
Adeguamento sistema A7-A10-A12 (c.d. Gronda di Genova)

Sommario

1. Premessa	1
2. la determinazione del costo dello scioglimento dal vincolo di realizzazione dell'opera.	4
3. L'art. 9bis della Convenzione e le opzioni sul tappeto	4
Conclusioni	14

1. Premessa

La realizzazione della c.d. Gronda di Genova rientra nell'oggetto della Concessione intercorrente tra la società Autostrade per l'Italia (di seguito ASPI) e ANAS, quale intervento posto a carico del concessionario¹.

La Convenzione ha infatti affidato ad ASPI *“le attività e i compiti necessari per l'esercizio delle autostrade...la progettazione ed esecuzione degli interventi di adeguamento, richieste da esigenze relative alla sicurezza del traffico o al mantenimento del libello di servizio e... quelli inerenti l'adeguamento della viabilità di adduzione...concordati tra Concedente e concessionario”*.

Il progetto è stato approvato in via definitiva con provvedimento 15802 del 7 settembre 2017, reso dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Dipartimento per le infrastrutture, sistemi informativi e statistici, Direzione generale per la vigilanza sulle concessionarie autostradali.

¹ La convenzione, all'art. 2 stabilisce che l'oggetto della stessa è *“la costruzione e l'esercizio delle seguenti autostrade già assentite in concessione di costruzione ed esercizio delle precedenti convenzioni stipulate tra il concedente e il concessionario...(segue tabella, rigo 7: A10 Genova-Savona), per un complessivo tratto di 45,5 chilometri”*. A pag. 9, lett. D) sono elencati gli *“interventi già previsti dalla IV convenzione aggiuntiva”* e alla sottolettera De) si prevede, tra gli altri, *“Adeguamento e potenziamento tratte: De1) Gronda di Ponente e interconnessione A7/A10/A12”*. Va rammentato che, con **decreto legge 8 aprile 2008, n. 59**, convertito dalla legge 6 giugno 2008, n. 101, **art. 8-duodecies, comma 2, “Sono approvati tutti gli schemi di convenzione con la società ANAS S.p.a. già sottoscritti dalle società concessionarie autostradali alla data del 31 luglio 2010, a condizione che i suddetti schemi recepiscano le prescrizioni richiamate dalle delibere del CIPE di approvazione, ai fini dell'invarianza di effetti sulla finanza pubblica, fatti salvi gli schemi di convenzione già approvati. Le società concessionarie, ove ne facciano richiesta, possono concordare con il concedente una formula semplificata del sistema di adeguamento annuale delle tariffe di pedaggio basata su di una percentuale fissa, per l'intera durata della convenzione, dell'inflazione reale, anche tenendo conto degli investimenti effettuati, oltre che sulle componenti per la specifica copertura degli investimenti di cui all'articolo 21, del decreto-legge 24 dicembre 2003, n. 355, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2004, n. 47, nonché dei nuovi investimenti come individuati dalla direttiva approvata con deliberazione CIPE 15 giugno 2007, n. 39, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 197 del 25 agosto 2007, ovvero di quelli eventualmente compensati attraverso il parametro X della direttiva medesima**. A questa va aggiunto il provvedimento legislativo con cui è stato disposto il trasferimento (art. 11, co. 5 DL 216/2011) da ANAS al MIT della titolarità delle convenzioni.

L'approvazione del piano di convalida prevede, al suo interno, la suddivisione dell'opera in 10 lotti, di cui il primo è oggetto di esecuzione mediante affidamento "in house", ossia mediante esecuzione diretta da parte della società Pavimental, partecipata interamente da ASPI.

Giusta il provvedimento sopracitato , il progetto definitivo così denominato "*Adeguamento sistema A7 – A10 – A12 del nodo stradale e autostradale di Genova*", è previsto per un importo di €4.755.204.589,47 di cui 3.636.530.864,14 per lavori a base d'appalto (comprensivi di € 295.911.924,93 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso) ed €1.118.673.725,33 per somme a disposizione. La descrizione dell'intervento è riassunta a pag. 4 del Piano di convalida.

Il progetto definitivo prevede la suddivisione in 10 lotti, di cui il primo di un importo pari €964.772.891,71 e concernente opere propedeutiche affidate a società collegata di Autostrade per l'Italia.

