

Autorità per la vigilanza
sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Deliberazione n. 222

del 11.07.2007

PREC279/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall'ATI Società Italiana per Condotte d'Acqua s.p.a./Astaldi s.p.a. – finanza di progetto per la progettazione, costruzione ed esercizio del complesso dei collegamenti autostradali e stradali a pedaggio denominati “Grande Raccordo Anulare di Padova”. S.A. Regione Veneto, Direzione Infrastrutture.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

In data 23.11.2006 la Direzione Infrastrutture della Regione Veneto ha pubblicato un “avviso di avvenuta presentazione di proposta di intervento da realizzare in regime di finanza di progetto ai sensi del d. Lgs. n. 163/2006 e della legge regionale n. 15/2002” per la realizzazione dei lavori indicati in oggetto, per un investimento complessivo stimato di circa 322,74 milioni di euro. Il soggetto proponente è la società G.R.A. di Padova s.p.a.

In data 1° giugno 2007 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale l'ATI Società Italiana per Condotte d'Acqua s.p.a./Astaldi s.p.a. contesta la legittimità della procedura in esame per difetto informativo circa la pubblicizzazione della proposta stessa, che avrebbe determinato un evidente squilibrio nei confronti di eventuali soggetti interessati a presentare proposte concorrenti. A parere dell'istante, il diniego da parte della Regione Veneto di rendere conoscibile in tutti i suoi aspetti (progetto preliminare, elaborati ed analisi tecniche) la proposta presentata dalla società G.R.A. di Padova s.p.a. non consentirebbe ai soggetti potenzialmente interessati di presentare una proposta equivalente ovvero alternativa e migliorativa.

Quanto sopra sarebbe vieppiù confermato, prosegue l'impresa istante, dal fatto che la società G.R.A. di Padova s.p.a. è una società a partecipazione pubblica-privata, azionariamente permeata, direttamente o indirettamente, da enti pubblici territoriali: infatti, al momento della presentazione della proposta, detta Società annoverava fra i soci il Comune e la Provincia di Padova, il cui Presidente è anche Presidente della Società stessa. Solo in data successiva alla presentazione della proposta, i predetti Enti locali hanno proceduto alla dismissione delle proprie quote azionarie.

Tuttavia, poiché permangono delle partecipazioni indirette in capo al Comune ed alla Provincia di Padova, la fattispecie in esame, a parere dell'istante, rientrerebbe nell'ambito di applicazione dell'articolo 13 della legge n. 248/2006, che vieta alle società pubbliche costituite o partecipate da amministrazioni regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali alla loro attività, di svolgere prestazioni a favore di soggetti pubblici e privati diversi da quelli che le hanno costituite, che le partecipano o che affidano l'esercizio di determinate attività.

Nell'ambito dell'istruttoria procedimentale, la Regione Veneto e la società G.R.A. di Padova s.p.a. hanno contestato ogni addebito, rappresentando che la procedura in esame è disciplinata dall'articolo 11 della legge regionale n. 15/2002 che prevede, una volta ricevuta da un privato una proposta di intervento, la pubblicazione di uno specifico avviso rivolto al mercato per rendere nota la volontà di avvalersi dell'istituto della finanza di progetto.

I resistenti hanno precisato che l'avviso in parola conteneva tutti gli elementi atti a definire l'intervento ed in particolare:

- la data di pervenimento della proposta,
- il soggetto proponente;
- l'oggetto dell'intervento;

- il luogo di realizzazione;
- la documentazione richiesta ai soggetti interessati alla presentazione di proposte alternative;
- i criteri di valutazione comparativa delle proposte;
- il riconoscimento a favore del soggetto individuato come promotore del diritto di prelazione.

Inoltre, proseguono la S.A. e la G.R.A. di Padova s.p.a., il raggruppamento istante ha avuto copia della deliberazione della Giunta Regionale n. 3361/2006 contenente la previsione di opere complementari nonché della corografia di inquadramento degli interventi. Pertanto, non sussisterebbe alcuna violazione del principio di pubblicità della proposta, in quanto l'avviso conterrebbe tutti gli elementi che possono consentire agli interessati di formulare a loro volta un'offerta; anzi, divulgare il progetto preliminare redatto dal proponente e gli altri elaborati porrebbe in essere una violazione della *par condicio* in danno del proponente stesso.

