



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

PARERE

gl
rr
or
H
Camf

Sommario: 1. Il procedimento avviato in seguito al crollo del viadotto Polcevera. – 2. Il rapporto concessorio con ASPI. – 3. Gli obblighi del concessionario in forza della Convenzione unica e delle altre norme rilevanti. – 4. L'evento del crollo e le misure conseguenti. – 5. Le note di contestazione del MIT e le controdeduzioni di ASPI. – 6. La violazione dell'obbligo di custodia e di restituzione. – 7. La violazione degli obblighi di manutenzione. – 8. La gravità dell'inadempimento e le relative implicazioni. – 9. La nullità dell'articolo 9-bis della Convenzione unica. – 10. La possibilità di risolvere unilateralmente la Convenzione unica e la competenza ad adottare e ad approvare l'atto di risoluzione. – 11. Analisi dei rischi di contenzioso e delle ricadute operative della risoluzione. – 12. Conclusioni.

1. Il procedimento avviato in seguito al crollo del viadotto Polcevera.

All'indomani del crollo del viadotto Polcevera (in prosieguo anche solo Ponte Morandi o anche solo Ponte), insistente sul tratto autostradale A10 Genova – Savona, avvenuto il 14 agosto 2018, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (in prosieguo anche solo MIT), nella sua qualità di autorità amministrativa concedente, attraverso la Direzione competente ha avviato un procedimento volto ad accertare eventuali inadempimenti del concessionario Autostrade per l'Italia s.p.a. (in prosieguo anche solo ASPI o Concessionario) agli obblighi scaturenti dal rapporto concessorio in essere in forza della Convenzione unica del 2007 (in prosieguo anche solo Convenzione o Concessione).

Il primo atto del procedimento è del 16 agosto 2018, in cui sono richiamati anche gli articoli 8, 9 e 9-bis della Convenzione, concernenti molteplici fattispecie di cessazione anticipata della stessa.

In seguito, il MIT ha nominato una Commissione ispettiva con il DM n. 386 del 2018, (di seguito "Commissione tecnica") a cui è stato chiesto di individuare le possibili cause del



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

crollo del viadotto. La Commissione ha concluso i suoi lavori il 14 settembre 2018, consegnando al Ministero un'articolata Relazione (in prosieguo anche solo "Relazione tecnica").

W
Alla prima contestazione del 16 agosto 2018, hanno fatto seguito l'integrazione del 20 dicembre 2018 – per lo più dettata dall'esigenza di partecipare ad ASPI le conclusioni della citata Relazione tecnica del 14 settembre 2018 – e quella del 5 aprile 2019, nella quale, fra l'altro, l'amministrazione procedente ha prospettato alla società concessionaria che l'esito del procedimento avrebbe potuto in particolare involgere la risoluzione della Convenzione per grave inadempimento agli obblighi assunti.

Mr
A tali note ASPI ha replicato con una prima risposta del 31 agosto 2018, nonché depositando alla fissata scadenza del 3 maggio 2019 le proprie controdeduzioni, denominate "Documento di riscontro", con le quali ha replicato anche alle prospettazioni contenute nella Relazione tecnica.

Q
H
Nel corso del procedimento, con DM n. 119 del 29 marzo 2019, è stato nominato il presente Gruppo di lavoro interistituzionale (in prosieguo anche solo "Gruppo di lavoro"), al quale è stato demandato il compito di fornire un supporto giuridico alla Direzione competente nella fase procedimentale e, poi, di redigere un motivato parere da sottoporre al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti che illustrasse tutte le possibili implicazioni, sotto il profilo giuridico, delle condotte o delle omissioni di ASPI, con particolare riferimento al perimento del viadotto Polcevera.

Gm
In specie, al Gruppo di lavoro è stato chiesto di verificare se, alla luce dei fatti accertati e al di là dell'esito dei procedimenti volti all'accertamento giurisdizionale delle responsabilità penali e civili, possa ritenersi sussistente o meno l'inadempimento del concessionario agli obblighi scaturenti tanto dalla Convenzione quanto dalle altre norme applicabili nella fattispecie e, in caso affermativo, di indicare quali poteri l'amministrazione vigilante possa conseguentemente esercitare.

In seguito alle dimissioni del Prof. Saverio Ruperto per sopravvenute incompatibilità con altri impegni professionali e alla conseguente revoca dell'incarico disposto con DM n.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

164 del 30 aprile 2019, e alla luce della successiva nomina di un altro componente disposta con DM n. 168 del 3 maggio 2019, il Gruppo di lavoro risulta composto dai sottoscritti Hadrian Simonetti Consigliere di Stato, nella qualità di presidente, Valter Campanile Avvocato dello Stato, Filippo Izzo Primo referendario della Corte dei Conti, Lorenzo Saltari Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico e Giovanni Palatiello Avvocato dello Stato, quali componenti.

In tale composizione il Gruppo di lavoro ha esaminato le controdeduzioni di ASPI e tutti gli atti acquisiti al procedimento ed ha condiviso e redatto il presente parere.

2. Il rapporto concessorio con Aspi.

Il rapporto concessorio in esame si origina dalla concessione di costruzione ed esercizio della rete autostradale affidata alla Società autostrade concessioni e costruzioni s.p.a. sul finire degli anni Sessanta del secolo scorso, in ragione delle leggi 24 luglio 1961, n. 729 e 28 marzo 1968, n. 385, risalendo la prima convenzione al 18 settembre 1968.

