



## Parte Prima Leggi, regolamenti e atti della Regione

17\_3\_1\_DPR\_1\_316

### **Decreto del Presidente della Regione - Commissario delegato 28 dicembre 2016, n. 316**

Decreto di annullamento parziale in autotutela, in virtù delle previsioni dell'art. 21-nonies, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, del decreto n. 291 del 9 aprile 2015 e dei relativi allegati, avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento dell'appalto integrato concernente la progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di costruzione dell'ampliamento dell'autostrada A4 con la terza corsia tratto Gonars (progr. Km 89 + 000,00) - Villesse (progr. Km 106 + 150,00), con relativa suddivisione in sublotti.

**IL PRESIDENTE DELLA REGIONE AUTONOMA FRIULI VENEZIA GIULIA**

**IL COMMISSARIO DELEGATO**

**PREMESSO** che

- con Decreto del Commissario delegato n. 291 del 9 aprile 2015, in ragione dei presupposti riportati nel medesimo, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura in oggetto, approvando il quadro economico del Progetto definitivo, sia per quanto riguarda l'intera Opera, sia per quanto riguarda i tre sublotti in cui essa è stata suddivisa, adeguandolo con la modalità ivi descritta in epigrafe, allo scopo di evitare intuibili carenze di effettività dell'offerta e di salvaguardare l'efficacia dell'azione della Pubblica Amministrazione;
- l'Appaltatore aveva preventivamente condiviso tale soluzione ed aveva espressamente rinunciato a richiedere risarcimenti e ad iscriverne riserve in merito a circostanze, fatti e provvedimenti relativi al lasso di tempo intercorso tra la data di presentazione dell'offerta e l'aggiudicazione definitiva, nonché a contestare la suddivisione in tre sublotti funzionali dei lavori ed il mancato affidamento dei due sublotti, in assenza del verificarsi delle specifiche condizioni sospensive, richiamate nell'atto;
- il Commissario delegato ha trasmesso la comunicazione dell'intervenuta approvazione dell'aggiudicazione definitiva a tutti gli operatori economici che hanno partecipato, a suo tempo, alla procedura di gara comunitaria, in ossequio ai termini stabiliti dall'art. 79, comma 5, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163;
- entro i termini stabiliti dall'art. 120 del D. Lgs. 2 luglio 2010, 104 (c.p.a.) non sono stati notificati ricorsi giurisdizionali avverso il Decreto in questione, che è divenuto inoppugnabile;
- il procedimento di affidamento era concluso e non era necessario emanare alcun provvedimento ulteriore da parte del Commissario delegato;
- il Commissario delegato, ben potendo sottoscrivere il contratto conseguente al Decreto, visto che, come si è detto, tale provvedimento non è stato oggetto di impugnativa, ha, in via prudenziale, richiesto, in data 24 novembre 2015, alla Corte dei Conti, sezione di Controllo della Regione Friuli Venezia Giulia, di esprimere un motivato avviso in merito alla possibilità di procedere a stipulare il riportato contratto, riconoscendo il menzionato aggiornamento, anche alla luce dei poteri derogatori di cui dispone il Commissario delegato, allo scopo di poter avviare in modo immediato i lavori, al fine di garantire la realiz-

zazione di un'Opera emergenziale di rilevante impatto socio-economico ed evitare la revoca di rilevanti finanziamenti pubblici;

