perizia suppletiva e di variante alla Perizia 3*" a fronte della concordata compressione dei tempi; tale premio veniva all'epoca quantificato in € 8.500.000,00 nell'ipotesi di conclusione dell'opera entro il 30.4.2016; sono, quindi, le stesse parti che qualificano l'importo riconosciuto all'ATI Cimolai S.p.A. di € 14.200.000,00 quale "*premio di accelerazione*";



Autorità Nazionale Anticorruzione

ma v'è di più, ove avesse mai trovato applicazione l'art. 23 del dm n. 145/2000 (abrogato dal d.P.R. n. 207 del 2010) nel caso di specie l'esecuzione dell'appalto non era neanche conforme alle obbligazioni assunte e, quindi, tale da legittimare la corretta applicazione del citato riferimento normativo.

In questo senso, tuttavia, appare evidente la illegittimità della previsione contrattuale per contrasto con l'art. 23 dm 145/2000, a mente del quale *“in casi particolari che rendano apprezzabile l'interesse a che l'ultimazione dei lavori avvenga in anticipo rispetto al termine contrattualmente previsto, il contratto può prevedere che all'appaltatore sia riconosciuto un premio per ogni giorno di anticipo determinato sulla base degli stessi criteri stabiliti nel capitolato speciale o nel contratto per il calcolo della penale, sempre che l'esecuzione dell'appalto sia conforme alle obbligazioni assunte”*.

In tal senso, deve ritenersi la sproporzionalità della previsione di una tale primalità, in presenza di così gravi e rilevanti ritardi esecutivi (a prescindere dalla imputabilità degli stessi), stante le contestazioni più volte formulate dal DL e dai collaudatori all'ATI in ordine ai ritardi sul programma di esecuzione dei lavori.

Ancora poi risulta violato l'art. 23 dm 145/2000, per quanto attiene alle modalità di previsione della premialità in questione, in quanto previsto nel VII atto aggiuntivo e non nell'originario contratto: anche in relazione a questo aspetto si deve richiamare il principio enucleato dalla Corte di Giustizia europea, ribadito più volte anche da questa Autorità, secondo il quale *“La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata”* (CGCE, sentenza 19.6.2008, resa nella causa C-454/06).

Inoltre, vista la data di stipulazione dell'atto aggiuntivo (7.4.2014), rilevato che sin dal 2012 era noto il carattere imperativo della consegna dell'opera (31.12.2016) così come imposto dalla convenzione stipulata tra AdR S.p.A. e ENAC, appare del tutto incongruo ed irragionevole l'attribuzione di un premio così rilevante (oltre 14 milioni di euro), a fronte di un'anticipata conclusione delle lavorazioni di qualche mese. In altre parole, deve ritenersi che il termine suppletivo concesso non era necessario, dato che i lavori potevano comunque concludersi entro il



Autorità Nazionale Anticorruzione

2016 e con ciò non appare legittimo il riconoscimento della primalità prevista nel VII e VIII atto aggiuntivo.

In conclusione, deve ritenersi che l'importo di € 14.100.000,00 sia stato riconosciuto e corrisposto all'ATI Cimolai S.p.A. quale illegittimo premio di accelerazione.

Esecuzione contratto d'appalto – Contenziosi/accordi bonari

Con riferimento al I accordo, formalizzato attraverso la nota di AdR S.p.A. (prot. n. U0007998 del 5.5.2015) e quella di accettazione dell'ATI Cimolai S.p.A. datata 24.9.2015, si è riscontrato che lo stesso accordo, per un verso, si è limitato a recepire il testo di un precedente "accordo" contenuto in un verbale del 7.8.2013, prodotto da AdR S.p.A. solo in sede di contraddittorio, unitamente ad un ulteriore "accordo" datato 12.12.2011 (Cfr. doc. n. 24 memoria AdR S.p.A.); per l'altro, ha riconosciuto all'ATI Cimolai S.p.A. l'importo onnicomprensivo e forfettario di € 303.000,00, a tacitazione delle riserve da n.1 a n. 8, iscritte alla data del 28.2.2015 SAL n. 82, per l'importo di € 1.038.181,12.