Lo stato della procedura, giusta quanto acquisito dal Piano di convalida (pag. 8 ss) è il seguente:

c) Tempi dell' investimento

Gronda di Genova e Interconnessione A7-A10-A12

Durata della progettazione esecutiva:

Il tempo per la redazione complessiva dei progetti esecutivi è pari ad 11 mesi a far data dalla ricezione da parte di Autostrade per l'Italia del provvedimento di approvazione del progetto definitivo dell'intervento, in coerenza con quanto previsto nell' Allegato "M" all' Atto aggiuntivo alla Convenzione Unica del 24 dicembre 2013, fermo restando che la concessionaria redigerà e concorderà con il Concedente un piano delle consegne dei singoli progetti esecutivi per la successiva approvazione così come disposto nel provvedimento medesimo.

Tempistica di affidamento ed esecuzione dei lavori:

Le tempistiche di affidamento sono state previste coerentemente alle fasi dell'allegato "M" all' Atto Aggiuntivo alla convenzione unica del 24 dicembre 2013 in funzione del piano preliminare di consegna dei singoli progetti esecutivi riportato nel seguito. Ai fini del rispetto del cronoprogramma riportato nel presente piano risulta vincolante l'affidamento dei lavori delle opere propedeutiche entro il 30/09/2018, data perseguibile solo mediante affidamento alla collegata Pavimental come peraltro previsto nel provvedimento approvativo.

Fase	Attività	Fine	2017												2018												2019											
			A	S	O	N	D	G	F	M	A	M	G	L	A	S	O	N	D	G	F	M	A	M	G	L	A	S	O	N								
	<i>Decreto approvativo Progetto Definitivo prot. ASPI</i>	15-set-17																																				
Progetto esecutivo	Progetto esecutivo Opere a Mare	31-gen-18	4 mesi																																			
	Progetto esecutivo Slurrydotto e area Silos	31-mar-18	6 mesi																																			
	Progetto esecutivo Opere propedeutiche	31-mag-18	8 mesi																																			
	Progetti esecutivi altri Lotti	14-ago-18	11 mesi																																			
Approvazioni MIT Progetti Esecutivi	Approvazione MIT PE Opere a Mare	28-feb-18																																				
	Approvazione MIT PE Slurrydotto e area Silos	30-apr-18																																				
	Approvazione MIT PE Opere propedeutiche	30-giu-18																																				
	Approvazione MITPE altri Lotti	30-set-18																																				
Iter gare e affidamenti	Affidamento Opere propedeutiche (Pavimental)	30-set-18	3 mesi																																			
	Affidamento Opere a Mare	31-mar-19	13 mesi																																			
	Affidamento Slurrydotto e area Silos	31-mag-19	13 mesi																																			
	Affidamento altri Lotti	31-ott-19	13 mesi																																			

Per quanto attiene ai tempi di realizzazione è stata considerata una durata complessiva dei lavori di 3.650 giorni naturali e consecutivi (120 mesi) in conformità a quanto disposto nel provvedimento di approvazione di cui all'Art. 4 che saranno consegnati solo a seguito dell'approvazione della progettazione esecutiva dell'intero intervento.

8

(segue pag. 9)

Tale programma non tiene conto della richiesta del Concedente, di cui al punto 9 del provvedimento, di un possibile anticipo del Potenziamento A7/A12 la cui valutazione verrà approfondita nel corso della progettazione esecutiva.

Appare quindi necessario conoscere lo Stato delle attività svolte, in particolare le opere propedeutiche affidate (in considerazione dello spirare prossimo del termine di affidamento dei lavori delle opere propedeutiche, che viene individuato come perseguibile *“solo mediante affidamento alla collegata Pavimentale come peraltro previsto nel provvedimento approvativo”*).

2. la determinazione del costo dello scioglimento dal vincolo di realizzazione dell'opera.

La realizzazione delle opere previste dalla convenzione costituisce oggetto di un vincolo giuridico. Indipendentemente dalla scelta politico-amministrativa sulla sorte della Convenzione tra ASPI e Anas (ora MIT) legata ai noti fatti del crollo del viadotto Morandi sul Polcevera, la decisione circa lo scioglimento dal vincolo di realizzazione della c.d. Gronda, comporta un mutamento di una delle modalità di attuazione dell'oggetto della convenzione, la quale ha per oggetto le attività di gestione dell'autostrada A10 e specificamente (pag. 10 della Convenzione) *“l'adeguamento e potenziamento tre: Del) Gronda di Ponente e interconnessione A7/A10/A12”*, anche se non direttamente lo specifico progetto, scaturito da un complesso procedimento scandito per fasi che hanno impegnato diversi anni e soggetti coinvolti.

