

SEZIONE	ESITO	NUMERO	ANNO	MATERIA	PUBBLICAZIONE
EMILIA ROMAGNA	SENTENZA	113	2017	RESPONSABILITA'	23/05/2017



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DEI CONTI
SEZIONE GIURISDIZIONALE
PER LA REGIONE EMILIA-ROMAGNA

composta dai seguenti magistrati:

dott. Donato Maria Fino	Presidente
dott. Marco Pieroni	Consigliere
dott. Massimo Chirieleison	Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio iscritto al n. 44284/R R.G. instaurato dal Procuratore Regionale nei confronti:

DELBONO Flavio, C.F.:DLBFLV59P17H652T, nato a Sabbioneta (MN) il 17.09.1959, residente a Pianoro (BO), via Giuseppe Lelli, n.3/7 ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Paolo Trombetti, in Bologna, Via San Felice, n. 26;

ROSSI William, C.F.: RSSVLM51C08F083E, nato a Medicina (BO), l'08.03.1951, residente a Castenaso (BO), in via Sacco e Vanzetti, n.13 ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Paolo Trombetti, in Bologna, Via San Felice, n. 26;

SITA Luciano, C.F.: STILCN42E21A944F, nato a Bologna (BO), il 21.05.1942, residente a Castel Maggiore (BO), via Impastato Giuseppe, n.50, con domicilio eletto presso lo studio degli avvocati Gaetano Gaspari e Sergio Montanari, sito in Bologna, viale A. Aldini, n.9;

LENZI Plinio Maria, C.F.: LNZPNM54M03E135T, nato a Granaglione (BO) il 03.08.1954, residente a Sala Bolognese (BO), via Lavino, n.8/A, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luisa Lenzi, sito in Bologna, via Farini, n.26;

NALDI Milena, C.F.: NLDMLN64L60A944B, nata a Bologna (BO) il 20.07.1964, residente a Bologna, via Roncrio, n.24, con domicilio eletto presso lo studio degli avvocati Gaetano Gaspari e Sergio Montanari, sito in Bologna, viale A. Aldini, n.9;

DEGLI ESPOSTI Maurizio, C.F.: DGLMRZ53D21A944R, nato a Bologna (BO), il 21.04.1953, residente a san Lazzaro di Savena (BO), via Don Minzoni, n.71, con domicilio eletto presso lo studio degli avvocati Gaetano Gaspari e Sergio Montanari, sito in Bologna, viale A. Aldini, n.9;

LAZZARONI Luisa, C.F.: LZZLSU66E65A944W, nata a Bologna (BO) il 25.05.1966, residente a Castenaso (BO), via Filippo Turati, n.40, con domicilio eletto presso lo studio degli avvocati Gaetano Gaspari e Sergio Montanari, sito in Bologna, viale A. Aldini, n.9;

MANTOVANI Nicoletta, C.F.: MNTNLT69S63A944I, nata a Bologna (BO) il 23.11.1969, residente a Bologna, in via Siepelunga, n.9, con domicilio eletto presso lo studio degli avvocati Gaetano Gaspari e Sergio Montanari, sito in Bologna, viale A. Aldini, n.9;

BRUNI Francesca, C.F.: BRNFNC53D57D548S, nata a Ferrara, il 17.04.1953 e residente a Bologna (BO), via Guerrazzi, n.10 ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Roberto Manservisi (C.F. MNSRRT63E08A9441),

in Bologna, via Santo Stefano n. 16;

Visto l'atto di citazione in data 25 marzo 2015;

Visti gli altri atti e documenti di causa;

Uditi nella pubblica udienza del 22 febbraio 2017, con l'assistenza del Segretario Sig. Luca Cataldi, il Consigliere relatore Massimo Chirieleison, il Pubblico Ministero nella persona del Sostituto Procuratore Generale dott. Attilio Beccia, l'avv. Giuseppe Morbidelli con delega dell'avv. Paolo Trombetti, l'avv. Roberto Manservisi, l'avv. Giovanni Baccolini con delega dell'avv. Mario Zoppellari e

l'avv. Luisa Lenzi, per i convenuti.

MOTIVAZIONE

1. Con atto di citazione, regolarmente notificato, datato 25.03.2015, la Procura regionale presso questa Sezione giurisdizionale per la Regione Emilia Romagna, viste le risultanze dell'istruttoria svolta a seguito di un esposto-denuncia presentato il 9.2.2010, ha citato a comparire innanzi a questa Sezione i convenuti indicati in epigrafe, per rispondere del danno contabile arrecato all'Erario con le proprie condotte in ordine alla decisione assunta dall'Amministrazione Comunale di Bologna con delibera di Giunta n. 311 dell'1.12.2009 *"di autorizzare la propria controllata A.T.C. s.p.a. a partecipare alla società di progetto prevista nell'ambito della concessione di progettazione, costruzione e gestione della Infrastruttura di trasporto rapido di massa c. d. People Mover, tra l'Aeroporto Guglielmo Marconi e la stazione Centrale di Bologna"*.

2. Riferisce l'attrice contabile che:

2.1. con bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 29.9.2008 il Comune di Bologna ha indetto una procedura di gara, ai sensi degli artt. 142 e ss. del D.Lgs. 163/2006, avente ad oggetto l'affidamento della concessione di progettazione, costruzione e gestione, per la durata di 35 anni dalla stipula della convenzione, di un'infrastruttura di trasporto rapido di massa per il collegamento tipo *"People Mover"* tra l'Aeroporto G. Marconi e la Stazione Centrale FF.SS di Bologna, con una fermata intermedia in località Lazzaretto.