AdR S.p.A. ha **controdedotto** che l'accordo del 2015 ha ad oggetto un accordo transattivo e non un accordo bonario e che lo stesso è stato valutato da parte dei ruoli apicali competenti, come da procedura organizzativa di AdR S.p.A. (che prevede la sottoscrizione da parte dell'Amministratore Delegato, dopo il vaglio preventivo degli uffici competenti, ivi incluso quello legale).

Al riguardo, si deve **osservare**, che la stessa lettera di accettazione della società Cimolai S.p.A. fa riferimento ad un "accordo bonario" e non già ad una transazione.

Ove fosse da considerarsi una transazione, la documentazione esaminata non consentirebbe comunque di superare le criticità che sono state evidenziante circa la modalità di valutazione delle riserve iscritte sul registro di contabilità e quanto riconosciuto all'appaltatore, essendo l'atto carente degli elementi posti a garanzia delle valutazioni operate da AdR S.p.A. in merito alla convenienza economica dell'accordo in relazione all'alea della controversia giuridica sussistente o potenziale.

Con riferimento al II accordo bonario, alla luce dei rilievi formulati, tenendo conto delle raccomandazioni di carattere generale enunciate dall'Autorità in relazione all'istituto dell'accordo



Autorità Nazionale Anticorruzione

bonario, nonché delle controdeduzioni fornite da AdR S.p.A., si conferma lo sfioramento del termine di conclusione del procedimento (108 giorni rispetto ai 90), la circostanza che l'oggetto dell'accordo è parziale rispetto alle riserve (essendo stata rinviata alla fase conclusiva dell'appalto la valutazione complessiva delle stesse, con la conseguenza che detti oneri avrebbero potuto anche non concretizzarsi), la violazione dell'art. 187, comma 2, del d.P.R. n. 554/99 atteso il mancato parere della commissione di collaudo su diverse riserve.

Esecuzione contratto d'appalto – Ulteriori accordi

Come già detto AdR S.p.A., a seguito della comunicazione delle risultanze istruttorie, forniva ulteriore documentazione inerente due verbali di accordo (cfr. doc. 24 memoria AdR).

In particolare, con il “verbale di accordo” datato 12.12.2011 (sottoscritto nella medesima data dell'atto di sottomissione della perizia n. 3-fase 1) risulta che le parti convenivano di rimodulare il programma dei lavori contenendo la riduzione della produzione a circa € 900.000,00/mese, con conseguente adeguamento dell'organizzazione di cantiere in termini di personale ed attrezzature da parte dell'ATI e con il riconoscimento da AdR S.p.A. all'ATI Cimolai S.p.A. di un indennizzo forfettario ed onnicomprensivo di € 100.000,00/mese per oneri di adeguamento personale ed attrezzatura nonché per maggiori spese generali d'appalto a far data dal 1.11.2010 fino al 30.6.2012 prorogabile al 30.9.2012 (da liquidare con separata disposizione contabile di 1,3 Mln € entro il 31.12.2011 - per il periodo 1.11.2010/30.11.2010 - e la restante parte entro il 30.6.2012 prorogabile al 30.9.2012). Le motivazioni poste a base del citato accordo si rinvencono nelle premesse del medesimo atto, dal quale risulta che AdR S.p.A. già nel 2008 (con nota 9191 del 10.11.2008) aveva preannunciato la redazione di una variante relativa al cd. Avancorpo, alla data dell'accordo ancora in fase di redazione (poi oggetto della 3° perizia di variante fase 1); inoltre, AdR S.p.A. presentava a quella data una situazione di difficoltà finanziaria per far fronte correntemente e regolarmente ai progressivi obblighi di pagamento riconducibili all'avanzamento dei lavori. In particolare, AdR S.p.A. aveva assunto l'obbligo di realizzare il nuovo Molo C avvalendosi anche di risorse proprie quali rinvenienti dai proventi delle attività di gestione dell'infrastruttura. Tuttavia, gli impegni finanziari trovavano adeguata copertura in un successivo piano di investimenti consegnato ad Enac in data 3.12.2010 e venivano assunti in previsione di un meccanismo di adeguamento tariffario



