

Deliberazione n. 39 Adunanza del 17/09/08

R/390-01

Oggetto: Lavori di realizzazione della Nuova Scuola Marescialli dei Carabinieri in località Firenze Castello - Lotti "A" e "B".

Cod. univoci: - Lotto A 99200100506 ; - Lotto B 99200100505.

Stazione appaltante: Ministero Infrastrutture.

Riferimenti normativi: art.341 della Legge 20.3.1865 n.2248, all. F; art.24, 30, 31 della legge 109/94.

Il Consiglio

Vista la relazione della Direzione generale della vigilanza lavori

Considerato in fatto

L'Autorità è già precedentemente intervenuta relativamente agli interventi indicati in oggetto; in particolare il Consiglio si è pronunciato con deliberazioni n.235 del 6.6.2001 e n. 61 del 27.7.2006; inoltre, nell'adunanza del 4.4.2006, ha formulato osservazioni, riportate alla stazione appaltante con nota prot. 20156/06/ISP del 10.5.2006.

Con **deliberazione n.235 del 6.6.2001**, a seguito di esposto dell'A.G.I. in data 15.3.2001, che segnalava alcune irregolarità procedurali e l'incompletezza degli atti posti a base di gara, il Consiglio:

1. - riteneva giustificato il rifiuto della stazione appaltante a fornire copia degli elaborati, stante la segretezza dell'opera;
2. - rilevava che la visione della documentazione era stata consentita ai concorrenti per un tempo sostanzialmente congruo;
3. - rilevava che le lamentate incongruenze erano state oggetto di esame da parte della stazione appaltante, che aveva operato rettifiche ed integrazioni, senza però specificare se il progetto, dopo le integrazioni, avesse i contenuti previsti dalle norme vigenti;
4. - riteneva la pubblicazione del bando in data 25.7.2000 e, pertanto, anteriormente alla entrata in vigore del D.P.R. 554/99, non sufficiente ad escludere che sarebbe stato più opportuno fornire in visione ai partecipanti anche il computo metrico estimativo;
5. - accertava come la mancata indicazione delle voci di prezzo, sulle quali presentare le giustificazioni dell'offerta e pari nel loro complesso ad almeno il 75% dell'importo a base d'asta, costituissero un'anomalia del procedimento, per l'inosservanza dell'art.21, comma 1bis, della L.109/94;
6. - osservava che l'assunzione dell'impegno di spesa per l'intero appalto in rate costanti per 15 anni a partire dal 2000, comportante di fatto l'assunzione di oneri finanziari da parte dell'aggiudicatario (prevedendosi di contro l'esecuzione dei lavori in 5 anni), introduceva nell'appalto una variabile non prevista dalle disposizioni vigenti, che avrebbe potuto essere causa di contenzioso in sede di esecuzione, al punto da legittimare l'eccezione di inadempimento ex art.1460 cod. civ., richiamato espressamente dall'art.26 della legge quadro.

I lavori venivano comunque aggiudicati in data 28.9.2001 all'A.T.I. Baldassini-Tognozzi S.p.A. Costruzioni Generali - IRTI Lavori S.p.A., unica offerente, con il ribasso dello 0,12%.

Successivamente, nell'anno 2005, il Servizio Ispettivo, rilevando dai dati presenti presso l'Osservatorio l'avvenuta la consegna dei lavori del solo lotto A in data 22.3.2004, chiedeva informazioni alla stazione appaltante, dalle quali emergeva che, per l'opera, erano stati stipulati due contratti di appalto in data 8.10.2001:

1. - lotto A : dell'importo contrattuale di € 169.198.268,44 di cui €167.980.215,18 per lavori (al netto del ribasso dello 0,12%) ed €1.218.053,26 per oneri della sicurezza;
2. - lotto B : dell'importo contrattuale di € 21.018.436,95 di cui €20.773.119,72 per lavori (al netto del ribasso dello 0,12%) ed €245.317,02 per oneri della sicurezza.

I termini stabiliti per l'esecuzione delle opere erano rispettivamente di giorni 1825 per il lotto A e di giorni 1095 per il lotto B.

Per quanto riguarda i pagamenti in acconto, l'art.4 dei contratti rimandava all'art. 22 dei capitolati speciali d'appalto (parte generale), che precisava come l'intervento fosse finanziato dal Ministero dell'Interno, con assunzione dell'impegno di spesa per l'intero finanziamento in 15 anni a decorrere

dall'anno finanziario 1999, con ratei annuali di L. 26.157.139.910 (€ 13.509.035,37).

Il pagamento degli acconti sarebbe dovuto avvenire, pertanto, " *fino alla concorrenza delle quote annue già maturate e quindi disponibili*". " *Esaurite le somme maturate, si provvederà differendo gli ulteriori pagamenti dei lavori al 30 aprile degli esercizi finanziari successivi e, comunque, non oltre l'esercizio finanziario 2013*".

I capitolati precisavano che gli eventuali oneri finanziari si intendevano " *compresi e remunerati nell'importo totale "a corpo" dei lavori offerto dall'Impresa in esplicita deroga alle norme di legge e di capitolato Generale*".

I contratti erano approvati presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con D.D. 2121 e 2122 del 28.12.2001 (registrati all'UCB il 27.2.2002); quindi erano approvati dal Ministero dell'Interno con D.D. 47 e 48 del 7.3.2002, registrati alla Corte dei Conti il 16.7.2002.

In data 11.10.2001 la stazione appaltante consegnava all'appaltatore le aree di sedime per le operazioni preliminari ai lavori (misurazione, impianto cantiere, recinzione area, allacci alle utenze, ecc.). Prima di procedere alla consegna dei lavori, emergeva, però, la necessità di bonifica da ordigni bellici dell'area interessata.

Al riguardo, dagli elementi forniti, risultava che la stazione appaltante aveva già effettuato una bonifica finalizzata all'esecuzione delle indagini geognostiche; la ditta incaricata aveva rilasciato, in data 3.8.1998 e 27.11.1998, dichiarazioni di garanzia per la profondità di 1,00 m dal piano di campagna, con esclusione di piazzole bonificate in profondità (in totale 45 piazzole), precisando che il terreno poteva essere interessato da ordigni inesplosi a profondità superiore.