All'epoca, pubblica era la natura del soggetto concedente, l'ANAS, e nella sostanza quella del soggetto concessionario. La Società autostrade, infatti, apparteneva al gruppo pubblico IRI.

L'attività del concessionario era informata all'equilibrio economico e finanziario e, per legge, gli utili, eccettuato l'accantonamento di riserva, erano riversati alle entrate del bilancio dello Stato.

L'originario impianto giuridico è mutato a far data dal 1993, nel quadro delle c.d. privatizzazioni avutesi in quegli anni in molteplici settori.

Con l'articolo 10 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, in particolare:

- si stabilì la natura privata dell'attività svolta dalle società concessionarie autostradali (comma 8);



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

- si abrogò la previsione che imponeva all'IRI di detenere la maggioranza delle azioni del concessionario, al fine di favorire il processo di dismissione della Società autostrade (comma 6);

- si stabilì che le concessionarie fossero tenute a corrispondere allo Stato un canone annuo da calcolarsi sui proventi netti da pedaggio, ma in corrispondenza a ciò si abrogò la disposizione del 1961 (legge n. 729), modificata nel 1971 (legge n. 287), per la quale – come ricordato – l'attività dei concessionari era informata all'equilibrio economico e finanziario e che gli utili, eccettuato l'accantonamento di riserva, dovevano essere riversati alle entrate del bilancio dello Stato (commi 3 e 5).

Nel 1996, prese avvio la sequenza procedimentale che avrebbe condotto alla completa privatizzazione della Società autostrade.

Il quadro regolatorio fu definito da una serie di delibere del Cipe. Esse dettavano, tra l'altro, le linee guida per la regolazione dei settori industriali nei quali non operava una specifica autorità di regolazione e individuavano gli adempimenti e la tempistica per il rinnovo delle concessioni.

A questi mutamenti fece seguito il rinnovo della convenzione tra l'Anas e la Società autostrade.

Una nuova convenzione, sostitutiva della precedente del 1968, fu stipulata nel mese di agosto del 1997 con scadenza al 2038, in questo modo prorogando la precedente scadenza al 2018, già fissata dall'articolo 13 della legge 12 agosto 1982, n. 531.

L'effettiva privatizzazione della Società autostrade, ridenominata Società Autostrade per l'Italia (ASPI), si ebbe alla fine del 1999 a favore dell'unico acquirente disponibile a versare il premio per la cessione della quota di controllo, la società Schemaventotto s.p.a. L'assetto proprietario della società privatizzata si perfezionò poi nel 2002.

Per mettere a fuoco l'asimmetrico equilibrio tra le parti del rapporto concessorio (si vedrà meglio in seguito come esso sia nettamente sbilanciato a favore del concessionario privato), è utile ricordare le vicende che hanno accompagnato la formazione, la sottoscrizione



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

e l'approvazione della Convenzione unica del 2007, che appunto oggi fonda i rapporti tra il MIT e ASPI.

Nel marzo 2006, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), in una segnalazione trasmessa al Parlamento e al Governo sulle modalità di affidamento di lavori nell'ambito di concessioni pubbliche, rilevò come, con specifico riguardo al settore autostradale, tutte le concessioni fossero state affidate a trattativa privata, sottolineando l'ulteriore dato per cui i concessionari avevano disposto affidamenti diretti a imprese proprie o controllate, talvolta anche in spregio alle soglie di riserva fissate dalla legge in favore di terzi (AS336, 28 marzo 2006).

Nel giugno 2006, a sua volta, l'allora Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (AVLP), in una segnalazione trasmessa (per l'esattezza l'8 giugno 2006) sempre al Parlamento e al Governo relativa alle convenzioni autostradali stipulate tra ANAS e la società Autostrade per l'Italia s.p.a., registrò la «*pacifica omessa realizzazione di notevole parte degli investimenti previsti*» dai piani finanziari del periodo 1997-2005. Dopodiché evidenziò, per un verso, la sostanziale inerzia di ANAS nell'esercizio delle attività di controllo e vigilanza e, per altro verso, talune inadempienze della società concessionaria nell'assolvimento delle obbligazioni assunte, la quale avrebbe beneficiato di una gestione finanziaria a *ciclo invertito*, in cui le entrate di cassa si realizzavano prima dell'effettivo sostenimento dei costi d'investimento.

L'Autorità indicò taluni correttivi, tra i quali l'opportunità di rinegoziare il rapporto convenzionale, prevedendo, tra l'altro, un sistema più graduale di misure sanzionatorie, interventi sostitutivi da parte dell'autorità pubblica, l'innalzamento delle percentuali delle contribuzioni corrisposte allo Stato, la verifica della correttezza della formula di determinazione dei pedaggi e l'affinamento della disciplina delle variazioni del capitale societario.

Nel mese di ottobre dello stesso anno, l'Autorità completò la propria indagine con un'ulteriore segnalazione del 19 ottobre 2006 sulle convenzioni autostradali stipulate tra ANAS e altre otto società concessionarie. Anche in questo caso, partendo dalla constatazione del «*risultato largamente insoddisfacente*» dello stato di attuazione degli impegni di



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

investimento, ribadì quanto già sottolineato nella precedente segnalazione, soffermandosi in specie sulla dinamica delle tariffe (di cui rilevò gli incrementi sproporzionati, le stime di traffico sottodimensionate, la generazione di ingenti extraprofitti) e sull'opportunità di procedere a un riequilibrio dei rapporti convenzionali nel senso prima indicato.