Autorità Nazionale Anticorruzione

rimesso alla valutazione dei Ministeri competenti (Infrastrutture e Trasporti ed Economia) e non ancora adottato. Inoltre, Enac in data 1.2.2011 aveva provveduto a sbloccare i finanziamenti di propria competenza limitatamente all'importo di 25 mln €. Con successivi atti, il termine dell'accordo datato 12.12.2011 veniva ulteriormente prorogato dal 30.9.2012 fino al 31.12.2012 e la produzione di cantiere veniva ulteriormente ridotta a circa € 200.000,00/mese, con conseguente adeguamento dell'organizzazione di cantiere in termini di personale e ripiegamento delle attrezzature da parte dell'ATI.

Proprio dalle premesse del citato "verbale di accordo" del 12.12.2011 trovano ulteriore conferma le contestazioni formulate sull'esercizio dello *ius variandi*.

Infatti, seppur in data 22.7.2011 veniva approvato da Enac il nuovo Piano di sviluppo aeroportuale (con il quale veniva programmata una riconfigurazione dell'infrastruttura oggetto di appalto), le evidenziate difficoltà anche finanziarie di AdR S.p.A. nella precedente conduzione dell'appalto costituiscono la concreta motivazione per i ritardi intenzionalmente maturati fino al successivo Piano di sviluppo aeroportuale che ha poi indotto la stessa AdR S.p.A. a proporre una modifica anche nella struttura finanziaria con la definizione del contratto di programma contenente l'introduzione di un sistema rimborso tariffario. Invero, AdR S.p.A. si era originariamente obbligata a concorrere al co-finanziamento dell'opera (art. 4 della convenzione) per gli importi eccedenti quelli messi a disposizione da Enac per la realizzazione della nuova infrastruttura aeroportuale e ciò indipendentemente dal successivo accordo di programma che consentiva il recupero degli investimenti attraverso le tariffe.

Gli accordi in questione non rientrano tra le ipotesi tipizzate dalla legge di varianti, né sono riferibili ad un accordo bonario o di tipo transattivo. Pertanto, si tratta di variazioni dell'oggetto e del programma contrattuale del tutto inammissibili nell'ambito della contrattualistica pubblica. Dai citati documenti viene, inoltre, in evidenza che l'ATI Cimolai S.p.A. ha avuto riconosciuto l'ulteriore importo di € 2.600.000,00, salvo ulteriori incrementi così come indicati al punto 4.2 del medesimo accordo non quantificabili in questa sede, per anomalo andamento dell'appalto.

Esecuzione contratto d'appalto – Modificazioni ATI CIMOLAI nel corso dell'appalto e utilizzo dell'istituto del subappalto



Autorità Nazionale Anticorruzione

L'ATI Cimolai S.p.A. ha assunto la forma di ATI di tipo verticale, quindi, con responsabilità limitata delle mandanti alle sole attività specialistiche di pertinenza, ai sensi dell'art. 37, co. 11, d.lgs. n. 163/2006 (già art. 13 legge n. 109/1994 e art. 23 d.lgs. n. 158/1995 per i settori speciali), costituita in origine dalla mandataria Costruzioni Cimolai Armando S.p.A. e dalle mandanti Mattioli S.p.A., Gozzo Impianti S.p.A., R.P.A. S.r.l. e TECNICA Y PROYECTOS S.A. (TYP SA).

