



Autorità Nazionale Anticorruzione

UFFICIO VIGILANZA COLLABORATIVA E VIGILANZE SPECIALI

Autorità Nazionale Anticorruzione

IL DIRIGENTE

Prot. Uscita del 23/09/2019

Numero: 0074074

Ufficio: SG - UVS Ufficio Vigilanza Collaborativa e Vigilanze Speciali
Al Comune di Bergamo

Palazzo Frizzoni

Piazza G. Matteotti, 27

24122 - Bergamo

protocollo@cert.comune.bergamo.it

Alla Bergamo Parcheggi Spa

Via Calderon de la Barca, 2

20122 - Milano

bergamoparcheggispa@legalmail.it

Ai Signori Consiglieri Comunali del Movimento 5 Stelle
- Comune di Bergamo

Marcello Zenoni

Fabio Gregorelli

marcello.zenoni@archiwordpec.it

Fascicolo 1942/2018 (da citare nella risposta)

Oggetto: Concessione di progettazione, costruzione e gestione di un parcheggio interrato destinato alla sosta breve, agli esercizi ed alle persone in città Alta, nell'area denominata "Parco della Rocca" - ex "Faunistico".

Comunicazione Risultanze Istruttorie.

Con la presente si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 18 settembre 2019, ha esaminato gli atti relativi al procedimento in oggetto e ha disposto di comunicare ai soggetti interessati le risultanze istruttorie, essendo emerse le seguenti criticità nell'ambito dell'affidamento in oggetto.

1. ELEVATA DURATA DELL'AFFIDAMENTO

Complessivamente l'opera, che doveva concludersi in meno di 3 anni dalla stipula del contratto di concessione, dopo oltre 15 anni, non è ancora conclusa. Tale ritardo pare ingiustificato e caratterizzato da specifiche violazioni, poste in essere soprattutto dalla concessionario, non contrastate (efficacemente) dal Comune.

a) Ritardi in fase di progettazione definitiva ed esecutiva

I ritardi accumulati in tale fase (occorrenti all'approvazione delle modifiche occorse tra la progettazione definitiva e quella esecutiva) sfiorano i 4 anni, a fronte di una previsione contrattuale di 180 giorni: dalla stipula della convenzione, avvenuta in data 20.5.2004, a quella dell'atto aggiuntivo (che ha recepito le modifiche della progettazione esecutiva), avvenuta in data 24.4.2008.

Lo stesso ente comunale (che nella delibera della Giunta n. 79 del 28.2008 approvava la progettazione esecutiva) ritiene che la maggior parte dei maggiori oneri siano imputabili al concessionario e solo una parte di questi a sopravvenienze; tale conclusione pare condivisa dal concessionario, come indicato nelle premesse dell'atto integrativo del 24.4.2008.

Il ritardo appare pertanto oggettivamente grave (se si confronta il tempo contrattuale previsto e quello effettivamente occorso), ingiustificato (anche per come indicato dal Comune di Bergamo e dal concessionario, in ragione della modestia delle modifiche occorse) e per lo più imputabile al concessionario (in ragione anche di quanto indicato nella citata delibera comunale e nella premesse dell'atto integrativo del 2008).

b) Ritardi relativi alle vicende penali

La frana è intervenuta pochi mesi dopo l'avvio delle lavorazioni (avvio lavorazioni: 23.9.2008; frana 28.12.2008) e, a quanto consta, è imputabile alla concessionaria che ha eseguito sia la progettazione esecutiva che le lavorazioni, come accertato in sede di collaudo in corso d'opera (cfr. relazione del collaudatore in corso d'opera dell'11.3.2009). Il che, oltre a giustificare una risoluzione contrattuale, rende certamente imputabile il successivo ritardo alla concessionaria.

Le circostanze appaiono chiare, non contestate e ben conosciute dallo stesso Comune, il quale nella delibera comunale n. 66 del 10.10.2016 riporta ampi stralci della relazione del collaudatore statico dell'opera (Ing. Mario Myallonier).

Irrilevante appare il tempo occorrente allo svolgimento degli accertamenti penali, in quanto dalla lettura della sentenza della corte di Appello di Brescia (n. 329/2016) non emerge lo svolgimento di ulteriori attività peritali successive al gennaio 2012 (all'analisi dei luoghi svolte dalla ARPA).