2.2. Ai sensi dell'art. 17 del Bando di gara, era previsto l'obbligo del concessionario *"di costituire, successivamente alla stipula del contratto, una Società di progetto secondo quanto previsto dall'art. 156, comma 1, D.lgs. 163/2006, con capitale sociale non inferiore a 6.000.000,00 Euro"*.

2.3. All'esito di tale procedura, il Comune di Bologna in data 28.4.2009 aggiudicava definitivamente la gara a favore del Consorzio Cooperative Costruzione Scarl (da ora anche CCC) ed in data 4.6.2009 sottoscriveva il relativo contratto di concessione.

2.4. In data 1.12.2009, la Giunta Comunale, visto il manifestato interesse di ATC S.p.a.,

società partecipata (all'epoca) in via maggioritaria dal Comune di Bologna (divenuta poi TPER S.p.a), di partecipare alla costituenda (come da obbligo stabilito dalla legge di gara) Società di progetto (con CCC) finalizzata alla realizzazione e gestione del *"People Mover"*, acquisiti i pareri favorevoli in ordine alla regolarità tecnica, espressi dal Responsabile dell'Area Affari Istituzionali, Decentramento e Città Metropolitana ex art. 49, comma 1, D.lgs. 267/2000, emanava la delibera n. 311.

2.5. Con la richiamata delibera n. 311, la Giunta Comunale, autorizzava *"il Sindaco a partecipare all'assemblea ordinaria della società ATC S.p.a. esprimendo voto favorevole all'approvazione degli atti costitutivi della Società di Progetto prevista dall'art. 4 della «Concessione di Progettazione, Costruzione e gestione dell'infrastruttura ... »"* in parola *"dei connessi Patti Parasociali, oltre che del Piano Economico Finanziario"*.

2.6. In ottemperanza alle previsioni del bando di gara, in data 13.1.2010 veniva allora costituita la società di Progetto Marconi Express S.p.a. (tra Consorzio Cooperative Costruzione Scarl e ATC S.p.a.) la quale, ai sensi dell'art. 156 del D.lgs. 163/2006 subentrava quindi al Consorzio nel rapporto concessorio per l'esecuzione delle prestazioni affidate in sede di gara.

2.7. la Giunta comunale, "decidendo di approvare/autorizzare A.T.C. s.p.a. a costituire (ponendo in essere gli atti necessari e conseguenti) la Marconi Express" ed approvando/autorizzando al contempo la sottoscrizione dei patti parasociali tra detta società e CCC s.coop. (in conseguenza dei quali la gestione dell'infrastruttura sarebbe stata affidata ad ATC, "società a partecipazione completamente pubblica" la quale peraltro avrebbe dovuto acquistare, una volta collaudate le opere, l'intera partecipazione di CCC nella società di progetto), avrebbe trasformato l'oggetto della gara svolta ex art. 143 d.lgs. 163/2006: *"da concessione per la progettazione, costruzione e gestione per il collegamento aeroporto-stazione FS a concessione per la progettazione e costruzione della medesima infrastruttura e quindi nella sostanza ad un appalto di lavori"*.

2.8. la delibera di Giunta n. 311/2009 sarebbe stata adottata in violazione del principio di *"divieto di cd. rinegoziazione del contratto di concessione lavori"* atteso che *"l'autorizzazione (delibera G.C. n. 311/2009) rilasciata alla società controllata ATC Spa a costituire con il CCC s. coop la*

società di progetto e a regolare i rapporti interni sulla base di patti parasociali contestualmente approvati dalla medesima giunta comunale, ha determinato un assetto finale che sarebbe stato legittimo solo se conseguente a una gara pubblica avente oggetto completamente diverso rispetto a quello indicato nel bando del settembre 2008". Ciò in quanto *"nella società mista pubblico-privata Marconi Express s.p.a. il socio privato risulta avere il ruolo ben definito, e a sé riservato, di costruttore dell'opera infrastrutturale, mentre il socio pubblico risulta avere il ruolo altrettanto ben definito, e ugualmente a sé riservato, di gestore dell'opera fino al termine della concessione"* *"ma tale assetto della concessione avrebbe richiesto tutt'altra procedura di gara per l'individuazione del socio privato".* In altre parole, *"la procedura di evidenza pubblica avrebbe necessariamente avuto ad oggetto la selezione di un socio privato avente i requisiti speciali relativi alla costruzione dell'opera";*

2.9. tali criticità non sarebbero venute meno nemmeno all'esito della modifica dei patti parasociali intervenuta in data 25.7.2013, con la quale i soci della Marconi Express s.p.a. (CCC s.coop ed ATC Spa - poi trasformata in TPER spa) avevano abrogato, con decorrenza dal 13.1.2010, ossia dalla data di stipula dei medesimi patti parasociali, la clausola 4.5 con conseguente:

(I) conservazione in capo a CCC s.coop, della partecipazione pari al 75% del capitale sociale della Marconi Express per tutta la durata della concessione;

(II) riduzione della partecipazione in capo ad ATC dal 25% al 5% con la prevista cessione della restante quota del 20% ad Fondo di private equity;

2.10. Ciò in quanto, come ritiene la relazione dell'AVCP del 23.4.2014, richiamata da ANAC nella relazione prot. n. V2010/049 del 9.12.2014 la *"possibilità di associare (liberamente) al Concessionario una società interamente pubblica partecipata significativamente dallo stesso Concedente ed altri soggetti pubblici"* *"senza la copertura del bando di gara"* sarebbe comunque in contrasto con il dettato dell'art. 156 del D.lgs. 163/2006, non consentendo tale norma la cooptazione del socio pubblico post-aggiudicazione". Di conseguenza anche il solo permanere del 25% di ATC (così come la sua ulteriore - annunciata, ma mai realizzata - riduzione al 5%) nel capitale della società di progetto Marconi Express, *"non eliderebbe in radice le contestate criticità"*.