Nel corso dell'appalto si sono registrate alcune modificazioni soggettive alla composizione dell'ATI aggiudicataria; una particolare riflessione merita quella successiva all'estromissione della mandante Gozzo Impianti S.p.A. ed alla conseguente assegnazione delle lavorazioni già di competenza della stessa impresa estromessa alla mandataria Cimolai S.p.A.

Infatti, per l'affidamento delle attività residue impiantistiche (OG11) di pertinenza della Gozzo Impianti S.p.A., AdR S.p.A. è ricorsa alle disposizioni di cui all'art. 37, co. 19, del d.lgs. n. 163/2006; si osserva che le citate attività non sono state riaffidate ad altra mandante, ma sono state assunte dalla mandataria Cimolai S.p.A. che avrebbe proceduto poi ad affidarle in subappalto.

E' stato **contestato** l'affidamento alla mandataria Cimolai S.p.A. delle attività residue della Gozzo Impianti S.p.A. ed il successivo subappalto delle medesime ad altri operatori economici, in quanto avvenuto in difformità alla normativa applicabile al caso di specie, *ratione temporis*, contenuta nell'art. 23, co. 15, del d.lgs. n. 158/95 in combinato disposto con gli artt. 72 e 74 del d.P.R. n. 554/99 e art. 13, co. 7, della legge n. 109/94. Difatti, ai sensi dell'art. 253, co. 1, del d.lgs. n. 163/2006, in combinato disposto con l'art. 357, co. 4, del d.P.R. n. 207/2010 le disposizioni normative dei citati Codice e Regolamento non trovavano applicazione al contratto di appalto di cui trattasi, essendo il bando pubblicato sulla GURI in data 21.10.2004 e, quindi, prima delle date di entrata in vigore delle richiamate normative (d.lgs. n. 163/2006 e d.P.R. n. 207/2010).

AdR S.p.A. ha **controdedotto** la legittimità della prevista subappaltabilità integrale della categoria OG11 così come indicata nel bando di gara. In particolare, ritiene che la scomposizione delle lavorazioni rientranti nella categoria OG11 indicata dal bando consente di dimostrare che tutte le lavorazioni riconducibili alle categorie specialistiche OS3, OS28 ed OS30 sono di importo addirittura inferiore al 10% del valore complessivo dei lavori (sia al momento della pubblicazione del bando di gara sia a seguito delle varianti intervenute), con conseguente inapplicabilità del





Autorità Nazionale Anticorruzione

co. 4, del d.P.R. n. 554/1999 e s.m.i., senza riportare specifiche sulla scorporabilità e subappaltabilità, ad eccezione della categoria OS4 per la quale veniva specificata la scorporabilità e la non subappaltabilità.

Pertanto, il bando conteneva l'indicazione della subappaltabilità per le opere rientranti nella categoria OG11, cui avrebbe dovuto applicarsi il divieto di subappalto in quanto opere da considerarsi appartenenti all'elenco delle strutture impianti ed opere speciali di cui all'articolo 72, co. 4, del d.P.R. n. 554/1999 (categoria che non è altro che la somma delle lavorazioni indicate nelle lettere b), d), ed e) del citato comma 4); infatti, anche il Capitolato Speciale di Appalto all'art. 3 indicava le lavorazioni della categoria OG11 tra quelle contenute nell'elenco del citato art. 72. Deve, comunque, rilevarsi la prevalenza del bando di gara rispetto al Capitolato Speciale d'appalto, inteso quale documento allegato al progetto posto a base di gara con il quale regolare i rapporti tra appaltatore e stazione appaltante. Ad ogni modo, l'ATI aggiudicataria, ai fini della partecipazione alla procedura di gara faceva ricorso, correttamente, ad una associazione temporanea di tipo misto, nella quale le lavorazioni della categoria OG11 venivano assunte, in associazione verticale, al 100% dalla mandante Gozzo Impianti S.p.A., unica società dell'ATI in possesso della qualificazione OG11 classifica VIII richiesta dal bando di gara; per quanto riguarda la dichiarazione di subappalto risulta agli atti la dichiarazione dell'ATI datata 18.1.2005 con la quale la mandataria dichiarava che tutte le imprese dell'ATI intendevano concedere in subappalto o cottimo le lavorazioni ricadenti nelle seguenti categorie: OG1 (categoria prevalente): nel limite del 30%, OG11 ed OG3.

