



DELIBERA N. 363 del 5 maggio 2021

Fascicolo 5464/2020

Oggetto

Segnalazione su presunte violazioni nell'iter amministrativo della procedura di *Project Financing* avente ad oggetto "Concessione di progettazione, costruzione e gestione di parcheggio pluripiano" del Comune *omissis*.

Riferimenti normativi

art. 1, comma 1, legge 109/1994; art. 25, legge 109/1994; artt. 37 bis, 37 ter e 37 quater, legge 109/1994; art. 37-octies, legge 109/1994; art. 176, co. 9, D. Lgs 50/2016; art. 282 c.p.c.

Parole chiave

Revisioni delle condizioni contrattuali delle concessioni di lavori pubblici; principio di tempestività dell'azione amministrativa; subentro di altro operatore economico nell'esecuzione della concessione.

Massime

In caso di risoluzione contrattuale disposta con sentenza dell'Autorità Giudiziaria, la tempestività dell'azione amministrativa, prevista dal Codice dei contratti pubblici tra i principi cui deve improntarsi l'affidamento e l'esecuzione di appalti e concessioni, si concretizza nell'eseguire tempestivamente la sentenza del Giudice, in considerazione dell'interesse pubblico sotteso all'esecuzione dell'opera.

L'ipotesi di subentro al concessionario di altro operatore economico per il completamento dei lavori di cui alla relativa convenzione, è vincolata alla realizzazione di quanto originariamente previsto dal progetto e richiesto al concessionario.

Nel *Project Financing*, qualora la costituzione del diritto di superficie a favore del concessionario sull'area oggetto del contratto si perfezioni all'atto del collaudo definitivo dell'opera, prima del verificarsi di tale circostanza la medesima area non può essere assoggettata a vincolo ipotecario.

Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

VISTO il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 recante "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" e s.m.i.;

VISTO il Regolamento ANAC del 5 ottobre 2018 sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2018;

VISTA la relazione dell'Ufficio Vigilanza Collaborativa e Vigilanza Speciali

Considerato in fatto

Con nota in ingresso ANAC prot. 89002 del 23.11.2020 il Consigliere del Comune *omissis*, sig. *omissis*, ha segnalato ad ANAC alcune criticità rilevate nell'ambito della "Concessione di progettazione, realizzazione e gestione del parcheggio pluripiano", di cui alla Convenzione stipulata il 30.1.2007 tra il Comune *omissis* e la società *omissis*, a seguito dell'espletamento della procedura di *Project Financing* indetta a suo tempo ai sensi della Legge n. 109/1994.

La segnalazione riguarda principalmente la presunta violazione, da parte del Comune, delle norme sugli appalti pubblici, in particolare il mancato rispetto del principio di libera concorrenza e della



par condicio tra i partecipanti alle gare pubbliche. Ciò in quanto, a seguito della risoluzione della Convenzione relativa alla concessione in oggetto, disposta dal Tribunale di *omissis* con sentenza n. 959/2014 per inadempimento del concessionario, sentenza impugnata dalla società *omissis* dinanzi alla Corte d'Appello di *omissis*, nonché a seguito della proposta transattiva nel frattempo presentata dalla medesima società finalizzata alla ultimazione dell'intervento a fronte di una parziale revisione delle condizioni di equilibrio dell'originario PEF, il Comune parrebbe orientato ad accogliere tale proposta, ritenuta dalla segnalante economicamente non vantaggiosa per il Comune stesso, invece di verificare la possibilità di adottare, nell'interesse pubblico, soluzioni alternative come l'espletamento di una gara pubblica avente ad oggetto il nuovo progetto per la realizzazione del parcheggio multipiano.