Lo stesso Comune, nella propria audizione del 25.6.2018, limita gli effetti della sospensione conseguenti alla frana al 2014.

Inoltre, durante i procedimenti penali, il Comune ha approvato la perizia di variante del 2011 e quella del 2016 e addirittura in data 12.9.2017 c'è stata la consegna del cantiere al nuovo esecutore (RTI Collini), nonostante l'intervento di un'ulteriore condanna penale per reato ambientale, intervenuta solo il 21.9.2017 (cfr. p. 9 della memoria del Comune di Bergamo).

In ogni caso, anche il successivo ritardo, direttamente causato dalla citata vicenda penale, deve ritenersi almeno in parte imputabile al concessionario (oltre che, ovviamente, alla Geom. Locatelli Lavori spa).

Infatti, pur volendo "valorizzarsi" l'attività fraudolenta subita dalla Bergamo Parcheggio spa (come accertata in sede penale), le responsabilità di quest'ultima non possono elidersi, in quanto la Geom. Locatelli Lavori spa, al tempo dell'esecuzione dell'opera di messa in sicurezza, era socio della concessionaria detenendone il 6% e quindi gli inadempimenti della prima, nell'esecuzione del contratto di concessione, sono imputabili anche alla concessionaria (ex art. 37 *quinquies* co.1 bis L. 109/94).

Inoltre, la concessionaria aveva l'obbligo di eseguire i lavori a regola d'arte, rientrandovi anche l'obbligo di mantenere in sicurezza il cantiere in seguito alla frana. Tale obbligo è stata assunto ed assolto mediante la stipula del contratto di appalto del 22.1.2009 (come pure ribadito durante l'audizione del 29.5.2018), tra Bergamo Parcheggio spa e Geom. Locatelli Lavori spa (configurandosi *una culpa in eligendo*) e avrebbe dovuto verificarne la corretta esecuzione (integrandosi *una culpa in vigilando*).

Né è chiaro, infine, quali iniziative abbia intrapreso il concessionario all'esito dell'istruttoria penale, per salvaguardare la pronta ripresa delle lavorazioni.

c) Ritardi connessi al nuovo piano comunale della sosta di Bergamo

In relazione al nuovo piano comunale della sosta (trasfuso nell'atto di attuazione del 10.11.2016), deve osservarsi che i componenti della società concessionaria (originari mandanti del RTI aggiudicatario) hanno *medio tempore* perduto i requisiti speciali di qualificazione necessari all'esecuzione dei lavori.

Sicché, il tempo occorso all'individuazione di tali ulteriori o.e. costituisce un ritardo direttamente imputabile alla concessionaria: secondo pacifica giurisprudenza, infatti, il mantenimento dei requisiti da parte del concessionario per l'intera durata dell'affidamento costituisce specifico obbligo dell'appaltatore, mentre la perdita dei requisiti dà luogo a risoluzione del contratto.

d) Ritardi nell'esecuzione dei lavori

I lavori affidati al R.T.I. Collini Lavori spa (avviati in data 12.9.2017, con termine previsto in 22 mesi e data di presunta fine lavori al 15.3.2019), ad oggi, come riportato da notizie di stampa, non sono ancora terminati: pertanto, anche l'ulteriore ritardo sinora accumulato pare imputabile alla concessionaria.

e) Le conseguenze dei ritardi.

Il complessivo ritardo accumulato produce un danno immediato e diretto alla collettività, nella misura in cui l'opera (valutata di interesse pubblico dall'ente comunale) non è stata finora di fatto goduta dalla stessa collettività e, nel contempo, i residenti nelle zone limitrofe hanno dovuto subire gli ovvi disagi connessi all'esecuzione dei lavori.