In data 20.3.2002 la stazione appaltante interessava quindi nuovamente il Comando Regione Militare Centro, specificando di essere in procinto di consegnare i lavori, che avrebbero comportato scavi alla profondità di 4,00-5,00 m dal piano di campagna, oltre pali di fondazione.

Con nota del 18.4.2002, il Comando Regione Militare Centro - 5° Rep. Infrastrutture - Ufficio B.C.M. comunicava la necessità di una ulteriore bonifica, in quanto quella precedentemente eseguita garantiva solo la sicurezza delle attività di indagine geotecnica, senza interessare in modo completo l'area.

Per la nuova bonifica veniva incaricata una ditta specializzata, che rilasciava garanzie relative ad aree parziali in varie date (fino al 16.5.2003); con verbale in data 5.2.2004 il predetto 5° Rep. Infrastrutture - Ufficio B.C.M. constatava l'avvenuta bonifica concordemente alle prescrizioni della Direzione Genio Militare di Firenze.

La stazione appaltante, avute riconsegnate alcune aree dalla ditta esecutrice della bonifica ordigni bellici, con nota del 25.11.2002 convocava l'appaltatore per una consegna parziale in data 6.12.2002; poiché l'appaltatore non si presentava alla consegna, il direttore dei lavori, con nota del 12.12.2002, provvedeva ad una seconda convocazione per la data del 19.12.2002, ma anche in tale occasione l'appaltatore non si presentava.

Nel frattempo l'A.T.I., con nota del 26.11.2002 (appena successiva alla prima convocazione), comunicava al Ministero di ritenere il contratto risolto per inadempimento della stazione appaltante o, in subordine, per sopravvenuta onerosità della prestazione.

L'istanza veniva respinta dal Ministero con nota del 3.12.2002.

L'A.T.I., quindi, notificava al Ministero istanza di arbitrato in data 23.12.2002, chiedendo al collegio arbitrale di riconoscere la nullità dei contratti per inadempimento della stazione appaltante ai sensi dell'art. 1453 c.c., nonché in via subordinata ai sensi dell'art. 1418 c.c., per avere il Ministero posto in gara un progetto privo delle indagini ed autorizzazioni prescritte dalla normativa vigente, ovvero di ritenere, in via ancora subordinata, gli stessi contratti risolti per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, ai sensi dell'art.1467 c.c.

Con la stessa istanza chiedeva il riconoscimento delle somme di €19.021.670,00 per mancato utile e € 492.000,00 per prestazioni eseguite e spese sostenute (oltre rivalutazione ed interessi).

Il Ministero chiedeva parere all'Avvocatura dello Stato circa la possibilità di risolvere transattivamente il contenzioso insorto e, a seguito di detto parere, perveniva ad un atto transattivo con l'appaltatore in data 30.1.2003, con il quale gli riconosceva la somma di € 12.650.000,00, che teneva conto dell'adeguamento del prezzo dell'appalto, della rivalutazione monetaria e degli interessi sulla tardata percezione dell'utile, sulla base di criteri individuati da una relazione a firma del Direttore Generale per l'Edilizia Statale e per gli Interventi Speciali, accompagnata da valutazioni del Responsabile del procedimento.

Venivano, inoltre, rideterminate (riducendole) le somme minime per l'emissione di stati d'avanzamento.

L'atto era approvato con D.D. del 4.2.2004.

Stante il fallimento della IRTI lavori S.p.A., rimaneva quale unica impresa esecutrice la capogruppo Baldassini-Tognozzi S.p.A. (attualmente Baldassini - Tognozzi - Pontello S.p.A.).

Ulteriori criticità sono emerse in sede di esecuzione dei lavori.

Già in data 2.4.2004 (10 giorni dopo la consegna) l'impresa evidenziava la necessità di adeguare il progetto alla vigente normativa sismica, portando il valore del coefficiente di protezione sismica a 1,4 in luogo del valore 1 previsto dal progetto; l'amministrazione replicava che, trattandosi di un complesso polifunzionale destinato prevalentemente ad attività didattica, sportiva, direzionale e alloggi di servizio, era da ritenersi corretto il valore del progetto.

Ne derivava un nuovo contenzioso, nel quale l'impresa, oltre a ribadire la necessità di adeguamento, evidenziava presunte discordanze tra progetto architettonico e strutturale.

Con ordine di servizio n.1 del 17.12.2004, il Responsabile del procedimento, a seguito di contraddittorio tra le parti e sentito il progettista delle strutture, disponeva la realizzazione dell'opera come progettualmente prevista.

L'impresa disattendeva l'ordine di servizio proponendo, di contro, la realizzazione dei pali di fondazione con tecnologia diversa, nonché un nuovo cronoprogramma, che prevedeva tempi di esecuzione rispettivamente di 5 e 3 anni per i lotti A e B; in data 17 e 21.2.2005 presentava alcuni elaborati grafici riferiti alla proposta di una variante migliorativa, che l'amministrazione riteneva, però, carenti ai fini di poter prendere in considerazione detta proposta. L'impresa, quindi, in data 4.3.2005, dichiarava di aver abbandonato l'ipotesi di variante dei pali, decidendo l'esecuzione degli stessi come da progetto.

Nel permanere della situazione di contenzioso, la stazione appaltante faceva rilevare all'impresa il forte ritardo con varie note ed ordini di servizio; di contro l'impresa replicava con atto di diffida in data 4.7.2005, nel quale, tra l'altro, evidenziava una presunta disposizione di sospensione dei lavori da parte dell'ARPAT (Agenzia Regionale Protezione Ambiente Toscana).

La stazione appaltante, in data 28.7.2005 ed in data 4.8.2005, rispettivamente per il lotto B e per il lotto A, formulava due atti di ingiunzione all'impresa perché procedesse alla realizzazione dell'opera come previsto dal progetto, assegnando termini (15.10.2005) oltre i quali si riservava di procedere all'esecuzione in danno dell'impresa stessa.