In proposito l'esponente ha rappresentato le seguenti circostanze:

- il Comune, che con la sentenza n. 959/2014 del Tribunale di *omissis* avrebbe ottenuto di ritornare nella piena disponibilità del piano di superficie di sua proprietà e di ricevere dalla concessionaria, in parte con suoi fondi ed in parte tramite la compagnia assicuratrice, l'importo di euro 870.742,83 a titolo di risarcimento dei danni oltre spese legali, sta valutando di sottoscrivere un accordo transattivo anti-economico anziché attendere la decisione della Corte d'Appello;
- la proposta transattiva che il Comune si appresta a sottoscrivere prevede maggiori costi e minori entrate per il Comune stesso, oltre alla proroga della durata della concessione da 30 a 40 anni ed alla decorrenza ex novo del rinnovo del termine per la conclusione dei lavori di 18 mesi dalla consegna dei lavori;
- il Comune, al fine di completare le valutazioni finali relativamente al nuovo progetto, ivi inclusa la validazione del nuovo PEF affidata, peraltro, a soggetto esterno all'Amministrazione, avrebbe chiesto, per il tramite del proprio difensore legale, un rinvio dell'udienza per la precisazione delle conclusioni, ultima udienza prima della decisione della causa, con ciò procrastinando i tempi del giudizio, ormai giunto alla fase conclusiva;
- nel corso dell'esecuzione del contratto il socio di maggioranza della società si è reso irreperibile dopo aver trattenuto gli acconti versati dai promissari acquirenti dei box, corrispondenti circa ad euro 1.400.000, con ciò impedendo al socio di minoranza di pagare le ditte che lavoravano per la realizzazione dell'opera; inoltre, a seguito della sospensione dei lavori disposta dalla Procura della Repubblica di *omissis* per illeciti ambientali e abusi edilizi posti in essere dal concessionario, il Comune ha dovuto ripristinare a proprie spese la situazione di legalità.

Sulla base degli elementi comunicati e della documentazione trasmessa, l'Autorità ha chiesto alla stazione appaltante, con nota prot. 91530 dell'1.12.2020, di ricevere una relazione dettagliata, poi fornita dal Comune con nota prot. n. 98009 del 23.12.2020. Analizzata la documentazione ricevuta, è stata trasmessa al Comune di *omissis* nota prot. 10546 del 5.2.2021 di comunicazione di avvio del procedimento di vigilanza speciale con contestuali prime risultanze istruttorie con la quel venivano formulati i seguenti rilievi e le seguenti richieste istruttorie:

“La mancata esecuzione, a distanza di oltre sei anni, della sentenza n. 959 del 24 giugno 2014 con cui il Tribunale di *omissis* aveva dichiarato la risoluzione del contratto di concessione e condannato la parte attrice *omissis* al pagamento in favore del Comune di *omissis* della somma di euro 870.742,83 a titolo di risarcimento danni e della somma di euro 35.687,00 per spese legali, oltre che al pagamento di risarcimento danni e spese legali in favore dei terzi convenuti, potrebbe configurare una violazione del principio generale della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado (art. 282 c.p.c.), capace di produrre effetti esecutivi sin dal momento della sua pubblicazione.

La proposta di variante informalmente presentata al Comune dalla società concessionaria contiene modifiche sostanziali del perimetro della concessione in quanto prevede, tra l'altro, la realizzazione di ulteriori box auto, l'incremento del prezzo medio di ciascun box, l'aumento della tariffa oraria media giornaliera per i posti auto a rotazione, l'aumento della durata della concessione di gestione



dell'autorimessa. Inoltre, tale proposta prevede la corresponsione al Comune di un importo inferiore alla somma stabilita dal Tribunale di *omissis* con la richiamata sentenza.

L'impossibilità, dichiarata dalla stazione appaltante, di completare i lavori fin quando la causa non sarà definita nei tre gradi di giudizio oppure con una transazione, per indisponibilità materiale dell'area interessata poiché la stessa risulta gravata da ipoteca condizionata al collaudo delle opere, non sussiste in quanto la norma prevede, in caso di risoluzione contrattuale, la redazione dello stato di consistenza dei lavori già eseguiti, con inventario di materiali, macchine, mezzi d'opera e con la relativa presa in consegna, oltre alla redazione da parte dell'organo di collaudo, qualora sia stato nominato, di un verbale tecnico-contabile che accerti la corrispondenza tra quanto eseguito fino alla risoluzione del contratto e quanto previsto nel progetto approvato (art. 108 del Codice dei contratti pubblici applicabile alle concessioni in forza del rinvio contenuto nel 2° comma dell'art. 164 del medesimo Codice)."