Inoltre, tali ritardi di fatto stanno dilatando il tempo della concessione ben oltre i 29 anni previsti (che decorrono solo dal verbale di collaudo dell'opera - cfr. art. 6 della convenzione), ad esclusivo vantaggio del concessionario, il quale gestisce i parcheggi su strada ad uso pubblico (ed introita i relativi proventi) sin dall'1 settembre 2004 e cioè da oltre 15 anni (cfr. art. 4 della convenzione del 2004 e come confermato dallo stesso concessionario nella propria memoria, p. 3); con l'effetto paradossale che il ritardo nel completamento dell'opera si sta traducendo nel consolidamento di un vantaggio gestorio (in termini di introiti).

Per effetto delle modifiche intervenute¹, infine, il diritto di superficie (originariamente previsto in 29 anni, ex art. 6 co. 4 della convenzione), è stato elevato a 90 anni su 64 p.auto, con una parziale triplicazione della durata della concessione.

2. I COSTI DELL'INTERVENTO

In via generale, la rinegoziazione delle condizioni del PEF è ammessa in ipotesi eccezionali (es. varianti o sopravvenienza normative - cfr. art. 19 co. 2bis L. 109/94 e da ultimo l'art. 182 co. 3 D.Lgs. 50/2016), al di fuori delle quali la rinegoziazione è illegittima, soprattutto se il motivo del disequilibrio è stato determinato dal concessionario.

La modifica delle condizioni dell'affidamento, in tale ottica, stante il principio di immutabilità dell'offerta (e quindi dell'originario PEF), costituisce una chiara elusione

¹ In particolare quella del 2008 e quella del 2016.

dell'obbligo di rinnovazione della gara pubblica.

A fattor comune, inoltre, deve rilevarsi che nel computo degli aumenti occorsi nel tempo, non pare si sia mai tenuto conto della (rilevante) circostanza che Bergamo Parcheggio spa sta gestendo ed introitando le tariffe (progressivamente aumentate) sin dall'1.9.2004 per i parcheggi di superficie (cfr. art. 4 della convenzione del 2004).

Al riguardo, è opportuno che le parti chiariscano una stima degli introiti ad oggi ottenuti dalla gestione dei parcheggi e del computo degli stessi in occasione degli aumenti disposti nel corso del tempo.

a) L'aumento in sede di approvazione della progettazione esecutiva.

In riferimento a tali aumenti (descritti all'artt. 1-2 del contratto integrativo del 24.4.2008), la concessionaria (e sulla stessa falsariga il Comune di Bergamo) afferma che la maggior parte dell'aumento € 2.537.963,74 dovesse rimanere a carico esclusivo del Concessionario, mentre la minima parte (€ 900.000,00) derivasse da fatti sopravvenuti e non imputabili al Concessionario (p. 4 della memoria della concessionaria; cfr. anche art. 1 della convenzione del 2008).

Al riguardo, è evidente che gli aumenti derivano da fatto del concessionario, risultando l'aumento disposto in favore del concessionario in contrasto con l'art. 19 co. 2bis L. 109/94.

Inoltre, appare evidente la illogicità e contraddittorietà della previsione che compensa un presunto maggior costo di € 900mila con il riconoscimento di oltre € 2 mln, ottenibili della cedibilità del diritto di superficie.

b) Gli aumenti conseguenti alle varianti del 2011 e del 2016

In riferimento a tali aumenti (descritti agli artt. 2-5 dell'atto di attuazione del 10.11.2016), si osserva che gli stessi sono volti a porre a carico della collettività l'aumento del costo di costruzione e gestione dell'opera, in gran parte imputabile ad errori del concessionario.

In primo luogo, la cedibilità a terzi del diritto di superficie di 64 p.auto per 90 anni, per un valore di € 40.000 per singolo posto auto (per un totale di € 2.560.000,00), determina un'alterazione delle originarie condizioni di affidamento, in quanto il diritto di superficie era riconosciuto alla concessionaria per 29 anni e senza ulteriore possibilità di cessione.

L'aumento della tariffa oraria (quasi raddoppiata, da € 1,48 a € 2,80, oltre IVA):

- appare ingiustificato, soprattutto se rapportato con il ritardo con il quale l'opera è stata condotta e con le inadempienze poste in essere dalla concessionaria;
- determina un maggior costo del servizio a carico esclusivo della collettività e non certo del concessionario.