Per quel che più rileva ai fini del presente parere, l'Autorità, nelle proprie segnalazioni, evidenziò un difetto di fondo. Sottolineò, in particolare, che la *«squilibrata regolazione del rapporto è stata presumibilmente originata dalla considerazione che l'originaria natura pubblica dell'Anas e la larga partecipazione di soggetti pubblici (enti territoriali e società a partecipazione pubblica) alla governance delle sub-concessionarie potevano ritenersi sufficienti garanzie di buon andamento delle relative gestioni»* (Segnalazione 19 ottobre 2006, paragrafo 2). Con riferimento ad Autostrade, rilevò inoltre che, con ogni probabilità, proprio *«il particolare rapporto allora esistente tra l'Anas, ente pubblico, e la Autostrade S.p.A., allora di proprietà pubblica, poteva aver indotto a stipulare una convenzione alquanto generica, e con scarse garanzie formali per la concedente, nell'implicito presupposto che la concessionaria altro non fosse che il braccio operativo della concedente medesima e che, quindi, si trattasse di una sorta di concessione in house»* (Segnalazione 8 giugno 2006, punto 2).

La cornice normativa in forza della quale si giunse alla stipulazione nel 2007 dello schema di Convenzione tra ANAS e ASPI fu data dal decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1 della legge 24 novembre 2006, n. 286, a sua volta modificato subito dopo dall'articolo 1, comma 1030, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge finanziaria 2007).

Il citato decreto legge, all'articolo 2, commi 82 e seguenti, prevedeva la ridefinizione del rapporto concessorio attraverso la stipula tra ANAS e le singole concessionarie di una "convenzione unica" che, sebbene espressamente qualificata come "avente valore ricognitivo", preludeva in verità all'introduzione di significative innovazioni sul piano delle tariffe (stabilendo, in particolare, – al di là del confermato modello del *price cap* – il recupero degli extraprofitti e il riconoscimento di adeguamenti tariffari solo a fronte dell'effettiva realizzazione degli investimenti), della ripartizione dei rischi, dei controlli, delle sanzioni. Era



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

prevista l'automatica estinzione del rapporto concessorio in caso di indisponibilità del concessionario a sottoscrivere la convenzione unica, con il conseguente subentro di ANAS nella gestione diretta della concessione, senza che fosse prevista alcuna forma di indennizzo in favore del concessionario. Erano posti in capo ai concessionari specifici obblighi, tra i quali la certificazione del bilancio, il mantenimento di determinati requisiti di solidità patrimoniale, l'affidamento dei contratti mediante procedure di evidenza pubblica, la sussistenza di speciali requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza per la carica di amministratore, nonché il divieto per gli operatori del settore delle costruzioni di esercitare i diritti di voto per la nomina degli amministratori per una quota eccedente il cinque per cento del capitale sociale. La nuova normativa rafforzava i poteri di ANAS in ambito ispettivo, sanzionatorio e regolatorio (soprattutto con riguardo alla erogazione dei servizi e alla separazione contabile e amministrativa da parte dei concessionari).

In sede di conversione del decreto legge n. 262 del 2006, la legge n. 286 del 2006 fece venir meno il divieto di partecipazione all'azionariato di soggetti operanti nel settore delle costruzioni, eliminò il limite posto all'esercizio dei loro diritti di voto e introdusse garanzie procedurali nella definizione della convenzione unica.

La legge n. 296 del 2006 apportò ulteriori significative correzioni: in particolare, rimise a successive delibere del CIPE la migliore definizione del quadro regolatorio; circoscrisse agli appalti di forniture e servizi sopra soglia comunitaria gli obblighi di evidenza pubblica; riconobbe la possibilità di corrispondere un indennizzo in caso di decadenza della concessione.

Sulla base di tali previsioni di legge si giunse alla convenzione unica tra ANAS e ASPI stipulata il 12 ottobre 2007, sulla quale il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), nella seduta del 26 novembre 2007, espresse un «*parere negativo [...] poiché difforme rispetto ai principi e criteri generali di regolazione economica*» (NARS, Parere 26 novembre 2007, n. 10). Il NARS, in specie, censurò la previsione nel modello ordinario del *price cap* con l'incremento tariffario stabilito in misura del 70 per cento dell'inflazione effettiva per tutta la durata della concessione (ossia fino al 2038).



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

L'impasse determinato dal parere negativo del NARS – a seguito del quale non si era proceduto all'approvazione in via amministrativa dello schema di convenzione – fu superato solo l'anno dopo, allorché la legge 6 giugno 2008, n. 101, in sede di conversione del decreto legge 8 aprile 2008, n. 59 recante *Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*, all'articolo 8-duodecies apportò ulteriori modifiche al ricordato decreto legge n. 262 del 2006, approvando per legge «tutti gli schemi di convenzione con la società Anas S.p.a. già sottoscritti dalle società concessionarie autostradali all'entrata in vigore del presente decreto».

In questo modo, si dispose l'efficacia immediata delle convenzioni ancora in corso di esame da parte degli organi tecnici alla data di entrata in vigore del decreto, in deroga alla procedura altrimenti prevista dalla legislazione sino a quel momento vigente.

