Autorità Nazionale Anticorruzione

Deliberazione n. 117 del 4 novembre 2015

Fasc. 3106/2014

Oggetto: Appalto per la progettazione esecutiva e la realizzazione della prima fase funzionale della chiusura dell'anello ferroviario di Palermo, in sotterraneo, nel tratto di linea tra la stazione di Palermo Notarbartolo e la fermata Giachery, e proseguimento fino a Politeama.
Ente committente (Ente beneficiario): Comune di Palermo
Stazione appaltante (Ente attuatore): Italferr spa, in nome e per conto di RFI spa
Appaltatore: Tecnis spa
Importo di contratto: € 104.215.085,07

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 4 novembre 2015;

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione
Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni;
Vista l'apertura di istruttoria avvenuta con nota n. 126794 del 13.11.2014;
Vista la relazione dell'Area Vigilanza, Ufficio Vigilanza Lavori;
Vista la Comunicazione di Risultanze Istruttorie inviata con nota prot. n. 98043 del 31.7.2015 al Comune di Palermo in qualità di Ente committente, Italferr spa e RFI spa in qualità di Stazione Appaltante e a Tecnis spa in qualità di Appaltatore e da questi riscontrata rispettivamente con note del 10.9.2015, 15.9.2015, 16.9.2015 e 19.10.2015;

Considerato in fatto

Con esposto presentato all'AVCP nel gennaio 2011 la ICS spa (già Salini Locatelli srl) segnalava alcune anomalie in relazione all'appalto in oggetto. Trattasi di un appalto integrato ai sensi della l. n. 109/94 e s.m.i dell'importo complessivo a base d'asta di € 97.566.947,04, aggiudicato nel 2007 alla Tecnis spa con un ribasso del 22,6700%. L'esponente, seconda classificata, evidenziava che la Tecnis spa aveva dichiarato in sede di verifica dell'anomalia di poter usufruire degli sgravi fiscali previsti dalla l. n. 407/1990 in materia di assunzioni agevolate e quindi di poter applicare un prezzo ridotto della manodopera; a detta dell'esponente, però, tale mezzo di prova era da considerarsi inammissibile. Inoltre, l'esponente sosteneva che la Tecnis spa in sede di progettazione esecutiva aveva introdotto sostanziali e onerose varianti al progetto definitivo, valorizzate utilizzando il costo intero della

manodopera "*per ovviare agli inconvenienti derivanti da un inopinato ribasso formulato in sede di gara*".

A seguito dell'esposto l'allora DG VICO apriva il fascicolo n. 1192/2011 e provvedeva ad acquisire informazioni documentate presso la S.A. dalle quali è risultato il quadro seguente.

Il bando di gara è stato pubblicato sulla GUCE 2006/S n. 103 del 1 giugno 2006. Trattasi di un pubblico incanto ai sensi della l. n. 109/94 e s.m.i. per affidamento di appalto integrato di progettazione esecutiva e lavori. Il progetto definitivo a base di gara è stato elaborato da Italferr spa e approvato dal Comune di Palermo il 30 novembre 2005 . I lavori consistono nel prolungamento ed elettrificazione del tracciato ferroviario esistente compreso tra la Stazione di Palermo Notarbartolo e la fermata Giachery con la realizzazione delle nuove fermate "Porto" e "Politeama" e nella costruzione di una nuova fermata "Libertà" sul tracciato esistente. L'importo complessivo è di € 97.566.947,04 di cui € 95.227.504,88 per lavori a corpo, € 1.142.818,18 per attuazione dei Piani di sicurezza non soggetti a ribasso, € 1.196.623,98 per spese di progettazione non soggette a ribasso. L'importo complessivo dell'intervento è pari a 124.103.656,43 €. Le categorie di cui si compone l'intervento sono OG3 prevalente e OS21, OG11, OS9, OS29, OG1, OS19, OS23, OS25 scorporabili. Il termine per l'espletamento della progettazione esecutiva è fissato in 180 giorni dalla consegna delle prestazioni di progettazione, quello per l'ultimazione dei lavori in 855 giorni dalla consegna dei lavori.

Entro il termine previsto per la scadenza (28 agosto 2006) sono pervenuti alla Stazione Appaltante n. 9 plichi. In data 30 agosto 2006 sono iniziate le operazioni di gara da parte della apposita commissione. A seguito dell'apertura delle buste A tutte le imprese sono state ammesse.

La Tecnis spa è stata sorteggiata per la verifica dei requisiti ai sensi dell'art. 10 comma 1-quater della l. n. 109/94.

All'apertura delle buste B la commissione di gara ha rilevato che i ribassi sono compresi tra un minimo del 6,0119% (Andanti spa) e un massimo del 24,0189% (Maire Engineering spa). La commissione, procedendo ai sensi dell'art. 21 comma 1-bis della legge 109/94, ha individuato la soglia di anomalia nel valore di ribasso pari a 20,5731%; le imprese i cui ribassi sono risultati superiori e quindi da sottoporre a verifica di congruità sono state la Maire Engineering spa (24,0189%), la Tecnis spa (22,67005), Condotte d'Acqua spa (21,2723%).

La verifica di congruità ha dato esito negativo per Maire Engineering spa e Condotte d'Acqua spa . Riguardo a Tecnis spa la Commissione rilevava che essa aveva i requisiti per poter usufruire delle agevolazioni contributive della l. n. 407/90. Tuttavia, rilevava anche che il conteggio presentato dalla Tecnis spa comportante un minor costo di € 3.427.244,50 non risultava adeguatamente dettagliato e motivato. Invitata a rivedere il conteggio la Tecnis spa presentava un nuovo calcolo che rettificava il minor costo in € 2.750.962,23 ritenuto congruo dalla commissione .

In data 21 giugno 2007 la Commissione pronunciava l'aggiudicazione provvisoria in favore di Tecnis spa. Seconda in graduatoria, in quanto miglior offerta non anomala, è la l'ATI Salini Locatelli srl con un ribasso del 19,0487%.

In data 2 luglio 2007 l'ATI Salini Locatelli srl (capogruppo) ha presentato ricorso al TAR Lazio avverso l'aggiudicazione.

Il TAR Lazio con sentenza n. 6353 del 2 luglio 2008 ha accolto il ricorso ritenendo che la S.A. avesse erroneamente ammesso giustificazioni ulteriori dopo la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta: segnatamente, Tecnis spa aveva giustificato le sottostime dell'offerta compensandole con un elemento sopravvenuto e cioè la possibilità di fruire di sgravi di costi per il personale ai sensi della l. n. 407/1990 .