L'esponente ha trasmesso tre ulteriori note, corredate da documenti integrativi (prot. ingresso ANAC 16950, 17012 del 26.2.2021 e 28446 del 7.4.2021), con cui ha evidenziato, tra l'altro, che la proposta transattiva prevede il subentro di un nuovo operatore economico il quale, senza aver partecipato ad alcun bando di gara, realizzerebbe un progetto modificato sulla base di una convenzione radicalmente mutata nelle condizioni economiche e di durata.

L'esponente, inoltre, ha trasmesso il rapporto predisposto dalla società *omissis*, incaricata dal Comune con Determina n. 438 del 1° settembre 2020 di effettuare la verifica preventiva ai fini della validazione tecnica e sostenibilità finanziaria della progettazione esecutiva (art. 26 D. Lgs. 50/2016), segnalando: i) "non conformità" della documentazione progettuale per mancanza di numerosi elaborati tecnici, di relazione archeologica, di relazioni specialistiche, di adeguamento alla nuova Regola Tecnica Verticale (RTV) per le autorimesse in vigore dal 19.11.2020, di parere della Conferenza dei Servizi; ii) costi dell'opera superiori ai rendimenti, soprattutto per la scarsa redditività dei posti a rotazione, utilizzati quasi solo nei mesi estivi; iii) assenza in capo alla società *omissis*, identificata come concessionaria, dei requisiti necessari per subentrare alla *omissis*; iv) impegno di spesa di euro 38.000 assunto dal Comune per liquidare la *omissis*, pur in assenza dei presupposti per un esito positivo della valutazione, con conseguente danno erariale.

Con nota in ingresso ANAC prot. 19764 dell'8.3.2021 la stazione appaltante ha inviato i propri chiarimenti, unitamente a cospicua documentazione.

Dalle deduzioni ricevute dal Comune è emerso che nel 2012 la concessionaria aveva avviato un contenzioso per inadempimento contro il Comune al fine di: i) ottenere il riequilibrio della convenzione (che assumeva essere alterato a seguito di talune modifiche agli assetti progettuali, intervenute al momento dell'approvazione del progetto definitivo/esecutivo, che avrebbero determinato, in danno per la società attrice, maggiori costi per € 1.320.000); ii) condannare il Comune per i danni cagionati da problematiche tecniche scaturite in corso d'opera a seguito dell'asserito "rinvenimento" nei luoghi di cantiere di una fognatura del Comune, rinvenimento che avrebbe ingenerato ulteriori maggiori costi per Euro 459.032; iii) accertare che il Comune non aveva diritto di richiedere la risoluzione della Convenzione per inadempimento.

Il Tribunale di *omissis*, con sentenza n. 959 del 2014, aveva dichiarato la risoluzione del contratto di concessione e condannato la parte attrice al pagamento a favore del Comune *omissis* della somma di euro 870.742,83, a titolo di risarcimento danni oltre spese legali. Tale sentenza veniva impugnata dalla società *omissis* e veniva fissata udienza di precisazione delle conclusioni per il giorno 5 aprile 2017 (udienza più volte rinviata su richiesta del Comune prima al 23 giugno 2020, poi al 25 novembre 2020 e poi ancora ad altra data).

Riguardo alla sentenza di I grado, il Comune ne aveva avviato l'esecuzione chiedendo l'escussione delle due polizze fidejussorie (rispettivamente di 742.000 euro e 62.500 euro) rilasciate dalla Compagnia assicurativa che, nel 2016, si era dichiarata inizialmente disponibile ad adempiere alla prima polizza e successivamente anche alla seconda. Il procedimento di escussione veniva poi temporaneamente arrestato dal Comune, senza alcuna rinuncia allo stesso, in considerazione del termine prescrizione di 10 anni dalla data di escussione prescritto per esercitare il relativo diritto.



