

STUDIO LEGALE LUIGI GAROFALO

AVV. PROF. LUIGI GAROFALO

AVV. LUDOVICA BERNARDI	AVV. DOMENICO BOTTEGA
AVV. PROF. SILVIA VIARO	AVV. MIRKO SCANTAMBURLO
AVV. BEATRICE BARZAN	AVV. ENRICO DANIELE
AVV. ANDREA MARIA GAROFALO	DOTT. CHARLOTTE CHEVALIER
AVV. ALBERTO RAMON	

Treviso, 18 febbraio 2020

Chiar.mo Signor
Sindaco
del Comune di Acquasanta Terme
piazza XX Settembre n. 12
63041 ACQUASANTA TERME (AP)

a mezzo PEC

Alla cortese attenzione anche del Segretario Comunale

Oggetto: Comune di Acquasanta Terme / Studio Arch.doc e altri – causa di merito davanti al Tribunale di Ascoli Piceno (R.G. 1198/2013).

Illustrissimo Signor Sindaco,

in vista dell'udienza fissata dal Giudice Istruttore per il giorno 6 aprile 2020, al fine di procedere alla conciliazione della causa in oggetto, sono di seguito a esprimere il parere che ci è stato richiesto: ciò, peraltro, non senza dare per espressamente richiamata tutte la precedente corrispondenza già scambiata in argomento.

All'ultima udienza celebratasi lo scorso 28 ottobre 2019, le controparti hanno depositato una ulteriore "bozza transattiva", che prevede la riconversione dell'attuale struttura adibita a piscina in un impianto polifunzionale per l'esercizio di attività ginniche e ricreative.

STUDIO LEGALE LUIGI GAROFALO

Alla realizzazione di ciò contribuirebbero i proponenti medesimi, prestando la propria opera professionale al fine del compimento del progetto definitivo ed esecutivo, con esclusione dell'arch. Elio Rocco e di Tekna s.r.l.; tutti gli offerenti, compresi questi ultimi, verserebbero poi complessivi 88 mila euro circa all'Ente comunale per l'esecuzione delle opere.

La soluzione conciliativa da ultimo ipotizzata – come del resto pure la precedente – rischia di sembrare poco soddisfacente sotto il versante economico, se non mitigata da una valutazione di scarsa solvibilità dei convenuti di fronte a un'eventuale condanna: da sottolineare, a tal riguardo, è non solo che l'appaltatrice Tekna verserebbe in uno stato di inattività e di liquidazione, ma altresì che i professionisti si sono spogliati di alcuni beni immobili nel corso del processo (circostanza segnalata puntualmente con nostre missive del 21 settembre e del 28 ottobre 2015, anche ai fini dell'esercizio di un'azione revocatoria cui l'Amministrazione ha deciso di non dar concretamente seguito).

Quanto poi al versante di più stretta pertinenza, ribadiamo anche in questa sede quanto già rilevato nelle comunicazioni del 15 maggio 2018, del 25 luglio 2018 e del 19 maggio 2019, con particolare riguardo alle criticità inerenti la stipula di una transazione da parte dell'ente e all'approfondita ponderazione dell'interesse pubblico che vi deve essere sottesa.

Nel caso di specie, la problematica si presenta complessa proprio in ragione delle significative variazioni che, in forza della transazione, verrebbero a incidere sul compendio noto "parco Rio", che da piscina munita di centrale a biomasse verrebbe convertito in "impianto polifunzionale per l'esercizio di attività ginniche e motorio ricreative, centro di aggregazione e ritrovo per la collettività".

Anche la presente proposta transattiva, come la precedente, potrebbe infatti finire per essere qualificata come novativa, in quanto diretta a sostituire alle obbligazioni gravanti sui convenuti (consistenti nel risarcimento del danno per equivalente o in forma specifica, cioè con ripristino dell'opera così come

STUDIO LEGALE LUIGI GAROFALO

inizialmente progettata) un rapporto che avrebbe contenuto difforme: oggettivamente diverse, infatti, sarebbero le prestazioni tecniche, progettuali ed esecutive, necessarie per adeguare il compendio ai nuovi *desiderata* dell'ente, che andrebbero a sostituire, estinguendole, quelle originariamente dovute dalle controparti (cfr., *ex multis*, Cass., 11 novembre 2016, n. 23064).

La giurisprudenza amministrativa ha invero ritenuto ammissibile il ricorso a questo istituto da parte di un ente pubblico, ponendo tuttavia alcune precisazioni che riguardano direttamente la fattispecie.