I costi dell'eventuale scioglimento dai suddetti vincoli, quindi, sono da determinarsi – per l'opera in oggetto – in base alle previsioni della convenzione stessa (clausole di scioglimento), nonché in base al regime degli atti conseguenti, ossia che hanno dato seguito all'attivazione del procedimento che ha condotto al progetto di realizzazione della Gronda.

La prospettiva che si assume di seguito è quella della conservazione della convenzione e quindi della messa in atto di azioni che vanno dalla revoca del solo provvedimento approvativo del piano di convalida alla possibilità di scioglimento parziale della Convenzione, limitatamente all'opera denominata Gronda di Ponente, ogni altro scenario dipendendo necessariamente dalle decisioni assunte rispetto all'intera Convenzione.

3. L'art. 9bis della Convenzione e le opzioni sul tappeto

La disposizione prescrive che *“il concessionario avrà diritto, nel rispetto del principio dell'affidamento, ad un indennizzo/risarcimento a carico del concedente, in ogni caso di recesso, revoca, risoluzione, anche per inadempimento del concedente, e/o comunque cessazione anticipata del rapporto di Convenzione, pur indotto da atti e/o fatti estranei alla volontà del concedente, anche di natura straordinaria e imprevedibile, ivi inclusi mutamenti sostanziali del quadro legislativo o regolatorio”*.

Se si assume la prospettiva della conservazione della Convenzione (ossia con esclusione di iniziative, di carattere essenzialmente giurisdizionale, volte a far dichiarare l'eventuale illegalità della disposizione dell'art. 9bis Conv.), possono venire in evidenza le seguenti possibilità:

1) Revoca del provvedimento di approvazione del piano di convalida

Il provvedimento 15802 del 7.9.2017 può essere revocato alle condizioni previste dall'art. 21-quinquies della legge 241/1990, con una serie di limitazioni. Deve anzitutto considerarsi che, nella fattispecie che ci occupa, non si tratta di revocare l'esito di una gara², bensì di revocare un provvedimento che prende atto di un procedimento e di una serie di atti che discendono direttamente dalla Convenzione .

² **Il potere di recedere dai contratti di appalto pubblico già conclusi**, rientra - in linea generale - nell'ambito dei poteri di cui all'art. 109 C.C.P. (ex art. 134 vecchio c.c.p.) dell'art. 21sexies della legge 241/1990. A mente del primo:

"1. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-ter e 92, comma 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite. (327)

2. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta e l'ammontare netto dei lavori, servizi o forniture eseguiti.

3. L'esercizio del diritto di recesso è preceduto da una formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo e verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.

4. I materiali, il cui valore è riconosciuto dalla stazione appaltante a norma del comma 1, sono soltanto quelli già accettati dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione del contratto, se nominato, o dal RUP in sua assenza, prima della comunicazione del preavviso di cui al comma 3.

5. La stazione appaltante può trattenere le opere provvisorie e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili. In tal caso essa corrisponde all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzato nel corso dei lavori eseguiti, un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di costruzione e il valore delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto.

6. L'appaltatore deve rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore dei lavori e deve mettere i magazzini e i cantieri a disposizione della stazione appaltante nel termine stabilito; in caso contrario lo sgombero è effettuato d'ufficio e a sue spese."