Agli atti di ingiunzione della stazione appaltante l'impresa rispondeva con domanda di arbitrato (notificata il 3.10.2005 all'Avvocatura dello Stato ed il 4.10.2005 al Ministero delle Infrastrutture), nella quale ribadiva l'esigenza di adeguamento del coefficiente di protezione sismica, errori e manchevolezze progettuali, la inadeguata portanza di pali di fondazione sottoposti a prove di carico in sito, effettuate dall'impresa in adempimento alle prescrizioni del D.M. 11.3.1988, mancata attività preventiva di verifica del sito dal punto di vista ambientale (da cui l'intervento dell'ARPAT), mancata bonifica da ordigni bellici di una parte dell'area del lotto B, precedentemente occupata da una strada comunale che era stato possibile chiudere al traffico solo a seguito della realizzazione di un asse viario alternativo.

Stante la rilevanza delle circostanze segnalate, il Dirigente Generale del Servizio Ispettivo dell'Autorità, convocava il R.U.P. ed il Direttore Generale dell'Edilizia Statale e gli Interventi Speciali del Ministero Infrastrutture e Trasporti per un'audizione presso la sede dell'Autorità, al fine di acquisire informazioni e chiarimenti circa i provvedimenti adottati e lo stato del procedimento; questi, nel corso dell'audizione in data 21.2.2006, evidenziava di aver avviato, trascorso inutilmente il termine assegnato, le attività per l'esecuzione in danno, ai sensi dell'art.341 della Legge 20.3.1865 n.2248, all. F, di tutte le opere ad oggi non realizzate (quasi l'intero appalto).

Era stato nel contempo avviato il procedimento di arbitrato. Il Ministro e l'impresa avevano infatti provveduto alla nomina del proprio arbitro e le parti avevano convenuto sul nominativo del terzo arbitro. Al riguardo, il predetto Direttore Generale evidenziava come i provvedimenti dell'amministrazione relativi alla procedura arbitrale fossero avvenuti a livello superiore della Direzione di propria competenza; quest'ultima aveva invece avviato il procedimento di esecuzione in danno.

Precisava, inoltre, di aver sottoposto nuovamente il progetto all'esame del Consiglio Superiore dei lavori pubblici, che aveva ritenuto lo stesso pienamente eseguibile.

In coerenza con il provvedimento di esecuzione in danno la Direzione stava procedendo all'affidamento dei lavori mediante procedura negoziata, per la quale erano state interessate tutte le imprese che, a suo tempo, avevano manifestato interesse per l'appalto dei lavori.

Nonostante la contrarietà, manifestata dai Dirigenti dell'Autorità presenti all'audizione,

all'applicazione della procedura di esecuzione in danno, con successiva nota acquisita al prot. dell'Autorità n.11020 del 10.3.2006, la Direzione per l'Edilizia Statale del Ministero trasmetteva la documentazione, che confermava le informazioni fornite in sede di audizione.

Infatti, il Direttore Generale dell'Edilizia Statale e gli Interventi Speciali del Ministero Infrastrutture e Trasporti, con decreti n. B3/0/386 del 3.11.2005 e B3/0/421 del 16.11.2005 aveva disposto la conclusione dei procedimenti di esecuzione in danno dell'appaltatore delle attività contrattuali riferite ad entrambi i lotti, ai sensi dell'art.341 della legge 20.3.1865 n.2248.

Evidenziando come l'opera, in base al decreto del Ministro della Difesa del 26.3.1998, rientrava tra quelle da realizzarsi con "speciali misure di segretezza" di cui all'art.33 della legge 109/94 e s.m.i., aveva, quindi, proceduto ad avviare la trattativa privata previa gara informale, interpellando, con nota in data 14.12.2005, le ditte che in occasione del primo appalto avevano manifestato interesse (ma non avevano poi presentato offerta).

Con successiva nota del 24.1.2006 era stata richiesta a dette imprese la documentazione od autocertificazione dei requisiti necessari a partecipare alla procedura negoziata.

Nel contempo, in relazione alla domanda di arbitrato, con successiva memoria del 16.1.2006, l'appaltatore aveva quantificato la richiesta di risarcimento in €41.428.785,52.

La Direzione dell'Edilizia Statale e gli Interventi Speciali del Ministero Infrastrutture e Trasporti, pur procedendo parallelamente con l'esecuzione in danno, forniva controdeduzioni alle contestazioni dell'appaltatore, dopo aver acquisito il parere del Consiglio Superiore dei lavori pubblici - Assemblea Generale in data 10.2.2006:

Sostanzialmente controdeduceva che:

1. - l'Amministrazione aveva ritenuto di non dover attribuire all'opera i requisiti di struttura operativa ai fini della protezione civile, trattandosi di un complesso didattico-addestrativo-alloggiativo;
2. - le ulteriori presunte manchevolezze del progetto erano in realtà elementi di dettaglio, tali da non compromettere l'eseguibilità dell'opera e risolvibili nell'ambito dell'autonomia della Direzione dei lavori;
3. - la campagna di prove di carico su pali eseguita dall'impresa non appariva esaustiva ed i risultati comunque ottenuti non mettevano in discussione l'eseguibilità dell'opera;
4. - la presunta mancata attività di verifica del sito dal punto di vista ambientale risultava superata dalla nota del Comune di Firenze in data 10.6.2005, in esito alle indagini svolte con l'ARPAT;
5. - l'area ancora da sottoporre a bonifica bellica costituiva circa il 2% dell'intero terreno di sedime, per cui la relativa contestazione appariva strumentale.

Il Consiglio dell'Autorità, a seguito di esame di quanto comunicato dalla stazione appaltante nell'**adunanza del 4.4.2006**, disponeva di contestare alcune circostanze alla stazione appaltante, chiedendo alla stessa di comunicare i provvedimenti adottati a seguito di tali contestazioni. Con nota dell'Autorità **prot. 20156/06/ISP del 10.5.2006** - esclusa ogni valutazione di merito circa il contenzioso tra stazione appaltante ed appaltatore - in particolare era evidenziata la criticità che derivava dalla contemporanea adesione ed avvio, da parte di soggetti differenti della stessa amministrazione (Ministro e Direzione Generale), di due diversi procedimenti (arbitrato ed esecuzione in danno), constatando come un lodo arbitrale che avesse eventualmente riconosciuto le contestazioni più rilevanti dell'appaltatore avrebbe delegittimato di fatto il procedimento di esecuzione in danno avviato.