2.11. La ritenuta *"sostanziale trasformazione dell'oggetto della gara"*, avrebbe dunque dovuto *"imporre all'amministrazione aggiudicatrice l'invalidazione, in autotutela della delibera G.C. n. 311/2009 e dei conseguenti atti attuativi, e la rinnovazione della procedura di selezione del contraente"* mediante l'indizione di una gara avente ad oggetto *"la sola progettazione e costruzione dell'infrastruttura"*.

3. L'attrice contabile conclude osservando che la pretesa violazione delle norme sulla scelta del contraente, avrebbe determinato una maggiore spesa di denaro pubblico atteso che, ove l'Amministrazione avesse *"invalidato in autotutela la delibera n. 311/2009"* e rinnovato l'intera procedura di gara, *"avrebbe potuto conseguire un ribasso medio del 16,80% rispetto all'ammontare dei lavori di realizzazione dell'infrastruttura"*.

3.1. Prendendo quindi *"a riferimento la quantificazione dei lavori contenuta e dettagliata nel progetto definitivo aggiudicato, pari ad Euro 89.534.640,06, inclusi gli oneri di sicurezza pari ad Euro 850.000,00, la perdita di chance (rinnovazione della gara, avente ad oggetto un mero appalto di lavori pubblici, allargando il numero degli operatori economici potenzialmente partecipanti) subita dall'Amministrazione concedente viene quantificata in Euro 14.899.019,53"*.

3.2. La Procura reputa pertanto che, sulla base di una serie di criteri di cui in citazione, *"il danno in concreto imputabile e risarcibile, possa essere determinato fino alla concorrenza di Euro 5.959.607,81, pari alla misura del 40% del pregiudizio economico complessivamente stimato"*.

4. Con ampie e articolate memorie le difese chiedono in via pregiudiziale la sospensione del giudizio, in attesa della definizione del procedimento penale R.G.N.R. 14722/12 che vede imputati, tra gli altri, anche gli odierni convenuti.

4.1. In occasione dell'udienza di discussione del 22 febbraio 2017, viene depositata agli atti del giudizio, la sentenza del 7.12.2016 del Tribunale di Bologna pronunciata all'esito del procedimento penale che ha assolto i convenuti dai reati loro ascritti con la più ampia formula liberatoria *"perché il fatto non sussiste"*. Pronuncia questa, le cui motivazioni – alla data dell'udienza di discussione non ancora depositate – assumerebbero fondamentale importanza ai fini della definizione del giudizio

contabile, stante l'esatta coincidenza tra i fatti costitutivi dell'elemento oggettivo del reato da cui i comparenti sono stati assolti ed i fatti posti a fondamento del pregiudizio erariale per cui è causa, tenuto conto, peraltro, anche degli effetti dell'eventuale passaggio in giudicato di detta sentenza ai sensi dell'art. 652 c.p.p.

4.2. Nel merito le difese contestano le argomentazioni della Procura contabile, sostenendo che:

a) la possibilità dell'aggiudicatario di costituire una società di progetto successivamente alla stipula del contratto è espressamente prevista dall'art. 17 del bando di gara in questione ed in generale dall'art. 156 comma 1, del D.lgs. 163/2006, a mente del quale "il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata anche consortile. ... La società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione". E che a tale società potesse partecipare anche un soggetto estraneo alla procedura di gara è circostanza confermata dal fatto che: (i) l'art. 8.A. lb) del bando, in conformità con l'art. 98, comma 2, dell'allora vigente D.P.R. 554/1999, consentiva la partecipazione alla gara anche a concorrenti che, come CCC, non avevano in precedenza gestito un servizio analogo, purché avessero dimostrato il possesso dei requisiti economico/finanziari nella misura del doppio rispetto a quelli richiesti ai concorrenti muniti di esperienza in servizi affini ; (ii) a norma dell'art. 156, comma 3, del D.lgs. 163/2006, in fase di gestione del "project financing" "possono avvenire in qualsiasi momento": "l'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione".

b) La società CCC partecipò alla gara in questione riservandosi sin dal principio di associare, in esito all'eventuale aggiudicazione, un partner-gestore. E tale modo di procedere non si porrebbe affatto in contrasto con il dettato dell'art. 156 D.lgs. 163/2006. In tale norma non sarebbe rinvenibile

alcuna prescrizione a che i soci affidatari debbano necessariamente aver partecipato alla procedura di evidenza pubblica a monte dell'individuazione del concessionario, in quanto il comma 2 dell'art. 156 consente la possibilità per la società di progetto, di affidamento diretto dei lavori da eseguire e dei servizi da prestare ai propri soci. In mancanza di prescrizioni limitative in proposito, esso sarebbe possibile sia in favore dei soci che hanno partecipato alla procedura di gara, sia per quelli che sono entrati nella società dopo l'aggiudicazione, richiedendosi unicamente «che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari».

c) Non vi sarebbero norme che impongano l'obbligo per il concessionario, una volta individuato mediante procedura di gara ex artt. 144 e ss. D.lgs. 163/2006, di indire a propria volta una gara ad evidenza pubblica per la selezione del socio gestore.

Un simile obbligo non sarebbe previsto dall'art. 156, comma 2, che nulla dice al riguardo e tanto meno inibisce un eventuale affidamento diretto di lavori o servizi a soci che siano divenuti tali successivamente.

4.3. In sintesi, secondo le difese, non vi sarebbe stata alcuna violazione del *"divieto di rinegoziazione del contratto di concessione lavori"* atteso che la struttura della gara sarebbe rimasta sostanzialmente invariata, né tanto meno una illegittima *"cooptazione del socio pubblico post-aggiudicazione"*, sottolineando che la intervenuta modifica dei patti parasociali, eliderebbe in radice la pretesa alterazione dell'equilibrata allocazione dei rischi all'interno della società di progetto.