Inoltre, la stazione appaltante non individuava nell'art. 282 c.p.c. alcun obbligo per il creditore di procedere all'esecuzione in pendenza di lite, specialmente se non si ravvisa la possibilità di ottenere dei risultati ragionevoli con i procedimenti esecutivi, vista l'esposizione debitoria e la scarsa solidità patrimoniale della società.

Nel 2016 la prima soluzione transattiva proposta al Comune dalla *omissis* (nel frattempo posta in liquidazione volontaria) prevedeva che il completamento dei lavori per la realizzazione del parcheggio fosse effettuato dalla società *omissis*, impresa operante nel settore dell'edilizia in possesso di attestazioni SOA e attestazioni specialistiche, resasi disponibile a riattivare i lavori di completamento dell'autorimessa subordinatamente all'avvio di una indagine di mercato finalizzata a verificare l'interesse di potenziali acquirenti all'acquisto dei box non ancora prenotati ed al conseguente raggiungimento di almeno l'80% di nuove prenotazioni. Tale trattativa non ha avuto alcun seguito perché la campagna di prenotazioni non ha dato gli esiti sperati e nel 2018 il liquidatore della *omissis*, nel rappresentare al Comune l'interesse delle società *omissis* e *omissis* a rilevare l'operazione, ha presentato una nuova proposta formulata da tali società, attualmente al vaglio dell'Amministrazione.

L'attuale proposta transattiva prevede una modifica, a dire del Comune minimale e non sostanziale, del progetto originario, tramite cui si prevede, tra l'altro, di: realizzare 40 ulteriori box auto, 4 posti moto a rotazione e 2 postazione i di ricarica per autovetture elettriche; estendere la durata della concessione da 30 a 40 anni; cedere il diritto superficario dei box ad un prezzo di 60.000 euro in luogo del precedente fissato in 50.000 euro; incrementare la tariffa media oraria giornaliera dei posti auto a rotazione da 1,50 euro a 2,00 euro; rinnovare il termine per la conclusione dei lavori lasciandone invariata la durata di 18 mesi ma facendolo decorrere *ex novo* dalla data di riconsegna dell'area; corrispondere al Comune la somma complessiva di euro 870.742,83 (composta dal totale di euro 171.150,00 e 101.944,77 da pagare alla stipula della convenzione, 147.648,06 da pagare all'atto del collaudo e di 450.000,00 dalla Compagnia Assicurativa in parziale escussione delle polizze), oltre spese legali.

Le asserite motivazioni che hanno indotto il Comune a valutare la proposta transattiva presentata dalla *omissis* in liquidazione sono riconducibili alla possibilità di: i) completare i lavori in tempi rapidi, eliminando una situazione di grave degrado ambientale e sfregio urbano che si protrae ormai da tempo in ragione della presenza di un'opera incompiuta in una zona centrale del territorio comunale; ii) tutelare la vasta comunità di cittadini *omissis* (circa 46 famiglie), firmatari dei contratti preliminari di acquisto dei box, i quali finirebbero diversamente con il perdere tutte le caparre versate (e questo anche nel caso in cui la Sentenza del Tribunale di *omissis* fosse confermata in ogni grado di Giudizio ed i lavori fossero ultimati dal Comune); iii) recuperare complessivamente tutte le somme riconosciute nella sentenza del Tribunale di *omissis*, senza sostanziali "rinunce"; iv) rientrare nella disponibilità del terreno su cui far completare la realizzazione del progetto, terreno che altrimenti resterebbe gravato da ipoteca condizionata al collaudo delle opere fin quando la causa non sarà definita nei tre gradi di giudizio oppure con una transazione.