- il motivato avviso reso dal II Collegio della Corte dei Conti, con Delibera n. 39 del 13 gennaio 2016, depositata in data 26 aprile 2016, in sintesi, ha affermato che "In tale ipotizzato scenario - e qualora, dunque, la SA ritenga meglio perseguito l'interesse pubblico mantenendo l'originaria aggiudicazione provvisoria - rientreranno comunque nella facoltà dell'aggiudicatario sia la possibilità di addivenire alla stipula del contratto di appalto, sia, eventualmente, di far valere, nella sede contrattuale a valle della fase pubblicistica, eventuali richieste e/o doglianze ulteriori. Ci si riferisce, sempre in via generale, tanto all'eventuale ricorrenza di varianti in corso d'opera, quanto alla astratta configurabilità di fattispecie transattive, che il Codice dei contratti prevede e consente anche con riferimento ai contratti di opere relativi alle infrastrutture strategiche (vd. Art. 162, comma 1, Codice dei contratti)" (pag. 21 e pag. 22);
- nelle conclusioni, il Giudice contabile ha rilevato che "sulla base delle considerazioni sopra esposte e dalla ricognizione degli istituti sopra delineati emerge l'orientamento, normativo e giurisprudenziale, inteso a collocare le diverse fattispecie preordinate a ricondurre il sinallagma contrattuale a condizioni di equilibrio delle prestazioni, nella fase a valle del procedimento pubblicistico di individuazione del contraente. L'Amministrazione potrà effettuare la comparazione tra l'interesse originario alla celere realizzazione dell'Opera, posto a base dell'indizione della gara, l'interesse al miglior utilizzo delle risorse all'uopo finalizzate - tra cui anche quelle sopravvenute per effetto dei finanziamenti statali - e l'interesse alla riconsiderazione degli atti di gara in ragione delle mutate circostanze fattuali e correlate esigenze tecniche intervenute nel lasso temporale trascorso, ivi comprese le potenziali ricadute patrimoniali ("che possano insorgere a seguito dell'attivazione di eventuali iniziative processuali derivanti dalle scelte che concretamente l'Amministrazione riterrà di porre in essere"). Nel sopra delineato contesto, sui cui profili di oggettiva complessità il Collegio si è soffermato, trovano, invero, collocazione interessi ed esigenze di rilievo e spessore anche finanziario, ampiamente rappresentati dall'Amministrazione e propriamente riferibili al quadro strategico di complessivo sviluppo infrastrutturale ed economico del territorio, alla cui realizzazione attende, nella sua veste plurisoggettiva, il Commissario delegato/Presidente della Regione" (pag. 19, pag. 23 e pag. 24);
- la Corte dei Conti, ha, tra l'altro suggerito, pertanto, di valutare l'opportunità di ricorrere ad una delle "fattispecie preordinate a ricondurre il sinallagma contrattuale a condizioni di equilibrio delle prestazioni", delineando la "configurabilità di fattispecie transattive, che il Codice dei contratti prevede e consente anche con riferimento ai contratti di opere relativi alle infrastrutture strategiche (vd. Art. 162, comma 1, Codice dei contratti)";
- nel caso specifico, non essendo stati avviati i lavori, non è possibile ricorrere all'accordo bonario (art. 240 del D. Lgs. 12 aprile 2006, ora art. 205 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che ha, quale presupposto, l'iscrizione di riserve sui documenti contabili, suscettibili di provocare un determinato aumento dell'importo contrattuale dell'opera;
- appare necessario ed opportuno pervenire alla definizione di ogni possibile controversia, sottoscrivendo un apposito atto transattivo, alla luce delle eventuali responsabilità precontrattuali e contrattuali, che potrebbero essere invocate, in caso di mancata sottoscrizione del contratto, come rilevato dalla Corte dei conti;
- alla luce di quanto sopra esposto, il Responsabile Unico del Procedimento, ing. Enrico Razzini (RUP), ai sensi dell'art. 10, comma 1, lettera cc) del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (già art. 8, comma 1, lettera z, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554), ha ritenuto di elaborare una specifica proposta di transazione, idonea ad azionare il soddisfacimento dell'interesse pubblico, rispondendo a criteri di congruità e di prudente apprezzamento, ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa;
- risulta praticabile l'ipotesi di ricorrere ad una transazione, fondata su reciproche concessioni, così come previsto dall'art. 1965 c.c., al fine di eliminare ogni potenziale controversia e nell'intento di far cessare ogni situazione di dubbio, come ammesso anche dall'A.N.AC. (cfr. Parere 26 settembre 2013, rif. AG 40/1) e dalla giurisprudenza (cfr. Corte Suprema di Cassazione, Sez. II, sentenza n. 11117 del 6 ottobre 1999), ex art. 239 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (ora art. 206 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50), applicabile in virtù del principio tempus regit actum;
- l'art. 239, comma 2, del D. Lgs. n. 163/2006, afferma che "Per le amministrazioni aggiudicatrici e per gli enti aggiudicatori, se l'importo di ciò che detti soggetti concedono o rinunciano in sede di transazione eccede la somma di 100.000 euro, è necessario il parere dell'Avvocatura che difende il soggetto o, in mancanza, del funzionario più elevato in grado, competente per il contenzioso";
- il Commissario delegato, sebbene abbia veste di organo straordinario, fa capo al competente apparato statale, ovvero la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della protezione civile;
- gli atti assunti nell'esercizio delle funzioni delegate sono, pertanto, riferibili alla stessa Presidenza del Consiglio dei ministri, organo che esercita nei confronti del Commissario delegato attività di supervisione e di indirizzo (in termini, tra altre, Tar Lazio, sez. I, 18 ottobre 2012, n. 8598; 9 agosto 2010, n. 30424; Consiglio di Stato, sez. IV, 28 aprile 2004, n. 2576);