La scelta operata dal progettista, condivisa da AdR S.p.A. in sede di predisposizione del bando di gara, che prevede l'accorpamento delle lavorazioni tutte nella categoria OG11 non può essere modificata *ex post* valutando lo scorporo dalla OG11 delle medesime lavorazioni rientranti nelle categorie specialistiche OS3, OS28 ed OS30 al fine di sostenerne l'esecuzione da parte dell'impresa qualificata nella categoria prevalente e, quindi, la totale subappaltabilità.

Ciò premesso, con riferimento alla fase di subentro della mandataria Cimolai S.p.A. per l'esecuzione delle attività residue impiantistiche, riconducibili alla categoria OG11, di spettanza della mandante Gozzo Impianti S.p.A., a seguito della sua estromissione, deve rilevarsi:

- l'inapplicabilità dell'art. 37, co. 19, d.lgs. n. 163/2006 e s.m., ai sensi dell'art. 253, co. 1, del d.lgs. n. 163/2006, in combinato disposto con l'art. 357, co. 4, del d.P.R. n. 207/2010;



Autorità Nazionale Anticorruzione

- che le disposizioni contenute nell'art. 23, co. 15, del d.lgs. n. 158/95 per i settori speciali, eventualmente applicabili *ratione temporis*, disciplinano esclusivamente le modalità di prosecuzione del rapporto di appalto dell'aggiudicatario in caso di "fallimento" dell'impresa mandataria e non già in caso di una sua estromissione, come avvenuto nel caso di specie;
- che le opere non potevano essere eseguite dalla società Cimolai S.p.A. utilizzando la qualificazione nella categoria prevalente OG1 atteso che la stessa Cimolai S.p.A. alla data del subentro non era in possesso della qualificazione nella predetta categoria OG11 (attestazione SOA n. 14671/16/00 del 8.9.2015).

E' risultato, infatti, che alla data del subentro (17.9.2015), l'importo residuo dei lavori riconducibili alla categoria OG11 ammontavano ad € 43.497.359,54, rispetto ad un importo contrattuale così come variato con la sottoscrizione del VII atto aggiuntivo in data 10.2.2015 di € 49.438.970,97; ciò emerge, oltre che dagli atti contrattuali, anche dall'analisi del certificato di esecuzione lavori prot. n. 43274 rilasciato in data 6.8.2016, per lavori contabilizzati alla data del 31.12.2015, in cui è riportata la contabilizzazione (e, quindi, l'intervenuta esecuzione) dei lavori riconducibili alla categoria OG11 pari ad € 5.941.611,43 eseguiti dalla mandante Gozzo Impianti S.p.A. (di cui € 725.535,54 eseguiti da subappaltatori).

Pertanto, a seguito del subentro della mandataria Cimolai S.p.A. nei lavori OG11 residuali (€ 43.497.359,54), ammesso che il predetto subentro poteva essere consentito, la stessa non avrebbe potuto eseguire tali lavori essendo priva di qualificazione nella categoria OG11 (tra l'altro categoria a qualificazione obbligatoria) e, pertanto avrebbe dovuto subappaltare l'intero importo. Infatti, dagli atti non si sono riscontrati subappalti autorizzati per l'intero importo residuo ancora da eseguire.

In particolare nell'ultimo certificato di esecuzione dei lavori prot. n. 12532 rilasciato in data 29.3.2017, per lavori contabilizzati alla data del 30.9.2016, l'importo dei lavori eseguiti dalla Cimolai S.p.A. in categoria OG11 risulta pari ad € 24.681.420,44.

