

Genova, 30 ottobre 2012

Gent.ma Arch.
Silvia Lavagno
Dirigente IV Settore del
Comune di Alassio
Piazza Libertà 1
17021 - ALASSIO

Proposta di transazione SAP.

Ho esaminato la documentazione trasmessami e formulo di seguito le mie prime considerazioni in merito alla proposta transattiva formulata dalla SAP.

1. La Stadio Alassio Parking s.p.a. («SAP») ha stipulato con il Comune di Alassio, il 15 novembre 2007, un contratto di concessione per la progettazione, la costruzione e la gestione economica del parcheggio pluripiano, da realizzare in regime di finanza di progetto, presso il campo sportivo di Alassio, in qualità di società di progetto subentrata all'impresa aggiudicataria della gara.

Dalla documentazione in mio possesso ricavo che il progetto definitivo dell'opera redatto dal concessionario è stato presentato il 31 marzo 2008 ed è stato approvato dalla conferenza dei servizi in sede deliberante il 17 luglio 2008, con alcune prescrizioni, ai sensi e per gli effetti degli artt. 59 e 60 della legge regionale n. 36 del 1997.

Il progetto è stato affidato ad un organismo di validazione, che il 25 febbraio 2009 ha espresso un primo parere favorevole di validità parziale del progetto esecutivo, che ha consentito l'inizio delle fasi preliminari dei lavori.

Il progetto validato nella prima parte è stato approvato con deliberazione consiliare n. 89 del 7 aprile 2009.

In conformità ad esso è stato rilasciato il 24 agosto 2009 il permesso di costruire.

I lavori sono stati consegnati il 3 settembre 2009. Per la loro conclusione la convenzione prevede un termine di 48 mesi.

Peraltro la Concessionaria si è impegnata nei confronti di RFI, con atto unilaterale d'obbligo, ad ultimare i lavori entro il 31 dicembre 2011.

Il 28 gennaio 2010 SAP ha trasmesso l'integrazione della progettazione esecutiva, dopo il parere finale dell'organismo di validazione. Il progetto è stato approvato con deliberazione di Giunta n. 148/2010.

Sono state presentate, sotto il profilo edilizio, tre denunce di inizio attività per varianti rispetto al progetto approvato con il permesso di costruire n. 42/09.

È stata anche predisposta una perizia di variante, approvata sotto il profilo urbanistico, ma non ancora sotto quello contrattuale.

2. Nel corso dell'esecuzione dei lavori sono intervenute circostanze che sono all'origine della controversia insorta.

In particolare, per quanto di maggior interesse, è avvenuto che:

- con ordinanza n. 46 del 11 febbraio 2011 il dirigente del settore IV – servizio 4.1. edilizia privata – urbanistica ha ordinato la sospensione dei lavori a seguito della segnalazione di opere eseguite in difformità dal progetto approvato, ai sensi dell'art. 40 della legge regionale n. 16 del 2008;

- con comunicazione 22 marzo 2011 il medesimo dirigente ha quindi avviato il procedimento con riferimento ai verbali degli accertamenti svolti in data 1 e 7 marzo 2011 dai funzionari della Procura e della Polizia locale, contestando l'esecuzione di una serie di opere in difformità dal permesso di costruire;

- nello stesso atto veniva anche rilevato che le opere eseguite ad una distanza inferiore ai 20 metri dal rio Gonghe risultavano realizzate in assenza del prescritto parere della Provincia, a seguito del definitivo accertamento della posizione del suddetto rio, di cui alla deliberazione provinciale n. 31 del 21.02.2001 [recte 2011];

- contestualmente, con ordinanza 22 marzo 2011 n. 88, a seguito della contestazione di cui sopra, veniva disposta nuovamente la sospensione dei lavori, nell'esercizio dei medesimi poteri di vigilanza edilizia;

- con successiva ordinanza n. 164 del 24 maggio 2011, il Comune ha revocato le prime due ordinanze di sospensione, limitando la sospensione alla porzione oggetto di difformità edilizie ed alla fascia del 20 metri dal rio Gonghe;

- con ordinanza n. 371 del 26 settembre 2011 – adottata dopo che con ordinanza n. 333 del 31 agosto 2011 il Sindaco aveva adottato i provvedimenti al fine della tutela della pubblica incolumità e la Regione aveva espresso parere favorevole all'esecuzione dei lavori nella fascia dei 20 metri – il Dirigente ha revocato l'ordinanza n. 164, mantenendo la sospensione solo per le opere difformi dal permesso di costruire;

- con ordinanza n. 417 del 4 novembre 2011 il Dirigente ha infine ordinato la rimessa in pristino delle difformità accertate, ad eccezione di quelle che risultavano sanabili o giustificate dall'ordinanza sindacale n. 333/2011.