- il Commissario delegato, per le suddette motivazioni, è difeso in giudizio dall'Avvocatura generale dello Stato, che è competente a rilasciare il menzionato parere;
  - il RUP, ai sensi dell'art. 239, comma 2, del D. Lgs. n. 163/2006, per le suddette motivazioni, ha richiesto il parere citato in epigrafe all'Avvocatura generale dello Stato, in data 11 luglio 2016;
  - l'Avvocato Generale dello Stato ha rilasciato in data 18 novembre 2016, n. prot. 27798, il Parere richiesto (di seguito per brevità il "Parere"), recante un indirizzo che censura, in parte, alcune determinazioni relative al Decreto n. 291 del 9 aprile 2015, ed il relativo punto della proposta di transazione del RUP, ovvero la previsione di condizioni sospensive per la consegna del secondo e del terzo sublotto;
  - le conclusioni del Parere consentono di distinguere tra l'invalidità totale e parziale dell'atto amministrativo, visto che il presunto vizio rilevato riguarda solo alcune statuizioni del citato Decreto - non essenziali - dal momento che, a seguito dell'annullamento parziale del Decreto, questo può, per la parte residua, essere conservato;
  - ciò è coerente con le indicazioni del Parere, laddove si afferma che "per completezza di approfondimento, nel caso in cui codesta Amministrazione reputasse di dover procedere comunque nell'operazione, eventualmente ritoccandola per le parti che originano le illustrate perplessità, va aggiunto che, nel merito della regolamentazione contenuta nella proposta transattiva avanzata dal RUP, la Scrivente non può che prendere atto di quanto rilevato da codesta Amministrazione nel senso che i patti elaborati, se si escludono le ridette perplessità, sembrano adeguati a consentire il soddisfacimento dell'interesse della S.A., rispondendo a criteri di congruità e di prudente apprezzamento, essendo convincente quanto esposto in ordine ad un'effettiva convenienza, anche economica, di una qualche composizione bonaria della vicenda in relazione all'alea di un eventuale giudizio";
  - depone in favore dell'annullamento parziale del Decreto anche l'orientamento giurisprudenziale, ribadito di recente, il quale può considerarsi esito di un'applicazione del principio previsto anche dall'art. 1367 c.c., che mira alla conservazione del provvedimento quando esso, nonostante il vizio da cui è affetto, riesca egualmente a realizzare l'interesse pubblico, in relazione al quale è stato emanato, o, in ogni caso, a produrre effetti apprezzabili;
  - in particolare, l'esigenza di certezza e di stabilità che ispira la disciplina dell'invalidità del provvedimento amministrativo, fa prevalere l'esigenza di conservazione degli atti legittimi, determinando l'operatività di un principio generale, sintetizzabile attraverso il brocardo utile per inutile non vitiatur, non potendosi certamente ammettere che un provvedimento di per sé immune da vizi, sia travolto a causa dell'illegittimità che colpisce un elemento accessorio del medesimo;
  - alla luce delle suesposte considerazioni, a fronte di evidenti ragioni di opportunità che hanno motivato il provvedimento dell'Amministrazione, il Decreto ben potrebbe sopravvivere, annullando le determinazioni che hanno destato le perplessità citate, evitando sia di far consolidare una condizione illegittima, sia di annullare integralmente un provvedimento che persegue finalità di pubblico interesse;
  - appare, per questi motivi, opportuno esperire il medesimo iter, di fatto auspicato anche dall'Avvocato Generale, ipotizzando di sottoscrivere un apposito atto transattivo, annullando parzialmente il contenuto del Decreto n. 291/2015, alla luce delle indicazioni contenute nel Parere, onde evitare i rischi evidenziati in epigrafe, inserendo anche ulteriori tutele per la stazione appaltante;
- VISTA** la proposta del RUP, ing. Enrico Razzini, n. prot. Atti/509, d.d. 23 dicembre 2016, avente ad oggetto la sottoscrizione di apposito Atto transattivo con l'operatore economico aggiudicatario, a mezzo della quale è stata, altresì, richiesta, con nota prot. U/5565 dd. 27.12.2016, la provvista finanziaria per la presente Opera, a carico delle risorse di cui all'articolo 6 dell'OPCM n. 3702/2008, in ragione dei termini riportati in narrativa;
- VISTO** il provvedimento della S.p.A. Autovie Venete n. prot. E/5574 del 28.12.2016 e le limitazioni in esso contenute.

