

AVV. PROF. LUIGI GAROFALO

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

Padova, 21 maggio 2019

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 di comparizione personale delle parti fissata dal Giudice Istruttore per il giorno **3 giugno 2019, ore 11**, al fine di procedere in quella sede alla conciliazione della causa in oggetto, siamo di seguito a esprimere il parere che ci è stato richiesto: ciò, peraltro, non senza dare per espressamente richiamata tutta la precedente corrispondenza già scambiata in argomento.

Com'è noto, il giudizio è stato a suo tempo instaurato dall'ente pubblico – con atto di citazione di data 29 maggio 2013 – onde ottenere l'accertamento dei vizi e difetti riscontrati sulla piscina "Parco Rio" dal tecnico di parte p.i. Candellori e dal prof. Paroncini (C.T.U. designato nell'A.T.P. svoltosi *ante causam*) e conseguentemente sentir condannati i convenuti al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi, quantificati provvisoriamente nella misura di 2.000.000 euro, nonché alla restituzione dei compensi indebitamente percepiti per le prestazioni scorrettamente o solo in parte eseguite.

Radicato ritualmente il contraddittorio, poi esteso alle compagnie assicurative di taluni professionisti, si è giunti a una fase istruttoria articolatasi nell'escussione di prove orali e nell'espletamento di ulteriore C.T.U. affidata all'ing. prof. Di Perna, le cui conclusioni sono state depositate il 27 settembre 2016.

A evasione dell'incarico ricevuto, l'ausiliario d'ufficio ha testualmente osservato: "il progetto esecutivo presentava un errore relativamente alla scelta dei collettori solari e alla scelta di una caldaia a biomassa da installare in un luogo non adatto e con le distanze dalle abitazioni non rispettabili relative allo scarico dei fumi e al caricamento del combustibile. Inoltre i calcoli relativi alla produzione da fonte rinnovabili erano errati. Il C.T.U. ritiene che le successive problematiche evidenziate siano da riferirsi sia ai progettisti che ai direttori dei lavori relativi alla parte impianto termico, impianto fotovoltaico e impianto solare termico. Dal progetto esecutivo all'ultima variante le modifiche effettuate sono notevoli, l'impianto termico così realizzato secondo la quarta variante non garantisce la funzionalità definita con i calcoli nel progetto esecutivo. Il C.T.U. ritiene quindi che l'impianto termico non funziona. Il C.T.U. ritiene che il progetto esecutivo presentato prevedeva l'utilizzo di una caldaia a biomassa che non rispettava completamente le norme tecniche relative alle distanze dalle abitazioni vicine e così è stato realizzato l'impianto. Inoltre le varianti presentate e firmate dai progettisti relativamente all'impianto termico hanno reso l'impianto non funzionante in quanto non garantisce le condizioni di progetto relativamente ai requisiti termoigrometrici e di ventilazione nel locale vasca, al ricambio di aria minimo per metro quadro di vasca, alle condizioni acqua piscina, alle velocità massime dell'aria nei canali principali con le portate di progetto esecutivo, alle velocità massime dell'acqua nelle tubazioni. Le tubazioni non sono poi state coibentate con spessori di isolanti che rispettassero il DPR. 412 e in parte sono senza lamierino di protezione come invece indicato nelle voci del computo. Il C.T.U. dopo avere precedentemente evidenziato i vizi e difetti riscontrati ritiene che questi incidano in maniera determinante sulla fruibilità dell'opera"; ha inoltre quantificato danni concernenti la parte impiantistica per almeno 176.268 euro, nonché mancati introiti derivanti dall'energia prodotta per almeno 50.000 euro, precisando che una stima delle problematiche più rilevanti avrebbe richiesto una riprogettazione dell'opera; infine, l'ing. prof. Di Perna, dopo aver analizzato gli impianti termici, l'impianto fotovoltaico e l'impianto solare termico, ha appurato che "il progetto esecutivo oltre

a presentare degli errori già descritti non è completo con le relazioni di calcolo obbligatorie. I documenti relativi alle varianti presentano l'assenza di relazioni di calcolo ed evidenziano grossi errori sui parametri riportati. Gli errori commessi e presenti nei documenti progettuali possono ritenersi sufficienti per non corrispondere il compenso per la parte della progettazione degli impianti. Per quanto riguarda la fase di collaudo degli impianti, il C.T.U. ritiene che il collaudo relativo agli impianti per la verifica dei parametri definiti nel progetto esecutivo non è stato fatto completamente, in quanto è evidente da semplici calcoli che l'attuale portata d'aria e portata d'acqua per la piscina non sono sufficienti a mantenere le condizioni definite in fase progettuale".

Quindi, con ordinanza del 25 gennaio 2017, il Giudice Istruttore, preso atto che "molte delle parti hanno sollecitato un tentativo di conciliazione a mezzo del nominato CTU che a tanto è stato impedito dal verificarsi dell'evento sismico del 24 agosto 2016 che ha gravemente colpito il Comune di Acquasanta Terme" e "ritenuto che detto incumbente appare opportuno ancor più allo stato attuale in considerazione dell'evidente necessità, emergente dalle condivisibili conclusioni cui è pervenuto il CTU, di provvedere al conferimento dell'ulteriore incarico di redigere il progetto esecutivo delle opere necessarie per consentire la concreta fruibilità dell'opera pubblica secondo le previsioni progettuali o comunque per assolvere la sua naturale destinazione ed i costi da sostenere (attività dallo stesso CTU ritenuta indispensabile come evidenziato nella perizia depositata) oltre che di chiarire le percentuali di responsabilità attribuibili ai singoli professionisti interessati (progettisti, direttori dei lavori e collaudatori), con conseguente lievitazione di spese che potrebbero essere evitate", ha invitato lo stesso ing. prof. Di Perna un tentativo di conciliazione tra le stesse sulla base della piattaforma costituita dalla CTU già depositata fissando, in ipotesi di esito negativo della conciliazione, l'udienza di comparizione delle parti e del C.T.U., l'udienza del 25 maggio 2017".