Non meno significativa, sia per la collettività che per la concessionaria, è stata la completa eliminazione delle strisce blu gratuite per i residenti, trasformate in abbonamenti di € 99/annui; anche tale aumento rappresenta un trasferimento sulla collettività di un preteso maggior costo di realizzazione dell'opera.

c) Le penali contrattuali e le cauzioni.

Da ultimo, in riferimento agli aspetti economici della concessione, non è stato affrontato il tema (pure invece emerso) delle penali e delle cauzioni.

L'art. 16 della convenzione del 2004 prevedeva una penale dello 0,05 per ogni giorno di ritardo nella consegna del progetto esecutivo, fino ad un massimo del 10% del costo di

progettazione.

E' accertato un ritardo pari a quasi 4 anni, per lo più imputabile allo stesso concessionario (cfr. para. 4.1, lett. a), ma non vi è traccia dell'applicazione della relativa penale.

La penale relativa alla ritardata consegna delle opere è rimasta pari a € 911,00/giorno, fino ad un massimo del 10% del costo di costruzione, nonostante il costo di costruzione sia lievitato (cfr. art. 5 ult. comma della convenzione del 10.11.2016).

L'opera doveva essere consegnata il 15.3.2019 e, da notizie di stampa, non è stata completata.

Appare incomprensibile la limitazione della penale per ritardo, ad un valore di costruzione non più attuale ed appare comunque utile approfondire le intenzioni del Comune di Bergamo relativamente al ritardo di consegna delle opere.

Da ultimo, il contratto di appalto di messa in sicurezza del 22.1.2009 (stipulato tra Bergamo Parcheggi spa e Geom. Locatelli Lavori spa e rimasto inadempito, stante la frode posta in essere dalla Geom. Locatelli Lavori spa) era assistito da specifica polizza assicurativa (art. 10).

La Geom. Locatelli Lavori spa è stata condannata al risarcimento del danno per € 350.000,00, in via provvisoria (con sentenza della Corte di Appello di Brescia 329/2016).

Al riguardo, la Bergamo Parcheggi spa ha riferito di non avere conseguito il credito risarcitorio, stante l'insolvenza dell'appaltatrice e nulla ha riferito in ordine all'eventuale escussione delle polizze fidejussorie.

Si ritiene opportuno, che siano forniti chiarimenti in ordine alle iniziative intraprese al riguardo e se e in che termini l'incameramento del premio della polizza da parte del concessionario sia stato valutato nell'ambito del PEF².

3. VARIANTI

a) La variante del 2011

Tale perizia è stata posta in essere chiaramente al fine di ripristinare l'opera in conseguenza dell'evento franoso del 2008. Al riguardo, sia la concedente che la concessionaria, ascrivono la variante all'ipotesi tipizzata dall'art. 25 co. 1 lett. b-bis) e lett. c) L. 109/94. Il Comune fa inoltre riferimento alla sopravvenienza di norme sismiche (cfr. p. 21 della memoria).

Invero, alla luce delle considerazioni svolte dal collaudatore statico in corso d'opera (riportate anche nella delibera del consiglio comunale di Bergamo del 10.10.2016), appare inequivoco che la variante del 2011 è stata posta in essere al fine di riparare ad un errore progettuale/esecutivo della concessionaria, legittimante una risoluzione contrattuale e non è pertanto riconducibile a nessuna ipotesi tipizzata di varianti.

Dall'esame dello stralcio della perizia prodotta dalla concessionaria non è stato possibile individuare gli adeguamenti alla normativa antisismica citati dal Comune di Bergamo.

² Cfr. nota del "Comitato NoParking Fara" del 13.6.2018, prot. I. 50892 che riporta un articolo del Corriere di Bergamo del 14.9.2017 al riguardo.

b) La variante del 2016

Quanto alla variante del 2016, in più parti emerge in maniera chiara che trattasi di un "nuovo piano della sosta di Bergamo" che prevede una modifica sostanziale e radicale del sistema viario e di gestione dei parcheggi comunali e, nel contempo, di far realizzare tale modifica alla stessa concessionaria (cfr. art. 5 co. 5 della convenzione del 10.11.2016).