Relativamente a quest'ultimo procedimento, la nota evidenziava come l'articolo 341 della L.2248/1865, facesse riferimento alle opere necessarie per "*assicurare il compimento nel tempo prefisso dal contratto*", ovvero ad interventi di completamento, tali da potersi eseguire "*d'ufficio, in economia o per cottimi*"; il riferimento a "*tutte le opere, o parte soltanto delle medesime*" non poteva ritenersi sancire, come indicato dalla stazione appaltante, la possibilità di esecuzione in danno di un intero appalto, di notevole entità, le cui attività erano di fatto appena intraprese.

Si osservava come, nel caso di gravi comportamenti omissivi dell'appaltatore - tra i quali sicuramente si possono annoverare i ritardi di notevole consistenza, l'omesso impiego di attrezzature adeguate, ecc.-, la disposizione della L.2248/1865 cui fare riferimento fosse l'art.340, che prevede la rescissione in danno del contratto ed il successivo riappalto dei lavori.

In sostanza, veniva evidenziato dall'Autorità alla stazione appaltante, che il provvedimento invocato di esecuzione in danno, pur sempre di natura coercitiva, si presentava quale strumento meno drastico della rescissione in danno e, quindi, adeguato a situazioni in cui, pur mantenendo il contratto con l'appaltatore, la stazione appaltante interveniva per assicurare "*il compimento nel tempo prefisso del contratto*" a "*maggiori spese dell'impresa o sua sicurezza*"; con esso, infatti,

l'appaltatore veniva estromesso dal cantiere e privato della gestione dei lavori (o di parte di questi), senza, però, essere rimosso totalmente dall'appalto e mantenendo, pertanto, il diritto di vigilare sullo svolgimento degli stessi.

Nella esecuzione in danno la stazione appaltante si sostituisce, quindi, in tutto o in parte all'appaltatore nella gestione del cantiere, sopperendo alle carenze organizzative e tecniche di questi; tutto ciò appariva inadeguato al caso in questione, ove, invece, la stazione appaltante ricercava di fatto un nuovo appaltatore, cui affidare l'intero intervento, con completa gestione del cantiere ed organizzazione delle relative attività.

In relazione, poi, al fatto che si manteneva il rapporto contrattuale con il precedente appaltatore, non poteva trascurarsi la problematica conseguente alla presenza di questi, che, estromesso dalla gestione del cantiere, sarebbe stato sicuramente pronto a contestare i lavori eseguiti da altri, nonché ogni modifica apportata, a conforto delle contestazioni precedentemente formulate.

Altre rilevanti questioni si evidenziavano, con la medesima nota, per la procedura di affidamento dell'esecuzione in danno dei lavori: al di là di valutazioni sulla legittimità della procedura negoziata, che trovava giustificazione nella "segretazione" dell'opera, si osservava come la stazione appaltante si fosse rivolta a soggetti già a suo tempo invitati al primo appalto e che, all'epoca, non avevano presentato offerta; a meno di diverse e più complesse motivazioni i soggetti interessati avevano, quindi, già manifestato disinteresse per l'appalto.

Il Direttore dell'Edilizia Statale, con nota assunta al prot. 23701 del 31.5.2006, sosteneva la legittimità del procedimento di esecuzione in danno attuato, ai sensi art.341 della Legge 20.3.1865 n.2248, all. F, evidenziando come, a suo parere, non vi fosse dottrina univoca che affermi la impossibilità di applicazione della norma (non abrogata) alla totalità delle opere di un appalto, anche di notevole entità; ribadiva che la scelta del procedimento di esecuzione in danno, in luogo della rescissione del contratto in danno e del successivo riappalto delle opere, era motivata dal fatto che *"la rescissione avrebbe determinato il disimpegno della spesa con la conseguenza contabile della caduta in economia ed impossibilità di riappaltare l'opera per carenza della copertura finanziaria"*.

Circa le osservazioni in relazione all'affidamento con procedura negoziata, rappresentava che la procedura adottata trovava radice nello stesso art.341 della Legge 20.3.1865 n.2248, all. F, secondo il quale *"l'esecuzione d'ufficio consegue alla ricerca di una Impresa di fiducia dell'Amministrazione che esegua le opere non realizzate dall'appaltatore inadempiente"*.

Il Responsabile del Procedimento, dal canto suo, con nota acquisita al prot. dell'Autorità n. 24278 del 18.5.2006, riferiva circa l'esito della gara informale svoltasi per l'affidamento dell'esecuzione in danno dei lavori e circa i successivi provvedimenti adottati.

Risultava che, a seguito di invito alla gara informale, esteso ad 8 imprese, avevano presentato offerta tre concorrenti; la gara informale, svoltasi in data 27.3.2006, individuava quale migliore offerta quella dell'A.T.I. Grandi Lavori Ficonsit S.p.A. - Siemens S.p.A. - Pietro Cidonio S.p.A. - Cofathec Servizi S.p.A., con il prezzo complessivo per i due lotti di € 228.990.000,00 (di cui € 1.154.723,80 per oneri di sicurezza), con aumento, pertanto, di circa il 21% sull'importo a base d'asta di € 188.254.117,29.

Con decreto B3/0/268 del 27.3.2006 i lavori venivano, quindi, aggiudicati provvisoriamente al predetto raggruppamento di imprese, al quale era chiesto, al fine di procedere alla consegna dei lavori, di fornire documentazione, nonché cauzioni definitive e polizze assicurative per danni di esecuzione e responsabilità civile verso terzi.

La Fincosit S.p.A., dopo aver ottenuto proroghe dei termini, non aveva consegnato le polizze, per cui la stazione appaltante aveva annullato l'aggiudicazione a favore del raggruppamento della stessa ed aveva aggiudicato i lavori all'A.T.I. Astaldi S.p.A. - Costruzioni Rosso geom. Francesco & Figli S.p.A. - Carlo Gavazzi Impianti S.p.A. - S.I.R.I. S.p.A., seconda classificata nella gara informale con l'importo offerto di € 261.466.109,92 (di cui € 1.154.723,80 per oneri di sicurezza), con aumento, pertanto, sull'importo a base d'appalto, di circa il 39%. Quest'ultima accettava di migliorare l'offerta di €200.000,00 ed, in data 4.5.2006, consegnava alla stazione appaltante documentazione e cauzioni definitive.