A tal proposito, deve considerarsi che "La revoca pubblicistica di cui all'art. 21 quinquies, L. 7 agosto 1990, n. 241 e il recesso dal contratto devono essere tenuti distinti perché: a) il potere di revoca della procedura di affidamento si colloca nell'ambito dell'azione amministrativa di tipo pubblicistico mentre il recesso contrattuale, lasciando impregiudicata la serie pubblicistica degli atti, incide solo sul vincolo contrattuale; b) è differente la qualificazione della posizione giuridica vantata dal privato nei confronti della revoca pubblicistica (interesse legittimo) e del recesso contrattuale (diritto soggettivo); c) la revoca può essere adottata in presenza delle condizioni legittimanti previste dall'art. 21 quinquies L. 7 agosto 1990, n. 241 mentre il potere di recesso è disciplinato da specifiche disposizioni di legge, tra cui l'art. 134, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e l'art. 1, comma 13, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, in L. 7 agosto 2012, n. 135; d) nel caso di revoca la determinazione dell'indennizzo segue le regole stabilite dall'art. 21 quinquies, comma 1-bis, L. 7 agosto 1990, n. 241 mentre il ristoro pecuniario dovuto dall'amministrazione recedente è fatto oggetto di apposita disciplina nelle diverse disposizioni di legge che lo regolano, oltre che innestarsi sulla previsione generale di cui all'art. 1373, comma 3, c.c. (se non derogata)." (Cons. Giust. Amm. Sic., 21/01/2015, n. 49)

In tema di determinazione del danno, può richiamarsi il consolidato principio in base al quale "Ai fini della quantificazione del risarcimento per equivalente della chance, l'utile va determinato nella misura del 10% dei

quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato dal ribasso offerto dalla ricorrente, con ciò attribuendo valore di riferimento alla disposizione di cui all'art. 122, D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 in tema di recesso unilaterale della p.a. dal contratto di appalto di opere pubbliche, recepita dall'art. 134 del D.Lgs. n. 163/2006, intesa come criterio generale di quantificazione del margine di profitto dell'appaltatore nei contratti con l'Amministrazione, così come lo era stato in precedenza l'art. 345, L. 20 marzo 1865, n. 2248 all. F." T.A.R. Lazio Roma Sez. III Sent., 26-03-2008, n. 2591).

b. quanto ai contratti non ancora conclusi

In questa ipotesi che si può provvedere alla **revoca dell'aggiudicazione** ex art. 21quinquies (Consiglio di Stato, sez. III, 29/11/2016, n. 5026, a mente del quale "Nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, mentre la revoca resta impraticabile dopo la stipula del contratto d'appalto, dovendo utilizzarsi, in quella fase, il diverso strumento del recesso, prima del perfezionamento del documento contrattuale, al contrario, l'aggiudicazione è pacificamente revocabile.").

In caso di procedure solo avviate, v., in materia di finanza di progetto, Consiglio di Stato sez. V 18 gennaio 2017 n. 207 "Non sussiste la responsabilità civile nell'ipotesi di "project financing", neanche dopo la dichiarazione di pubblico interesse dell'opera poiché non si è costituito un distinto, speciale ed autonomo rapporto precontrattuale, interessato dalla responsabilità precontrattuale, che obblighi l'amministrazione a dare comunque corso alla procedura di finanza di progetto. (Nel caso in esame, nell'ambito del "project financing", ad un operatore economico a cui, dopo la dichiarazione di pubblico interesse non veniva affidata l'esecuzione dei lavori, veniva negata la tutela risarcitoria per l'asserita responsabilità precontrattuale).

L'art. 21-quinquies prescrive che "*Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.*

1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati e' parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico".

Dunque in linea generale:

A) è necessario un mutamento non prevedibile della situazione di fatto ovvero sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero (ma salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, nei quali è discutibile se rientri gli affidamenti di contratti pubblici) una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

B) il pregiudizio che ne deriva a terzi implica l'obbligo di indennizzare i detti terzi.

C) la revoca dell'atto amministrativo che incida su rapporti negoziali, determina un'indennizzabilità nei soli limiti del danno emergente, tenuto conto della conoscenza o conoscibilità, da parte dei contraenti, della contrarietà all'interesse pubblico.

Tale disposizione crea alcuni dubbi interpretativi che vanno preliminarmente sciolti. In particolare, ci si chiede se il comma 1-bis, nella parte in cui dà rilievo alla conoscenza o conoscibilità della contrarietà all'interesse pubblico, imponga un criterio di determinazione dell'indennizzo valevole anche per le ipotesi di nuova valutazione dell'interesse pubblico. È evidente, infatti, che la nuova valutazione dell'interesse pubblico non può essere conosciuta se la valutazione dell'interesse pubblico originario è nuova.