5. L'azione erariale, avente ad oggetto gli effetti prodotti dalla decisione del Comune di Bologna, di autorizzare la propria controllata A.T.C. s.p.a. a partecipare ad una società di progetto prevista nell'ambito di una concessione di progettazione, costruzione e gestione di un'infrastruttura di trasporto rapido di massa, si palesa fondata e, come tale, va accolta. Va affermata la responsabilità dei convenuti nei termini che seguono.

6. In primo luogo, deve essere decisamente negata la rilevanza, nel giudizio de quo, della pronunzia di assoluzione penale intervenuta a favore dei convenuti decisione, peraltro, non ancora passata in giudicato.

6.1. In materia di rapporti tra giudizio penale e civile, l'assoluzione dell'imputato secondo la formula "perché il fatto non sussiste" non preclude la possibilità di pervenire, nel giudizio di risarcimento dei danni intentato a carico dello stesso, all'affermazione della sua responsabilità amministrativa-contabile, considerato il diverso atteggiarsi, in tale ambito, sia dell'elemento della colpa che delle modalità di accertamento del nesso di causalità di materiale.

6.2. Dispone, come è noto, l'art. 652, comma 1, c.p.p., che la sentenza penale irrevocabile di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato, quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso dal danneggiato o nell'interesse dello stesso (...).

6.3. In ordine all'efficacia della sentenza penale di assoluzione nel giudizio contabile, si richiama la Sentenza 24 febbraio 2015, n. 189 Corte dei conti, Sezione Prima Sezione Centrale di Appello: "La corretta interpretazione della norma non autorizza a differenza di quanto, evidentemente, opinato dall'appellante - alcun automatismo tra formula assolutoria adottata dal Giudice penale ed efficacia di giudicato extra-penale, la cui valutazione va condotta caso per caso, tenendo cioè conto dell'effettivo accertamento contenuto nella sentenza di assoluzione, come già osservato da questo Giudice in numerose pronunce: cfr. in proposito, ex plurimis, Sezione I app., sentenza 12.11.2001, n. 318; Sezione giurisdizionale Sicilia, 20.5.2008, n. 1374; Sezione giurisdizionale Lazio, 13.1.2004, n. 52; Sezione giurisdizionale Lombardia, 10.4.2001, n. 597. In altre parole, le formule assolutorie perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso, posto che vengano utilizzate propriamente, potrebbero non essere indicative dell'accertamento della insussistenza del fatto materiale dedotto nel (diverso) giudizio di responsabilità amministrativa".

7. Per la valutazione delle contestazioni di responsabilità amministrativa, il Collegio, alla luce del quadro normativo di riferimento all'epoca vigente, ritiene utile richiamare brevemente alcuni cenni sull'istituto del "project-financing".

7.1. Con tale termine si identifica un sistema di realizzazione di lavori pubblici attraverso l'opera ed il finanziamento privato. Caratteristica peculiare di questo strumento è data dalla possibilità, per l'attività economica finanziata, di produrre flussi di cassa positivi sufficienti a coprire i costi operativi, tali da consentire al privato promotore dell'iniziativa la restituzione delle somme ricevute in prestito per la realizzazione del progetto, garantendogli altresì un certo margine di profitto.

Il promotore, infatti, è uno dei principali attori di tali operazioni, in ragione del fatto che la gestione deve avere capacità di produrre flussi di cassa tali da attirare capitale di finanziamento nella misura necessaria, capitale che, per lo più, è capitale di debito, finanziato da istituti di credito. Non a caso il modello puro di finanza di progetto viene anche definito come "progetto che si finanzia con la sua realizzazione". Per agevolare il raggiungimento degli obiettivi alla base della finanza di progetto è prevista normalmente la creazione di un autonomo centro di riferimento, la società di progetto, la quale assume come oggetto sociale esclusivo la realizzazione del progetto per consentire un isolamento economico-finanziario dell'iniziativa rispetto alle altre attività dei soggetti coinvolti, con evidenti vantaggi sia per gli sponsor che per gli enti finanziatori.

Si tratta di un sistema che consente l'affidamento della progettazione, della realizzazione e della gestione di un'opera pubblica mediante il concorso di un investitore privato, il cui capitale sarà remunerato da entrate derivanti, in linea di principio, dalla gestione dell'opera per un arco temporale contrattualmente determinato.

In un'operazione di *project financing* con l'espressione finanziatori si intendono, *lato sensu*, tutti i soggetti che concorrono all'iniziativa mettendo a disposizione del promotore i capitali necessari: quindi i sottoscrittori sia del capitale di rischio (azionisti della società di progetto) che del capitale di debito (mutui, obbligazioni e altri prestiti), anche se per questi ultimi è più corretto utilizzare l'espressione "investitori".

8. Passando all'esame del merito, le considerazioni svolte dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici AVCP (ora Autorità anticorruzione ANAC) nella deliberazione n. 18/2013, e che qui s'intendono richiamate, confermano che il momento critico nel quale si appunta l'addebito agli

amministratori p.t. del Comune di Bologna è stato quello della costituzione della società di progetto Marconi Express da parte di ATC s.p.a., sulla base di ben precisi patti parasociali (v. in particolare clausola 4.5.).

8.1. Il momento genetico da cui si origina il danno erariale, è costituito dalla delibera n. 311, con la quale si scaricava tutto il rischio imprenditoriale relativo alla gestione della concessione sulla società pubblica ATC.