Successivamente, però, tale sentenza è stata ribaltata in appello dal Consiglio di Stato sez. VI con sentenza n. 3146 del 21 maggio 2009 che ha confermato la correttezza dell'operato della S.A. e quindi la

legittimità dell'aggiudicazione alla Tecnis spa. In estrema sintesi, la sentenza si basava sul consolidato principio che *"la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica mirando, invece, ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile o inattendibile e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto". Inoltre, continua, "mentre l'offerta è immodificabile, modificabili sono le giustificazioni, sono ammesse giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di seria esecuzione del contratto".* Occorre quindi distinguere tra *"immodificabilità dell'offerta e parametri dimostrativi dell'affidabilità e remunerativitá dell'offerta che non possono certo dirsi predeterminati e fissati una volta per tutte con la presentazione della stessa, essendo essi influenzati da una molteplicità di elementi per loro natura variabili (condizioni di mercato delle materie prime e dei semilavorati, credito contrattuale, andamento del mercato del lavoro, economie di scala, costi di manodopera, legislazione fiscale e previdenziale, ecc.)".* Pertanto il Consiglio di Stato, rifacendosi anche a precedenti sentenze (tra le altre, CdS, sez. VI, 19 maggio 2000, n. 2908 e Sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 8028) si esprimeva favorevolmente sul fatto che si potesse acconsentire di giustificare l'offerta adducendo l'elemento sopravvenuto della possibilità di fruire degli sgravi inerenti il costo del personale.

In data 3 settembre 2009 Italferr spa ha proceduto all'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore di Tecnis spa.

In data 21 settembre 2009 è stata stipulata la Convenzione tra Tecnis spa e Italferr spa. L'importo di contratto ammonta a € 75.978.823,03. Il tempo assegnato per la elaborazione del progetto esecutivo è di 180 gnc. Il tempo assegnato per la esecuzione dei lavori è di 855 gnc.

In data 14 ottobre 2009 è stata effettuata la Consegna delle Prestazioni di progettazione con consegna prevista per il 14 aprile 2010.

La progettazione esecutiva è stata molto laboriosa e il termine previsto per la consegna del progetto esecutivo, nonostante i ripetuti solleciti di Italferr spa, è stato ampiamente disatteso; il progetto esecutivo, infatti, veniva consegnato in data 23 novembre 2010, con n. 234 giorni di ritardo sul termine previsto.

Il progetto esecutivo presentato dalla Tecnis spa si differenziava dal progetto definitivo per l'introduzione di numerose varianti, nuove lavorazioni con corrispondenti nuovi prezzi, un nuovo programma dei lavori della durata di 1402 gnc rispetto agli 855 gnc del progetto definitivo, e un importo complessivo di lavori pari a circa 172 mil/€ a fronte dei circa 76 mil/€ del contratto.

Le varianti proposte erano le seguenti:

1. Variante smaltimento terre. Gli ulteriori sondaggi eseguiti da Tecnis spa in sede di progetto esecutivo evidenziavano la presenza di zone di inquinamento in alcune aree in cui eseguire lavori di scavo, con la necessità di prevedere lo smaltimento di materiali inquinati in apposite discariche per rifiuti pericolosi. Per tale attività di smaltimento è stato previsto un nuovo importo di 38.939.653,68 €, contabilizzato a misura (trattasi, infatti, di una categoria di lavorazioni da introdurre ex novo nel quadro complessivo dell'intervento).
2. Variante per abbassamento livelletta zona portuale. La modifica consiste nell'abbassamento della livelletta di circa 2,00 mt nella zona portuale a causa della presenza di sottoservizi. Tale abbassamento comporta opere di natura ed entità differenti rispetto a quanto previto nel progetto dfinitivo. L'importo previsto è pari a 42.420.368,26 €.
3. Variante Stazione Politeama. Trattasi di modifiche strutturali alla Stazione Politeama giustificate dall'appaltatore con la carenza di informazioni sui sottoservizi. L'importo proposto è pari a 7.210.197,71 €.
4. Variante abbassamento livelletta via Amari. Consiste in un abbassamento della livelletta lungo via Amari reso necessario dalla presenza di un collettore fognario lungo via Scordia (perpendicolare alla via Amari). L'importo proposto è pari a 13.419.164,78 €.
5. Variante sottoservizi. La variante è finalizzata alla risoluzione di interferenze varie lungo il

tracciato. L'importo complessivo è pari a 4.587.569,23 €.

6. Variante impianti. Trattasi di una variante resasi necessaria a seguito di aggiornamenti di specifiche tecniche ferroviarie e richiesta esplicitamente da RFI. L'importo della variante è pari a 10.474.452,64 €.
7. Variante modifica classe di esposizione cls. La variante deriva dalla necessità di utilizzare un cls di qualità superiore per le paratie della zona portuale. Importo della variante 2.389.186,32 €.
8. Variante modifiche armamento. La variante è stata giustificata con sopraggiunte modifiche normative in tema di armamento ferroviario. Importo variante 2.471.318,55 €.
9. Variante modifica barriere antirumore di cantiere. Consiste nell'introduzione di barriere antirumore più alte a protezione dei rumori sviluppatisi nelle lavorazioni notturne. L'importo è pari a 2.235.947,03 €.
10. Variante consolidamento galleria Ranchibile. È dovuta alla necessità di reperire elementi certi di valutazione circa lo stato effettivo dell'arco rovescio nella galleria esistente. Importo della variante 218.412,85 €.
11. Variante per eliminazione del binario di collegamento con il porto. Trattasi di variante consistente nell'eliminazione del raccordo ferroviario di collegamento con l'area portuale previsto del progetto definitivo. Importo della variante 2.689.572,19 € (in dimuzione rispetto al progetto definitivo).

In data 22 marzo 2011 Italferr spa ha avviato la attività di verifica del progetto esecutivo comunicando che l'applicazione delle penali contrattualmente previste sarebbe stata valutata all'esito del suo completamento.

La valutazione di Italferr spa sul progetto esecutivo si è conclusa il 6 febbraio 2012 con la *Relazione istruttoria di variante, meritevolezza ed approvabilità* nella quale viene quantificato il nuovo e definitivo importo dell'opera. Delle 11 varianti proposte da Tecnis spa solo 7 vengono giudicate ammissibili, peraltro con importi notevolmente ridotti rispetto a quelli proposti dal progettista/appaltatore. Tutte le varianti ammesse sono state ascritte a "circostanze imprevisti e imprevedibili rispetto al progetto definitivo".

Gli importi sono sintetizzabili nella seguente tabella:

Variante	Importo PD	Nuovo importo proposto da Tecnis spa	Valutazione Italferr spa	Nuovo importo ammesso da Italferr spa	Incremento rispetto al PD
Variante smaltimento terre	/	38.939.653,68	ammissibile	18.003.135,97	18.003.135,97
Variante per abbassamento livelletta zona portuale	18.242.605,14	42.420.368,26	ammissibile	23.753.437,46	5.510.832,32
Variante Stazione Politeama	1.806.935,34	7.210.197,71	non ammissibile	/	/
Variante abbassamento livelletta via Amari	7.950.492,60	13.419.164,78	ammissibile	7.240.911,79	-709.580,81
Variante sottoservizi.	1.775.988,46	4.587.569,23	ammissibile	3.751.317,67	1.975.329,21
Variante impianti	5.702.930,52	10.474.452,64	ammissibile	6.289.982,86	587.052,34
Variante modifica classe di esposizione cls	1.498.861,07	2.389.186,32	ammissibile	2.290.823,82	791.962,75
Variante modifiche armamento	2.001.174,82	2.471.318,55	non ammissibile	/	/
Variante modifica barriere antirumore di cantiere	1.850.535,50	2.235.947,03	non ammissibile	/	/
Variante consolidamento galleria Ranchibile	/	218.412,85	non ammissibile	/	/
Variante per eliminazione del binario di collegamento con il porto	3.745.175,63	2.689.572,19	ammissibile	1.599.866,26	-2.145.289,37

Le varianti approvate comportano un incremento di importo complessivamente pari a circa 24 mil/€. La variante più consistente è quella relativa allo smaltimento terre (18 mil/€), segue la variante per abbassamento della livelletta zona portuale (6 mil/€). Le restanti sono di più modesta entità (1 -2 mil/€), due varianti sono in diminuzione.