Rispetto all'importo appaltato, l'aggiudicazione comportava un aumento di €73.011.992,63.

Nel contempo perveniva all'Autorità, assunta al prot. 21512 del 18.5.2006, la nota dell'Impresa Baldassini - Tognozzi - Pontello (nei confronti della quale la stazione appaltante aveva proceduto all'esecuzione in danno) per segnalare l'illegittimità dell'imminente affidamento alla ditta Astaldi, con un prezzo ben superiore a quello del contratto in essere, sicuramente foriero di danno erariale.

Inoltre, con nota pervenuta all'Autorità in data 29.5.2006 prot. 23245, la Procura Regionale della Corte dei Conti trasmetteva, per opportuna conoscenza, alcuni esposti della Baldassini Tognozzi - Pontello che, in relazione alla controversia insorta tra la stessa ed il Ministero delle Infrastrutture

circa la eseguibilità del progetto dei lavori in argomento, evidenziavano la pendenza del giudizio arbitrale, ribadendo come il procedimento posto in essere dal Ministero avrebbe determinato danni per il pubblico erario.

Con la stessa lettera la Procura della Corte dei Conti trasmetteva anche due note pervenute alla stessa per conoscenza dal Ministero Infrastrutture.

Con la prima, diretta al Presidente della Regione Toscana e all'Ufficio Regionale per la tutela del territorio di Firenze, il Ministero contestava il parere, attinente alla questione più rilevante del contenzioso (coefficiente di protezione sismica da applicare nel calcolo delle strutture), rilasciato dal suddetto Ufficio Regionale su istanza di professionisti, i quali, pur senza precisare di far riferimento alla Nuova Scuola Marescialli dei Carabinieri di Firenze, avevano richiamato puntualmente tutte le caratteristiche di detto intervento; il parere era contestato in quanto difforme da quello rilasciato dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, unico organo competente sulla materia.

Il Ministero diffidava, inoltre, l'Ufficio Regionale per la tutela del territorio di Firenze dall'esprimere parere su opere, oggetto di contenzioso, di esclusiva competenza statale e chiedeva al Presidente della Regione Toscana di diffidare, parimenti, detto Ufficio dal rilasciare pareri ed interviste in ordine al contenzioso insorto relativamente all'intervento in oggetto.

Con la seconda nota, diretta al Presidente della Regione Toscana, il Ministero, prendendo atto di come l'Ufficio regionale avesse, benché diffidato, rilasciato il parere a seguito di una riunione cui avevano partecipato i consulenti di parte e d'ufficio del collegio arbitrale costituito per dirimere la vertenza con la Baldassini Tognozzi - Pontello, avvertiva di avere in corso una verifica della circostanza per valutare l'opportunità di una denuncia alla Procura della Repubblica per abuso d'ufficio.

Il Consiglio, prendeva atto della situazione di criticità, nonché dell'assenza, da parte della stazione appaltante, di qualsiasi provvedimento di conformazione alle precedenti osservazioni dell'Autorità e, con **deliberazione n. 61 del 25.7.2006**, si esprimeva nel modo seguente, rilevando che:

1. - la stazione appaltante aveva proseguito nel procedimento di esecuzione in danno, ribadendo la correttezza dello stesso, senza porre in atto alcun provvedimento conseguentemente alle osservazioni formulate dall'Autorità;
2. - la procedura di gara informale per l'affidamento dei lavori residui (costituenti pressoché l'intero intervento) si era conclusa con l'aggiudicazione degli stessi all'A.T.I. Astaldi S.p.A. (capogruppo) con un rilevante aumento rispetto all'importo posto a base d'appalto (€73.011.992,63);
3. - le circostanze che avevano caratterizzato lo svolgimento della gara informale - prima aggiudicazione all'A.T.I. Fincosit con aumento di circa il 21% e successiva nuova aggiudicazione all'A.T.I. Astaldi con aumento del 39% circa - evidenziavano l'assenza di qualsiasi valutazione della congruità economica del progetto posto in gara e delle offerte ricevute, tanto più necessaria in relazione al carattere negoziato della procedura di affidamento;
4. - ove si ritenesse congruo l'incremento del 39% sull'importo dei lavori a base d'asta, la somma destinata agli oneri per la sicurezza sarebbe risultata, di contro, fortemente sottostimata, con la conseguenza di un totale stravolgimento delle finalità dell'art. 31 della legge 109/94;
5. - l'A.T.I. Fincosit S.p.A. aveva potuto non prestare fede all'offerta formulata, lasciando il campo a quella dell'A.T.I. Astaldi S.p.A. di importo ben superiore, in quanto la lettera d'invito alla gara (punto 6) aveva espressamente previsto che, per la partecipazione, non dovesse prestarsi alcuna cauzione provvisoria, in palese contrasto con l'art.30, comma 1 della legge n.109/94;
6. - contestualmente era pendente il giudizio arbitrale, avviato per iniziativa della Baldassini Tognozzi Pontello e finalizzato a dichiarare legittima la risoluzione del contratto per colpa della stazione appaltante, con conseguente risarcimento economico all'appaltatore, che, qualora fosse stata accolta anche in parte le ragioni dell'impresa, avrebbe determinato maggiori oneri per l'amministrazione;
7. - allo stato non vi era certezza di finanziamento dell'intera opera;
8. - le circostanze segnalate dalla Procura Regionale della Corte dei Conti sembravano, infine, evidenziare un contrasto tra le attività di organi istituzionali statali e regionali.

Stante le criticità di cui sopra e valutata la rilevanza dell'opera, il Consiglio disponeva l'invio della deliberazione al Direttore dell'Edilizia Statale del Ministero delle Infrastrutture e al Responsabile del Procedimento per le valutazioni di competenza ai fini del procedimento di riesame.