Il Comune ha precisato di non aver ancora effettuato alcuna valutazione relativamente alle modifiche della concessione contenute nella proposta transattiva (modifiche ritenute sostanziali da ANAC rispetto al perimetro della concessione e pertanto tali da richiedere l'espletamento di una nuova gara), ha ribadito di non essere addivenuto alla sottoscrizione di nessun atto vincolante tra le parti e ha evidenziato che l'ammontare della cifra che incamererebbe nell'ipotesi di sottoscrizione della proposta transattiva è maggiore rispetto a quello stabilito con la sentenza di I grado, precisamente euro 1.100.332 (spese legali incluse) con la transazione a fronte di euro 974.885 (spese legali incluse) da sentenza.

Circa la disponibilità dell'area oggetto della concessione, la stazione appaltante ha comunicato di aver redatto lo stato di consistenza dei lavori con il quale è stato quantificato in euro 2.999.589 il valore delle opere eseguite ma ha contestualmente precisato che, essendo l'area su cui sono state realizzate queste prime opere del parcheggio gravata da ipoteca iscritta al momento della stipula del contratto di concessione, condizionata all'approvazione del collaudo, a favore della Banca *omissis* (e aventi causa), il Comune stesso ne ha certamente la disponibilità per utilizzarla così com'è



o eventualmente per completare il parcheggio con risorse interamente proprie (di cui allo stato non dispone), ma non potrebbe realmente disporne se volesse attivare un nuovo intervento di partenariato pubblico privato per realizzare il parcheggio poiché nessun privato programmerebbe un intervento su di un'area ipotecata.

Ritenuto in diritto

Sulla base della ricostruzione della vicenda come riportata nei fatti, e così come emersa dalle relazioni inviate e dai documenti trasmessi dalle parti, appaiono confermate le criticità esposte dall'Autorità in fase di istruttoria.

In proposito, le questioni emerse nel corso del procedimento riguardano i seguenti aspetti:

1) Mancata esecuzione della sentenza di I grado del 2014.

Il Comune avrebbe dovuto provvedere ad eseguire la sentenza di I grado del Tribunale di *omissis*, in base al principio generale della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado (art. 282 c.p.c.), procedendo ad escutere quanto prima le polizze fidejussorie invece di arrestarne temporaneamente il processo di riscossione avviato nel 2016, in considerazione del fatto che il termine prescrizione del relativo diritto è quello ordinario di 10 anni dalla data di escussione. Tale comportamento dell'Amministrazione comunale non appare condivisibile, con riferimento sia al mancato rispetto del principio di tempestività dell'azione amministrativa di cui all'art. 1 della legge 109/1994 in vigore all'epoca dell'affidamento (ora trasposto nell'art. 30 del D.Lgs. 50/2016 attualmente vigente), sia alla possibile conseguente configurazione di danno erariale di cui andrebbe informata la competente Procura della Corte dei Conti.

2) Modifiche contenute nella proposta transattiva ed eventuale convenienza economica della stessa rispetto alle condizioni stabilite con la sentenza.

Le modifiche della convenzione contenute nella proposta transattiva, modifiche che il Comune ha riferito di non aver ancora valutato al momento dell'avvio del procedimento ANAC, non potendo che ritenersi sostanziali rispetto al perimetro della concessione, richiedono l'espletamento di una nuova gara. Prevedono infatti, tra l'altro, la realizzazione di ulteriori box auto, posti moto e postazioni di ricarica per autovetture elettriche, l'incremento del prezzo medio di ciascun box, l'aumento della tariffa oraria media giornaliera per i posti auto a rotazione, l'aumento della durata della concessione di gestione dell'autorimessa.

Relativamente all'ammontare della cifra che il Comune incamererebbe nell'ipotesi di sottoscrizione della proposta transattiva, tale importo risulta uguale a quello stabilito dal Tribunale di *omissis*, ossia di euro 974.885 (870.742,83 oltre spese legali).