Nella nota di lettura predisposta al tempo dal Servizio del Bilancio del Senato (A.S. 714, nota di lettura, giugno 2008, n. 3, p. 8 ss.) si legge che, sebbene «tale novella non appare avere immediati riflessi finanziari di interesse per i profili di competenza [...] sarebbero [...] opportune informazioni e dati in merito ai profili finanziari degli schemi di convenzione che conseguono validità immediata per effetto del dispositivo di cui al comma 2, con particolare riferimento ai possibili loro riflessi per l'amministrazione conferente la titolarità delle concessioni (Anas Spa), che, in definitiva, funge da controparte "erariale" per le società concessionarie di autostrade». «In particolare – prosegue la nota – sarebbero utili a tal fine: a) il numero degli schemi di convenzioni già sottoscritte con ANAS dalle società concessionarie autostradali e non ancora entrate in vigore secondo la procedura vigente, le quali acquistano validità ed efficacia immediata per effetto della norma [...]».

Dai lavori parlamentari, dunque, si evince che non si escludevano riflessi finanziari per lo Stato e che non si aveva contezza neppure del numero e, quindi, del contenuto degli schemi di convenzione oggetto di approvazione per legge.

Può osservarsi che l'approvazione con legge non è peraltro una caratteristica esclusiva della convenzione qui in oggetto (e, invero, neppure delle sole concessioni autostradali),



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

considerato che nel volgere di pochi anni molte altre concessionarie finirono per avere una convenzione unica approvata da norma primaria.

Al riguardo, l'AGCM rilevò che «con il meccanismo di adeguamento tariffario previsto dalla convenzione tra Anas SpA e Autostrade per l'Italia SpA, approvata dalla legge 101/2008, viene meno la possibilità di verificare l'andamento della produttività del gestore nel periodo regolatorio, di rivedere periodicamente le tariffe e di ridistribuire agli utenti parte degli eventuali benefici derivanti dai recuperi di produttività che sono pertanto destinati a tramutarsi in rendite monopolistiche». L'AGCM sottolineò altresì nell'occasione che «con l'approvazione ex lege degli schemi di convenzione [...] ancora una volta la costruzione e la gestione di nuove tratte autostradali viene sottratta a confronto concorrenziale» (AS455 – Schemi di convenzione con la società Anas S.p.a. sottoscritti dalle società concessionarie autostradali, 4 luglio 2008, p. 3).

All'esito dell'iter normativo e amministrativo che si è sin qui tratteggiato, si è giunti quindi all'approvazione della Convenzione che regola il rapporto tra MIT e ASPI.

3. Gli obblighi del concessionario in forza della Convenzione unica e delle altre norme rilevanti.

Occorre, anzitutto, chiarire che il rapporto concessorio si origina dalla Convenzione unica che ne regola e definisce la parte più significativa, ossia quella concernente la costruzione e gestione della rete autostradale concessa. Trattandosi di un rapporto avente natura contrattuale (la convenzione è difatti frutto di una negoziazione tra le parti), le norme del codice civile completano e integrano il regime di tale rapporto. Sempre a completamento e integrazione delle fonti del rapporto, rilevano inoltre sia le disposizioni contenute nel *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE* (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, applicabile *ratione temporis*, secondo quanto previsto dall'articolo 216 del successivo *Codice dei contratti pubblici* di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), che reca previsioni normative tra l'altro in materia di concessioni di lavori; sia ancora le disposizioni del *Nuovo codice della*



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

strada (decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285), che individua regole di condotta cui devono attenersi i proprietari e i concessionari delle strade nell'ambito della loro gestione.

Ciò posto in via generale, deve osservarsi che, in forza della Convenzione unica del 2007, ricognitiva e in parte novativa di quella del 4 agosto 1997 stipulata tra l'ANAS (alla quale in seguito è subentrato il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) e la Società Autostrade (alla quale è subentrata ASPI), e dei correlati quattro atti aggiuntivi del 15 gennaio 1998, del 19 marzo 1999, del 21 maggio 1999 e del 23 dicembre 2002, ASPI ha assunto l'obbligo di costruzione ed esercizio delle tratte autostradali assentite in concessione (per complessivi 2854 km), alle condizioni pattuite negli atti convenzionali stipulati.

Tali obblighi sono stati poi "aggiornati" con il successivo atto aggiuntivo alla convenzione stipulato in data 24 dicembre 2013.

Come si evince dall'articolo 2 della Convenzione, ad ASPI sono stati affidati, per un verso, «*le attività e i compiti necessari per l'esercizio delle autostrade*» e, per altro verso, «*ai sensi dell'articolo 14 della legge 12 agosto 1982, n. 531, la progettazione ed esecuzione degli interventi di adeguamento, richiesti da esigenze relative alla sicurezza del traffico o al mantenimento del livello di servizio ed altresì, ai sensi dell'articolo 5 della legge 12 agosto 1982, n. 531, di quelli inerenti l'adeguamento della viabilità di adduzione ai trafori o valichi di confine o della viabilità a servizio delle grandi aree metropolitane, concordati tra Concedente e Concessionario*».

Con riferimento agli "interventi di adeguamento" della rete autostradale, va precisato che gli stessi sono analiticamente indicati dalla Convenzione, che all'articolo 2 li elenca in cinque categorie:

- A) Potenziamento dell'autostrada A1 Milano-Napoli;
- B) Investimenti residui in terze e quarte corsie;
- C) Altri investimenti;
- D) Interventi già previsti dalla IV convenzione aggiuntiva;



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

E) Nuovi investimenti remunerati ai sensi della delibera CIPE n. 39 del 15 giugno 2007.