Disponeva, inoltre, l'invio della deliberazione al Ministro delle Infrastrutture, nonché all'Organo di controllo interno del Ministero e alla Procura Regionale della Corte dei Conti, per quanto di propria competenza.

Nonostante gli interventi dell'Autorità, in ultimo con la citata deliberazione n.61/2006, la stazione appaltante non riteneva di adottare alcun provvedimento in autotutela.

Su richiesta della Direzione Vigilanza Lavori, il Responsabile del procedimento, con nota acquisita al prot. n.26101/VILA in data 6.5.2008, ha segnalato che per il lotto A, ad opera dell'ATI Astaldi, sono state completate tutte le fondazioni e sono in corso di realizzazione le strutture di elevazione di alcuni edifici; per il lotto B sono state, invece, realizzate le strutture di tutti i fabbricati e sono in corso di realizzazione le tamponature degli stessi.

Per il lotto A, a tutto il 31.3.2008, risultavano emessi 2 SAL, dell'importo complessivo di € 23.603.149,30, mentre, per il lotto B, sono stati emessi 3 SAL, a tutto il 31.1.2008, dell'importo complessivo di € 4.338.061,65.

Il R.P. ha evidenziato che non sono state redatte perizie di variante, per cui, si desume, le strutture sono eseguite secondo il progetto originario, che prevede un coefficiente di protezione sismica $I=1$ (e non $I=1,4$, come invece sostenuto necessario dalla Baldassini-Tognozzi-Pontello).

Al riguardo il Collegio Arbitrale si è pronunciato con lodo definitivo in data 27.7.2007 sulle questioni oggetto di contenzioso tra S.A. ed impresa Baldassini-Tognozzi-Pontello.

Dei diversi argomenti, oggetto della domanda di arbitrato dell'Impresa, la questione relativa al coefficiente di protezione sismica, da applicare per la verifica della struttura del complesso, ha assunto carattere assorbente e per essa il Collegio si è fatto carico di assumere determinazioni, sulla base delle valutazioni dei CTU.

In particolare, ha osservato che, con parere prot. 11/2006 del 10.2.2006, il Consiglio Superiore LL.PP. ha ribadito come, al fine di stabilire se la struttura in esame fosse o meno destinata ad ospitare " *reparti operativi o solo allievi* " (e stabilire di conseguenza il livello di protezione sismica da adottare), fosse necessario il pronunciamento del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri; ha ritenuto, quindi, che dovesse applicarsi il coefficiente $I=1$, motivando il parere sulla base di una nota del Comando Generale dell'Arma CC (prot. 3983/1247 del 29.11.2005), nota che, però, ha rilevato il Collegio, è del tutto postuma alla vicenda contrattuale ormai connotata da contenzioso.

Il Collegio richiama inoltre note del Comando Generale, anche quasi coeve (21.7.2005), del tutto discordanti, che evidenziano come il complesso sia destinato a soddisfare " *anche pressanti fabbisogni di settore di ulteriori Reparti dislocati nell'area, con inevitabili incidenze in tema di efficienza operativa* ".

Cita anche una nota del progettista (n.189 del 27.7.2005) che precisa che l'adozione del " *coefficiente di importanza sismica $I=1,4$ è la decisione corretta, a norma di legge, dopo l'emanazione dell'Ordinanza Sismica [OPCM n.3274/2003] ed in previsione della pubblicazione del Testo Unico delle N.T.* " (anche se, al riguardo, il Collegio evidenzia come la richiamata Ordinanza non incida sulla precedente classificazione del coefficiente).

La CTU, riporta il Collegio, ha evidenziato, anche (richiamando un precedente parere del Servizio Tecnico Centrale del Ministero delle Infrastrutture) come ad alcuni edifici del complesso immobiliare in questione, ove progettati singolarmente, si sarebbe dovuto comunque applicare un coefficiente di protezione sismica >1 (ad esempio per scuole $I=1,2$).

Inoltre, secondo il Collegio, sono da ritenersi decisivi la dichiarazione del Ministero della Difesa del 2.2.1998, finalizzata alla dichiarazione dell'opera di "difesa militare" e, quindi, all'esclusione della stessa dalla disciplina del D.P.R. 383/1994 relativa ai procedimenti di localizzazione delle opere di interesse statale, nonché il D.M. Difesa 26.3.1998, che ha dichiarato l'opera segreta nell'interesse della sicurezza dello stato. Richiama, al riguardo, la sentenza della Corte Costituzionale n.150 del 18.3.1992, che evidenzia l'esigenza, per qualificare l'opera come "destinata alla difesa militare", di profili non solo riferiti alla natura dell'amministrazione interessata dai lavori, ma anche alle caratteristiche oggettive e alle finalità dell'opera.

In definitiva il coefficiente di protezione sismica si sarebbe dovuto stabilire pari a $I=1,4$; anche ove attribuita la funzione di scuola al complesso il coefficiente non sarebbe stato pari a 1.

Il Collegio ha pertanto ritenuto che dalla documentazione versata in atti e dalla relazione dei CTU emergano l'errore progettuale in cui è incorsa l'Amministrazione committente e la violazione da parte del Ministero del dovere di cooperare all'obbligo di adempimento dell'appaltatore.

Ha dichiarato, quindi, legittima l'intervenuta risoluzione di diritto per colpa del Ministero dei due contratti, ed inefficaci i provvedimenti di esecuzione in danno disposti da quest'ultimo.

Ha riconosciuto all'appaltatore la somma, da corrispondere da parte del Ministero, di:

1. - € 17.093.599,80 per mancato utile
2. - € 6.786.775,25 per spese generali improduttive fino alla risoluzione

- contrattuale
3. - € 2.348.705,04 per spese generali improduttive dalla risoluzione al verbale consistenza
4. - € 1.225.967,93 per mancato ammortamento macchinari
5. - € 1.879.065,69 per impianto e disimpianto cantiere
6. - € 5.075.948,05 per mancata formazione dei requisiti

€ 34.410.061,76

Rilevando, poi, che con precedente transazione era stata corrisposta all'appaltatore la somma di € 12.650.000,00, che, pur annessa prevalentemente alle esigenze di bonifica ordigni bellici, è stata imputata anche a corrispettivo per la tardiva percezione dell'utile di impresa e rideterminazione transattiva dell'ammontare degli SAL, ha ritenuto di detrarre dall'importo sopra riconosciuto il 75% di quanto corrisposto con la precedente transazione.