3. Il Concessionario ha formulato una serie di richieste, riepilogate nella relazione riservata del direttore dei lavori e nella relazione del RUP, che attengono - in estrema sintesi - alle maggiori o diverse opere eseguite rispetto al primo progetto, per adeguare l'opera alle necessità derivanti dalla validazione o da normativa tecnica sopravvenuta o da difficoltà incontrate in corso d'opera; ai lavori che sono occorsi per risolvere il problema derivante dalla presenza del rio Ganghe; ai maggiori oneri derivanti dalle sospensioni delle lavorazioni.

Il tentativo di risolvere le controversie con accordo bonario ai sensi dell'art. 240 del decreto legislativo n. 163 del 2006 si è interrotto e comunque non ha avuto risultato.

È quindi pervenuta una richiesta transattiva dalla concessionaria in data 3 luglio 2011, con la quale la concessionaria, «al fine di ricercare comunque una possibile soluzione non contenziosa», ha ritenuto opportuno prospettare al Comune la definizione transattiva della insorgenza controversia «mediante il riconoscimento in proprietà, a saldo e transazione delle pretese tutte avanzate con le riserve iscritte in contabilità, di n. 60 (sessanta) boxes da realizzare a cura e spese della scrivente società nella zona dei parcheggi a rotazione che potranno essere da quest'ultima alienati a terzi».

4. Il legale del Comune il 2 agosto 2012 si è espresso sulla proposta transattiva della Società esprimendo «parere favorevole alla transazione richiesta dalla Suddetta società, nei valori meglio visti, calcolati e ritenuti dalla Dirigenza dell'Ufficio Tecnico Comunale e dal Responsabile Unico del Procedimento, tenuto conto degli elevati rischi economici di un eventuale contenzioso, ricordando poi che la bozza di transazione dovrà essere oggetto di approvazione da parte della Giunta Comunale».

Agli atti da me esaminati risultano anche la relazione riservata del direttore dei lavori, la relazione del collaudatore, nonché le bozze della relazione dell'alto sorvegliante e della relazione del RUP.

5. Di seguito formulo una prima sommaria valutazione, sulla base della documentazione che ho potuto esaminare, sulle richieste avanzate dal Concessionario, così come ricostruite sulla base degli atti sopra indicati, dalle quali è scaturita la richiesta di transazione.

In particolare, si vuole esaminare la attendibilità delle richieste e la loro difendibilità in un eventuale giudizio, al fine di ponderare la richiesta transattiva.

5.1. Occorre preliminarmente considerare che il contratto del quale discutiamo è una concessione di costruzione e gestione, affidata a seguito di una procedura di finanza di progetto.

Si tratta quindi di uno strumento contrattuale diverso dall'ordinario appalto di lavori pubblici, caratterizzato, nella fattispecie, in primo luogo dalla esclusione di corrispettivo a carico del Comune per la realizzazione dell'opera, che è finanziata esclusivamente dai proventi della gestione affidata al concessionario (più esattamente, dai ricavi derivanti dalle vendite del diritto di superficie dei posti auto e dei box previsti e dai ricavi derivanti dalla gestione del parcheggio a rotazione di 171 posti).

Quando luogo, la particolare natura del contratto di concessione comporta, rispetto al contratto di appalto, un diverso assetto della distribuzione del rischio fra le parti, dal momento che l'opera è compensata dall'attività di gestione, che produrrà proventi "prevedibili", ma non certi. Ed in effetti la normativa tende in questi casi ad assicurare un equilibrio economico finanziario della concessione attraverso particolari meccanismi, fondati essenzialmente sulla revisione delle previsioni contrattuali.

Quando luogo, il compito ed i poteri del concessionario sono diversi rispetto a quelli dell'appaltatore, per quanto nel tempo vi sia stata un progressivo avvicinamento fra le due figure. Questa considerazione vale in particolare per quanto attiene ai compiti di progettazione ed ai compiti relativi all'esecuzione delle opere, fra i quali rientra anche quello della direzione lavori.

In questo contesto, anche la contabilità dei lavori assume caratteri propri.

Sotto questo profilo, non è noto il modo di proposizione delle riserve in questione: resta quindi aperta la questione della loro tempestività e ritualità, che potrebbe diventare determinante in un giudizio.

Invero non è noto neanche il tipo di contabilità tenuto dalla Concessionaria e dal Direttore dei lavori. In questo senso dal contratto e dai documenti esaminati non emerge con chiarezza nemmeno quale normativa si è ritenuta applicabile alla fattispecie.

Occorre poi tenere in considerazione il ruolo del direttore dei lavori. Trattandosi di concessione (e non di appalto) il direttore dei lavori è incaricato dalla concessionaria e non ha rapporto con l'amministrazione concedente.