Può notarsi che gran parte degli interventi di adeguamento, rispetto ai quali il concessionario ha assunto l'obbligo di realizzazione, sono individuati in modo sufficientemente specifico quanto a ubicazione e tipologia (es. «*costruzione della bretella di Firenzuola*», «*opere complementari in terza e quarta corsia nel tratto Modena Brennero (A22) – Bologna Borgo Panigale (A14)*» ecc.) essendo stati già oggetto di specifica previsione nella Convenzione per poi essere riportati nei periodici “piani finanziari” di cui all’articolo 11; altri, e in particolare quelli previsti alla lettera C), vengono indicati per lo più per “tipologia” («*Potenziamento aree di servizio e fabbricati d’esercizio*», «*Stazioni, svincoli e residui investimenti sulla rete*», «*adeguamento e potenziamento della rete*» ecc.), essendo convenuto all’articolo 14 della Convenzione che l’individuazione delle opere da realizzare e prevedere nel “piano finanziario” di cui all’articolo 11 viene effettuata d’intesa tra il Concedente e il Concessionario con appositi verbali.

Con riferimento invece alle «*attività e compiti necessari per l’esercizio delle autostrade*», l’articolo 3 della Convenzione elenca in modo specifico e analitico gli obblighi assunti dal concessionario per tutta la durata della Convenzione.

Per il rilievo che assume ai fini del presente parere, va ricordato, in particolare, che ASPI è tenuto a provvedere per tutta la durata della Concessione:

- a) alla gestione tecnica dell’infrastruttura;
- b) al mantenimento della funzionalità delle infrastrutture concesse attraverso la manutenzione e riparazione delle stesse;

[...]

f) alla progettazione, alla stipula del contratto di appalto con l’appaltatore prescelto a norma dell’articolo 33, all’esecuzione nonché agli oneri di collaudo ed alle altre attività accessorie degli interventi di adeguamento della rete che risultino nel piano finanziario;



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

g) a presentare all'esame del Concedente entro il mese di novembre di ciascun anno, il programma dei lavori di ordinaria manutenzione, nonché il programma dei lavori relativi agli interventi di miglioramento della rete che intende eseguire nell'anno successivo, secondo la classificazione di cui agli allegati F1 e F2 alla Convenzione;

h) a presentare al Concedente, per la relativa approvazione, oltre ai progetti di cui alla lettera f), i progetti di manutenzione straordinaria, *«intendendo per tali tutti quegli interventi non ricadenti nei lavori di cui alle precedenti lettere f) e g)»*.

Le opere di manutenzione ordinaria e straordinaria, peraltro, sono oggetto dell'allegato F che, con elencazione analitica, da un lato, distingue e descrive le opere di manutenzione ordinaria (F1) – *«corpo autostradale»*, per la *«sicurezza»*, per gli *«impianti»* – e, dall'altro, gli *«interventi di investimento (altri investimenti) di miglioramento dell'infrastruttura»* (F2) con evidente rinvio alle opere di cui all'articolo 2 lettera C della Convenzione, distinti in interventi per il *«potenziamento aree di servizio e fabbricati di esercizio»*, per il *«miglioramento standard di sicurezza»*, per i *«miglioramenti tecnologici sull'impiantistica»*, per la realizzazione di *«svincoli, stazioni, residui investimenti in nuove autostrade»* e per *«altri interventi di miglioramento e di manutenzione capitalizzati»*.

Gli interventi su descritti sono oggetto del piano finanziario allegato sotto la lettera "E" dell'atto aggiuntivo del 24 dicembre 2013 che, nel descrivere il programma quinquennale di manutenzione, ne esplicita in modo chiaro le finalità.

In particolare, è testualmente previsto: *«La finalità principale della manutenzione consiste nel garantire uno stato di conservazione della rete in linea con gli obiettivi di qualità del servizio e di sicurezza per l'utenza. Con questa finalità tutte le strutture da mantenere sono monitorate attraverso un sistema di indicatori correlati allo stato di conservazione delle stesse; tali indicatori sono elaborati grazie ad una costante attività di sorveglianza e monitoraggio volta ad identificare gli eventuali difetti presenti, la loro ubicazione, estensione, gravità ed evolvibilità»*.

Tale previsione, peraltro, è in piena aderenza a quanto stabilito dall'articolo 14, comma 3, del *Nuovo codice della strada*, secondo cui gli enti proprietari delle strade, allo



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

scopo di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione, provvedono tra l'altro alla manutenzione e al controllo tecnico dell'efficienza delle strade e delle relative pertinenze, obblighi questi ricadenti in capo al concessionario per le strade in concessione.

Dalle disposizioni sin qui richiamate e in estrema sintesi, risulta che ASPI ha assunto l'obbligo sia di provvedere alla costruzione di nuove opere infrastrutturali di adeguamento delle autostrade condotte in concessione, sia di eseguire i lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria alla rete autostradale finalizzati a garantire la conservazione della rete nel rispetto di elevati *standard* di qualità del servizio e di sicurezza per l'utenza, anche grazie alla realizzazione di un affidabile e continuo sistema di monitoraggio dell'infrastruttura.