Segnatamente, il Consiglio di Stato ha sostenuto che “è vero che, in linea di principio, la transazione – c.d. novativa – può creare, modificare o estinguere anche rapporti ulteriori e diversi da quello oggetto della parti della controversia, ridefinendo globalmente i reciproci rapporti in relazione a quell'oggetto, secondo una riconsiderazione attualizzante del comune equilibrio. Nondimeno, anche questa capacità innovativa della transazione incontra limiti intrinseci, consistenti nella salvaguardia e prosecuzione del carattere essenziale del rapporto e, soprattutto, nel non contrastare norme inderogabili: il che è aspetto di particolare pregnanza se l'atto concerne un rapporto di ordine essenzialmente pubblicistico” (così Cons. Stato, 8 aprile 2015, n. 1778).

Lo stesso Supremo Giudice ha evidenziato come la “semplice esistenza di una lite” e il conseguente intento transattivo in capo a un'Amministrazione non siano di per sé sufficienti per derogare alla necessità di procedure a evidenza pubblica, “anche in virtù della rilevanza degli interessi pubblici protetti dalla procedura di selezione” (cfr. Cons. Stato, 2 agosto 2004, n. 5365).

Negli stessi termini, d'altro canto, si è pronunciata l'A.N.A.C., la quale ha individuato nell'ordinamento un vero e proprio divieto di stipulare la transazione c.d. novativa, “intesa come accordo mediante il quale si instaura con l'appaltatore un nuovo e diverso rapporto contrattuale, per soddisfare un interesse diverso da quello dedotto nel contratto originario” (cfr. deliberazione n. 103 del 5 dicembre

STUDIO LEGALE LUIGI GAROFALO

2012), precisando testualmente quanto segue: “pur dovendosi riconoscere il carattere transattivo dell’accordo, si evidenzia come le procedure di affidamento siano rigorosamente soggette alla normativa comunitaria e nazionale a tutela della libera concorrenza e non possono essere oggetto di scambi transattivi in termini di affidamento lavori/rinuncia alle liti. L’Amministrazione, in linea generale, può, pertanto, addivenire ad una transazione con l’appaltatore per dirimere controversie insorte in sede di esecuzione del contratto, fermo restando che la particolare natura giuridica del rapporto instaurato tra le parti, sorto a seguito di procedura di scelta del contraente soggetta al regime pubblicistico, impone precisi limiti alla possibilità di modificare il contenuto delle rispettive prestazioni. Così, mentre deve ritenersi praticabile in ambito pubblicistico una transazione c.d. “semplice”, ossia semplicemente modificativa della situazione giuridica dedotta in lite, deve escludersi invece l’ammissibilità di una transazione “novativa”, intesa come accordo mediante il quale si instaura con l’appaltatore un nuovo e diverso rapporto contrattuale, per soddisfare un interesse diverso da quello dedotto nel contratto originario” (cfr. deliberazione del 3 dicembre 2008, n. 56).

Va da sé, allora, che se la conversione del “parco Rio” dovesse effettivamente condurre a una nuova opera pubblica, diversa da quella precedentemente commissionata dal Comune, resterebbe irrisolta la questione relativa al carattere novativo della proposta, in aperta soluzione di continuità rispetto al precedente rapporto, fermo il fatto che andrebbe bandita una nuova gara per sostituire Tekna con una nuova impresa cui affidare l’esecuzione dei lavori.

Da ultimo, preme ricordare che quando una Pubblica Amministrazione conclude una transazione, l’esecuzione di quest’ultima non può comportare la violazione di norme inderogabili (tra varie, Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2015, n. 1778), tra le quali sicuramente rientrano le disposizioni in materia di procedure a evidenza pubblica.

STUDIO LEGALE LUIGI GAROFALO

Pertanto, nel caso di specie l'Ente comunale dovrà verificare la possibilità di procedere ad affidamento diretto degli incarichi di progettazione agli originari convenuti e, in caso di esito positivo, dovrà appurare che questi posseggano i requisiti per svolgere i compiti predetti.

Nell'ambito di questo apprezzamento, l'Amministrazione non potrà non tenere in considerazione quanto accertato dal consulente tecnico d'ufficio in ordine all'operato dei noti professionisti, nonché quanto sostenuto dal Comune di Acquasanta nell'ambito della causa di merito.

Restando a disposizione per ogni ulteriore chiarimento, porgo distinti saluti.


avv. prof. Luigi Garofalo