Rileva sul punto AdR S.p.A. che estrapolate le lavorazioni tipiche della categoria OG11 – impianti esterni ai fabbricati ivi compresi quelli già eseguiti dalla Gozzo Impianti S.p.A. - l'importo totale delle lavorazioni residue afferenti agli impianti tipici degli edifici sono riconducibili a lavorazioni della categoria OG1 per il 69,51% dell'importo totale dei lavori della categoria OG11 di cui alla



Autorità Nazionale Anticorruzione

perizia di variante n. 3 fase 3 e 4 ancora da eseguire; mentre, le opere più propriamente riconducibili alla categoria OG11 ancora da eseguire al subentro venivano a costituire solo l'8,85% dell'importo complessivo dell'intero appalto. L'esecuzione di dette lavorazioni sarebbe pertanto avvenuto da parte della Cimolai S.p.A. ai sensi dell'art. 74, co. 1 del DPR n. 554/99 in quanto lavorazioni eseguibili con il possesso della qualificazione nella categoria OG1.

Si ritiene in merito che l'esecuzione della Cimolai S.p.A. dei lavori d'appalto di natura impiantistica, prima indicati nella categoria OG11 (e solo oggi ricondotti nell'ambito della categoria OG1), senza possedere alcuna qualificazione, assume significativa criticità sia per quanto già osservato circa la riconducibilità delle lavorazioni OG11 in altra categoria *ex post* sia per la rilevanza degli impianti oggetto d'appalto che riguardano un hub aeroportuale.

Si osserva peraltro che a seguito dell'estromissione della Gozzo Impianti S.p.A. parte delle lavorazioni riconducibili alla categoria OG11 sono state espletate da diversi subappaltatori in violazione dell'art. 13, co. 7 della l. 109/94 e s.m. che prescrive espressamente, per speciali categorie di lavori, ove sia consentito il subappalto, il divieto di artificiosa suddivisione in più contratti.

Per i subappalti riconducibili alla categoria OS4 è stata contestata la violazione delle disposizioni di cui all'art. 13, co. 7, della legge n. 109/94 e s.m.i. trattandosi di opere rientranti nell'elenco dell'art. 72, co. 4, del d.P.R. n. 554/99, per le quali vigeva il divieto di subappalto, in ragione del superamento del valore del 15% dell'importo totale dei lavori; divieto di subappalto indicato anche negli atti di gara che avevano qualificato detta categoria tra quelle cd. "superspecializzate" e, quindi, soggette al citato divieto. Successivamente AdR S.p.A. aveva indicato nel VII atto aggiuntivo al contratto (art. 3) che l'ATI Cimolai S.p.A. poteva subappaltare, tra gli altri, i lavori in categoria OS4 nei limiti del 30%, in quanto detta categoria (a qualificazione obbligatoria) era divenuta di importo inferiore al 15% dell'importo dell'appalto (in conseguenza dei nuovi importi contrattuali). In merito deve osservarsi che l'illegittimità della 3° perizia (già descritta in precedenza) - posta a giustificazione della modifica contrattuale (ed in particolare della stipula del VII atto aggiuntivo) - travolge anche i conseguenti subappalti autorizzati, in quanto senza l'intervento di tale illegittima modifica contrattuale le lavorazioni in OS4 non avrebbero subito le riduzioni esposte da AdR S.p.A. (tra l'altro unica riduzione avvenuta a fronte del sensibile incremento di tutte le altre voci) e sarebbero rimaste imputabili alla sola mandataria Cimolai S.p.A. Peraltro, ai fini dell'affidamento



Autorità Nazionale Anticorruzione

dei lavori, la valutazione *ex post* dei lavori deve sempre tenere conto della classificazione delle categorie di lavori e dei relativi importi così come individuati nel bando di gara ai fini della partecipazione alla gara stessa.