In definitiva ha riconosciuto all'appaltatore la somma di € 25.922.561,76 (di cui 23.253.741,73 con rivalutazione monetaria e interessi dal 3.10.2005 ed €2.668.820,03 con rivalutazione monetaria e interessi dal 7.7.2006).

Sono stati, inoltre, valutati i lavori eseguiti in € 2.187.107,38 (oltre interessi legali e moratori).

Con nota del 3.10.2007 il Ministero delle Infrastrutture ha chiesto all'Avvocatura dello Stato di intraprendere ogni azione utile alla sospensione dell'efficacia e all'impugnazione del lodo arbitrale, rilevando il sussistere dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *grave ed irreparabile danno*, ove fosse eseguito il lodo.

L'Avvocatura dello Stato, con atto del 6.11.2007, ha chiesto alla Corte d'Appello di Roma di sospendere, in via pregiudiziale, l'esecutività dei lodi arbitrali parziale (sottoscritto in data 22.3.2007) e definitivo (sottoscritto in data 27.7.2007), nonché, nel merito, il loro annullamento.

Tra le motivazioni della richiesta di annullamento, si rappresenta quale infondato l'assunto del Collegio, in quanto basato su un grave difetto istruttorio: gli Arbitri (ed i propri CTU) avrebbero deciso in ordine al coefficiente di protezione sismica dell'opera senza mai aver esaminato il progetto strutturale (o altro elaborato progettuale), basandosi su rilievi di ordine generale e apodittici (l'amministrazione richiama calcolazioni del progettista, che evidenzerebbero una scarsa significatività del valore del coefficiente di protezione sismica adottato, stante le caratteristiche delle opere da realizzare ed il sistema di prefabbricazione adottato).

Si evidenzia anche la differenza tra opere di difesa militare e opere di importanza primaria ai fini della protezione civile (solo quest'ultime da assoggettare a coefficiente di protezione sismica I=1,4), che sarebbero state impropriamente assimilate dal Collegio.

E', inoltre, ritenuto errato il calcolo del corrispettivo per mancato utile, ove non si limita a considerare i 4/5 del valore dell'appalto, bensì prende in considerazione ai fini del calcolo l'intero importo contrattuale.

Infine, è valutato come assolutamente errato il pronunciamento arbitrale ove riconosce corrispettivi in assenza dell'onere probatorio, in particolare per quanto riguarda impianto e disimpianto cantiere e costi del personale sulla base del dimensionamento teorico del cantiere, o per il danno per mancata formazione dei requisiti.

L'Impresa Baldassini-Tognozzi-Pontello, con nota acquisita al protocollo dell'Autorità n. 21945 del 15.4.2008, ha richiamato la situazione di cui sopra ed il lodo arbitrale, evidenziando l'assoluta mancanza di copertura economico/finanziaria dei lavori in danno della stessa Impresa, attualmente in corso di esecuzione da parte dell'A.T.I. Astaldi S.p.A. (capogruppo).

Inoltre ha segnalato che, successivamente al lodo, ha inviato diffida al Ministro delle Infrastrutture e alla Direzione Generale dell'Edilizia Statale ed Interventi Speciali, perché fosse disposta la sospensione dei lavori in corso in virtù dell'affidamento in danno dichiarato illegittimo, anche al fine di evitare la prosecuzione di lavori secondo progetti dichiarati tecnicamente inidonei e, come tali, suscettibili di arrecare ulteriore danno all'erario.

L'Impresa ha evidenziato di essersi dichiarata, con la predetta diffida, disponibile ad un ultimo tentativo di accordo bonario, ma di non aver ricevuto alcuna risposta dal Ministero. Ha segnalato, quindi, la situazione all'Autorità, affinché assuma le determinazioni conseguenti in ordine alla corretta ed utile prosecuzione dei lavori, con particolare riferimento alla prosecuzione di una procedura in danno assolutamente illegittima, priva di copertura economica e volta alla realizzazione di una struttura di interesse nazionale carente di requisiti di idoneità sismica.

Ritenuto in diritto

La stazione appaltante, come già posto in evidenza con la richiamata deliberazione n.61 del

25.7.2006, ha respinto tutte le osservazioni formulate dall'Autorità, che, sostanzialmente, invitavano a procedure conformi alle disposizioni normative attinenti al caso in questione e di maggiore tutela per l'amministrazione, rispetto all'esecuzione in danno dell'appaltatore.

Procedimento questo da ritenersi non conforme rispetto alla corretta interpretazione della norma di riferimento all'epoca vigente (art. 341 della Legge n. 2248/1865), che non consentiva il completo riappalto di un'opera, come di fatto si è verificato, sia passibile di determinare una carenza della copertura finanziaria, assicurata solo nell'ipotesi della possibilità di piena rivalsa nei confronti dell'appaltatore degli oneri derivanti dall'affidamento dell'esecuzione dei lavori ad altra impresa.

Non è da sottovalutare, poi, la già evidenziata criticità dell'affidamento dell'esecuzione dei lavori in danno, attraverso una gara informale con modalità in tutta evidenza inadeguate, come precisato nella citata deliberazione n. 61/2006 e richiamato nella precedente trattazione.

Le procedure seguite, già viziata a monte dall'improprio ricorso al procedimento di esecuzione in danno di cui all'art. 341 della L.2248/1865, appaiono, infatti, del tutto contrarie a principi di economicità, efficacia, trasparenza ed idonee ad assicurare un'adeguata concorrenza, ove si rivolgono ad un limitato gruppo di imprese, che già nel primo appalto non avevano presentato offerta, benché invitate.

La stazione appaltante non ha ritenuto di attuare eventuali provvedimenti in autotutela, che l'Autorità ha chiesto di comunicare, nemmeno quando l'esito della gara informale per l'affidamento dell'esecuzione in danno, a seguito delle vicende richiamate nella precedente trattazione, ha fatto registrare un aumento rispetto all'importo a base della procedura negoziata di € 73.011.992,63, maggiore importo che la stazione appaltante ha ritenuto di accettare senza alcuna valutazione di congruità dello stesso.