Ciò risulta, oltre che dalle singole voci di importo riportate nell'ultima relazione inviata dal Comune ed erroneamente conteggiate due volte, anche dalla lettera del 27 ottobre 2020 con cui l'avv. *omissis* (legale del Comune) sottoponeva al Sindaco alcune modifiche della proposta transattiva, tra cui la corresponsione al Comune, all'atto del collaudo, da parte del concessionario di una ulteriore somma (euro 147.648,06) per raggiungere la cifra stabilita dal Tribunale di *omissis* nella sentenza di I grado. Il Comune nel proprio riscontro, all'atto di sommare le cifre che il concessionario dovrebbe versare a vario titolo qualora la proposta venisse sottoscritta, è erroneamente addivenuto alla cifra di euro 1.100.332 (spese legali incluse), invece che a quella di euro 974.885 (870.742,83 oltre spese legali).

Non si ravviserebbe quindi nemmeno, laddove si volesse per assurdo considerare "minimali" le modifiche della concessione previste dalla proposta di variante, la convenienza economica dell'Amministrazione nell'accettare la proposta transattiva.

3) Subentro di un operatore economico terzo nel completamento dei lavori, sostanzialmente e considerevolmente modificati rispetto a quanto previsto dal progetto originario.



Nella proposta transattiva attualmente al vaglio del Comune si legge che la concessionaria ha individuato nelle società *omissis* e *omissis* i soggetti disponibili a finanziare il completamento dei lavori, lavori che saranno affidati ed eseguiti da altra impresa avente i necessari requisiti.

Tuttavia, ai sensi di quanto previsto dalla normativa vigente è esclusa la possibilità che l'impresa subentrante possa completare i lavori realizzando un progetto in variante rispetto a quello originariamente attribuito al concessionario, infatti l'art. 176, co. 9, D. Lgs. 50/2016 espressamente recita *"L'operatore economico subentrante deve assicurare la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dalla stazione appaltante"*.

Alla medesima conclusione si giungerebbe se si volesse ritenere applicabile (nonostante la proposta di transazione sia pervenuta al Comune nel 2018, pur riferendosi ad una gara attivata nel 2006) la normativa vigente all'epoca dell'affidamento, ossia l'art. 37-octies della Legge 109/1994, secondo cui *"In tutti i casi di risoluzione di un rapporto concessorio per motivi attribuibili al soggetto concessionario, gli enti finanziatori del progetto potranno impedire la risoluzione designando, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione scritta da parte del concedente dell'intenzione di risolvere il rapporto, una società che subentri nella concessione al posto del concessionario e che verrà accettata dal concedente a condizione che: a) la società designata dai finanziatori abbia caratteristiche tecniche e finanziarie sostanzialmente equivalenti a quelle possedute dal concessionario all'epoca dell'affidamento della concessione; b) l'inadempimento del concessionario che avrebbe causato la risoluzione cessi entro i novanta giorni successivi alla scadenza del termine di cui all'alinea del presente comma ovvero in un termine più ampio che potrà essere eventualmente concordato tra il concedente e i finanziatori"*. Infatti la disposizione, richiedendo per il subentro il possesso di requisiti sostanzialmente equivalenti a quelli posseduti dal concessionario all'epoca dell'affidamento della concessione, ha inteso vietare modifiche al perimetro della concessione che avrebbero comportato caratteristiche tecniche e finanziarie differenti. Circostanza quest'ultima meglio chiarita nel decreto legislativo 50/2016.

Il Comune, pertanto, vista la clausola contenuta nella proposta transattiva secondo cui i lavori ivi previsti, sostanzialmente modificati rispetto al progetto originario secondo quanto sopra riportato, sarebbero stati realizzati da un soggetto terzo subentrante, non avrebbe dovuto nemmeno prendere in considerazione la proposta transattiva in argomento, poiché fondata su un presupposto vietato dalle richiamate norme sui contratti pubblici in virtù delle quali l'operatore economico subentrante *"deve assicurare l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario"*

- 4) Indisponibilità materiale dell'area interessata dalla costruzione del parcheggio, in quanto gravata da ipoteca iscritta al momento della stipula della concessione e condizionata al collaudo delle opere.