Reputa il Collegio che la delibera di giunta dell'1.12.2009 n. 311. e gli atti attuativi e consequenziali (partecipazione di ATC s.p.a. nella Marconi Express s.p.a. e contestuale stipula dei patti parasociali con CCC s.p.a. in data 13.01.2010) hanno sicuramente determinato una radicale mutamento delle condizioni economiche in favore dell'aggiudicatario CCC. In tale senso è da rimarcare che, fino alla decisione formalizzata dalla giunta, il Comune di Bologna non aveva mai preso in considerazione la possibilità che ATC s.p.a. partecipasse alla gara o comunque che potesse rivestire un ruolo di gestore dell'infrastruttura. Ciò risulta documentalmente dalle chiare relazioni previsionali e programmatiche approvate dal Consiglio Comunale, unitamente ai bilanci di previsione per gli anni dal 2005 al 2009.

Negli allegati relativi agli obiettivi e agli interventi delle società controllate e collegate non compare mai (nemmeno a seguito dell'esito del primo bando di gara, andato deserto) l'indicazione programmatica dell'ente controllante di affidare ad ATC un qualche ruolo nella realizzazione e/o gestione del People Mover; né, peraltro, risulta una qualche intenzione in tal senso proveniente dalla società stessa. Soltanto con l'approvazione del bilancio di previsione 2010 (delibera consiliare del 28.1.2010 n. 8, successiva, quindi, alla delibera di giunta qui in esame) fu specificato che all'interno del piano degli investimenti della società ATC vi era anche il People Mover ("partecipazione alla società di progetto Marconi Express s.p.a").

8.2. La successiva modifica dei patti parasociali (sollecitata dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici - AVCP - (ora Autorità Anticorruzione - ANAC), con deliberazione n. 18 dell'8.5.2013 con la quale si invitava "il Comune di Bologna e la Marconi Express a rivisitare i patti parasociali del

13.01.2010 al fine di rimuovere le criticità, le disfunzioni e il richiamato contrasto con il codice dei contratti pubblici, per le motivazioni evidenziate", se da una parte non prevedeva più la fuoriuscita totale di CCC dalla società di progetto, dall'altra, tuttavia, faceva permanere una partecipazione pubblica di ATC, pari al 25% nel capitale nella società di progetto, con conseguenze importanti sia con riguardo all'onere finanziario richiesto ad ATC per la sottoscrizione di tale partecipazione, sia con riferimento alla non completa elisione in radice delle contestate criticità, come del resto evidenziato dallo stesso organo di vigilanza.

8.3. In ordine alla peculiare posizione assunta dalla società pubblica ATC e sulle modalità della sua cooptazione nella fase post contrattuale, la stessa relazione ANAC prot. n.0138686 del 9.12.2014, evidenzia che la *"possibilità di associare (liberamente) al Concessionario una società interamente pubblica partecipata significativamente dallo stesso Concedente ed altri soggetti pubblici, è una circostanza particolarmente appetibile per i concorrenti laddove offre indubabilmente maggiori garanzie sotto ovvi profili, dall'accesso al credito, al sistema delle garanzie e fino ai vantaggi informativi. Dunque, operando la cooptazione del socio pubblico senza la copertura del bando di gara, si viola il principio della parità di condizioni dei concorrenti di cui all'art. 2, comma 1 del Dlgs 163 del 2006"*.

Se è pur vero, come affermano le difese dei convenuti, che l'affidamento diretto di lavori o servizi di gestione da parte della società di progetto a un proprio socio, è esplicitamente ammesso dal comma 2, art.156, d.lgs. n.163/2006, nel caso di specie, l'affidamento al socio pubblico della gestione della concessione ha di fatto realizzato la costituzione di una società di progetto c.d. mista, senza previo espletamento di una procedura di evidenza pubblica, avente ad oggetto, sia la scelta del partner privato in qualità di socio, sia l'attribuzione al medesimo "dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio": nella fattispecie, al contrario, detti compiti gestionali sono stati "fatti gravare" sul socio pubblico ATC s.p.a. (poi TPER s.p.a.).

8.4. Sia la delibera di G.C. n.311/2009 sia, in via consequenziale, l'atto costitutivo, lo statuto ed i patti parasociali della Marconi Express s.p.a. si sono posti altresì, in palese disallineamento con

l'art.1, c.2, del codice dei contratti pubblici: "Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica".

8.5. Il meccanismo di ingresso di ATC s.p.a. nella società di progetto, ha comportato esiti del tutto difformi dal modello di partenariato pubblico privato c.d. istituzionalizzato, di cui all' (allora) vigente art.23-bis, d.l. n.112/2008, conv. 1.n.133/2008, come modificato dall'art.15 del decreto-legge convertito con modificazioni dalla L. 20 novembre 2009, n. 166 (in S.O. n. 215, relativo alla G.U. 24/11/2009, n. 274), operante *ratione temporis* (26.09.2009).

8.6. Tutto ciò, soprattutto, in contrasto con il dettato dell'art. 156 del D.lgs. 163/2006, non consentendo espressamente tale norma la cooptazione del socio pubblico post-aggiudicazione, come ribadito dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici con il più volte richiamato provvedimento n.18/2013 *"...La facoltà di ingresso della società comunale [ATC s.p.a.] e della Pubblica Amministrazione più in generale, nonché lo smobilizzo del Concessionario dalla società di progetto non è prevista nel bando di gara per la scelta del Concessionario"*.