Allo stato, ove non dovesse essere accolta la richiesta avanzata dall'Avvocatura dello Stato di annullamento del lodo arbitrale, la situazione, alla quale la stazione appaltante è pervenuta per effetto dei provvedimenti assunti, sarebbe di estrema gravità:

1. - si determinerebbe un danno economico di elevatissima entità, stimabile, in via puramente indicativa, nel seguente importo:

€ 12.650.000,00 (prima transazione)

€ 73.011.992,63 (maggiore costo lavori per effetto del successivo affidamento)

€ 25.922.561,76 (importo riconosciuto con l'arbitrato alla B-T-P)

€ 111.584.554,39

oltre ad interessi e rivalutazione monetaria;

1. - i lavori in corso di esecuzione sarebbero privi di adeguata copertura finanziaria;
2. - la struttura dei costruendi edifici, secondo il lodo, non sarebbe calcolata in conformità alle norme sismiche vigenti all'epoca dell'appalto, considerata la destinazione degli stessi edifici, che potrebbero risultare, pertanto, strutturalmente non idonei a svolgere la funzione cui sono destinati.

Dalle circostanze di cui sopra emergono evidenti profili di responsabilità nei confronti dei responsabili dell'amministrazione e del progettista delle strutture.

Riguardo alla conformità dei costruendi edifici alle norme sismiche si evidenzia la particolare circostanza per cui il Collegio arbitrale ha assunto posizione, sulla scorta della CTU, circa il coefficiente di protezione sismica da assumere ai fini della verifica strutturale dei costruendi edifici, ritenendo che il coefficiente corretto sia $I=1,4$; tale posizione è stata assunta nonostante il Consiglio Superiore dei lavori pubblici si sia espresso, in Assemblea Generale, con parere prot. 11/2006 del 10.2.2006, sostenendo, sulla base di una nota del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri (del 29.11.2005) che precisava la destinazione degli immobili, la conformità del progetto alle norme sismiche vigenti all'epoca dell'appalto, e, quindi, corretta l'assunzione, in sede di progettazione, del coefficiente di protezione sismica $I=1$.

In relazione a tale circostanza, si osserva come il Consiglio Superiore dei lavori pubblici sia l'organo istituzionalmente preposto all'esame e parere dei progetti di competenza statale, di importo superiore a 25 milioni di euro; detto organismo è anche istituzionalmente preposto ad esprimere parere sulle norme tecniche, emanate dal Ministro dei lavori pubblici (oggi delle Infrastrutture e dei Trasporti) ai sensi dell'art.21 della Legge n.1086/1971 (Norme per la disciplina delle opere in conglomerato cementizio, normale e precompresso ed a struttura metallica), nonché

sulle norme tecniche, emanate dal Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro dell'Interno, ai sensi dell'art.1 della Legge n.64/74 (Provvedimenti per le costruzioni con particolari prescrizioni per le zone sismiche).

Tuttavia, gli Arbitri hanno ritenuto che il parere del Consiglio Superiore " *pur assolutamente autorevole per le considerazioni generali espresse, non è decisivo al fine di definire la controversia, perché è motivato in punto di fatto sulla base di una nota del Comando Generale del tutto postuma alla vicenda contrattuale, emessa anzi quando la questione aveva da tempo assunto carattere contenzioso ed era anzi iniziato da qualche settimana anche il presente procedimento arbitrale* " (pag. 69 del lodo).

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

1. - rileva come la stazione appaltante abbia proseguito nel procedimento di esecuzione in danno, senza porre in atto alcun provvedimento conseguente alle osservazioni formulate dall'Autorità, che ponevano in evidenza la non riconducibilità del caso specifico alle circostanze di cui all'art. 341 della Legge n.2248/1865;
2. - rileva come la stazione appaltante, abbia di fatto individuato un nuovo appaltatore, con modalità in contrasto con i principi di economicità, efficacia e trasparenza e, nonostante le osservazioni formulate al riguardo dall'Autorità, abbia confermato la procedura seguita, procedendo ad aggiudicare l'esecuzione delle opere con un ingente aumento rispetto all'importo posto a base della procedura negoziata;
3. - rileva come, nel merito del contenzioso tra stazione appaltante e appaltatore, il Collegio Arbitrale si sia pronunciato con lodo definitivo in data 27.7.2007, dichiarando legittima l'intervenuta risoluzione di diritto per colpa del Ministero dei due contratti ed inefficaci i provvedimenti di esecuzione in danno disposti da quest'ultimo, con conseguenti rilevanti somme da corrispondere da parte dello stesso all'appaltatore;
4. - rileva che, con lo stesso lodo, il Collegio arbitrale ha ritenuto la struttura dei costruendi edifici non calcolata in conformità alle norme sismiche;
5. - per quanto sopra evidenzia come, allo stato e ove non accolta la richiesta avanzata dall'Avvocatura dello Stato di annullamento del lodo arbitrale, si appalesi un ingente danno per il pubblico erario, l'intervento in corso risulterebbe privo di adeguata copertura finanziaria e le costruende opere potrebbero risultare inadeguate alla destinazione d'uso prevista;
6. - dispone l'invio della presente deliberazione al Direttore Generale dell'Edilizia Statale e Interventi Speciali del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ed al Responsabile del Procedimento, per le valutazioni ed i conseguenti provvedimenti di competenza, da comunicare entro il termine di 30 gg. dal ricevimento della stessa deliberazione;
7. - dispone, inoltre, l'invio della presente deliberazione alla Procura della Repubblica, alla competente Procura Regionale della Corte dei Conti, all'Organo di controllo interno del Ministero, per i profili di rispettiva competenza;
8. - incarica la Direzione Vigilanza lavori di procedere nel monitoraggio dell'intervento e del contenzioso in corso tra stazione appaltante ed appaltatore;
9. - dispone, infine, di segnalare la vicenda al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti.

I Consiglieri Relatori

Alessandro Botto Guido Moutier

Il Presidente

Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 ottobre 2008

Il Segretario

Maria Esposito