5.2. Sempre in via preliminare, va osservato che il contenuto delle richieste deve comunque essere verificato sotto il profilo tecnico, soprattutto per quanto attiene alle diverse o nuove lavorazioni, per controllare, da un lato che non vi siano duplicazioni fra una voce e l'altra, e dall'altro lato, per verificare, per le voci relative alle opere di variante, l'effettivo valore delle stesse (con riferimento ai prezzi e con riferimento alla

circostanza che sia stata inserita solo la differenza del prezzo rispetto all'opera o fornitura variata).

Occorre dunque che le circostanze esposte dal Concessionario siano adeguatamente documentate e certificate.

5.3. Esamino le richieste, seguendo l'ordine con le quali sono state formulate dal Concessionario, indicato nella relazione riservata del direttore dei lavori e nella successiva sintesi inoltrata dalla impresa.

OK 6. Richiesta n. 1: anticipo alla Gesco allacciamento nuova cabina elettrica.

L'importo della richiesta è di € 27.500,21. Sembra di comprendere che si tratti del rimborso dell'anticipo versato dalla concessionaria ad Enel per l'allacciamento del Palazzetto dello Sport nella nuova cabina elettrica. Il collaudatore ha riconosciuto come dovuto l'importo e ritengo possa condividersi questa conclusione, trattandosi di onere che in realtà non competeva alla Concessionaria.

NO 7. Richieste n. 2, 3 e 4: anomalo andamento dei lavori.

Queste riserve, secondo il concessionario, *«fanno riferimento al periodo iniziale dei lavori quando, a causa di un anomalo andamento dei lavori determinato dalla presenza di sottoservizi (fognature, raccolta di acque bianche, cavi elettrici e Telecom che non erano segnalati e tantomeno disattivati e/o rimossi) e, soprattutto, alla presenza della cabina ENEL a servizio del Palalassio, la Concessionaria si è trovata costretta a rivedere la programmazione dei lavori. Di fatto questi non potevano più essere eseguiti secondo uno schema planimetrico lineare e razionale (da via Dell'Oro verso il Palalassio) ma in maniera disomogenea intervenendo, a macchia di leopardo, in più zone del cantiere. Ovviamente tale circostanza ha avuto come conseguenza un maggior costo delle lavorazioni ed una riduzione della produttività delle risorse, umane e tecnologiche, impegnate. In particolare è stata installata una gru al centro dell'area di cantiere che non è stata possibile rimuovere fino al completamento delle opere insistenti nella zona della cabina ENEL con conseguente stravolgimento delle fasi lavorative».*

Sulla base di questi presupposti il Concessionario richiede, in sintesi:

richiesta n. 2: per spese generali € 644.652,29;

richiesta n. 3: sottoutilizzazione attrezzature € 91.478,35;

richiesta n. 4: sottoutilizzazione maestranze € 226.349,31.

Per la valorizzazione delle singole richieste il Concessionario rinvia all'allegato n. 1 della Relazione del Direttore Lavori (e alla «Lettera Tirrena Lavori del 21.06.10»).

Ritengo che vi siano argomenti per sostenere l'infondatezza della riserva nell'on e nel quantum.

Il concessionario afferma di aver diritto a tale voce di danno a seguito del rinvenimento, in parte delle aree interessate dai lavori, di interferenze costituite dalle cabine Enel ("nel soprassuolo") e di cavidotti Enel e Telecom ("nel sottosuolo").

Ma, in base al contratto, la redazione della progettazione definitiva ed esecutiva era onere della concessionaria.

Secondo quanto ora previsto dal codice dei contratti, e come già prescritto dalla legge n. 109 del 2004 e, in particolare, dal regolamento (DPR n. 554 del 1999), richiamati dal contratto, il progetto definitivo deve descrivere tutte le caratteristiche delle opere e dei terreni su cui insistono – necessarie per l'individuazione del tipo di fondazioni – e deve essere corredato di tutte gli studi ed indagini necessarie, di tipo geognostico, geologico, rilievi e sondaggi.

Il progetto esecutivo, redatto in conformità al definitivo, deve contenere tutte le indicazioni di dettaglio, anche mediante ulteriori studi ed indagini, e, in particolare, i «*rilievi della rete dei servizi nel sottosuolo*».

Tali prescrizioni sono riportate nella convenzione stipulata tra le parti ove è precisato che il progetto esecutivo, a carico della concessionaria, dovrà contenere «*i rilievi delle reti e dei servizi esistenti nel soprassuolo e nel sottosuolo*».

È allora evidente che il preteso «anomalo andamento dei lavori» - ancora da dimostrare - sarebbe imputabile unicamente alla concessionaria che non ha rilevato, nella progettazione, la preesistenza delle interferenze e sottoservizi. Qualunque pregiudizio troverebbe causa nell'erronea od insufficiente progettazione.