Va confermata, pertanto, l'illegittimità dei subappalti autorizzati per lavori rientranti nella categoria OS4 alla società CSI Consorzio Stabile Impianti in data 31.3.2015 (Importo 244.000,00) e in data 10.7.2015 (Importo 2.352.000,00) nonché all'A.T.I. OTIS Servizi s.r.l. (Mandataria) - GP Elevators s.r.l. - I.M.R. s.r.l. in data 30.10.2015 (Importo € 4.200.000,00).

Considerazioni conclusive - Tutto ciò considerato e ritenuto deve puntualizzarsi che l'Autorità ritiene che la costruzione del nuovo molo centrale dell'aerostazione internazionale (Molo C) dell'aeroporto di Fiumicino rappresenti un'opera pubblica di fondamentale importanza e strategica centralità per il territorio nazionale nonché utile al miglioramento della qualità dei servizi resi all'utenza nell'aeroporto di Fiumicino; a dimostrazione di ciò i riconoscimenti internazionali conseguiti negli anni 2017 e 2018. L'importanza dell'opera è testimoniata, altresì, dal fatto che la realizzazione nell'aeroporto di Fiumicino di un nuovo molo centrale dell'aerostazione internazionale era stata da tempo programmata essendo stata ricompresa nella convenzione n. 3997 data 23.8.1986 e nei successivi atti aggiuntivi alla convenzione stessa (in particolare l'atto aggiuntivo datato 23.12.2002 stipulato tra Enac ed AdR S.p.A.).

A fronte dell'importanza dell'opera e dell'interesse pubblico alla sua pronta realizzazione è emerso, tuttavia, che il procedimento di attuazione demandato al concessionario AdR S.p.A. ha mostrato tutti i suoi limiti in relazione all'andamento ed alle scelte che di volta in volta sono state attuate, determinate anche dalla mancanza di un adeguato coordinamento fra tutte le istituzioni coinvolte. La maggior parte delle scelte tecnico-amministrative adottate da AdR S.p.A. hanno risentito, per derivazione, dei profili patologici evidenziati nei superiori capitoli che, diversamente dall'obiettivo ricercato dal concedente, hanno comportato un aggravio di oneri per i tempi dilatati in modo ingiustificato della procedura esecutiva dei lavori (il progetto definitivo è stato redatto nell'anno 2003 – il bando di gara è stato pubblicato in data 21.10.2004 – l'attività di redazione della progettazione esecutiva veniva avviata in data 30.8.2006 – la consegna dei lavori avveniva in data 12.3.2008 – i lavori venivano conclusi in data 31.12.2016).



Autorità Nazionale Anticorruzione

E' pur vero che nella fase di esecuzione dei lavori ha influito la modificazione dell'originario scenario come da ultimo ridisegnato a seguito dell'Atto Unico denominato Convenzione e Contratto di Programma, stipulato in data 25.10.2012 fra AdR S.p.A. ed Enac ed approvato con DPCM il 21.12.2012; tuttavia, nel 2012 i lavori oggetto d'appalto avrebbero dovuto essere completati secondo le originarie previsioni convenzionali e di progetto.

Pur nella complessità dell'opera da realizzare AdR S.p.A., soggetto concessionario per conto del Ministero dei Trasporti prima ed Enac poi, non si è mostrata idonea a gestire il procedimento tecnico-amministrativo che si è caratterizzato per la presenza di diversi profili di inefficienza e di illegittimità in grado di determinare effetti in contrasto con il principio, innanzitutto, di economicità nonché quello di correttezza, trasparenza e concorrenza che dovrebbero caratterizzare la gestione di un contratto pubblico.