Al di là del contenuto latamente transattivo del contratto, appare evidente che trattasi di una modifica (*rectius* di uno stravolgimento) dell'originaria concessione che non è riconducibile a nessuna delle ipotesi tipizzata di variante e che avrebbe dovuto dar luogo ad un nuovo affidamento mediante gara.

Peraltro, tra l'ottobre 2018 e il febbraio 2019, è pervenuta all'Autorità documentazione³ dalla quale si evince (oltre che una serie di ordini di servizio, ritardi, iscrizioni di riserva), l'esistenza di una o più perizie di variante, per le quali sussiste l'obbligo di comunicazione all'Autorità, ex art. 37, d.l. 24.6.2014, n. 90.

4. I GRAVI INADEMPIMENTI CONTRATTUALI E LA MANCATA RISOLUZIONE

In via generale, deve richiamarsi l'art. 37 *quinquies* co.1 *bis* L. 109/1994, in virtù del quale non appare prospettabile una cesura tra le condotte contrattuali dei soci del concessionario (nell'esecuzione del contratto) e il concessionario stesso, al quale restano dunque imputabili *ex lege* le conseguenze giuridiche degli inadempimenti dei primi.

a) La frana del 2008

Come esposto, una prima volta i lavori sono stati avviati in data 23.9.2008 e sono stati sospesi in conseguenza di una frana occorsa nell'area di cantiere, in data 30.12.2008. Al riguardo, il Comune afferma che non è mai stato contestato o accertato nulla in ordine alle cause della frana, da ritenersi addirittura involontaria.

Tuttavia, la relazione descrittiva sulle cause del dissesto redatta dal collaudatore in corso d'opera Ing. Mario Myallonier in data 11.3.2009⁴ (già indicata nella segnalazione originaria e citata anche nella delibera del Consiglio Comunale n. 66/2016) imputa in maniera chiara ed inequivoca la causa della frana ad un errore di esecuzione delle lavorazioni, e quindi al concessionario.

Risulta, quindi, smentita in fatto e in diritto la tesi del Comune di Bergamo: la gravità dell'errore e le conseguenze che ne sono derivate integrano pacificamente il grave inadempimento contrattuale che, ex art. 119 DPR 554/99 e art. 17 della convenzione del 2004, avrebbero dovuto determinare la risoluzione del contratto di concessione.

b) La messa in sicurezza e la conseguente frode

Per la messa in sicurezza dell'area franata, il concessionario ha stipulato un contratto di appalto in data 22.1.2009 con la Geom. Locatelli Lavori spa, che è anche socia della società di progetto, quale componente dell'originario componente del RTI aggiudicatario (cfr. atto costitutivo della Bergamo parcheggi spa). La frode in pubbliche forniture (accertata in sede penale) è quindi connessa all'esecuzione del contratto di appalto del 22.1.2009 e non anche al contratto di concessione.

Nondimeno, sia il legame soggettivo (tra la Geom. Locatelli Lavori spa e la concessionaria)

³ Nota Prot. I. 87820 del 25.10.2018 del "Comitato noparking Fara"; Nota prot. I 14081 del 20.2.2019 a firma dell'Ing. Dellagiacomma (direttore dei lavori) e nota prot. I. 15247 del 22.2.2019 della Collini Lavori spa (impresa costruttrice).

⁴ La relazione è disponibile sul sito <https://noparkingfara.it/documenti/>

che quello oggettivo (tra le prestazioni del contratto del 22.1.2009 e l'esecuzione del contratto di concessione) determinano un evidente e gravissimo inadempimento, a motivo di risoluzione *ex art.* 117 e 118 DPR 554/99. Valgano al riguardo le considerazioni già svolte in relazione al ritardo nell'affidamento (cfr. para. 1, lett. b).

A fattor comune, deve inoltre rilevarsi che, sia al tempo dell'accertamento condotto dal collaudatore (11.3.2009), che al momento della ripresa delle lavorazioni in conseguenza della sentenza penale della Corte di appello di Brescia (31.3.2016), l'opera si trovava in uno stato embrionale, tale da non rendere neanche particolarmente diseconomica (per il Comune di Bergamo) la risoluzione. Inoltre, la gravità degli inadempimenti descritti escludono *in nuce* l'applicabilità dell'art. 176 D.Lgs. 50/2016, citato dal Comune di Bergamo nelle proprie memorie.