Oppure tali interferenze sono state rilevate e ben conosciute dalla concessionaria prima dell'esecuzione; ed allora le lavorazioni non avrebbero subito alcun «anomalo andamento», ma la normale progressione prevedibile fin dalla fase di progettazione.

La riserva è quindi di dubbio fondamento.

Nel quantum vengono richiesti oneri riferibili, in parte, al costo della realizzazione di interventi, ed in parte ad ingenti poste, determinate forfettariamente, per mancato utile ed aumento spese generali, per sottoutilizzazione macchinari e mano d'opera.

In mancanza di ogni principio di prova sul personale e sui mezzi effettivamente presenti in cantiere e sul danno subito, non sembra che tali costi possano essere riconosciuti. Si noti, in proposito, che non è sufficiente l'allegazione di un generico «anomalo andamento dei lavori» come fonte di danno; **in base agli ordinari principi sull'onere della prova spetta infatti al richiedente dimostrare non solo il fatto da cui deriverebbe il preteso danno, ma anche il nesso causale tra il fatto medesimo ed il danno lamentato.**

Nella fattispecie la concessionaria si limita a lamentare la presenza di interferenze sull'area interessata dai lavori (interferenze che comunque essa conosceva o avrebbe dovuto conoscere fin dalla fase di progettazione), ma nulla dice né, tantomeno, dimostra, in ordine alle conseguenze dannose che sarebbero derivate sulla attività di cantiere; conseguenze che vengono unicamente affidate a criteri presuntivi privi di riscontri oggettivi.

Anche sotto tali profili, pertanto, la riserva è generica e, allo stato, priva di supporto probatorio in ordine al preteso danno ed alle conseguenti quantificazioni.

Non può poi trascurarsi la particolare natura del rapporto (concessione di costruzione e gestione), nel quale la remunerazione dell'opera è differita al momento della gestione, con la conseguente anticipazione di ogni costo a carico del concessionario, come capitale di rischio remunerato dalla gestione, nella misura in cui questa si riveli effettivamente attiva.

Inoltre, lo stesso concessionario prudentemente ha stimato ed inserito nel costo dell'opera, al fine di stimare la redditività della gestione futura, una voce di «imprevisti» quantificata in 800 mila euro, che certamente indica un maggior costo (meramente ipotetico, ma) già remunerato con la gestione nel piano finanziario dell'opera.

8. Richieste per sospensione totale e parziale dei lavori.

La concessionaria ha richiesto i danni derivanti dalla sospensione dei lavori per le causali che si esamineranno. Come ricorda la concessionaria,

«I lavori hanno subito le seguenti due sospensioni:

- sospensione totale dei lavori dal 01/03/2011 al 24/05/2011, pari a giorni 85, con Ordinanza Dirigenziale n. 46 del 11.02.2011 consegnata il 01.03.2011 (questa sospensione è stata determinata dalla esecuzione di varianti non autorizzate quali il mura antiesondazione in c.a. su via dell'Oro, l'allargamento della rampa su via Canata per consentire una via di fuga per il Palalassio, l'allargamento della rampa di accesso al campo da via dell'Oro per i VV.FF., l'aumento della superficie degli spogliatoi dovuto al maggior spessore delle tamponature per aumentare la resistenza termica delle stesse, ed altre meno rilevanti);

- sospensione parziale dei lavori dal 25.05.2011 al 04.11.2011, pari a giorni 264, con Ordinanza Dirigenziale n. 164/2011 (relativamente alle opere realizzate in difformità dal Permesso di costruire rientranti nella fascia di rispetto di m. 20 dal Rio Gonghe secondo le norme di attuazione del Piano di Bacino Stralcio della Provincia di Savona);

Con ordinanza n. 417 è stata ordinata la rimessa in pristino delle opere difformi (di cui alle ordinanze di cui sopra) ad eccezione della passerella in c.a. su via Canata e le opere antiesondazione su via dell'Oro individuate dall'Ordinanza Sindacale 333/2011.

A seguito delle suddette sospensioni la Concessionaria ha inoltrato le seguenti richieste:

Richiesta n. 6 - Riserva per fermo totale del cantiere € 1.512.282,52

Richiesta n. 8 - Riserva per fermo parziale del cantiere (Rio Gonghe) € 791.719,15»

NO R.1. Le sospensioni dei lavori alle quali si riferisce la Concessionaria non sono sospensioni disposte dalla Direzione lavori, bensì sono la conseguenza di alcune ordinanze adottate dal Comune di Alassio, nell'esercizio dei poteri di vigilanza edilizia.