**TUTTO CIÒ PREMESSO,**

#### **DECRETA**

- Di stabilire che il Decreto n. 291 del 9 aprile 2015 ed i relativi allegati, sono parzialmente annullati in autotutela, con l'effetto che sono cassate le specifiche condizioni sospensive previste nel citato Decreto n. 291/2015 e nei Verbali, ivi richiamati, alle quali era subordinato l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori relativi al secondo ed al terzo sublotto, in virtù delle previsioni dell'art. 21-nonies, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, per le motivazioni indicate nel Parere dell'Avvocato Generale, da intendersi integralmente richiamate;
- Di subordinare la sottoscrizione del Contratto alla definizione di un apposito Atto transattivo, ove recepire le statuizioni previste nella Proposta del RUP d.d. 23 dicembre 2016, citata in epigrafe, da intendersi integralmente richiamata con il presente provvedimento;
- Di subordinare la consegna delle prestazioni relative ai sublotti in cui è stata suddivisa l'opera alla sussistenza dei presupposti previsti dalla normativa vigente per il relativo affidamento;
- Di conferire delega al R.U.P. di dar corso a tutti i necessari e conseguenti adempimenti al fine di perve-

nire alla stipula del contratto di appalto dei suddetti lavori ai sensi della normativa vigente, non appena acquisita la documentazione necessaria, una volta sottoscritto il citato Atto transattivo;

- Di conferire delega al R.U.P. di procedere a comunicare alla Concessionaria il presente provvedimento, allo scopo di procedere ad aggiornare i rispettivi dati, per assolvere alla funzione prevista dall'art. 6, comma 1 dell'OPCM n. 3702/2008 e dalla Convenzione unica, menzionata;

- Di prevedere che l'onere economico del presente provvedimento sia a carico delle risorse finanziarie di cui all'articolo 6 dell'OPCM n. 3702/2008, come da provvedimento della S.p.A. Autovie Venete n. prot. E/5574 del 28.12.2016, con il richiamo alle tutele riportate in epigrafe.

Il presente decreto, immediatamente eseguibile in ragione dell'art. 10, commi 4-bis e 4-ter della legge 15 ottobre 2013, n. 119, di conversione del D. L. 14 agosto 2013, n. 93, sarà pubblicato ai sensi della normativa vigente.

SERRACCHIANI

17\_3\_1\_DPR\_1\_317

## Decreto del Presidente della Regione - Commissario delegato 28 dicembre 2016, n. 317

Decreto di istituzione dell'Ufficio di direzione dei lavori per la realizzazione del I° sublotto funzionale, relativo alla progettazione esecutiva e alla realizzazione dei lavori di costruzione dell'ampliamento dell'autostrada A4 con la terza corsia, tratto Gonars (progr. Km 89 + 000,00) - nodo di Palmanova (progr. Km 93 + 720,00), opera 20 esclusa, tratto non interessato dal progetto AV/AC e dal collegamento tra il nuovo casello di Palmanova e la viabilità ordinaria.

### IL PRESIDENTE DELLA REGIONE AUTONOMA FRIULI VENEZIA GIULIA

#### IL COMMISSARIO DELEGATO

**VISTO** il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 11 luglio 2008, con il quale è stato dichiarato, ai sensi dell'art. 5 della Legge 24 febbraio 1992, n. 225, lo stato di emergenza determinatosi nel settore del traffico e della mobilità nell'asse autostradale Corridoio V dell'autostrada A4 nella tratta Quarto d'Altino - Trieste e nel raccordo autostradale Villesse-Gorizia;

**VISTA** l'Ordinanza n. 3702 del 5 settembre 2008 e s.m.i., di seguito OPCM n. 3702/2008, con la quale il Presidente del Consiglio dei Ministri ha nominato il Presidente della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia Commissario Delegato per l'emergenza determinatasi nel settore del traffico e della mobilità nell'autostrada A4 nella tratta Quarto d'Altino - Trieste e nel raccordo autostradale Villesse-Gorizia;

**VISTO** il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 dicembre 2012, con cui è stato nominato Commissario delegato il Presidente della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia, procedendo a prorogare il sopra citato stato di emergenza fino al 31 dicembre 2014, con successivo ulteriore differimento fino al 31 dicembre 2016, disposto con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 20 gennaio 2015;

**RILEVATO** che l'art. 6-ter, comma 1, lett. a), della legge 7 agosto 2012, n. 131, prevede che "restano fermi, tra gli altri, gli effetti ... dell'Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 settembre 2008, n. 3702";

**CONSIDERATO** che l'art. 1, comma 2 dell'OPCM n. 3702/08 espressamente dispone che il Commissario delegato provveda al compimento di tutte le iniziative finalizzate alla sollecita realizzazione delle opere necessarie per risolvere il dichiarato stato emergenziale potendo, a tal fine, adottare, in sostituzione dei soggetti competenti in via ordinaria, gli atti e i provvedimenti occorrenti alla urgente realizzazione delle opere;

**CONSIDERATO** che, con Decreto n. 252 del 17 febbraio 2014, è stata nominata l'arch. Mariagrazia Santoro, quale Soggetto Attuatore, in virtù di quanto previsto dall'art 1, comma 3, dell'OPCM n. 3702/2008, attribuendo alla medesima il potere di "avviare e definire tutte le procedure di gara relative a lavori, servizi e forniture" relative alle opere commissariali;