Relativamente a quanto asserito dal Comune circa l'indisponibilità dell'area ai fini di un eventuale nuovo intervento di partenariato pubblico privato per il completamento del parcheggio, poiché gravata da una ipoteca trascritta al momento della stipula del contratto di concessione a favore della Banca *omissis*, condizionata all'approvazione del collaudo, dalla documentazione trasmessa si evince che il contratto di concessione del 30 gennaio 2007 relativo alla realizzazione di un parcheggio su area pubblica di proprietà del Comune *omissis* composto da 188 posti auto pubblici a rotazione posti alla quota del piano viario-stradale e da 94 box chiusi per residenti di proprietà posti nel sottosuolo, prevedeva l'impegno del Comune a costituire un diritto di superficie a favore del concessionario nel sottosuolo dell'area pubblica fino a 30 anni per il lotto a rotazione e fino a 90 anni per la parte con box privati, a decorrere dalla data di emissione del certificato di collaudo dei lavori del parcheggio. Nel 2008, nonostante l'area su cui si sarebbe dovuto realizzare il parcheggio fosse di proprietà del Comune (solo dopo il collaudo definitivo dei lavori il Comune ne avrebbe ceduto il diritto di superficie al concessionario, come da convenzione del 2007), veniva



trascritta ipoteca su quell'area, a garanzia dei finanziamenti erogati al concessionario dalla Banca *omissis* per l'esecuzione dei lavori del parcheggio stesso.

Negli atti di causa relativi al giudizio di I grado innanzi al Tribunale di *omissis*, giudizio conclusosi con la risoluzione del contratto e la condanna del concessionario *omissis*, il concessionario sosteneva la sussistenza del diritto di superficie sull'area in argomento per effetto del certificato di collaudo in corso d'opera rilasciato il 6 settembre 2011 (data in cui i lavori erano ben lontani dall'essere ultimati), mentre il Comune, nelle memorie e nella comparsa conclusionale depositate nel 2013, ritenendo che solo il certificato di collaudo definitivo avrebbe potuto rappresentare presupposto utile per la costituzione del diritto di superficie, chiedeva al Giudice, oltre alla pronuncia di risoluzione del contratto di concessione, poi intervenuta nel 2014, anche la dichiarazione di inesistenza e/o inefficacia del diritto di superficie sulle aree che ospitavano l'autorimessa.

Negli atti di causa relativi al giudizio di II grado innanzi alla Corte di Appello di *omissis*, giudizio in cui il concessionario soccombente impugnava la sentenza di I grado e tuttora pendente a seguito dei rinvii dell'udienza finale di precisazione delle conclusioni più volte richiesti dal Comune, il concessionario sostiene che l'effetto giuridico traslativo del diritto di superficie si sia prodotto immediatamente, alla data di stipula della originaria convenzione del 2007, con decorrenza di godimento e pieno possesso dalla data di emissione del certificato di collaudo, mentre il Comune, nella comparsa di costituzione depositata nel 2015, ribadisce l'insussistenza del diritto di superficie, chiedendo all'Autorità Giudiziaria di obbligare la società a restituire le aree in questione.

Nell'ultima versione del 27 ottobre 2020 della proposta transattiva, attualmente al vaglio del Comune, si legge che la concessionaria, nelle more del giudizio di appello, ha stipulato con *omissis*, concessionaria del credito vantato dalla Banca *omissis*, atto di transazione con cui la *omissis* (società di cartolarizzazione) ha definitivamente rinunciato ad agire in via di rivalsa nei confronti della concessionaria per i debiti da questa maturati verso la suddetta banca in virtù dei finanziamenti da quest'ultima erogati per l'esecuzione dei lavori, espressamente rinunciando all'ipoteca trascritta sui terreni oggetto di concessione (atto Notaio *omissis* - Rep n. 161345/22582, nota trascrizione n. 2187 del 27.10.2008), sottoscrivendo idoneo atto di rinuncia.

Dall'esame della documentazione trasmessa, emergono dubbi circa la mancata disponibilità dell'area in oggetto poiché sembrerebbe non costituito il diritto di superficie in assenza del collaudo definitivo del parcheggio, mai ultimato.