In particolare con ordinanza n. 46 del 11 febbraio 2011, reiterata con ordinanza n. 88 del 22.3.2011, il Dirigente ha disposto la sospensione dei lavori a norma del d.P.R. n. 380 del 2001 e della legge regionale n. 16 del 2008, in considerazione dell'esecuzione di lavori in difformità dal permesso di costruire rilasciato per l'opera e comunque dal progetto approvato.

Come si è detto, la sospensione è stata disposta nell'ambito del doveroso esercizio dei poteri attribuiti al Comune in materia di controllo edilizio ed urbanistico e non, come sembra ritenere la concessionaria, della sospensione dei lavori ex art. 24 del capitolato generale (in tal caso, infatti, l'adozione dell'ordine di sospensione spetta al direttore dei lavori).

Il richiamo ai casi di legittima sospensione previsti dall'art. 24 del capitolato è pertanto del tutto inconferente perché, nella fattispecie, l'ordinanza è conseguita obbligatoriamente al mero accertamento della difformità dei lavori eseguiti rispetto a quelli autorizzati con il titolo edilizio preesistente.

In ogni caso, le cause della sospensione, come riepilogate anche nella relazione del collaudatore, attestano la responsabilità della concessionaria in relazione alle cause che la hanno determinata, anche in base alla normativa del capitolato, menzionata sia dalla concessionaria, sia nella relazione del direttore dei lavori sia in quella del collaudatore.

È noto infatti che nessuna modificazione ai lavori può essere apportata ad iniziativa dall'esecutore di opera pubblica (il direttore dei lavori presiede infatti al controllo del cantiere e vigila che l'esecuzione avvenga in conformità al progetto approvato).

Nella fattispecie, invece, la concessionaria ha apportato le variazioni indicate nell'ordinanza comunale, in difformità dal permesso di costruire rilasciato e dal progetto approvato dell'opera; ed il Comune, nell'esercizio dei poteri di controllo edilizio, ha correttamente disposto l'immediata sospensione dei lavori.

La sospensione è quindi conseguente ad una iniziativa della concessionaria e le conseguenze sono pertanto ad essa imputabili o comunque non sono trasferibili sulla committente. Si consideri inoltre che l'esecuzione dell'opera in difformità dal progetto approvato ed assentito impegna anche la responsabilità del Direttore dei lavori, che è venuto meno all'attività di controllo e vigilanza a lui rimessa.

Sotto questo profilo dunque vi sono argomenti per escludere la fondatezza della riserva nell'on.

In ogni caso anche le quantificazioni del danno esposte dalla concessionaria sono arbitrarie e prive di ogni principio di prova.

Secondo quanto prescritto dall'art. 25 del capitolato, richiamato anche dal collaudatore, il danno da sospensione illegittima è determinato in base alle voci di costo ed ai criteri elencati ai punti da a) a d) del secondo comma della norma. Al di fuori di tali poste «sono ammesse a risarcimento ulteriori voci di danno solo se documentate e strettamente connesse alla sospensione dei lavori».

Il maggior costo per attrezzature e macchinari non può essere riconosciuto in mancanza di prova dei mezzi esistenti in cantiere al momento della sospensione; analoghe considerazioni valgono per il personale, con la precisazione che le annotazioni sul giornale dei lavori non costituiscono prova perché trattasi di documentazione redatta esclusivamente dall'esecutore.

Manca comunque, negli atti esaminati, ogni attestazione del direttore dei lavori sui mezzi e personale presenti, che dovrebbero essere indicati nel verbale di sospensione, che non esiste.

Quanto al personale, valgono le considerazioni del collaudatore sulla rappresentazione inverosimile del numero degli addetti e vale comunque anche il principio del non aggravamento del danno da parte del danneggiato.

Anche i pretesi «maggiori oneri per vincolo capitale» sono determinati forfettariamente e non dimostrati, diversamente da quanto stabilito dall'art. 25, punto 3, del capitolato generale; analoghe considerazioni valgono per l'esposto «mancato incasso dei posti a rotazione a causa della sospensione».

Trattasi di voce di costo sfornita di ogni principio di prova e computata secondo criteri arbitrari, come rilevato anche dal collaudatore, ed inattendibili.

Deve poi osservarsi che la voce per oneri da vincolo di capitale esposta dalla concessionaria non è attendibile in base agli atti convenzionali. L'onere del finanziamento esterno indicato nel piano finanziario è complessivamente di 200 mila euro; mentre per tre mesi di ritardo il rimborso richiesto dalla concessionaria è di 100 mila euro. Negli elaborati per la revisione del piano finanziario la concessionaria indica un tasso di finanziamento del 4,85%, ben inferiore a quello esposto nella riserva.

A ciò si deve aggiungere che in base al contratto ed al piano finanziario, il tempo per completare l'opera non è quello unilateralmente definito dalla concessionaria (30 dicembre 2011) in base ad impegni direttamente assunti con RFI, ma quello di contratto che era di 48 mesi dall'inizio dei lavori (che scadranno nel settembre 2013) e che l'opera è finanziata con i proventi della gestione, sicché comunque l'incasso è differito nel tempo.