5. LE QUESTIONI LEGATE ALLA QUALIFICAZIONE DEL CONCESSIONARIO

a) La perdita dei requisiti speciali e la modifica societaria

La concessione in oggetto è un *project financing* disciplinato *ratione temporis* dall'art. 37 *bis* e ss. L. 109/94. Dopo la stipula della convenzione (2004), il RTI aggiudicatario ha costituito una società di progetto con tutti i componenti del RTI, *ex art.* 37 *quinquies* co. 1 L. 109/94; lo statuto regola i rapporti tra i soci.

Al riguardo, alla luce del combinato disposto dell'art. 37 *quinquies* co. 1 *ter* L. 109/94, dell'art. 18 co. 1, primo alinea, della convenzione e dell'art. 9.2.1. dello statuto della concessionaria, nonché del consolidato principio giurisprudenziale (Cons. St., Ad. Plen., n. 8/2015), la sopravvenuta perdita dei requisiti di qualificazione avrebbe dovuto determinare la risoluzione del rapporto concessorio.

b) La procedura ristretta

Quanto, infine, alla procedura ristretta (successivamente indetta dal concessionario e mediante la quale i lavori sono stati affidati al RTI Collini) deve rilevarsi che l'art. 177 D.Lgs 50/2016 (posto a base della legittimità della procedura) non è applicabile alla fattispecie in oggetto, in quanto si rivolge alle concessioni non affidate mediante *project financing*, come invece è la convenzione che lega il Comune di Bergamo e la Bergamo Parcheggio spa.

Per altro verso, seppur appare meritoria la scelta di individuare il "socio carente" mediante un confronto competitivo, in assenza dell'invio della documentazione di gara, residuano perplessità in ordine allo svolgimento della stessa, avendo partecipato un solo concorrente.

6. VALUTAZIONE IMPATTO AMBIENTALE

Al riguardo sarebbe necessario un approfondimento dell'articolata normativa succedutasi nel tempo. Tuttavia, la questione non attiene alla materia della contrattualistica pubblica e le autorità amministrative competenti in materia sono la Regione o il Comune (*ex art.* 2 della L.R. Lombardia 5/2010).

Pertanto, l'eventuale violazione in materia ambientale esula dalla competenza di questa Autorità (*ex art.* 1 co. 1 lett. d) del Regolamento di vigilanza del 2017).

7. CONCLUSIONI

Alla luce di quanto esposto, attesa l'attuale pendenza del rapporto concessorio (e dovendo l'opera ancora essere completata), le parti sono invitate:

- ad esprimere le proprie controdeduzioni in riferimento alle violazioni riscontrate (come sopra descritte);
- a voler precisare se e in che misura le variazioni delle condizioni economiche dell'affidamento abbiano tenuto conto delle criticità imputabili al concessionario, degli introiti già conseguiti da quest'ultimo nella gestione dei parcheggi di superficie dal 1° settembre 2004 ad oggi, dell'applicazione delle penali/escussioni polizze/risarcimenti danni;
- ad indicare lo stato di avanzamento dell'opera, con particolare riferimento all'approvazione di eventuali perizie di variante e all'applicazione delle penali contrattuali (previste dall'art. 5 co. 5 ult. parte dell'atto attuativo del 10.11.2016), in ragione del ritardo accumulato nella consegna delle opere.

Al riguardo, l'Autorità si riserva di adottare le raccomandazioni ritenute opportune, ai sensi dell'art. 12, co. 1, lett. d), del Regolamento di Vigilanza del 15.2.2017.

Ai fini dell'invio delle controdeduzioni e dei chiarimenti richiesti si indica, ai sensi dell'art. 213, co. 13, del d.lgs. 50/2016, il termine di 30 giorni decorrenti dalla data di ricevimento della presente.

Tutti i documenti potranno essere inviati o consegnati presso: "Autorità Nazionale Anticorruzione" – Palazzo Sciarra, Via Marco Minghetti, n. 10, 00187 Roma – oppure inviati, preferibilmente, al seguente indirizzo: protocollo@pec.anticorruzione.it.

gs

Filippo Romano