Relativamente alla violazione delle disposizioni di cui alla legge n. 248/2006, i controinteressati ritengono detta disciplina non applicabile al caso di specie, che attiene al settore delle opere pubbliche, mentre la citata legge si applica alle società costituite o partecipate dagli enti pubblici per la produzione di beni o servizi strumentali all'attività degli enti stessi. Inoltre, occorre tener presente che la proposta è stata presentata prima dell'entrata in vigore del decreto-legge 4.7.2006 n. 233, successivamente convertito dalla legge n. 248/2006, e che comunque, al momento della presentazione della proposta integrativa da parte di G.R.A. di Padova s.p.a., la Provincia ed il Comune di Padova avevano dismesso la loro partecipazione azionaria alla medesima società.

In data 11 luglio 2007 si è tenuta una audizione nel corso della quale le Parti hanno ribadito quanto rappresentato in atti.

Ritenuto in diritto

1. Per la definizione della questione all'esame di questa Autorità appare necessario, innanzitutto, ricostruire l'*iter* della costituzione della società G.R.A. di Padova s.p.a., dei suoi successivi sviluppi, nonché della procedura posta in essere dalla Regione Veneto per la realizzazione dell'opera.

Il caso in esame può trovare compiuta disciplina nell'articolo 116 del d. Lgs. n. 167/2000, in base al quale gli enti locali possono costituire apposite società per azioni, senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, nel rispetto della normativa vigente in materia di lavori pubblici.

Infatti, l'univocità dell'oggetto sociale e le disposizioni della legge regionale n. 15/2002 – che disciplina la realizzazione di infrastrutture di trasporto, la progettazione, realizzazione e gestione di autostrade e strade a pedaggio regionali-, ascrivono la G.R.A. di Padova s.p.a. nell'ambito di applicazione del citato articolo 116.

In tale fattispecie, la connessione fra la competenza in tema di viabilità attribuita dall'art. 117 Cost. alla Regione, certamente riconducibile ad una funzione pubblica di governo e sviluppo del territorio, e i moduli organizzativi per realizzare tale funzione consente di procedere anche con l'istituzione di organismi in forma di società per azioni, che, per la realizzazione di opere e l'esecuzione di lavori pubblici, nonché per l'espletamento di attività di progettazione, è tenuta ad agire alla stregua di una amministrazione aggiudicatrice nel rispetto delle procedure di cui al d. Lgs. n. 163/2007.

In concreto, la società G.R.A. di Padova s.p.a. è stata costituita in data 8.11.2004 dalla Società delle Autostrade di Venezia e Padova s.p.a., dalla Società per Azioni Autostrada Brescia – Verona – Vicenza – Padova, dalla Veneto Strade s.p.a. (partecipata al 30 per cento dalla Regione Veneto) ed ha come oggetto sociale “la formulazione della proposta per la realizzazione in regime di finanza di progetto della nuova tratta stradale a pedaggio denominata G.R.A. di Padova, ovvero la presentazione dell'offerta tecnico-economica nell'ipotesi di indizione di gara finalizzata all'affidamento in regime di concessione di costruzione e gestione della su riferita infrastruttura viaria nonché, in caso di aggiudicazione, la progettazione, costruzione e gestione in regime di concessione del G.R.A. di Padova.”

In data 6.4.2005 sono entrati nel capitale sociale, in qualità di azionisti, la Provincia di Padova ed il Comune di Padova.

In data 11 gennaio 2006 la Provincia di Padova ed il Comune di Padova hanno pubblicato il bando di gara per l'alienazione delle partecipazioni detenute nella società G.R.A. di Padova s.p.a., sulla scorta della motivazione “di assicurare il rispetto delle disposizioni in materia di tutela della concorrenza di cui all'articolo 13 della legge 4 agosto 2006, n. 248”.

La dismissione è avvenuta in data 14 febbraio 2007.