111 3.2. Discorso parzialmente diverso deve farsi con riferimento alla ulteriore ragione di sospensione indicata in atti.

111 Come si è visto, nel corso dei lavori è insorta una problematica relativa al posizionamento del rio Gonghe ed ai conseguenti profili di sicurezza idraulica.

Da quanto mi è stato riferito, il piano di bacino riportava infatti il tracciato originario del rio, che tuttavia da diversi decenni era stato deviato. Nel corso dei lavori è emersa questa circostanza e si è resa necessaria una variante al progetto, con l'esecuzione di opere di messa in sicurezza.

Questa circostanza si presta ad una doppia valutazione.

Sotto un primo profilo, si tratta di un elemento che non è stato considerato in sede di progettazione, a causa di una inesatta rappresentazione contenuta nel piano di bacino. È problematico, sotto questo profilo, sostenere che si tratti di errore progettuale: vi è una previsione contenuta in un piano provinciale che determina quanto meno un ragionevole affidamento.

Si tratta sostanzialmente di un imprevisto difficilmente addebitabile al concessionario.

Sotto un secondo profilo, indicando la ragione di sospensione, come ha fatto il collaudatore, nella necessità di adeguare il progetto alla variante di Piano di Bacino "La Liggia - Rio Gonghe" approvata dalla Provincia di Savona con delibera Giunta n. 31 del 21 febbraio 2011, con la quale è stato modificato il previgente Piano di Bacino, si dovrebbe concludere che non è giustificata alcuna pretesa di danno da parte della concessionaria.

La sospensione lavori dovrebbe infatti ritenersi legittima (ai sensi dell'art. 24 del ~~contratto~~ generale) quando è disposta per adeguare il progetto a disposizioni ~~tecniche~~ tecniche o regolamentari sopravvenute e non prevedibili al momento della sottoscrizione del contratto. Secondo la relazione di collaudo, essendo la variante di Piano di Bacino sopravvenuta nel febbraio 2011 ed avendo determinato la necessità di variazione del progetto, nessuna pretesa economica può essere fatta valere dall'esecutore, vertendosi in fattispecie di sospensione legittima.

Tuttavia, questa conclusione è discutibile, perché in realtà la variante non è il frutto di una diversa scelta pianificatoria, ma, se sono esatte le informazioni fornitemi, solo lo strumento per emendare il piano originario, viziato da una errata

rappresentazione del percorso del Rio, che si è riflessa sulla progettazione dell'opera. Per la stessa ragione non convince il parere espresso dalla Regione, che richiama la regola per la quale i progetti approvati prima della variante non possono essere sottoposti ad essa.

In realtà, l'accertamento della reale posizione del corso d'acqua ha impedito la prosecuzione di un'opera che avrebbe violato la fascia di rispetto a tutela del corso d'acqua imposta dalla normativa, indipendentemente dalla circostanza che la Provincia abbia provveduto a correggere, con la variante, il piano di bacino.

Di conseguenza, anche in questo caso, la prosecuzione di lavori che avrebbero portato alla violazione indicata ha dovuto essere inibita, sempre nell'esercizio dei poteri di vigilanza urbanistica, come di fatto è avvenuto con l'ordinanza 164 del 24 maggio 2011, che ha sospeso le sole opere rientranti nella fascia di rispetto di 20 m. dal Rio Gonghe.

Tuttavia, a differenza dell'ipotesi sopra esaminata, nella quale la sospensione era giustificata - ed anzi resa necessaria - dalla esecuzione di lavori difformi dal progetto approvato, in questo caso vi è una previsione errata che non sembra imputabile al concessionario e che ha determinato l'esigenza di una modifica del progetto e dell'esecuzione di opere di messa in sicurezza del rio non previste nel primo progetto.

Ora, l'origine del problema potrebbe fornire una giustificazione alle richieste del Concessionario che trovino direttamente titolo nella problematica indicata. Questo non significa che le pretese esposte nelle riserve per questo titolo siano fondate, certamente se il concessionario proponesse azione su questi temi la sua pretesa potrebbe avere una chance di accoglimento, in una misura ancora difficilmente quantificabile.

Valgono infatti, anche a questo proposito, i rilievi che si sono svolti sulla determinazione del *quantum* delle richieste, sia in ordine alla attendibilità dei criteri proposti, sia in ordine alla possibilità di dimostrare i pregiudizi effettivamente subiti. Ma è certamente una posta in relazione alla quale potrebbe essere prudente valutare una soluzione transattiva.