In giurisprudenza si legge che "Anche con l'entrata in vigore del nuovo Codice di contratti pubblici la revoca di un'aggiudicazione legittima postula la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi; il paradigma legale di riferimento resta l'art. 21-quinquies, l. 7 agosto 1990 n. 241, e non anche la disciplina speciale dei contratti, che si occupa, infatti, di regolare il recesso e la risoluzione del contratto, e non anche la revoca

- a) La revoca del provvedimento di approvazione, non implica il venir meno del diritto/obbligo di ASPI di eseguire l'opera, il cui "adeguamento e/o potenziamento" è espressamente previsto all'interno della Convenzione (art. 2 lett. De));
- b) La revoca imporrebbe comunque l'individuazione di una ragione di pubblico interesse alla rimozione dello specifico provvedimento (e che non può essere riferibile alla semplice rimeditazione sulla necessità o utilità dell'opera, giusta quanto evidenziato al punto a));
- c) La revoca, infine, disciplinata dall'art. 21-quinquies della legge 241/1990, implica la presenza di:
 - i. un **mutamento non prevedibile della situazione di fatto** ovvero **sopravvenuti motivi di pubblico interesse** ovvero (ma salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, nei quali è discutibile se rientrino gli affidamenti di contratti pubblici) una **nuova valutazione dell'interesse pubblico originario**.
 - ii. L'obbligo di indennizzo dei soggetti direttamente interessati che, incidendo nella specie su rapporto negoziale, andrebbe contenuto nei **solli limiti del danno emergente**, tenuto conto della *conoscenza o conoscibilità, da parte dei contraenti, della contrarietà all'interesse pubblico*.

Con particolare riferimento alla determinazione dell'indennizzo, la giurisprudenza è consolidata nel ritenere rilevante, ai fini della liquidazione, l'esistenza di una posizione giuridica definita, quale è quella che discende dalla Convenzione³. Il principio dell'indennizzabilità del pregiudizio subito dal destinatario di un provvedimento di revoca è ispirato all'esigenza di tener conto del legittimo affidamento riposto dal privato nella possibilità di godere nel tempo dell'utilità acquisita attraverso il provvedimento revocato⁴

Tale indennizzo deve essere commisurato al solo danno emergente e, dunque, ai costi inutilmente sostenuti in relazione all'autorizzazione rilasciata e alla conseguente installazione dell'impianto in questione (se avvenuta), con esclusione di qualsiasi altro pregiudizio dalla stessa dichiarato, senza peraltro che l'importo debba necessariamente coincidere con l'effettivo esborso sopportato, potendo esso essere dall'amministrazione equitativamente liquidato⁵. Della prova dei costi sostenuti è onerato, evidentemente, il concessionario/revocando⁶.

dell'aggiudicazione degli appalti (ma solo delle concessioni). (Consiglio di Stato sez. III 29 novembre 2016 n. 5026). Ne discende la necessità di chiarire bene le ragioni in sede di motivazione.

³ T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 21-06-2018, n. 354; Cons. Stato Sez. IV, 20/04/2016, n. 1559.

⁴ Cons. Stato Sez. V, 11-12-2017, n. 5808

⁵ T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 20-06-2018, n. 984; T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 05-06-2018, n. 3707; T.A.R. Lazio Roma Sez. II bis, 05-03-2018, n. 2490 (sia pur con riferimento alla diversa fattispecie dell'appalto aggiudicato con gara.

⁶ T.A.R. Puglia Bari Sez. III, 16/02/2017, n. 134.

Va altresì tenuto conto, nella prospettiva della presente opzione, dell'art. 14 della Convenzione, part. 2, a mente della quale *“Nel caso in cui, per qualsiasi motivo, non fosse possibile realizzare uno o più degli interventi di cui sopra, il Concedente ed il concessionario procederanno ad individuare congiuntamente, con appositi verbali, gli specifici interventi da eseguire in sostituzione di quelli stralciati, fermo restando l'importo complessivo previsto nella succitata tabella del piano economico finanziario”*.