L'articolo 4 della Convenzione, poi, fissa al 31 dicembre del 2038 la scadenza della concessione e, analogamente a quanto già stabilito dall'articolo 3, comma 6, prevede che il Concessionario, alla scadenza della concessione, provvede al trasferimento in proprietà al Concedente delle autostrade assentite in concessione, nonché delle loro pertinenze, a titolo gratuito e in buono stato di conservazione, libere da pesi e gravami.

L'articolo 5 disciplina i rapporti inerenti alla successione tra il subentrante e il concessionario uscente, prevedendo che il concessionario, alla scadenza del periodo di durata della concessione, resta obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione dell'esercizio delle autostrade e delle relative pertinenze fino al «*trasferimento della gestione stessa*».

Dal combinato disposto delle citate previsioni convenzionali, e ancorché l'articolo 4 preveda solo il "trasferimento in proprietà" delle autostrade assentite in concessione (obbligazione evidentemente riferibile soltanto alle opere autostradali e relative pertinenze realizzate nel corso del rapporto concessorio e non ancora facenti parte del demanio pubblico stradale dello Stato ai sensi dell'articolo 822, comma 2, codice civile), emerge in modo chiaro che, alla scadenza della concessione, ASPI è tenuta a consegnare l'intera rete autostradale, comprensiva dei tratti autostradali e di tutte le opere pertinenziali, al Concedente e per esso al concessionario subentrante, onde consentire e rendere possibile il "trasferimento della gestione".



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Si è dell'avviso che il previsto obbligo di consegna dell'infrastruttura autostradale alla scadenza della concessione, e dunque di consegna di una cosa determinata, ponga a carico di ASPI il correlato e coesenziale obbligo di custodia previsto in via generale dall'articolo 1177 codice civile, secondo cui «L'obbligazione di consegnare una cosa determinata include quella di custodirla fino alla consegna».

L'applicazione dell'articolo 1177 codice civile consente di affermare che ASPI è dunque altresì tenuta ad eseguire ogni opera o intervento, anche diverso e ulteriore rispetto a quelli analiticamente indicati dalla convenzione e previsti nei periodici piani finanziari, strumentale all'adempimento dell'obbligazione finale di consegna, in buono stato di conservazione, delle stesse infrastrutture autostradali ricevute o realizzate nel corso del rapporto concessorio.

La convenzione, inoltre, agli articoli 8 («Accertamento gravi inadempimenti del Concessionario»), 9 («Decadenza dalla concessione») e 9-bis («Recesso, Revoca e Risoluzione della Convenzione») disciplina i rapporti tra le parti in caso di inadempimento grave del concessionario.

Dalla lettura del combinato disposto degli articoli 8 e 9, può affermarsi che la Convenzione disciplina sul piano procedurale le modalità di contestazione e gli effetti dell'inadempimento del concessionario limitatamente ai casi di violazione degli obblighi di cui all'articolo 3, comma 1, lettere b), f), j), l), n), o), p), s) e v).

Deve pertanto ritenersi che la procedura di contestazione delineata dagli articoli 8 e 9 non si applichi ai casi di violazione di obblighi convenzionali o derivanti dalla legge, diversi da quelli tassativamente su indicati.

Tralasciando gli obblighi di cui alle lettere j), l), n), o), p), s) e v) – non rilevanti ai fini del presente parere (perché relativi alla tenuta della contabilità, alla valutazione delle immobilizzazioni ai fini del bilancio, alla certificazione del bilancio, al mantenimento dei requisiti di solidità patrimoniale, alle misure di prevenzione del conflitto di interessi degli amministratori e volte ad assicurare requisiti di onorabilità e professionalità degli stessi, al mantenimento di un funzionario del Concedente nel collegio sindacale e alla disponibilità di



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

linee di credito) –, può notarsi che solo gli obblighi di cui alle lettere b) ed f) attengono direttamente ad interventi di manutenzione ordinaria ovvero straordinaria o alla realizzazione di nuove opere, potendosi per comodità ricordare che, ai sensi della lettera b), il concessionario provvede al mantenimento della funzionalità delle infrastrutture concesse attraverso la manutenzione e la riparazione delle stesse e, ai sensi della lettera f), provvede alla progettazione, alla stipula del contratto di appalto con l'appaltatore prescelto a norma dell'articolo 33, all'esecuzione nonché agli oneri di collaudo ed alle altre attività accessorie agli interventi di adeguamento della rete che risultino nel piano finanziario.

Si tratta all'evidenza di obblighi il cui contenuto è di fatto predeterminato dal piano finanziario, che analiticamente descrive e programma gli interventi sia di manutenzione sia di realizzazione di nuove opere.

Tale conclusione è peraltro confermata sia dalla seconda parte del comma 1 dell'articolo 9 della Convenzione (nella parte in cui prevede l'inadempimento agli obblighi di cui alla lettera f) nel solo caso di "omissione" o "ritardo" nell'avvio o di "arbitraria sospensione" della realizzazione degli interventi pianificati); sia dalle modalità procedurali di contestazione, così come previste dagli articoli 8 e 9 della convenzione (e che si riferiscono all'evidenza a inadempimenti "rimediabili" dal concessionario, peraltro in termini relativamente brevi); sia infine dalla previsione dell'articolo 9-bis, diretto a disciplinare gli effetti del «recesso, revoca e risoluzione contrattuale», evenienze possibili ed evidentemente conseguenza di fatti diversi dagli inadempimenti contrattuali che, ai sensi dell'articolo 9, determinano la «decadenza dalla concessione».