In totale, l'importo di contratto è passato da 76 mil/€ circa a 104 mil/€ con un incremento di 28 mil/€ pari al 36%. L'impegno di spesa complessivo è passato da circa 124 mil/€ a 154 mil/€ con la necessità di un ulteriore finanziamento di circa 30 mil/€ .

Per quanto riguarda i costi della manodopera, Italferr spa ha dichiarato che *"per la valorizzazione delle varianti intervenute con il progetto esecutivo, così come previsto dalla Convenzione regolante i lavori in oggetto (in linea con la normativa vigente) e dalle Condizioni Generali di Contratto, allegate alla stessa, si è fatto ricorso oltre che ai prezzi offerti dall'Appaltatore/progettista in sede di gara (e sulla base dei quali la stessa è stata aggiudicata) anche alla formulazione di una serie di specifici e necessari Nuovi Prezzi"*.

Su specifica richiesta della DG VICO Italferr spa ha dichiarato che i Nuovi Prezzi utilizzati per le nuove lavorazioni introdotte nelle varianti sono stati stabiliti secondo il seguente ordine gerarchico:

a) Ragguagliandoli a quelli di lavorazioni consimili comprese nel contratto
b) Desumendoli dalle "Tariffe dei prezzi FS" richiamate nel contratto
c) Ricavandoli totalmente o parzialmente da nuove analisi. I Nuovi Prezzi rientranti in questa casistica sono stati elaborati sulla base di analisi le cui voci elementari sono state estrapolate:
   c1) da offerte di mercato riportate alla data dell'offerta di gara;
   c2) da prezzi contrattuali;
   c3) da risorse elementari già indicate nelle analisi consegnate a supporto dei documenti giustificativi presentati in sede di gara. In particolare *"in tale fattispecie rientrano i costi elementari relativi alla manodopera esposti all'interno di detti nuovi prezzi proposti che sono rimasti esattamente quelli tabellari a suo tempo esposti nelle analisi a supporto/giustificazione dei prezzi offerti in sede di gara"*.

Il 28 febbraio 2012 il Comune di Palermo ha inoltrato il progetto approvato da Italferr spa a MIT-Direzione Generale del Trasporto Pubblico Locale e al MIT-Ufficio Speciale Trasporti a Impianti Fissi rappresentando anche la necessità di un ulteriore finanziamento di circa 30 mil/€ .

Con nota del 29 marzo 2012 il MIT-Direzione Generale del Trasposto Pubblico Locale ha comunicato l'indisponibilità di tale ulteriore finanziamento.

Con nota del 24 aprile 2012 la Regione Siciliana ha prospettato la possibilità di reperire gli ulteriori finanziamenti attraverso il cofinanziamento a valere su fondi comunitari (risorse liberate dal POR Sicilia 2000/2006).

Con nota del 6 luglio 2012 il comune di Palermo chiedeva al MIT di procedere all'approvazione del progetto esecutivo e di poter disporre delle somme derivanti dal ribasso d'asta (circa 21 mil/€).

Il 24 luglio 2012 il MIT-USTIF ha espresso il parere favorevole con prescrizioni.

Il 31 luglio 2012, con relazione n. prot. 5326/2012, il MIT-Direzione Generale del Trasporto Pubblico Locale ha emesso la propria relazione esprimendo parere favorevole.

Nell'adunanza del 1 agosto 2012 il CIPE con voto 495 ha espresso parere favorevole in linea tecnico-economica.

Il 2 agosto 2012 il MIT-Direzione Generale Trasporti ha espresso parere favorevole.

In definitiva, rispetto alle contestazioni dell'esponente è stato appurato che:

1. La questione dell'ammissibilità del costo della manodopera tra i giustificativi dell'offerta è stata esaminata e definitivamente risolta dal Consiglio di Stato che con sentenza n. 3146 del 21 maggio 2009 ha confermato la correttezza delle operazioni di gara e la legittimità dell'aggiudicazione alla Tecnis spa.

   Sul punto, in aggiunta a quanto già affermato dal Consiglio di Stato, si osserva quanto segue.

Come detto in precedenza il CdS distingue tra l'offerta immodificabile e i parametri dimostrativi dell'offerta che possono essere soggetti a modificazioni, al punto che elementi sopravvenuti successivamente possono essere utilizzati come giustificativi in sede di verifica di congruità. Tali parametri possono subire modifiche anche nel corso dello svolgimento dell'appalto; queste modifiche possono essere favorevoli o sfavorevoli all'aggiudicatario il quale se ne assumerà il rischio, essendo egli comunque tenuto a eseguire i lavori ai prezzi di capitolato così come ribassati in sede di offerta.

2. Le varianti introdotte da Tecnis spa in sede di redazione del progetto esecutivo hanno effettivamente comportato un notevole incremento dell'importo dell'appalto, tuttavia, quanto all'applicazione dei costi della manodopera, dalla documentazione acquisita risulta che Italferr spa ha verificato che le varianti introdotte in sede di redazione del progetto esecutivo da Tecnis spa sono state valorizzate utilizzando i costi della manodopera *"a suo tempo esposti nelle analisi a supporto/giustificazione dei prezzi offerti in sede di gara"*.

Rispetto all'andamento complessivo dell'appalto si è rilevato un notevole incremento di costo nel passaggio dal livello defintivo al livello esecutivo a causa dell'introduzione di sette varianti. Si è inoltre rilevato che, per quanto nella *Relazione istruttoria di variante, meritevolezza ed approvabilità* del 6 febbraio 2012 tali varianti siano state ascritte tutte a "circostanze impreviste e imprevedibili al momento del progetto definitivo", esse appaiono piuttosto riconducibili a diverse cause, non ultima una insufficiente valutazione dello stato di fatto in sede di progettazione definitiva operata da Italferr spa (in particolare, al censimento dei sottoservizi).

Tuttavia, considerato che nel corso dell'attività istruttoria è intervenuta l'approvazione in linea tecnica ed economica del progetto esecutivo tanto del MIT quanto del CIPE e che sono stati anche reperiti i nuovi finanziamenti occorrenti, con nota n. 105009 del 31.10.2012 la DG VICO ha ritenuto di definire l'istruttoria ai sensi dell'art. 2 comma 4 lett. a) dell'allora vigente Regolamento di vigilanza.