2) recesso parziale dalla Convenzione;

Altra opzione è il *recesso* dalla Convenzione, anche solo parziale (e quindi limitato all'oggetto della singola opera in questione). Sempre tenendo fuori l'ipotesi in cui il recesso venisse azionato sotto l'ombrello della contestazione di un inadempimento di ASPI (legato al funzionamento dell'intera tratta autostradale, comprensiva del tratto del viadotto Polcevera) e della conseguente volontà di scioglimento (totale o parziale) dalla Convenzione, va da subito segnalato che tale opzione non è del tutto scevra da rischi in considerazione della non chiaramente espressa possibilità di un *recesso parziale* il quale, pertanto, potrebbe indurre comunque controveazioni volte a far apparire tale recesso quale una volontà del Concedente di sottrarsi all'adempimento della Convenzione. A tal proposito, la vicenda fa emergere evidenti punti di contatto con il tema della possibile risoluzione *parziale*, per *grave inadempimento*, che potrebbe emergere a seguito dell'esame della situazione insorta dopo il crollo del ponte Morandi.

Esso non sembra doversi escludere a priori, in quanto appare ricomprendibile nella concreta previsione di un indennizzo *“in ogni caso di recesso”*.

Da un lato, a norma dell'art. 1373 c.c. *“Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita”*.

Dall'altro, a **norma dell'art. 9-bis** della Convenzione, *“l'indennizzo /risarcimento di cui al comma 1, dovuto dal concedente al Concessionario, sarà pari a un importo corrispondente al valore attuale netto dei ricavi della gestione, prevedibile dalla data del provvedimento di recesso, revoca o risoluzione del rapporto, sino alla scadenza della concessione, al netto dei relativi costi, oneri investimenti ed imposte prevedibili nel medesimo periodo, scontati ad un tasso di rendimento di mercato comparabile e maggiorato delle imposte che il Concessionario dovrà corrispondere a forte della*

percezione dell'importo da parte del Concedente, decurtato: dell'indebitamento finanziario netto assunto dal concedente alla data del trasferimento stesso; dei flussi di cassa della gestione percepiti dal concessionario durante lo svolgimento dell'ordinaria amministrazione decorrente dalla data dell'atto/provvedimento di recesso, revoca, risoluzione, cessazione anticipata del rapporto di convenzione fino alla data di trasferimento della concessione”.

La determinazione concreta di tale ammontare implica un'accurata analisi economico-contabile, che andrebbe preventivamente operata dalle strutture competenti, sulla scorta dei dati che dovrebbero essere forniti dalla concessionaria, o comunque con l'ausilio di esperti contabili.

Sulla scorta di quanto acquisito a partire dal 2.8.2018, dalla Direzione competente, *“ASPI - e la sua controllante Atlantia - in vista della realizzazione del Nodo di Genova (che nei piani era ipotizzata con il minor tempo tecnico per le autorizzazioni amministrative non di sua competenza), ha sempre dovuto mantenere una struttura del capitale ed una disponibilità di cassa idonea a far fronte, in ogni condizione dei mercati finanziari, a tale impegno, attraverso una policy finanziaria di grande cautela che impegna prefinanziamenti molto anticipati e un ridotto livello di indebitamento rispetto alle condizioni ottimali.*

Ciò premesso, i costi già sostenuti da parte di ASPI per quest'opera e funzionali alla sua realizzazione, possono essere classificati in 4 categorie:

- 1. Costi già sostenuti o impegnati con fornitori esterni (progetto, etc.) o terze parti (espropri).*
- 2. Costi relativi al prefinanziamento dei fabbisogni di cassa (negative carry) a partire dalla crisi del 2008.*
- 3. Costi di copertura finanziaria per assicurarsi la certezza e la stabilità del finanziamento (interest rate swap).*
- 4. Costo dovuto alla sovracapitalizzazione misurata con la metodologia di cui alle delibere CIPE e con riferimento al maggior costo del capitale per effetto del maggior peso dell'equity rispetto ai parametri di mercato.*

In particolare:

Progettazione, espropri, spostamento interferenze, organizzazione (sia per quanto concerne l'assunzione di personale che di acquisizione della disponibilità di una sede idonea a Genova per alloggiamento degli uffici), per un importo di €/mil 155.

Costi sostenuti dalla società (c.d. negative carry) per disporre di una riserva di liquidità incondizionatamente disponibile pari a circa € 1,8 miliardi a partire dal 2009 (anno dell'avvio della grande crisi finanziaria che ha limitato fortemente

l'accesso ai mercati dei capitali, in precedenza sostanzialmente senza vincoli), per un importo di €/mil 365.