8.7. Il venir meno dell'originario meccanismo negoziale di progressivo smobilizzo delle partecipazioni da CCC s.coop in favore del socio pubblico ATC s.p.a. (ora TPER s.p.a.), non ha fatto venir meno la macroscopica violazione dei principi e delle norme di evidenza pubblica, avendo il socio pubblico - Comune di Bologna - autorizzato, su parere di regolarità tecnica della d.ssa Bruni Francesca, l'entrata di ATC. s.p.a. interamente pubblica, nella società di progetto, Marconi Express s.p.a., permettendo la più volte sostanziale, illecita rinegoziazione dell'assetto d'interessi derivante dall'aggiudicazione e dal contratto stipulato tra CCC scoop e l'Ente locale, al di fuori di ogni previsione di *lex specialis* di gara.

8.8. Il danno erariale contestato è causalmente riconducibile al predetto, illecito, comportamento, formalizzatosi anche nella espressione di un parere di regolarità tecnica da parte della Dott.sa Bruni, non motivato e non supportato da adeguata istruttoria.

8.9. Gli atti ed i comportamenti contestati ai convenuti sono risultati, altresì, connotati da grave

negligenza e imprudenza, come emerso da una pluralità di indici gravi, precisi e concordanti ai sensi dell'art.2729 c.c.

In primo luogo, il People Mover era l'intervento infrastrutturale più consistente tra quelli previsti nel piano triennale dei lavori pubblici. Tale importanza strategica, avrebbe richiesto una ben maggiore attenzione nel valutare tutti i profili di legittimità degli atti posti in essere dall'amministrazione comunale.

In secondo luogo, l'orientamento implicitamente espresso dall'organo politico comunale, fin dal 2005, era stato quello di non coinvolgere ATC s.p.a. nella realizzazione dell'opera, nemmeno come gestore del futuro servizio di trasporto. Tutta l'attività istruttoria compiuta fino al secondo bando di gara, poi concluso con l'aggiudicazione al CCC s.coop. e volta a valutare i profili economico-finanziari del progetto, si era infatti basata su assunzioni e dati economici che presupponevano il ricorso a risorse esclusivamente private.

L'interesse manifestato da ATC s.p.a. al coinvolgimento proposto dal CCC s.coop avrebbe dovuto, pertanto, essere oggetto di accurati approfondimenti istruttori da parte del Comune di Bologna, nella sua doppia veste di socio controllante ATC s.p.a. con il 59,65% e di soggetto concedente nel contratto appena stipulato con CCC s.coop. A tale riguardo, non risulta agli atti che l'amministrazione comunale abbia svolto una propria attività istruttoria preliminare all'adozione della delibera n. 311/2009 e comunque che abbia sottoposto a vaglio critico la documentazione pervenuta da ATC s.p.a.

A ciò si aggiunga che la parallela istruttoria che i funzionari della Provincia di Bologna effettuarono per l'organo di indirizzo politico di quell'ente, aveva fatto emergere alcuni evidenti profili di criticità amministrativa e finanziaria per gli enti soci di ATC s.p.a. conseguenti alla formulazione dei patti parasociali e, comunque, dell'ingresso della partecipata nella società di progetto. Si veda al riguardo la nota del 30.11.2009, con la quale la responsabile dell'U.O. Società della Provincia di Bologna (Carmelina Agriesti) riepilogò gli elementi istruttori per la decisione della giunta provinciale in ordine alla partecipazione all'assemblea di ATC s.p.a., allegando una relazione tecnica-finanziaria

sottoscritta dalla stessa e dal direttore p.t. del Settore Bilancio e Provveditorato (Moreno Tommasini) richiamata nell'atto di citazione. In particolare, i due dirigenti espressero "alcune osservazioni di carattere giuridico e di carattere economico-finanziario che derivano in particolare dalla lettura dei patti parasociali".

Sotto il primo profilo, si evidenziò che "l'affidamento della gestione dell'opera in questione, che risulterà a favore di ATC in relazione alla cessione delle azioni da CCC ad ATC, potrebbe comunque essere ritenuto di fatto un affidamento diretto non in osservanza dell'articolo 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e succ. mod. (contenute nel D.L. 135/2009, convertito in legge n. 166/2009)...".

La lettura degli atti dimostra, a parere del Collegio, che la problematica centrale più volte richiamata, quella cioè della cooptazione della società pubblica ATC e del suo affidamento della gestione dell'opera, realizzando di fatto un "affidamento diretto" senza le garanzie di legge, costituisce un nervo scoperto di cui vi era piena consapevolezza nell'organo politico chiamato a decidere.

Ovviamente, per l'ente comunale, tali considerazioni erano altrettanto possibili ed esigibili comportando, quindi, il dovere di astenersi dal deliberare in tal senso.

9. In ordine alla quantificazione del pregiudizio economico che la procura ipotizza essere stato provocato all'Amministrazione Comunale per effetto della Delibera di Giunta n. 311 del 2009 e delle condotte ad essa conseguenti, il Collegio formula le seguenti osservazioni.

9.1. Come riportato in fatto, la Procura attrice ha illustrato tre diversi criteri, astrattamente utilizzabili al fine di quantificare il danno erariale.

9.1.1. Con il primo dei summenzionati criteri, l'attrice evidenzia come la mancata percezione da parte della Regione Emilia Romagna degli interessi attivi sulla prima rata - pari a € 8.100.000 - del finanziamento concesso (per complessivi € 27.000.000) per la realizzazione del *People Mover*, avrebbe cagionato al summenzionato Ente un danno individuato nell'importo di € 64.800 per ogni anno di interessi attivi non riscossi, a partire dal 2011.