A seguito della soppressione dell'AVCP e della costituzione della nuova Autorità Nazionale Anticorruzione, la ICS spa con nota acquisita al protocollo al n. 113444 del 15.10.2014 ha ripresentato un esposto relativamente a quattro interventi per i quali aveva richiesto negli anni precedenti l'intervento dell'AVCP, tra cui l'intervento in oggetto. Sostanzialmente, per il caso in esame, le contestazioni dell'esponente vertevano ancora sulla già chiarita questione del costo della manodopera; tuttavia, considerata la rilevanza dell'appalto, l'Autorità ha provveduto a istruire un nuovo fascicolo (fascicolo n. 3106/2014) e ad aprire un procedimento istruttorio allo scopo di ottenere informazioni aggiornate in merito allo stato di avanzamento tecnico/economico dei lavori, all'introduzione di eventuali varianti in corso d'opera e alla presenza di eventuali contenziosi, dandone comunicazione alla Stazione Appaltante con nota n. 126794 del 13.11.2014.

Dalla documentazione acquisita è risultato quanto segue.

Con Delibera di Giunta Comunale n. 10 del 7 febbraio 2014 il progetto esecutivo è stato approvato dal Committente Comune di Palermo.

Il 22 luglio 2014 è stato siglato tra RFI spa e Tecnis spa il 1° Atto Aggiuntivo Modificativo (AIM) della convenzione del 2009 che recepisce le modifiche introdotte in sede di progetto esecutivo e i nuovi importi.

La distribuzione degli importi è la seguente:

-	Lavori a corpo:	75.565.730,89 €
-	Lavori a misura:	21.087.097,39 €
-	TOT. LAVORI	97.653.828,28 €
-	Oneri sicurezza	4.940.388,73 €

- Prog. Esecutiva 1.621.868,06 €
- TOT. CONTRATTO 104.215.085,07 €

Per quanto riguarda i finanziamenti la situazione è la seguente:

- Ministero Infrastrutture e Trasporti 78.077.000,00 €
- Regione Siciliana POR 2000/2006 45.768.656,43 €
- Regione Siciliana PO FERS 2007/2013 27.991.613,84 €
- Comune di Palermo 258.000,00 €
- TOTALE 152.095.270,27 €

In data 24 luglio 2014 è avvenuta la consegna dei lavori.

In data 25 luglio 2014 la Direzione Lavori ha emesso il SAL n. 1 relativo al pagamento del 70% delle prestazioni per la progettazione esecutiva pari a € 1.135.307,64. Sollecitata dall'Ufficio Vigilanza Lavori a comunicare le proprie determinazioni in merito alla applicazione delle penali per la ritardata consegna del progetto esecutivo (consegnato con n. 234 giorni di ritardo rispetto ai 180 giorni previsti dalla Convenzione del 21 settembre 2009), Italferr spa, con nota acquisita al protocollo al n. 62958 del 20.5.2015 ha comunicato che *"il progetto esecutivo prodotto da Tecnis spa, in effetti, non ha costituito un mero approfondimento progettuale tipico del passaggio dal grado di progetto definitivo a quello di progetto esecutivo, bensì un progetto rivisitato per effetto dell'introduzioni di diverse varianti"*. In pratica, *"Lo sviluppo temporale delle attività di progettazione ha registrato successive e ripetute revisioni per effetto di diverse cause ostative che hanno comportato per alcune attività di progettazione una dilatazione e per altre un fermo, una ripresa e talvolta la necessità di ripetizione con conseguenti maggiori tempi di riprogettazione in funzione di intervenute nuove e diverse informazioni/costatazioni"* in particolare per quel che riguarda le attività legate ai sondaggi del sottosuolo e quelle legate al censimento di dettaglio dei sottoservizi. Per tale motivo le parti nel 1° AIM hanno convenuto (art. 8) la *"rideterminazione dei tempi di cui all'art. 16 della Convenzione stabiliti per l'espletamento della prestazione di redazione, verifica ed approvazione della progettazione esecutiva di prima fase rideterminandoli in adesione all'effettivo svolgimento temporale della prestazione, rinunciando espressamente ad ogni possibile rivendicazione reciproca comunque correlabile ai maggiori tempi effettivamente occorsi per la redazione, aggiornamento, verifica ed approvazione del progetto esecutivo di prima fase fino alla sottoscrizione del presente Atto, escludendo, quindi, anche applicazione alcuna delle penalità previste all'art. 6 della Convenzione n. 20/2009"*.

Contestualmente alla approvazione del progetto esecutivo (e quindi con Delibera di Giunta Comunale n. 10 del 7 febbraio 2014) il Comune di Palermo ha dato mandato a RFI di disporre una perizia di variante in corso d'opera per la risoluzione dell'interferenza tra le opere del Primo Lotto della Chiusura dell'Anello Ferroviario di Palermo e la futura "Metropolitana Leggera Automatica". Il progetto definitivo di variante è stato approvato e finanziato con fondi aggiuntivi del Comune di Palermo per complessivi € 959.796,00 di cui € 775.000,00 per lavori. Con OdS n. 3 del 10 settembre 2014 la DL ha inviato il progetto definitivo di variante all'Appaltatore affinché questi provvedesse alla redazione del progetto esecutivo assegnando un termine di 60 gnc. Con OdS n. 11 del 21 novembre 2014 la DL ha evidenziato all'Appaltatore la decorrenza del termine, contestato il ritardo e sollecitato la consegna. In data 19 febbraio 2015 l'Appaltatore consegnava una prima stesura del progetto esecutivo della variante: gli elaborati comportavano un costo dell'opera pari a € 1.260.000,00, superiore a quello approvato e finanziato dal Comune di Palermo. In data 17 aprile 2015, dopo richiami e solleciti di Italferr spa, l'Appaltatore consegnava una stesura, ancora incompleta, del progetto esecutivo della variante che portava il valore dell'opera a € 915.000,00. Attualmente sono in corso le verifiche da parte di Italferr spa. Sollecitata dall'Ufficio Vigilanza Lavori a comunicare le proprie determinazioni, Italferr spa, con nota acquisita al protocollo al n. 62958 del 20.5.2015 ha comunicato che *"il termine di 60 giorni stabilito nell'OdS n. 3 per la consegna del progetto esecutivo della variante in argomento non era un termine rispondente a*

specifiche previsioni contrattuali (né pertanto contrattualmente penalizzato) in quanto la Convenzione d'appalto non definisce le tempistiche per la consegna dei progetti esecutivi delle eventuali varianti in corso d'opera da parte dell'Appaltatore, non essendo tali tempistiche individuabili a priori, ma dovendo essere commisurate all'effettivo impegno progettuale legato a ciascuna specifica variante", che *"tale termine di 60 giorni è stato fissato con una finalità «acceleratoria» delle attività in questione, ossia al fine di contenere il più possibile le tempistiche per l'elaborazione del progetto esecutivo di variante da parte dell'appaltatore"* e che *"lo sviluppo di tale progetto si è rivelato più complesso di quanto inizialmente previsto, in quanto l'approfondimento progettuale dell'appaltatore ha evidenziato un maggior costo delle opere in variante rispetto alle disponibilità economiche del committente Comune di Palermo con conseguente necessità di rivedere gli iniziali input progettuali"*

Il Programma dei lavori del progetto esecutivo prevede per i primi 40 gnc attività di acquisizione aree e cantierizzazione e per i successivi 90 gnc la bonifica di ordigni esplosivi, i saggi archeologici e la risoluzione delle interferenze. In data 29 ottobre 2014 in contraddittorio tra il Direttore Lavori e l'Appaltatore è stata rilevata la produzione del 1° semestre, riscontrando una sostanziale coincidenza con quanto previsto in progetto (si è rilevato uno scostamento di circa € 15.000 e un ritardo di circa 15 gnc).