Mark-to-market negativo degli strumenti derivati stipulati a copertura del rischio di tasso di interesse (Interest Rate Swap), per un valore complessivo di € 2,35 miliardi, in anticipo rispetto alle previste date di emissioni obbligazionarie per il finanziamento dell'opera, per un importo di €/mil. 50.

Costi per il mantenimento, sin dal 2004, della necessaria flessibilità finanziaria per far fronte alle esigenze connesse all'investimento da realizzare. Ciò ha comportato per ASPI il mantenimento di una struttura del capitale inefficiente, largamente "sotto-indebitata" rispetto al potenziale indebitamento consentito a parità di leva finanziaria con altri operatori europei di pari caratura (in media 5,0x di Net Debt/Ebitda). Conseguentemente ASPI avrebbe potuto investire tali maggiori risorse economiche ad un ritorno almeno pari al proprio costo opportunità del capitale (WACC), per un importo di €/mil 460.

Si sottolinea inoltre che, per effetto degli atti sopra richiamati che impegnano ASPI e la Pubblica Amministrazione, deve essere considerato il mancato utile ai sensi del codice dei contratti pubblici.".

Segue fotocopione dei dati contabili forniti dalla Direzione:

(A) Progettazione, espropri, spostamento interferenze, organizzazione (sia per quanto concerne l'assunzione di personale che di acquisizione della disponibilità di una sede idonea a Genova per alloggiamento degli uffici)

<i>Importi in milioni di euro</i>	<i>eseguito al 30/6/2018</i>	<i>Contrattualizzato "da riconoscere"</i>	Totale
Grona di Genova	83,4	73,0	156,4
<i>di cui</i>			
<i>Progettazione e Indagini</i>	63,7	32,5	96,2
<i>Espropri</i>	13,2	33,5	46,7
<i>Interferenze</i>	1,9	0,0	1,9
<i>organizzazione *</i>	2,1	0,9	3,0
<i>altre spese generali **</i>	2,6	6,1	8,7

* include capitalizzazione di personale tecnico

** include capitalizzazione di oneri finanziari

Quantificazione costi finanziari relativi alla copertura dei fabbisogni riconducibili all'investimento di GENOVA

(B) Costi relativi all'attività di prefinanziamento di equità riconducibilmente dipendente

	31/12/2004	31/12/2005	31/12/2006	31/12/2007	31/12/2008	31/12/2009	31/12/2010	31/12/2011	31/12/2012	31/12/2013	31/12/2014	31/12/2015	31/12/2016	31/12/2017	30/06/2018	Totale
Giacenza media in media	-28	-111	9	-15	-55	388	4.824	1.854	4.279	4.878	3.228	948	2.912	1.094	-2.736	31.940,3
Delta tasso tra passivo ed attivo	2,42%	2,56%	1,69%	0,53%	0,42%	2,99%	2,81%	2,28%	2,50%	2,52%	2,52%	1,45%	1,41%	1,73%	1,68%	
Costo del "negative carry" (€/ml)	0,6	2,838	0,1	0,1	0,1	17,0	46,0	57,0	52,0	72,1	53,7	13,6	22,7	30,6	23,0	385,3
costo medio gruppo	5,20%	5,10%	5,10%	5,10%	5,20%	4,94%	4,81%	4,83%	4,82%	4,69%	4,56%	4,23%	3,78%	3,57%	3,53%	
media euribor 3m	2,28%	2,16%	2,04%	1,92%	1,80%	1,68%	1,56%	1,44%	1,32%	1,20%	1,08%	0,96%	0,84%	0,72%	0,60%	
Spread medio	0,50%	0,50%	0,50%	0,50%	0,50%	0,17%	0,63%	0,94%	1,56%	1,47%	0,92%	0,50%	0,53%	0,44%	0,45%	
Rendimento di -ln	2,58%	2,54%	3,04%	4,58%	4,78%	1,05%	1,25%	2,11%	1,68%	1,62%	1,05%	0,45%	0,21%	0,07%	0,03%	

(C) Costi relativi all'attività di copertura del rischio di oscillazione dei tassi di interesse riconducibili ai fabbisogni finanziari

	1	2	3	4
RS in essere	15/06/2015	11/02/2015	11/02/2016	16/07/2018
data di scadenza	700	150	750	750
Importo Media nulla	2017/2015	2018/2015	2019/2017	2020/2028
Periodo di copertura	48,25	1,8	8,7	-3,2
MTM al 31/7/18 11.45 €/ml				