Da parte sua, il collaudatore ha proposto una rideterminazione degli indennizzi che presenta valori ben più ridotti di quelli proposti dal concessionario per la voce relativa alla sospensione cosiddetta parziale.

Ragionevolmente uno spazio di transazione potrebbe essere ipotizzato in relazione a questa voce, ritenendo comunque che un maggior onere per il concessionario sia dipeso dalla necessità di inserire in corso d'opera una variante al progetto derivante dal problema connesso alla posizione dell'acqua pubblica e sostanzialmente oggetto di richiesta da parte del Comune.

9. Richieste per varianti in fase di esecuzione dei lavori.

La concessionaria sostiene che «durante la esecuzione dei lavori si sono rese necessarie una serie di varianti al progetto a causa di situazioni non previste e non prevedibili, di adeguamento alle normative subentrate nel corso dei lavori e di richieste avanzate dai VV.FF. dopo l'approvazione del progetto stesso. Tutte le varianti sono dettagliatamente descritte nel Computo metrico estimativo (Al. 11 della Relazione del D.L.)» e formula due richieste:

Richiesta n. 5 - Importo suppletivo di variante dato dalla differenza tra l'importo di variante, decurtato delle opere a carico della Concessionaria a seguito di aggiornamento del progetto esecutivo (€ 18.797.486,70 - 499.877,48 = € 18.297.609,21), e l'importo di Concessione (€ 16.614.312,00 tratto dal quadro economico di Concessione - pag. 5 della Relazione del D.L.): € 1.683.297,21

Richiesta n. 7 - Opere di mitigazione idraulica - Via dell'Oro (Al. 1 della Relazione del D.L. - Computo metrico estimativo del 09.09.11): € 188.215,01».

Si tratta di varianti, con le quali si sarebbero apportati a dire della concessionaria «notevoli miglioramenti al progetto, quali:

- ingresso all'autorimessa adeguato per una maggiore salvaguardia dei confinanti;
- migliori prestazioni degli impianti al livello degli intervenuti adeguamenti normativi ed alle richieste dei VV.FF.;
- adeguamento del cancello di accesso al campo richiesto dai VV.FF.;
- adeguamento della rampa portatori di handicap su via dell'Oro;
- rampa di esodi su via Canata che permette il contemporaneo svolgimento di eventi nello Stadio e nel Palalassio;
- adeguamento vetrata (antiproiettile) richiesta da CONI;
- murature di maggiore spessore negli spogliatoi per l'adeguamento al risparmio energetico;
- opere antiesondazione su via dell'Oro;
- adeguamenti e miglioramenti sottoservizi (per esempio la nuova cabina di rilancio acquedotto);
- adeguamento del manto verde alla nuova normativa CONI;
- maggiore spessore della sottofondazione (per intervenuti problemi di allagamenti in corso d'opera);
- adeguamento vasca antincendio e del relativo impianto (da 90 a 180 mc come richiesto dai VV.FF.)».

In linea di principio, se queste variazioni sono state imposte dalla necessità di adeguamenti a norme tecniche sopravvenute o comunque ad esigenze di

miglioramento dell'opera, potrebbero costituire un aggravio del costo dell'opera da ritenersi giustificato.

Occorrerebbe tuttavia che le varianti fossero approvate o accettate dal Comune.

Certamente possono ritenersi necessarie le opere che sono state realizzate in conseguenza della necessità di garantire la sicurezza idraulica dell'opera, a seguito della problematica connessa al Rio Gonghe.

Ritengo che debba tuttavia essere valutata l'effettiva esigenza e l'origine delle varianti e che debba essere verificata analiticamente la valutazione economica delle opere e la dimostrazione dei costi. Al termine di queste valutazioni potrebbe risultare un importo di aggiornamento del costo dell'opera.

Il Concessionario ha valorizzato le varianti in € 1.683.297,21 oltre 188.215,01 per le opere di mitigazione idraulica. Il Collaudatore ha indicato un importo di euro 652.661 per lavorazioni necessarie per bonificare la rete dei sottoservizi preesistenti ed ha confermato il costo delle opere di mitigazione idraulica. In totale per le due voci il collaudatore ha riconosciuto per costo opere ed interventi l'importo di € 858.372,21. Il RUP nella sua relazione ha riconosciuto un importo di € 739.160,00, oltre all'importo delle opere di mitigazione idraulica, mentre il responsabile dell'alta vigilanza ha indicato un importo di 569.959,10, compreso il costo delle opere di mitigazione idraulica.

La diversità delle valutazioni tecniche sollecita dunque un approfondimento volto a definire quali varianti siano state effettivamente ed utilmente apportate al progetto e quale sia il loro valore.

Ritengo che il Comune potrebbe riconoscere come incremento del costo dell'opera idoneo ad incidere nell'equilibrio economico delle opere le varianti rese necessarie dalla normativa, o richieste dal Comune o che, previa approvazione, siano comunque ritenute migliorative o utili, nei valori oggettivamente documentabili.