9.1.2. Con il secondo criterio, invece, si individua il *quantum* risarcibile commisurandolo alla

mancata possibilità da parte dell'Amministrazione di beneficiare di una maggior percentuale di ribasso - ricavata dalla Procura attrice sulla base delle tabelle elaborate dall'Osservatorio sui Contratti Pubblici dell'AVCP (ora ANAC) relativamente al triennio 2009/2012 - scorporando la concessione in oggetto in due distinti contratti: (i) da un lato, un contratto per la sola costruzione della infrastruttura in parola ad opera del soggetto aggiudicatario (CCC), previa predisposizione della progettazione definitiva ed esecutiva; (ii) dall'altro, un mero contratto di gestione dell'impianto di trasporto devoluto a un soggetto interamente pubblico cooptato al di fuori della gara (TPER).

Il preteso danno erariale sarebbe quindi individuabile nell'importo di € 14.899.019,53, desunto dal prodotto di quello - comprensivo di oneri per la sicurezza - previsto per la sola costruzione delle opere (€ 89.534.640,06) e la percentuale di ribasso (16,80%) statisticamente ottenuta dalle Stazioni appaltanti con riferimento agli appalti di lavori, aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo i dati elaborati dall'Autorità di Vigilanza.

9.1.3. Infine, con il terzo criterio di stima, la Procura contabile desume il preteso pregiudizio arrecato all'Erario dall'entità del conferimento di capitale che graverebbe sul bilancio di TPER per effetto della partecipazione a Marconi Express S.p.A, conferimento destinato ad incidere sulla situazione patrimoniale dell'anzidetta società a totale partecipazione pubblica.

10. In relazione alla quantificazione del danno e dei criteri proposti dalla procura per la sua determinazione, il Collegio ritiene che la prima e seconda voce di danno siano infondate, stante l'assoluta carenza del necessario presupposto dell'azione contabile e cioè di un danno erariale certo ed attuale.

Come già detto, la Procura calcola il danno erariale sulla base di ciò che avrebbe potuto essere se l'amministrazione avesse annullato in autotutela la delibera n. 311/2009 e rinnovato la procedura di selezione del contraente mediante *“una gara avente ad oggetto la realizzazione dei soli lavori”*.

I primi due criteri per la determinazione del danno erariale, poggiano, pertanto, sul medesimo presupposto della rinnovazione della procedura di gara. In ordine al tale punto il Collegio osserva che

anche laddove fosse stata annullata la delibera 311/2009, ciò non avrebbe dato necessariamente luogo al rinnovo dell'intera procedura. L'affidataria CCC avrebbe ben potuto dar corso alla progettazione e costruzione dell'opera ed individuare un partner diverso da ATC per la gestione, senza alterare in alcun modo l'impianto della gara e l'allocatione dei rischi.

Non solo, ma la rinnovazione della gara prospettata dalla Procura, avrebbe certamente esposto l'Amministrazione agli oneri e spese necessari all'indizione di una nuova gara, nonché al rischio che andasse deserta, come del resto era avvenuto per la stessa infrastruttura nella prima procedura.

In ogni caso, il primo criterio per la quantificazione del danno lamentato dalla Procura è un danno ipotetico, fondato su valutazioni di carattere meramente presuntivo, che richiedono una indagine di dati statistici, comparazioni e ricerche di mercato di cui non è dato rinvenire traccia nell'atto di citazione.

Manca cioè la prova della effettiva perdita patrimoniale che l'Amministrazione comunale avrebbe subito in conseguenza della pretesa violazione delle norme in questione.

Se è ben vero, infatti, che la giurisprudenza ha riconosciuto come la prova della maggior spendita di denaro pubblico conseguente alla violazione delle norme sulla concorrenza, possa essere fornita anche facendo riferimento alla comparazione con i ribassi altrimenti conseguibili, tale mezzo di prova presuppone comunque da un lato che "il danno erariale sia provato nell'an" (Corte Conti, sez. I, 5.2.2010, n. 75) e dall'altro che la comparazione avvenga con gare per lavori o servizi "dello stesso genere di quello in contestazione" (Corte dei Conti, Sez. II giurisdizionale centrale d'Appello, 20.4.2011, n. 198).

Ma, nel caso di specie, difetta in toto la prova dell'an e, in ogni caso, del quantum, in quanto i ribassi presi a riferimento dalla Procura, non tengono conto della particolare specificità dell'infrastruttura People Mover che la rende un unicum a livello nazionale.

Il secondo criterio di quantificazione (individuato nell'ammontare degli interessi attivi non riscossi sul finanziamento erogato), va anch'esso rigettato, in quanto poggiante sul medesimo

presupposto della rinnovazione della procedura di gara, esclusa dal Collegio per le ragioni sopra esposte.

11. Diversamente, il Collegio reputa che sia stata provata dall'attrice, nell'an e nel quantum, la terza voce di danno, costituito dell'entità dei conferimenti in conto capitale, sostenuti da ATC/TPER, società interamente pubblica, per l'acquisizione della partecipazione nella società di progetto.

11.1. Ritiene questo giudice che, a prescindere dalla sussistenza di un ipotetico obbligo di rinnovazione dell'intera procedura, l'affidataria CCC avrebbe ben potuto dar corso alla progettazione e costruzione dell'opera, individuando un partner diverso da ATC per la gestione, senza alterare in alcun modo l'impianto della gara e relativa all'allocatione dei rischi che sarebbero rimasti in capo alla affidatario privato, secondo lo spirito del "*project financing*" (quanto meno nella sua forma pura), in base al quale è il privato concessionario che assume i rischi per la realizzazione di opere pubbliche, senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e, soprattutto, senza far gravare sul socio pubblico cooptato ATC/TPER, il costo relativo all'acquisizione di una partecipazione azionaria del tutto inutile, non avendo partecipato alla gara iniziale, ed essendo stato chiamato in qualità di "gestore del servizio", risultato cui si poteva benissimo pervenire mediante affidamento in house a favore di ATC e senza oneri per quest'ultimo.