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

di ravvisare i seguenti comportamenti, tenuti dai soggetti coinvolti nel procedimento, non conformi al quadro normativo *ratione temporis* applicabile o, comunque, a criteri di efficacia ed efficienza:

- in ordine all'attività di progettazione, lo sviluppo e la consegna del progetto esecutivo sono avvenuti in difformità alla tempistica programmata e contrattualmente prevista, in assenza di circostanze sopravvenute alla stipula del contratto di appalto; peraltro, ingiustificatamente non hanno trovato applicazione le penali contrattuali;
- in ordine all'attività di esecuzione dei lavori risultano illegittime:
 - la prima variante, approvata ai sensi dell'art. 132 co. 3, secondo e terzo periodo del d.lgs. n. 163/2006, per l'esecuzione di lavorazioni aggiuntive riferite alla realizzazione e riqualificazione di nuova pavimentazione portante per aeromobili, che avrebbe dovuto porsi alla base di una nuova procedura ad evidenza pubblica;
 - la variante migliorativa, proposta dall'appaltatore ai sensi dell'art. 11 del d.m. n. 145/2000, quanto ai modi e ai tempi di adozione, con riconoscimento a quest'ultimo dell'importo di € 1.827.885,33;



Autorità Nazionale Anticorruzione

- la seconda perizia di variante, oggetto del IV atto aggiuntivo, per l'assenza dei requisiti della imprevedibilità e delle circostanze sopravvenute invocate;
- la terza perizia di variante, oggetto del V, VI e VII atto aggiuntivo, che si configura come un vero e proprio nuovo progetto e, quindi, avrebbe dovuto porsi alla base di una nuova procedura ad evidenza pubblica;
- la quarta perizia di variante, oggetto dell'VIII atto aggiuntivo, quanto all'oggetto della variante, all'affidamento all'esecutore di una parte del progetto di variante nonché per le modifiche di ulteriori termini contrattuali;
- la mancata trasmissione all'ANAC della variante n. 3 – fase 3 e 4 e della variante n. 4, ai sensi dell'art. 37 del decreto legge 24.6.2014 n. 90 e dei Comunicati del Presidente ANAC in materia;
- la previsione e il riconoscimento all'ATI Cimolai S.p.A. di un importo forfettario ed onnicomprensivo di € 14.200.000,00 per anticipata consegna, in aggiunta al corrispettivo d'appalto, anche commisurato al riconoscimento di € 4.836.553,78 in relazione alla riserva n. 20^{bis}, per la remunerazione di maggiori oneri per anticipata consegna dei lavori;
- le modalità di definizione del contenzioso mediante l'adozione di un I accordo, in assenza degli elementi posti a garanzia delle valutazioni operate da AdR S.p.A. in merito alla convenienza economica dell'accordo stesso;
- la sottoscrizione di due accordi negli anni 2011 e 2013 che non rientrano tra le ipotesi tipizzate dalla legge sia sulle varianti sia sulla definizione del contenzioso;
- l'esecuzione ad opera della mandataria Cimolai S.p.A., in assenza di qualificazione nella categoria OG11, delle attività residue impiantistiche, riconducibili alla categoria OG11 stessa, di spettanza della mandante Gozzo Impianti S.p.A., a seguito dell'estromissione di quest'ultima;
- il frazionamento in più contratti di subappalto delle ulteriori attività residue impiantistiche, riconducibili alla categoria OG11, non eseguite dalla Cimolai S.p.A., in violazione dell'art. 13, co. 7 della l. n. 109/94, nonché l'autorizzazione e svolgimento in subappalto dei lavori rientranti nella categoria OS4;



Autorità Nazionale Anticorruzione

- di invitare, le parti, tenuto in debito conto di quanto messo in luce dall'Autorità, ad una valutazione delle possibili iniziative da intraprendere;
- di trasmettere la presente delibera ad ENAC, AdR S.p.A., ATI Cimolai S.p.A. ed al Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti chiedendo agli stessi di informare l'Autorità degli eventuali provvedimenti conseguenti che intendono adottare, nonché all'esponente, Curatore fallimentare della società Gozzo Impianti S.p.A.;
- di trasmettere la presente Delibera alla Guardia di Finanza - Nucleo Speciale Anticorruzione;
- di trasmettere la presente Delibera alla Procura della Corte de Conti per il Lazio.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositata presso la Segreteria del Consiglio in data 2 settembre 2019

Il Segretario Maria Esposito