Dopo aver ricevuto, in data 10 gennaio 2006, la proposta di costruzione e gestione dell'opera viaria di che trattasi, la Regione Veneto, con deliberazione n. 3361 del 7.11.2006, ha deliberato di

prendere atto della citata candidatura e di definire le modalità di pubblicizzazione della proposta medesima, nel rispetto della disciplina di cui alla legge regionale n. 15/2002. Nella medesima deliberazione è stato altresì statuito, preso atto della necessità di realizzare opere viarie complementari, che venisse riconosciuta al proponente la possibilità di integrare in tal senso la proposta. Il 24 novembre 2006 è stato pertanto pubblicato l'avviso di avvenuta presentazione della proposta da parte della G.R.A. di Padova s.p.a.

Come emerge dalla ricostruzione sopra riportata, la predetta Società è stata costituita al solo fine di predisporre la proposta di finanzia di progetto in esame ed ha potuto usufruire, in un arco temporale di non poco conto, del flusso di informazioni e conoscenze proprie degli enti territoriali che, al contempo, ne detenevano il capitale azionario ed espletavano funzioni di governo e gestione dello stesso territorio interessato dalla realizzazione dell'intervento di che trattasi.

Detto elemento assume una rilevanza essenziale sotto il profilo del rispetto della simmetria informativa nei confronti di eventuali soggetti privati interessati alla presentazione di proposte alternative a quella formulata dalla Società stessa.

Infatti, un giusto bilanciamento degli interessi in gioco, nel rispetto di una reale concorrenza, avrebbe dovuto concretizzarsi in una maggiore trasparenza, da parte della Stazione appaltante, nella diffusione delle informazioni necessarie a formulare una valida e concorrente proposta. Il diniego di consentire l'accesso alla documentazione progettuale presentata dal proponente ha privato altri operatori del mercato di informazioni senz'altro indispensabili: basti pensare che, in virtù della partecipazione della Regione Veneto al capitale sociale della Veneto Strade s.p.a., socio della società G.R.A. di Padova, la medesima società G.R.A. poteva essere a conoscenza della necessità di dover integrare la proposta presentata con le opere viarie complementari, finanziate con la legge regionale n. 2/2006, ben prima della relativa deliberazione giuntale n. 3361/2006.

A ciò si aggiunga l'ulteriore elemento di squilibrio nel rapporto fra la società G.R.A. di Padova s.p.a. ed eventuali operatori del mercato, rappresentato dal fatto che i termini per la presentazione di proposte alternative, dettati dall'articolo 11 della legge regionale n. 15/2002 - nel cui alveo la S.A. ha inserito la procedura di project financing - sono di 90 giorni.

Tale lasso di tempo non può agevolmente consentire ad un soggetto privato, del tutto avulso dagli interessi (in termini di aspettative di sviluppo ovvero di esigenze specifiche) degli enti locali insistenti sul territorio interessato dalle opere da realizzarsi, di porsi su un piano di parità con chi è emanazione degli stessi enti territoriali preposti alla pianificazione e sviluppo del territorio, nell'ambito di una leale concorrenza.

2. Le ricadute delle asimmetrie informative sopra riscontrate devono essere ulteriormente valutate sotto il profilo della violazione della concorrenza derivante dalla partecipazione alla procedura in esame di una società a partecipazione pubblica.

Atteso che la giurisprudenza amministrativa (in coerenza con la disciplina comunitaria), nel riconoscere alla società mista pubblico-privata la natura di soggetto imprenditoriale, ha ritenuto che l'ordinamento giuridico non ponga limiti, in linea di principio, alla partecipazione della società mista alle gare di appalto, appare peraltro condizione indispensabile che le selezioni abbiano uno

svolgimento immune da situazioni suscettibili di alterare un confronto paritario tra soggetti economici secondo le regole di mercato.

Ebbene, affinché la procedura possa ritenersi immune da vizi, deve essere improntata alla più ampia e trasparente diffusione delle informazioni.