Per quanto riguarda il contenzioso in essere l'Appaltatore ha firmato con riserva il Verbale di Consegna dei lavori inserendo n. 7 riserve per un totale di € 2.122.030,69, confermate nel SAL n. 1, e ulteriori n. 2 riserve sono state iscritte al SAL n. 2. Complessivamente le riserve iscritte ammontano a € 5.530.287,55, pari al 5,31% dell'importo contrattuale (pari a € 104.215.085,07). La DL ne ha avviato l'esame, che è attualmente in corso, comunicando che a una prima analisi le riserve presentate al SAL n. 1 sembrano essere inammissibili e prive di ogni fondamento.

Ritenuto in diritto

Il quadro cronologico così sintetizzato restituisce un appalto il cui importo è lievitato in maniera considerevole nel passaggio dal livello definitivo al livello esecutivo a causa dell'inserimento di sette varianti ascritte a "circostanze impreviste e imprevedibili al momento del progetto definitivo" (*Relazione istruttoria di variante, meritevolezza ed approvabilità* del 6 febbraio 2012 di Italferr spa).

In realtà, la situazione appare molto più variegata.

La variante smaltimento terre (€ 18.003.135,97) appare infatti riconducibile, da un punto di vista strettamente formale, alla fattispecie della sopravvenuta disposizione normativa di cui all'art. 25 comma 1 lett. a) dell'allora vigente l. n. 109/94: il progetto definitivo, avviato nel 2003, viene approvato dal Comune di Palermo con Delibera n. 31 del 30 novembre 2005; il d.lgs. 3.4.2006 n. 152, pubblicato in G.U. il 14.4.2006, entra in vigore il 14.8.2006[1]. Analogamente dicasi per la variante impianti (€

[1] Nella *Relazione istruttoria di variante, meritevolezza ed approvabilità* del 6 febbraio 2012 si legge al riguardo: *"Nel progetto definitivo di gara il piano di gestione delle terre e rocce da scavare prevedeva la loro gestione in regime di rifiuto per il conferimento presso i censiti impianti di riciclaggio di terre e rocce da scavo che si trovavano nel raggio di non oltre 40 km dai luoghi di produzione e le relative attività venivano contabilizzate all'interno dell'unico prezzo a corpo che definiva il corrispettivo per la realizzazione dell'opera. Nell'ambito della fase di progettazione esecutiva e in particolare nel corso della campagna di indagini ambientali e dalle analisi di laboratorio/caratterizzazione sono emersi, all'interno dell'area portuale, alcuni superamenti dei valori di riferimento normativo. I superamenti riguardano il terreno di riporto per uno spessore di 4 metri e quindi, senza presenza della fonte dell'inquinamento stesso, mentre per il terreno naturale al di sotto di detto terreno di riporto non presenta superamenti dei limiti ambientali della colonna B della tabella 1 dell'Allegato V alla IV Parte del D.Lgs. n. 152/06 e s.m.i. […] Conseguentemente risultava necessario prevedere una diversa gestione di dette terre inquinate e un diverso smaltimento in appositi siti specificatamente autorizzati per il conferimento dei rifiuti "non pericolosi" e ad altri per quelli "pericolosi". Ritenuto che Italferr sarà assimilabile al gestore dell'area di cantiere per come citato dall'art. 245 del d.lgs. 152/2006 e che dovrà porre in essere le misure di prevenzione che riguardano il suolo in cui sono stati evidenziati i superamenti delle concentrazioni delle soglie di contaminazione, conseguentemente Italferr spa chiedeva all'appaltatore/progettista di redigere un documento apposito al fine di raccogliere organicamente, oltre ai dati delle indagini già realizzate, tutte le informazioni procedurali e tecniche da effettuare. Nel progetto esecutivo sono state, pertanto, previste opportune attività di smaltimento (trasporto e conferimento) di detti materiali inquinati in apposite discariche per rifiuti non pericolosi e/o in discariche per rifiuti pericolosi, comprese le attività di analisi chimiche per la caratterizzazione ambientale dei materiali di risulta ed un impianto di trattamento in situ per le acque contaminate; per*

587.052,34) e la variante classe di esposizione cls (€ 791.962,75); nel primo caso la variante è dovuta a disposizioni impartite da RFI per l'applicazione di nuove specifiche tecniche ferroviarie e di norme UNI sopraggiunte dopo il marzo 2010, nonché per l'ammodernamento di opere impiantistiche; nel secondo caso la variante è stata introdotta per adeguare il progetto definitivo alla nuova normativa UNI EN 206-1 del marzo 2006 sulla durabilità delle strutture in c.a. Nel caso della variante per smaltimento terre, di gran lunga la più consistente di tutte, non è superfluo sottolineare che tale valutazione è solo di carattere formale e si fonda su un elemento meramente cronologico, ossia l'approvazione del progetto definitivo antecedente alla nuova norma tecnica di settore: nulla si può affermare sulla eventuale esistenza di altri tipi di carenze del progetto definitivo (ad esempio, nulla si può affermare in merito a eventuali carenze della campagna di indagini svolta in sito in termini di quantità, qualità e distribuzione spaziale dei sondaggi).