Sul piano procedurale, invece, i soli articoli 8 e 9 prevedono:

a) il previo accertamento da parte del Concedente dello specifico obbligo violato dal Concessionario (*id est*, con riferimento agli obblighi di cui alle lettere b) ed f), il mancato rispetto di una o più delle attività previste e pianificate nel piano finanziario);

b) la comunicazione al concessionario degli elementi su cui si fonda l'accertamento, con assegnazione di un congruo termine al Concessionario per l'adempimento dell'obbligo violato o per la presentazione delle proprie giustificazioni;



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

c) in caso di perdurante inadempimento, la contestazione del Concedente al Concessionario con le modalità di cui all'articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e contestuale diffida ad adempiere entro un congruo termine non inferiore a novanta giorni, con facoltà per il Concessionario di partecipare al procedimento prendendo visione degli atti e presentando le proprie controdeduzioni mediante memorie e documenti;

d) in caso di perdurante inottemperanza alla diffida o di rigetto delle controdeduzioni, l'assegnazione al Concessionario di un ulteriore termine per l'adempimento, non inferiore a sessanta giorni;

e) in caso di mancato adempimento nel termine assegnato, l'adozione, da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, del provvedimento di decadenza dalla concessione, fermi restando gli obblighi del Concessionario di proseguire nell'ordinaria amministrazione dell'esercizio delle autostrade fino al trasferimento della gestione stessa al subentrante.

Il terzo comma dell'articolo 9 della Convenzione, con disciplina in parte analoga a quella prevista dall'articolo 9-bis diretto a disciplinare gli effetti del «recesso, revoca e risoluzione della convenzione», prevede che, in conseguenza della decadenza dalla concessione, il Concedente subentra in tutti i rapporti attivi e passivi di cui è titolare il concessionario relativi all'oggetto della convenzione ed esistenti al momento del trasferimento della concessione; subordina poi il trasferimento della concessione al pagamento da parte del Concedente al Concessionario «di un importo corrispondente al valore attuale netto dei ricavi della gestione, prevedibile alla data del provvedimento di decadenza sino alla scadenza della concessione, al netto dei relativi costi, oneri, investimenti ed imposte prevedibili nel medesimo periodo, scontati a un tasso di rendimento di mercato comparabile e maggiorato delle imposte che il Concessionario dovrà corrispondere a fronte della percezione 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 concedente durante lo svolgimento dell'ordinaria amministrazione decorrente dalla data del provvedimento di decadenza fino alla data di trasferimento della concessione».



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Il predetto importo è poi decurtato del 10% a titolo di penale, salvo il maggior danno subito dal Concedente in conseguenza della decadenza, limitato alla parte eventualmente eccedente la penale forfettaria del 10%.

L'articolo 9-bis, *«nel rispetto del principio di affidamento»*, prevede il diritto del concessionario al pagamento di un "indennizzo / risarcimento", calcolato con le medesime modalità di cui all'articolo 9 e spettante *«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»*.

La Convenzione prevede infine che, in caso di mancato accordo sulla determinazione dell'indennizzo, il Concedente può intraprendere una delle procedure conciliative previste dalle norme vigenti e, decorsi tre mesi dall'adozione del provvedimento di decadenza, revoca, recesso o risoluzione, senza l'avvio della procedura conciliativa, sulla controversia insorta tra le parti decide il Tribunale ordinario di Roma.

Va evidenziato – e sottolineato, in vista di quanto più si dirà nel prosieguo – che la disciplina di cui agli articoli 8, 9 e 9-bis appena esaminata ha modificato quanto previsto nelle precedenti convenzioni, che regolavano in modo diverso la decadenza dalla concessione e i conseguenti effetti tra le parti.

Al riguardo, va ricordato che la convenzione del 4 agosto del 1997 disciplinava la decadenza dalla concessione all'articolo 24 e, anche attraverso il rinvio all'articolo 11, comma 5, prevedeva:

a) in caso di violazione per fatto imputabile al concessionario degli obblighi di cui all'articolo 3 lettera b) della convenzione (secondo cui *«il concessionario provvede: ... b) al mantenimento della funzionalità delle infrastrutture concesse attraverso la manutenzione e la riparazione delle stesse»*), la contestazione del Concedente, il quale poteva al contempo disporre la sospensione dell'applicazione della formula revisionale di cui all'articolo 7 della convenzione del 1997, fino alla rimozione dell'inadempimento (così l'articolo 11, comma 5);



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

b) in caso di perdurante inadempimento agli obblighi previsti dalle lettere a), b), c) e), i), j), e k) dell'articolo 3 della convenzione del 1997 (sostanzialmente analoghi a quelli del corrispondente articolo 3 della Convenzione unica del 2007), la diffida del Concedente ad adempiere entro un congruo termine, comunque non inferiore a novanta giorni, termine entro il quale il concessionario aveva facoltà di adempiere o di presentare controdeduzioni;

c) in caso di inottemperanza o di rigetto delle controdeduzioni, la facoltà per il Concedente di proporre la decadenza dalla concessione, dichiarata con decreto del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro del tesoro.

All'esito della decadenza, era previsto l'obbligo per il concessionario di proseguire nell'ordinaria amministrazione dell'esercizio dell'autostrada fino al nuovo affidamento ad altro concessionario, fermo il diritto del Concedente al risarcimento dei danni da parte del concessionario per qualsiasi inadempimento di quest'ultimo.