In concreto, l'assunto sopra riferito deve essere rapportato ai seguenti elementi di fatto:

- l'istituto del project financing consiste essenzialmente in un complesso procedimento di carattere sostanzialmente unitario, anche se articolato in più fasi distinte, la cui prima fase è rappresentata dall'individuazione della proposta del promotore che l'amministrazione ritiene di pubblico interesse. Detta fase trova inizio, giusto quanto disposto dall'articolo 11, comma 3, della legge regionale n. 15/2002, applicabile alla fattispecie, al momento della sottoposizione all'amministrazione del progetto d'intervento da parte del proponente (nel caso in esame il 10 gennaio 2006);
- a tale data la Provincia ed il Comune di Padova nonché la società Veneto Strade s.p.a. (partecipata dalla Regione Veneto) detenevano ancora le proprie quote di capitale azionario nella società G.R.A. di Padova s.p.a.;
- la Provincia ed il Comune di Padova detengono partecipazioni azionarie in società che sono a loro volta socie di G.R.A. di Padova s.p.a.;
- tuttora nelle cariche sociali della G.R.A. di Padova s.p.a. sono contemplati gli amministratori degli enti territoriali interessati (quale, ad esempio, il Presidente della Provincia di Padova).

Quanto sopra riportato non può non comportare l'obbligo di bilanciare la posizione rivestita dalla società G.R.A. di Padova, quanto meno, attraverso una piena conoscibilità del progetto da parte di eventuali concorrenti, quale il raggruppamento istante.

3. La sopra riferita esigenza di tutelare la concorrenza e di assicurare la parità fra gli operatori economici trova ulteriore riscontro nel quadro normativo vigente, giusto quanto disposto dall'articolo 13 della legge n. 248/2006, il cui intento è quello di introdurre un ulteriore livello di concorrenza e di libertà del mercato, al fine di permettere agli operatori di agire in posizione di uguaglianza, evitando che alcune imprese possano avvantaggiarsi della struttura della propria compagine societaria per la presenza di un socio pubblico (Cfr. TAR Lazio, n. 5192/2007).

Come rilevato da questa Autorità con deliberazione n. 135/2007, il citato articolo 13, vieta l'attività *extra moenia* delle società pubbliche, al fine di porre un freno all'incidenza che la loro composizione può comportare sull'assetto del mercato, in difesa del principio della libera concorrenzialità. Infatti detti soggetti inevitabilmente godono di notevoli asimmetrie informative, in grado di alterare la *par condicio* con gli altri operatori agenti nello stesso mercato e di eludere, per alcuni aspetti, il rischio d'impresa.

Pur non rientrando la presente fattispecie nel divieto di cui sopra, la disciplina richiamata rende comunque evidente l'esistenza di una linea evolutiva dell'ordinamento tale da contemplare la

presenza della mano pubblica tra gli operatori di mercato solo nelle ipotesi in cui ciò risulti coerente con le finalità esponenziali degli enti pubblici territoriali e non contrasti con le regole della libera concorrenza, basata sulle parità delle opportunità tra gli operatori che agiscono sullo stesso mercato.

Quanto sopra, peraltro, rileva ancor di più nell'ambito di una procedura di project financing, che dovrebbe caratterizzarsi per l'assunzione da parte del promotore del rischio di gestione dell'opera. Nel caso di specie, invece, detto profilo viene notevolmente ridimensionato, atteso che intervengono anche e soprattutto capitali pubblici e tenuto conto altresì, dell'affidamento da parte del finanziatore sulla presenza di partners istituzionali.

Ebbene, ritiene questa Autorità che una situazione come quella portata all'attenzione da parte del raggruppamento istante, pur formalmente in linea con il disposto delle norme vigenti, possa comunque porre uno dei partecipanti in competizione in una posizione *potiore* sotto il profilo informativo.

Spetta all'Autorità regionale, pertanto, in qualità di stazione appaltante, individuare le modalità di riequilibrio di tale assetto asimmetrico, anche alla luce dell'interesse pubblico relativo alla celerità delle procedure di scelta del contraente chiamato alla realizzazione delle opere.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non conforme alla normativa di settore la procedura posta in essere dalla Regione Veneto.

Il Consigliere Relatore

Alessandro Botto

Il Presidente

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 luglio 2007