11.2. Al fine di conoscere "l'attuale composizione societaria della società di Progetto Marconi Express S.p.a., nonché sullo stato dei versamenti della quota capitale di ATC (ora TPER) in Marconi Express, con l'acquisizione delle copie delle distinte di versamento comprovanti l'ammontare dell'effettivo versamento della quota", il Collegio disponeva con ordinanza n° 28 dell'11.3.2016, un accertamento in tal senso.

11.3. Dalla documentazione depositata agli atti del giudizio (nota di deposito n° 4 Nota della Gdf NPT Bologna prot. 214925), si evince che la società Marconi Express Spa, risulta avere un capitale sociale sottoscritto detenuto per una quota del 75% dal Consorzio Cooperative Costruzioni soc. coop. (CCC) e per il restante 25% da ATC Spa, ora TPER Spa, come risulta dalla visura storica rilasciata dalla Camera Commercio Industria Artigianato Agricoltura di Bologna del 19 giugno 2015.

ATC - oggi in liquidazione ed acquistata, a far tempo dal 1° febbraio 2012, da TPER S.p.A. – risulta aver sottoscritto la quota del 25% del capitale sociale, pari ad euro 1.500.000,00, mediante tre distinti versamenti pari a euro 375.000,00, in data 12 gennaio 2010; euro 175.000,00, in data 12 novembre 2015 ed euro 950.000,00, in data 9 dicembre 2015.

11.4. In conclusione, all'esito agli accertamenti disposti dal Collegio con la richiamata ordinanza n° 28/2016, si evince che ATC ha sottoscritto la quota del 25% del capitale sociale della società di progetto, Marconi Express Spa per un importo complessivo di euro 1.500.000,00 che costituisce danno erariale per le ragioni sopra esposte.

12. Non può essere accolta la richiesta di riduzione del danno avanzata dai convenuti che ritengono che *“per la valutazione dell'entità del danno, occorre tuttavia far riferimento agli importi già versati pro-quota da TPER e di conseguenza dal Comune di Bologna in ragione dell'aliquota del 30,11% di TPER; oppure di eventuale altra aliquota in relazione alla trasformazione da ATC a TPER”*.

12.1. Secondo la tesi difensiva, l'entità del danno dovrebbe essere limitata alla sola quota detenuta dal Comune di Bologna dapprima in ATC, pari al 59,65% ed, ora, in TPER, pari al 30,11% e sulla base di tali percentuali, determinare il danno subito dal comune di Bologna.

Il Collegio ritiene che tale criterio non possa essere accolto, in quanto il danno erariale per cui è causa, non è quello arrecato al Comune di Bologna, ma alla società pubblica ATC, partecipata in via maggioritaria dall'ente locale, secondo il noto schema del “danno arrecato ad amministrazione diversa” di cui all'art. 1 comma 4 L.20/94.

L'intero danno cagionato è quindi attribuibile per l'intero, alla giunta comunale di Bologna che aveva già approvato, in qualità di socio di maggioranza di ATC s.p.a., la delibera n. 311 dell'01.12.2009 con la quale autorizzò “il Sindaco, o suo delegato, a partecipare all'assemblea ordinaria della società ATC, di prossima convocazione, esprimendo voto favorevole all'approvazione degli atti costitutivi della Società di Progetto..”, rendendo, di fatto, irrilevante il successivo voto favorevole della Provincia di Bologna.

13. La domanda attrice va dunque accolta e i convenuti condannati al pagamento, in parte

uguale tra loro, in favore della società pubblica ATC Spa, ora TPER Spa, della somma pari ad euro 1.500.000,00, oltre alla rivalutazione monetaria calcolata in base all'indice FOI/ISTAT dalle date dei tre distinti versamenti (pari a euro 375.000,00, in data 12 gennaio 2010; euro 175.000,00, in data 12 novembre 2015 ed euro 950.000,00, in data 9 dicembre 2015) fino al deposito della sentenza ed interessi legali dal deposito della sentenza medesima sino al soddisfo.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in euro 5.991,73 (cinquemilanovecentonovantuno/73).

P.Q.M.

La Corte dei conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione Emilia-Romagna, definitivamente pronunciando, disattesa ogni diversa domanda, eccezione, deduzione

CONDANNA

i signori **DELBONO Flavio**, nato a Sabbioneta (MN) il 17.09.1959; **ROSSI Villiam**, nato a Medicina (BO), l'08.03.1951; **SITA Luciano**, nato a Bologna (BO), il 21.05.1942; **LENZI Plinio Maria**, nato a Granaglione (BO) il 03.08.1954; **NALDI Milena**, nata a Bologna (BO) il 20.07.1964; **DEGLI ESPOSTI Maurizio**, nato a Bologna (BO), il 21.04.1953; **LAZZARONI Luisa**, nata a Bologna (BO) il 25.05.1966; **MANTOVANI Nicoletta**, nata a Bologna (BO) il 23.11.1969; **BRUNI Francesca**, nata a Ferrara, il 17.04.1953 al pagamento, in parte uguale tra loro, in favore della società pubblica ATC Spa, ora TPER Spa, della somma pari ad euro 1.500.000,00, oltre alla rivalutazione monetaria calcolata in base all'indice FOI/ISTAT dalle date dei tre distinti versamenti (pari a euro 375.000,00, in data 12 gennaio 2010; euro 175.000,00, in data 12 novembre 2015 ed euro 950.000,00, in data 9 dicembre 2015) fino al deposito della sentenza ed interessi legali dal deposito della sentenza medesima sino al soddisfo.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in euro 5.991,73 (cinquemilanovecentonovantuno/73).

Manda alla segreteria per i conseguenti adempimenti.

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del 22 febbraio 2017.