Non sembrano sussistere simili dubbi, invece, in merito alle altre quattro varianti per le quali si può verosimilmente affermare che siano ascrivibili a una inadeguata valutazione dello stato dei luoghi, segnatamente per quanto riguarda i sottoservizi e quindi, sostanzialmente, ad un errore e/o omissione progettuale. Ad esempio, nella *Relazione istruttoria di variante, meritevolezza ed approvabilità* riguardo alle motivazioni che hanno reso necessaria l'introduzione della variante sottoservizi (€ 1.975.329,21) si legge: *"L'Appaltatore/Progettista ha proposto la presente variante per le opere di risoluzione delle interferenze con i sottoservizi motivandola come conseguenza necessaria per effetto del sopraggiunto notevole diverso scenario dei sottoservizi emerso in esito all'approfondito censimento di dettaglio dallo stesso operato in fase di redazione del progetto esecutivo. Sin dalla consegna delle prestazioni per la stesura del progetto esecutivo, l'Appaltatore/Progettista si è attivato per acquisire direttamente dagli Enti proprietari e/o gestori di reti di servizi di pubblica utilità, interferenti con le opere da eseguire e indicati nel PD (ENEL, AMAP, AMG, AMIA, TELECOM, WIND), espressa conferma delle previsioni di progetto anche attraverso appositi sopralluoghi e verifiche di campo. Dette attività hanno consentito l'individuazione di nuovi soggetti (FASTWEB, BT ITALIA, INFRATEL ITALIA, SIELTE, Anello telematico Comune di Palermo) proprietari e/o gestori di reti di servizi di pubblica utilità interferenti con i lavori che, di conseguenza, sono stati coinvolti al fine della predisposizione dei correlati occorrenti progetti di risoluzione. L'esito finale di dette attività di indagine condotte sul campo e delle nuove informazioni ricevute dagli Enti proprietari e/o gestori ha determinato la ridefinizione del complesso dei sottoservizi interferenti che si discosta per entità sostanziali dalle previsioni del PD dovute principalmente a: una diversa ubicazione plano-altimetrica di alcuni sottoservizi già censiti nel PD; la presenza di intervenuti sottoservizi aggiuntivi di proprietà e/o gestione di Enti già indicati nel PD; la presenza di intervenuti sottoservizi aggiuntivi di nuovi Enti proprietari e/o gestori non indicati nel PD".* Ancora, nelle motivazioni che hanno reso necessaria l'introduzione della variante per abbassamento livelletta zona portuale (€ 5.610.739,62) si legge: *"Il PE presentato dall'Appaltatore/Progettista, per ragioni sostanzialmente legate all'esito dell'approfondita campagna esecutiva di dettaglio effettuata sui sottoservizi interferenti che ha evidenziato sia l'esatto posizionamento plano-altimetrico di sottoservizi già censiti dal PD sia il rinvenimento di nuovi intervenuti sottoservizi prevede l'abbassamento dell'ordine di 2 m rispetto alla livelletta del PD per l'intero sviluppo della linea in attraversamento della zona portuale, interessando le WBS con opere di natura ed entità decisamente diverse in ragione del diverso schema risolutivo proposto. Le suddette approfondite indagini di dettaglio per l'individuazione della reale posizione e consistenza dei sottoservizi in generale e più in particolare per vari collettori fognari presenti lungo via Crispi/Area Portuale, interferenti con la linea ferroviaria, hanno consentito di poter ricostruire, con il progetto esecutivo, una mappa dettagliata*

---

effetto di tali nuove lavorazioni è stato necessario introdurre una serie di specifici NN.PP. Per tali attività l'appaltatore ha proposto una possibile contabilizzazione a misura differentemente da quanto previsto nel PD".

La variante terre ammonta a complessivi € 21.087.097,33 (ridottisi a € 18.003.135,97 in virtù dei circa 3 mil di euro di trasporto a discarica precedentemente conteggiati a corpo) dei quali la parte più consistente è riferita allo smaltimento in discarica di rifiuti speciali non pericolosi classificati come terre e rocce da scavo CER 17.05.04 (per un totale di € 13.012.671,89). Seguono 2,3 mil euro circa relativi al conferimento di materiale di risulta proveniente da scavi e demolizioni assimilabili agli urbani; 1,5 mil euro circa per smaltimento in discarica di rifiuti speciali pericolosi classificati come terre e rocce da scavo CER 17.05.03 nonché altre voci minori (sovrapprezzi per il conferimento presso impianti a distanza oltre i 20 km, analisi chimiche, trattamenti di acque contaminate provenienti dalle aree di scavo).

dei predetti collettori ed in particolar modo ubicare esattamente quelli che di fatto costituiscono i punti di vincolo: 1) in corrispondenza dell'impianto di sollevamento Ucciardone; 2) in corrispondenza della curva presente in via Crispi all'incrocio con via Amari". Anche le motivazioni che hanno portato alla introduzione della variante per abbassamento della livelletta in via Amari, per quanto in diminuzione (- € 685.059,73), paiono legate ad una carenza progettuale nel rilievo dei sottoservizi: *"L'abbassamento della livelletta ferroviaria lungo la via Amari nasce dalla necessità di dover risolvere l'intervenuta sostanziale modificazione dell'interferenza con il collettore fognario presente lungo via Scordia (perpendicolare a via Amari), le cui quote e dimensioni sono state rilevate, nell'ambito della campagna esecutiva di censimento sottoservizi, più profonde e maggiori rispetto a quanto previsto in sede di PD redatto sulla base degli elementi a suo tempo forniti dal comune di Palermo in qualità di proprietario e gestore del sottoservizio in questione. […] La variante consiste nell'abbassamento della livelletta ferroviaria di circa 1,2 m pari al maggior approfondimento riscontrato per il fondo della esistente fognatura"*. Infine, anche la variante disposta da Italferr spa per l'eliminazione del binario Porto, per quanto in diminuzione (- € 2.145.289,37) appare riconducibile ad una inadeguata valutazione dello stato dei luoghi in sede di progetto definitivo: *"La realizzazione dell'anello ferroviario prevede la costruzione di una trincea ferroviaria denominata TR01 a prolungamento dell'esistente trincea ferroviaria dove è presente la diramazione di un binario di collegamento con il porto. Le fasi di costruzione della nuova trincea TR01 ipotizzate nel PD prevedevano la demolizione sia dell'esistente muro di confine tra la proprietà ferroviaria e la cabina elettrica primaria di proprietà Enel, oggi trasferita a Terna spa, che la demolizione del muro opposto che delimita la trincea e sostiene la via Piano dell'Ucciardone. […] L'Appaltatore/Progettista preso atto da Terna spa dell'impossibilità di interrompere il servizio di fornitura elettrica dalla cabina e considerata l'ulteriore impossibilità di spostare il tracciato ferroviario lato monte (via Piano dell'Uccirdone) rappresentava che detta complessa interferenza si sarebbe potuta ridurre notevolmente se si fosse provveduto all'eliminazione dell'esistente binario di raccordo a servizio del porto. Conseguentemente RFI, effettuate le proprie verifiche interne, sentita l'Autorità Portuale, dava comunicazione al Comune di Palermo che la propria Direzione Territoriale Produzione aveva disposto la soppressione del suddetto collegamento con il Porto"*.

La caratterizzazione delle varianti operata dalla *Relazione istruttoria di variante, meritevolezza ed approvabilità* ("circostanze impreviste e imprevedibili al momento del progetto definitivo") appare quindi piuttosto generica e pertanto in contrasto con l'art. 25 dell'allora vigente l.n. 109/94 che individuava una rigida tipizzazione delle varianti alle quali le stazioni appaltanti erano obbligate ad attenersi dandone specifica ed esplicita motivavazione.

Invero, per le considerazioni suesposte ben quattro varianti su sette (benchè due in diminuzione) appaiono ascrivibili a una inadeguata valutazione dello stato dei luoghi: un dato, questo, sicuramente indicativo di una generale carenza dimostrata da Italferr spa in sede di redazione del progetto definitivo anche se, in termini quantitativi, l'importo di tali varianti costituisce una parte limitata rispetto all'importo complessivo delle varianti approvate: difatti, a fronte di un importo complessivo delle varianti pari a € 24.013.442,41, per le valutazioni di cui sopra, € 19.382.151,06 appaiono verosimilmente riconducibili a sopraggiunte disposizioni normative e € 4.631.291,35 a errori e/o omissioni progettuali; in termini percentuali, le varianti approvate costituicono circa il 32,60% dell'importo dei lavori da progetto definitivo, le varianti per sopraggiunte disposizioni normative il 26,32%, le varianti per errore e/o omissione progettuale il 6,29%.