Certamente la diversità delle opinioni finora emersa testimonia un certo grado di opinabilità nella valorizzazione delle varianti, che comunque potrebbe giustificare una valorizzazione in un importo transattivamente determinato.

10. Infine, rammento che il rapporto oggetto di controversia è una concessione di costruzione e gestione, nella quale la controprestazione a favore del concessionario consiste ordinariamente nel diritto di gestire funzionalmente l'opera e di sfruttare economicamente i lavori realizzati. Nella fattispecie il contratto prevede che il corrispettivo per la realizzazione dell'opera consista unicamente nel diritto di vendita del diritto di superficie dei box e nei proventi della gestione del parcheggio a rotazione per 10 anni.

Le variazioni e le evenienze che in corso d'opera hanno determinato l'incremento del costo dell'opera, se non rientrano nell'alea che il concessionario ha assunto con il contratto, non giustificano la richiesta di un corrispettivo diverso, ma possono incidere sull'equilibrio economico finanziario del rapporto, che comunque la legge vuole garantire ai sensi dell'art. 143 del codice dei contratti.

In questo senso, mi sembra che lo strumento per comporre la controversia debba essere quello della revisione delle condizioni contrattuali a norma dell'art. 143, ottavo comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006 «*da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio*». D'altra parte la stessa proposta transattiva avanzata dal concessionario si è concretizzata in una richiesta di revisione della concessione, mediante la trasformazione in box privati di parte della porzione destinata a parcheggio a rotazione.

Nello schema normativo la revisione è un meccanismo di conservazione dell'equilibrio del contratto rispetto alle sopravvenienze indicate nella norma. Tuttavia sembra possibile che le parti, nel momento in cui si accordano sui contenuti della revisione, attribuiscono ai medesimi significato transattivo, laddove le poste in discussione siano oggetto di controversia ed il meccanismo di revisione si attui con un riconoscimento del maggior costo dell'opera che non sia addebitabile ad inadempimenti del concessionario e la determinazione della compensazione mediante diverse condizioni di utilizzo dell'opera.

In questa prospettiva i meccanismi di riequilibrio appaiono comunque rinvenibili all'interno dello schema contrattuale originario ed attengono, nella sostanza, alla possibilità di aumentare i posti auto in vendita (con una possibilità di immediato realizzo degli importi corrispondenti da parte del concessionario) e/o nella maggiore durata del periodo (decennale) di gestione.

Il primo intervento riduce il numero di posti a rotazione che sono oggetto della gestione decennale del concessionario e di quella successiva nella disponibilità del Comune decorsi i dieci anni. L'allungamento del tempo della gestione, peraltro, allontana il momento in cui il Comune potrà ricavare direttamente una rendita dalla gestione dell'opera.

Nella determinazione delle condizioni di riequilibrio dovrà quindi tenersi conto anche delle conseguenze della scelta del modello.

Conclusivamente, nella prospettiva di una transazione, la cui opportunità ed ammissibilità è manifestata nel parere dell'ufficio legale del Comune, la determinazione dei contenuti che l'accordo potrebbe avere dovrebbe tener conto dei rilievi sopra esposti in ordine alle richieste del Concessionario.

In particolare, appaiono attendibili le richieste relative alle opere inerenti alla mitigazione idraulica, all'allacciamento Enel, alle varianti relative a maggiori o diverse opere, che siano adeguatamente documentate.

Per quanto attiene alla richiesta per anomalo andamento, ferma la possibilità di ammettere il costo dei lavori eseguiti per la sistemazione e bonifica del lotto (come sembra indicare il collaudatore) e sempre che non si tratti di voci duplicate o inserite in altra posta, la richiesta relativa a danni appare scarsamente attendibile e dunque valutabile, nell'ambito di una transazione, in una percentuale piuttosto ridotta, tenendo conto del rischio comunque insito in ogni contenzioso. Analogo discorso deve farsi in relazione alla richiesta di danno per la sospensione totale. Per entrambe queste voci di danno deve inoltre considerarsi che il piano finanziario prevede già un importo per "imprevisti" che potrebbe assorbire i pregiudizi esposti dal concessionario.

Per la sospensione parziale, attesa la sua attinenza alla questione della mitigazione idraulica, suggerirei una valutazione prudente, poiché si tratta di opera necessaria e comunque ordinata dal Comune. Oltre al costo del lavoro quindi potrebbe essere preso in considerazione il danno dimostrato o dimostrabile dall'impresa in un eventuale contenzioso.

Resto a disposizione dell'Amministrazione per chiarimenti o approfondimenti e, ringraziando per la fiducia, porgo cordiali saluti.



Luigi Piscitelli