Costi finanziari totali sostenuti per assicurare adeguata copertura finanziaria ai fabbisogni

416,2

(D) Costi relativi alla migliore flessibilità finanziaria

Autocredito per l'Italia	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Attività di giro	8.144	8.239	8.214	8.392	8.524	8.941	9.058	9.250	10.802	10.650	10.852	10.710	9.468	9.528
Net Debt	1.602	1.657	1.838	1.791	1.838	1.880	1.952	2.003	1.879	1.992	2.076	2.134	2.243	2.308
EBITDA	5,1	5,0	4,6	4,7	4,6	4,8	4,6	4,6	5,7	5,5	5,1	5,1	4,2	4,1
Net Debt/EBITDA	-	-	0,4	0,3	0,4	0,2	0,4	0,4	-	-	-	-	0,8	0,9
Delta rispetto a media di settore (5,0x)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Maggior debito non utilizzato	-	758	666	566	458	458	708	762	-	-	-	-	1.747	2.012
Ritorno sul investimento al WACC 5,59% (1)	45	34	40	27	42	45	104	120	157					

(1) Fonte: media Bloomberg emi 2004-2017

Dovrebbe a tal proposito acquisirsi la documentazione comprovante i dati in questione e l'effettiva ricaduta di tali parametri su quelli individuati dalla convenzione come criterio di liquidazione dell'indennizzo dovuto.

Ferma restando la necessità di una specifica valutazione tecnico contabile in ordine alla sussistenza e quantificazione del pregiudizio economico derivante dallo scioglimento dal vincolo di realizzazione, come sopra descritto dalla Direzione, deve evidenziarsi che la regolazione dei rapporti con l'attuale concessionario e titolare dei lavori è sicuramente influenzato dalle determinazioni che verranno assunte a valle dei lavori della Commissione per la valutazione delle azioni da intraprendere in relazione alla convenzione in essere e dunque, allo stato, non ulteriormente prevedibili.

A tali voci di costo, inoltre, vanno aggiunte le eventuali pretese risarcitorie di terzi, o in via di rivalsa dalla stessa ASPI, che, a fronte del recesso, potrebbe verosimilmente chiamarsi fuori da ogni pretesa nei suoi confronti da parte di terzi che dovessero reclamare pregiudizi a loro occorsi dalla cessazione dell'esecuzione dell'opera, allo stato non quantificabili in ragione della necessità che siano effettuate valutazioni di tipo tecnico-contabile su elementi di fatto in possesso della sola concessionaria.

C) la revoca della concessione

Quanto alla revoca della concessione, per ragioni di pubblico interesse, viene, per un verso, in gioco l'opinabilità dell'utilizzabilità del rimedio, previsto dall'art. 21quiquies della legge 241/1990, come inteso dalla più recente giurisprudenza amministrativa (A.P. 14/2014, in tema di revoca dell'aggiudicazione della procedura di gara), la quale pare far salva la revocabilità delle c.d. Concessioni-contratto; per altro verso, ciò non pare spostare la misura dell'indennizzo che, a norma dell'art. 21quiquies comma 1bis è parametrata al solo danno emergente, per i criteri della cui quantificazione può rimandarsi, mutatis mutandis, a quanto sopra evidenziato – per l'ipotesi di recesso – dalla direzione del Ministero. Ossia, in buona sostanza, il danno sarebbe quello discendente, dalla perdita patrimoniale legata ai costi sostenuti per tenere stabili i finanziamenti e il capitale destinato alla realizzazione dell'opera.

A questo, potrebbero aggiungersi le somme discendenti dall'attività nei confronti di terzi e dalla rivalsa nei confronti del concedente dei pregiudizi discendenti dalla interruzione del rapporto.

Anche in relazione a tale punto non può che rinviarsi alle conclusioni di cui al parere della Commissione, sopra richiamata.

Conclusioni

In definitiva, allo stato dei dati disponibili, ferma la necessità della verifica tecnico-contabile circa la fondatezza delle voci di costo sostenute e la corretta determinazione di tutti gli altri elementi impiegati per l'individuazione delle voci di costo, il prezzo dello scioglimento ammonta, *al netto del mancato guadagno* indennizzabile nella misura del 10% dell'utile ritraibile, a circa 1 mld di euro.