Pertanto, sebbene l'allora vigente art. 140 comma 4 del dpr n. 554/99 fissasse limiti solo tipologici ma non quantitativi per le varianti introdotte in sede di elaborazione del progetto esecutivo, si ritiene che l'intervento in oggetto abbia subìto nella fase finale della attività di progettazione un notevole incremento di costo rispetto al quale Italferr spa non può dirsi esente da responsabilità a causa delle carenze mostrate dalla progettazione definitiva.

Sin qui per quanto riguarda il passaggio dal livello di progettazione definitivo a quello esecutivo. Per quanto riguarda l'attività svolta da Italferr spa a valle dell'approvazione del progetto esecutivo (Delibera di Giunta Comunale del Comune di Palermo n. 10 del 7 febbraio 2014), dagli atti acquisiti emergono due ulteriori criticità riguardanti, rispettivamente, il prolungarsi dei tempi per l'espletamento della attività di progettazione e la mancata applicazione della penale (la normativa di riferimento è costituita dall'art. 133 comma 9 del d.lgs 163/06, nonché dagli artt. 145 e 169 del dpr n. 207/2010. Tali articoli riprendono con limitate modifiche, rispettivamente: l'art. 26 della l. n. 109/94; l'art. 117 del dpr n. 554/1999 e gli artt. 22 e 23 d.m. ll.pp. n. 145/2000; l'art. 140 del dpr n. 554/99).

La prima criticità riguarda il termine assegnato da Italferr spa a Tecnis spa (60 giorni) per la consegna del progetto esecutivo della variante disposta per la risoluzione dell'interferenza con la futura "Metropolitana Leggera Automatica"; tale termine, come specificato nella nota acquisita al protocollo al n. 62958 del 20.5.2015, non è un termine *"rispondente a specifiche previsioni contrattuali (né pertanto contrattualmente penalizzato)"*.

Il legislatore stabilisce che il termine assegnato al soggetto tenuto allo svolgimento della progettazione esecutiva sia fissato nel capitolato speciale (art. 169 comma 1 del dpr 207/2010) e quindi contrattualizzato.

Tale termine costituisce anche il riferimento temporale per il conteggio degli eventuali giorni di ritardo accumulati dal progettista e quindi per la quantificazione complessiva della penale.

La penale costituisce una fondamentale garanzia economica finalizzata ad assicurare l'esecuzione del contratto nei termini stabiliti, e ciò evidentemente in funzione dell'interesse pubblico dell'opera. La sua funzione è quella di rafforzare il vincolo contrattuale ed ha natura satisfattoria dei danni conseguenti il ritardo, in quanto essi vengono preventivamente e forfettariamente quantificati nella misura corrispondente all'importo giornaliero del periodo di ritardo. Il contratto indica le penali da applicare in caso di ritardato adempimento degli obblighi contrattuali (art. 145 comma 1 del dpr n. 207/2010).

La stazione appaltante è obbligata ad assoggettare a penale gli esecutori e i progettisti per il ritardo negli adempimenti dei loro obblighi (art. 133 comma 9 del d.lgs. n. 163/06); rientra nella sua discrezionalità solo la quantificazione della misura giornaliera della penale sempre, però, nei margini stabiliti dalla legge (art. 145 comma 2 del dpr n. 207/2010).

La penale non può né essere arbitrariamente disapplicata con atto unilaterale della stazione appaltante né essere oggetto di contrattazione nell'ambito di accordi negoziali tra stazione appaltante e appaltatore. Ad esempio, i maggiori giorni occorsi per la progettazione esecutiva non possono essere compensati con un corrispondente numero di minori giorni assegnati per l'esecuzione; in tal senso si è espressa questa Autorità con Delibera n. CP-2 del 15 luglio 2014 laddove affermava che *"Consentire all'appaltatore di utilizzare il tempo stabilito per l'esecuzione dell'opera per compensare quello perduto nella redazione della progettazione viola il principio di economicità, efficacia e tempestività"*.

Non si ritiene in linea con la normativa vigente l'introduzione da parte di Italferr spa di un termine per la consegna della progettazione esecutiva della variante per la risoluzione dell'interferenza con la futura "Metropolitana Leggera Automatica" di fatto né contrattualizzato né penalizzato. Al riguardo, si concorda con Italferr spa che i tempi di redazione dei progetti di variante non possono essere certo stabiliti a priori in sede di Convenzione, essendo necessariamente commisurati all'importanza tecnica ed economica della variante stessa. Tuttavia, Italferr spa dopo aver redatto il progetto definitivo era consapevole dell'entità della successiva prestazione di progettazione esecutiva e poteva, pertanto, in tale fase, stabilire un tempo ragionevole, come evidentemente ha fatto, assegnando 60 giorni di tempo; è altrettanto evidente, pertanto, che tali tempi possono e devono essere contrattualmente stabiliti all'atto del conferimento dell'incarico della progettazione esecutiva della variante, unitamente alle penali giornaliere in caso di inadempimento. La penale, infatti, "*non ha solo funzione risarcitoria, ma anche, e soprattutto, funzione coercitiva in quanto stimola l'appaltatore all'adempimento tempestivo dei suoi compiti in modo tale*

da prevenire il ritardo" (Delibera ANAC n. CP-2 del 15 luglio 2014). Non appare quindi in linea con la normativa un termine introdotto solo con generiche finalità acceleratorie.

Inoltre, l'Ordine di Servizio non è, in linea generale, lo strumento adeguato per richiedere all'appaltatore lo svolgimento di una prestazione progettuale di tale rilevanza (il progetto definitivo di variante approvato ammonta a complessivi € 959.796,00 di cui € 775.000,00 per lavori). L'Ordine di Servizio è notoriamente uno strumento a disposizione del Direttore dei Lavori per risolvere *ad horas* aspetti di dettaglio sia di natura progettuale (modifiche puntuali da apportare agli elaborati progettuali) sia di natura esecutiva (attività in corso nel cantiere). L'aver richiesto la redazione del progetto esecutivo di variante con uno strumento di questo tipo e non - come sarebbe stato più opportuno - con un atto aggiuntivo/integrativo nel quale prevedere e contrattualizzare con la necessaria puntualità tempi, costi, penali, ecc., espone la S.A. al rischio che tale attività si prolunghi nel tempo senza poter disporre degli necessari strumenti coercitivi e di controllo.

La seconda criticità riguarda l'art. 8 del 1° AIM del 22 luglio 2014 consistente in una rideterminazione dei tempi originariamente stabiliti nell'art. 16 della Convenzione del 2009 per l'espletamento della prestazione di redazione, verifica ed approvazione della progettazione esecutiva: in base a tale articolo i tempi originariamente stabiliti vengono fatti coincidere, a posteriori, con quelli effettivamente impiegati. Con tale rideterminazione le parti rinunciano a ogni possibile rivendicazione reciproca correlabile ai maggiori tempi occorsi per lo svolgimento di tali attività; inoltre, tale rideterminazione esclude anche la applicazione delle penali previste dall'art. 26 della Convenzione.