Non si comprende, peraltro, il motivo per il quale la concessionaria nel giudizio di I grado riteneva acquisito il diritto di superficie a seguito del collaudo in corso d'opera effettuato nel 2011, pur essendo ovviamente ben consapevole dell'esistenza dell'ipoteca trascritta nel 2007, e soltanto nel giudizio di II grado sosteneva invece, contraddicendosi, che tale diritto si sarebbe perfezionato nel 2007, contestualmente alla sottoscrizione della convenzione.

Perplessità desta anche il fatto che nelle memorie e negli atti depositati dal Comune nell'ambito dei due giudizi, non venga menzionata l'esistenza dell'ipoteca sull'area oggetto della concessione.

Tutto ciò premesso e considerato,

Delibera

- la mancata esecuzione della sentenza di I grado del Tribunale di *omissis* n. 959/2014 si pone in contrasto con il principio di tempestività cui deve improntarsi l'attività amministrativa in materia di contratti pubblici (art. 1, comma 1 della legge 109/1994, vigente all'epoca dell'affidamento): ciò in quanto, in caso di risoluzione contrattuale disposta con sentenza dell'Autorità Giudiziaria, la tempestività dell'azione amministrativa, prevista dal Codice dei contratti pubblici tra i principi cui deve improntarsi l'affidamento e l'esecuzione di appalti e concessioni, si concretizza nell'eseguire tempestivamente la sentenza del Giudice, in considerazione dell'interesse pubblico sotteso all'esecuzione dell'opera; la mancata



esecuzione della sentenza si pone, peraltro, in contrasto anche con il principio generale della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado (art. 282 c.p.c.), capace di produrre effetti esecutivi sin dal momento della sua pubblicazione;

- le modifiche al progetto originario di concessione contenute nella proposta transattiva, in quanto sostanziali rispetto al perimetro della concessione, configurano una variante in corso d'opera in contrasto con quanto al riguardo previsto dall'art. 25 della legge 109/1994 vigente all'epoca dell'affidamento e pertanto richiedono l'espletamento di una nuova gara, anziché il protrarsi delle operazioni di valutazione della proposta stessa, di per sé in contrasto con quanto stabilito dal codice dei contratti pubblici in materia di varianti, ed il ritardo causato nella conclusione del giudizio di II grado dalle reiterate richieste di rinvio dell'udienza di precisazione delle conclusioni;
- il subentro di altra impresa nel completamento dei lavori, sostanzialmente e considerevolmente modificati rispetto a quanto previsto dal progetto originario, si pone in contrasto con quanto normativamente prescritto dall'art. 76, co. 9, D. Lgs. 50/2016 (cfr. art. 37-octies della Legge 109/1994): il Comune infatti, in presenza delle descritte circostanze, non avrebbe dovuto nemmeno valutare la proposta transattiva in argomento, poiché fondata su un presupposto vietato dalle richiamate norme sui contratti pubblici in virtù delle quali l'operatore economico subentrante "*deve assicurare l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario*";
- circa la mancata disponibilità dell'area oggetto della concessione, sembrerebbe inoltre che il diritto di superficie non si sia mai costituito in assenza del collaudo definitivo dell'opera.

Dispone che la presente delibera venga inviata al segnalante e al Comune *omissis*, invitando quest'ultimo a pubblicarla sul proprio sito istituzionale, ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 22, comma 1 del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici.

La stazione appaltante è altresì invitata a comunicare ad ANAC le determinazioni assunte, con particolare riferimento alla proposta transattiva formulata dal concessionario ed alle iniziative intraprese relativamente alla nuova gara da attivare per il completamento dei lavori per la realizzazione del parcheggio, entro il termine di 60 giorni dalla comunicazione della presente delibera, ai sensi dell'art. 22 co. 2-3 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici. La richiesta è formulata ai sensi dell'art. 213, co. 13 del d.lgs. 50/2016.

La presente delibera è pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22 del richiamato Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 5.10.2018.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 maggio 2021

*Per il Segretario
Maria Esposito*

Rosetta Greco