Da qui in poi si sono succeduti – anche a seguito di una sospensione volontaria del giudizio richiesta concordemente dalle parti ai sensi dell'art. 296 c.p.c. – una serie di contatti, che in una prima fase hanno coinvolto l'ausiliario d'ufficio e poi sono stati coltivati direttamente dagli interessati, mediante i quali si è giunti alla proposta conciliativa ora sottoposta all'ente pubblico.

Osserviamo, a tal riguardo, che per consolidata giurisprudenza la scelta di addivenire a una transazione è di stretta pertinenza degli amministratori dell'ente, risultando connotata ampia discrezionalità e perciò insindacabile nel merito, fatto salvo un suo eventuale contrasto con le finalità proprie del soggetto pubblico ovvero con i principi di razionalità, logicità ed economicità (cfr., ad esempio, Corte Conti, Seconda Sezione Centrale, 20 marzo 2006, n. 127).

Poste queste premesse, non vi è dubbio che la causa presenti un alto grado di complessità tecnica e giuridica, anche alla luce delle eccezioni sollevate dai convenuti circa la perdurante efficacia della garanzia dovuta al Comune di Acquasanta: ciò nondimeno, le risultanze della C.T.U. redatta dall'ing. prof. Di Perna appaiono favorevoli alle tesi dell'ente pubblico, rendendo verosimile la concessione di un risarcimento in suo favore, pur ancora incerto nel *quantum* (fin qui, comunque, stimabile in almeno 200.000 euro) e nei tempi di realizzazione.

A fronte di ciò, la soluzione conciliativa ipotizzata – se pure ha il pregio di valorizzare esigenze di rapidità ripetutamente rappresentate dall'ente pubblico, specie a seguito dei noti eventi tellurici – 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 della pluriennale durata 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 e del 25 luglio 2018, 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 per almeno due circostanze che incidono sfavorevolmente: da un lato, le 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 struttura polifunzionale con pista di pattinaggio; da un altro lato, la richiesta dei convenuti

di sostituire a Tekna (già appaltatrice e costruttrice dell'opera) nello svolgimento dei lavori occorrenti al rifacimento un soggetto terzo, di cui allo stato non sono noti né gli estremi identificativi, né le capacità tecniche ed economiche, né i rapporti intrattenuto con le controparti.

Particolarmente delicata è l'ipotesi in cui la transazione di cui si discute venisse 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 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 (tra varie, Cons. Stato, 2 agosto 2004, n. 5365, secondo cui la transazione non può costituire lo strumento per eludere obblighi di evidenza pubblica; per la necessità di rispettare l'obbligo della gara in fase di rinegoziazione non potendo essa costituire uno strumento elusivo, si veda anche Cons. Stato, 12 maggio 2003, n. 2516)" (così Cons. Stato, 8 aprile 2015, n. 1778).

Nel primo dei precedenti richiamati, in particolare, 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 procedere 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 ANAC, 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 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, e se i lavori a ciò occorrenti fossero di importo superiore alla soglia che rende obbligatoria l’indizione di una gara, non si potrebbe procedere ad affidamento diretto in sede transattiva in favore di Tekna e, *a fortiori*, men che meno di un terzo diverso dall’originario appaltatore: e analogamente per quanto riguarda la riprogettazione rispetto ai professionisti.

Ipotizzando, invece, che le prestazioni di riconversione richieste ai convenuti, distinte per progettazione e lavori, siano di valore inferiore alla soglia predetta (e che, quindi, l’evidenza pubblica nella nostra fattispecie non vincoli

l'azione del Comune), rimarrebbe da affrontare il secondo profilo, inerente alla sostituzione della nuova impresa a Tekna nell'esecuzione dell'intervento.

Sul presupposto che l'Amministrazione non corrisponda alcunché a titolo di compenso (consistendo quest'ultimo nella rinuncia transattiva alle pretese azionate in via giudiziale), pare preferibile ipotizzare che unico interlocutore contrattuale dell'ente rimanga la stessa Tekna, diretta responsabile ancorché non autrice materiale dei lavori: e ciò, ai fini dell'applicazione prevista dall'art. 106 del nuovo codice degli appalti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che disciplina le modifiche dei contratti durante il periodo di efficacia.

Ivi, in particolare, sono contemplate sia le ipotesi di variante intervenute in corso di rapporto (comma 1, lettera c), sia quelle di sostituzione del contraente (comma 1, lettera d), in particolare nel caso in cui "all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice".

Nulla sapendo – come già inizialmente rimarcato – in ordine ai rapporti tra Tekna e il terzo ipoteticamente designato, né in ordine alle qualifiche tecniche ed economiche possedute dal medesimo, non siamo ovviamente in grado di esprimerci circa l'ammissibilità della sostituzione nel rapporto – che comunque dovrebbe rimanere immutato – che è stata proposta: teniamo tuttavia a sottolineare l'estrema prudenza con cui quest'eventualità dovrà essere valutata dal Comune, posti i limiti sopra ripetutamente richiamati.

Restiamo a disposizione per ogni chiarimento e Le porgiamo distinti saluti.

avv. prof. Luigi Garofalo



avv. prof. Silvia Viaro