Si ritiene che non sia in linea con la normativa vigente la formulazione dell'art. 8 del 1° AIM del 22 luglio 2014, che ridetermina a posteriori i tempi per l'espletamento delle attività di realizzazione, verifica e approvazione della progettazione esecutiva; una formulazione che ha l'effetto di escludere sia qualunque rivendicazione reciproca delle parti correlabile ai maggiori tempi occorsi, sia la possibilità di applicare le penali di cui all'art. 26 della convenzione (segnatamente, le penali per ritardata consegna del progetto esecutivo).

Orbene, come si è detto, la clausola penale per ritardato adempimento è obbligatoria per le attività di progettazione (art. 133 comma 9 del Codice) e la disciplina delle penali deve obbligatoriamente essere inserita nel contratto (art. n. 145 del dpr n. 207/2010); la Stazione Appaltante è pertanto vincolata in virtù del contratto all'applicazione delle penali in caso di inadempimento degli obblighi contrattuali.

L'art. 145 comma 7 del dpr. n. 207/2010 ammette, invero, delle eccezioni laddove stabilisce che *"È ammessa, su motivata richiesta dell'esecutore, la totale o parziale disapplicazione delle penali, quando si riconosca che il ritardo non è imputabile all'esecutore, oppure quando si riconosca che le penali sono manifestamente sproporzionate, rispetto all'interesse della stazione appaltante. La disapplicazione non comporta il riconoscimento di compensi o indennizzi all'esecutore"*. Tuttavia, nel caso di specie, non sembra ricorrere questa ipotesi, poiché dalla documentazione acquisita nell'ambito della precedente istruttoria (fascicolo n. 1192/2011) risulta che nel corso del laborioso iter che ha caratterizzato la redazione del progetto esecutivo Italferr spa è intervenuta sia per sollecitare Tecnis spa al rispetto dei termini contrattuali previsti per la consegna sia per contestare alcune scelte progettuali da questa proposte.

Più che altro, quindi, la formulazione dell'art. 8 del 1° AIM del 22 luglio 2014 sembra essere espressione della volontà delle parti di giungere a una soluzione di compromesso finalizzata ad evitare a Tecnis spa l'applicazione delle penali per la ritardata consegna della progettazione esecutiva e a Italferr spa le rivendicazioni economiche dell'impresa aggiudicataria per le carenze mostrate dalla progettazione definitiva; carenze implicitamente ammesse dalla stessa Italferr spa, laddove afferma che l'attività svolta da Tecnis spa non è consistita nell'approfondimento progettuale tipico di un progetto esecutivo quanto piuttosto in una *"rivisitazione"* del definitivo.

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- Per quanto riguarda la problematica relativa all'utilizzo della manodopera con costi ridotti ex L.n. 407/90, definitivamente risolta dal Consiglio di Stato con sentenza n. 3146 del 21 maggio 2009 per quanto attiene la verifica di congruità dell'offerta, si rileva la necessità di uno stringente controllo da parte di Italferr spa circa la permanenza in fase esecutiva delle condizioni dichiarate da Tecnis spa in sede di gara, in termini di prezzi applicati e di personale utilizzato, al fine di confermare i giustificativi prodotti in sede di offerta e prevenire criticità in fase esecutiva.
- L'andamento complessivo è stato caratterizzato da un notevole incremento di costo nel passaggio dal livello defintivo al livello esecutivo a causa dell'introduzione di ben sette varianti. Per quanto nella *Relazione istruttoria di variante, meritevolezza ed approvabilità* del 6 febbraio 2012 tali varianti siano state ascritte tutte a "circostanze impreviste e imprevedibili al momento del progetto definitivo", si ritiene che esse appaiano piuttosto riconducibili a diverse cause, tra cui sopraggiunte disposizioni normative ma anche una insufficiente valutazione dello stato di fatto in sede di progettazione definitiva, in particolare, in fase di caratterizzazione delle aree di intervento e censimento dei sottoservizi.
- Particolare rilevanza assume la variante terre che ammonta a circa 18 mil/€ e che assorbe la gran parte dello scarto tra il progetto definitivo posto a base di gara e quello esecutivo elaborato da Tecnis spa (circa 28 mil/€, corrispondente al 36% dell'importo di contratto). Sebbene tale variante sia da attribuirsi, almeno sotto l'aspetto formale, a sopraggiunte disposizioni normative, si ritiene necessario uno stringente controllo da parte di Italferr spa sull'attività di smaltimento in discarica dei materiali di scavo.
- Sempre con riguardo allo scostamento di importo tra i due livelli progettuali si ritiene che una così consistente differenza economica costituisca di per se stessa, indipendentemente da ogni eventuale modifica di carattere tecnico (relativa, ad esempio, al tracciato planoaltimetrico, al numero e localizzazione delle stazioni, alle tecnologie impiegate, ecc.), una rilevante modifica del progetto posto a base di gara che avrebbe dovuto suggerire a Italferr spa le valutazioni del caso, non ultima una revisione dell'iter procedurale.
- Non appare in linea con la normativa vigente la richiesta da parte di Italferr spa nei confronti della Tecnis spa della elaborazione del progetto esecutivo della variante per la risoluzione dell'interferenza con la futura "Metropolitana Leggera Automatica" attraverso l'Ordine di Servizio n. 3 del 10 settembre 2014, in quanto tale OdS – già di per sé strumento inadeguato per la richiesta di simili prestazioni – ha disposto un termine di esecuzione (n. 60 giorni) che di fatto non è né contrattualizzato né penalizzato;
- Non appare in linea con la normativa vigente la formulazione dell'art. 8 del 1° AIM del 22 luglio 2014, che ridetermina a posteriori i tempi per l'espletamento delle attività di realizzazione, verifica e approvazione della progettazione esecutiva; una formulazione che ha l'effetto di escludere sia qualunque rivendicazione reciproca delle parti correlabile ai maggiori tempi occorsi, sia la possibilità di applicare le penali di cui all'art. 26 della convenzione (segnatamente, le penali per ritardata consegna del progetto esecutivo);
- Considerato che l'attività di progettazione delle varianti al progetto esecutivo approvato sembra procedere con la stessa incertezza di tempi e di costi che ha caratterizzato la progettazione delle varianti al progetto definitivo posto a base di gara, si dispone l'attivazione di un monitoraggio sull'intervento da eseguirsi sulla scorta di relazioni semestrali sullo stato di avanzamento tecnico ed economico dell'intervento da trasmettersi a cura di Italferr spa. In particolare, in tale relazione

semestrale dovranno essere forniti gli elementi e i documenti di cui ai recenti comunicati emessi in materia di varianti, indipendentemente dall'importo delle varianti stesse.

- Dispone l'invio della presente deliberazione a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori al Comune di Palermo in qualità di Ente Committente, a Italferr spa e RFI spa in qualità di Stazione Appaltante e a Tecnis spa in qualità di Appaltatore.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 novembre 2015

Il Segretario, *Maria Esposito*