La convenzione del 1997 non prevedeva alcun indennizzo o risarcimento in favore del concessionario, né in caso di decadenza dalla concessione, né in caso di recesso, revoca o risoluzione della stessa.

L'articolo 24, comma 3, prevedeva esclusivamente che il subentrante nella concessione acquistava dal concessionario decaduto la "proprietà di concessione" «... ad un prezzo corrispondente al valore contabile, al netto dei fondi di ammortamento e delle svalutazioni, certificati da società di revisione scelta di comune accordo. Il debito è dilazionato fino al termine della residua durata della concessione ed è remunerato in base al saggio di interesse legale».

Una previsione in parte analoga al comma 3 appena richiamato è stata introdotta nella Convenzione unica del 2007 all'articolo 5, secondo periodo, che, nel disciplinare i rapporti inerenti la successione tra il subentrante ed il concessionario uscente, prevede che «Per le nuove opere eseguite che verranno eventualmente assentite successivamente alla presente convenzione, e non ancora ammortizzate, il Concessionario uscente ha diritto ad un indennizzo di tali poste dell'investimento da parte del subentrante».



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Emerge dunque, dal confronto tra la convenzione del 2007 e quella del 1997, come i casi di scioglimento anticipato del rapporto concessorio siano stati oggetto, per la prima volta nel 2007, di una disciplina per più aspetti speciale ed eccentrica rispetto a quella legale (in particolare rispetto a quella prevista dal codice civile e dal codice dei contratti pubblici) e all'apparenza molto "sbilanciata" dal lato e in favore del concessionario (cfr. osservazioni NARS nel parere al punto 4.4.1, citato nel paragrafo 2).

Oltre a prevedere molte cautele procedurali, disegnanti un percorso lungo il quale lo scioglimento è irto di ostacoli crescenti, la Convenzione condiziona ogni ipotesi risolutoria al pagamento di una somma pecuniaria che può essere, per quanto può comprendersi, assolutamente ingente, se non addirittura insostenibile per l'erario.

Tutto questo, se, per un verso, rivela una qualche "cedevolezza" del contraente pubblico in sede di contrattazione di clausole rilevanti della Convenzione, comportando un assetto contrattuale asimmetrico che pone la parte pubblica in una posizione di debolezza, per altro verso, solleva il tema della validità di queste clausole contrattuali alla luce della disciplina legale e in primo luogo di quella civilistica.

Come si vedrà nel paragrafo 9 di questo parere, si è dell'avviso che non valga a "salvare" dette clausole dalla nullità manifesta il fatto che la Convenzione sia stata a suo tempo approvata per legge, ciò in quanto l'approvazione per legge ha riguardato la fase integrativa della efficacia della Convenzione e non i suoi contenuti.

4. L'evento del crollo e le misure conseguenti.

Si legge dalla relazione del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, Sen. Danilo Toninelli alle Commissioni Riunite¹: «Intorno alle ore 11.35 del 14 agosto del 2018 si è verificato a Genova, sul tratto autostradale A10 Genova-Ventimiglia, il crollo di una campata del viadotto Polcevera, meglio noto come «ponte Morandi», infrastruttura varata nel 1967,

¹ VIII Camera, 8a Senato, in data 27 agosto 2018.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

d'importanza strategica per i collegamenti tra il Levante e il Ponente ligure. Il cedimento della struttura, registrato mentre nella zona, durante un'allerta meteo arancione, imperversava un violento temporale, ha coinvolto il pilone di sostegno centrale del viadotto, unitamente a circa 260 metri di carreggiata autostradale che collassavano sull'area sottostante, interessata dalla presenza di capannoni industriali, nonché di tratti di viabilità cittadina e ferroviaria, anche di collegamento con l'area portuale. Al momento del crollo, sulla base delle prime rilevazioni dei Vigili del fuoco, sul viadotto transitavano presumibilmente circa 40 veicoli tra autovetture e mezzi pesanti, che precipitavano sul greto del torrente Polcevera, rimanendo in gran parte travolti dai voluminosi detriti staccatisi dal ponte. Dopo pochi minuti sono arrivate le prime segnalazioni dell'evento e l'attivazione del centro coordinatori soccorsi. Alle ore 11.39, sempre ovviamente del 14 agosto, la prima chiamata di segnalazione del crollo del viadotto ha raggiunto la centrale operativa del 118, che ha provveduto a far pervenire subito sul luogo dell'evento mezzi sanitari di emergenza. Alle ore 11.50, tramite il numero unico di emergenza 112, numerose segnalazioni erano giunte ai Vigili del fuoco di Genova, che hanno assicurato il rapido invio di tutte le squadre operative immediatamente disponibili, intervenute sul luogo del crollo per prestare i primi interventi di soccorso, congiuntamente alle Forze di polizia recatesi prontamente nell'area dell'emergenza. Veniva data subito comunicazione dell'evento sia al centro operativo nazionale dei Vigili del fuoco sia alla direzione regionale Vigili del fuoco della Liguria, che predisponeva immediatamente l'invio di personale e mezzi, anche speciali, come autoscale, autogru e mezzi di movimentazione a terra, dei comandi della Liguria. Il centro coordinamento soccorsi tempestivamente convocato si è insediato in prefettura intorno alle ore 12.30 del 14 agosto, assicurando ininterrottamente, da tale momento, 24 ore su 24, le necessarie attività di coordinamento degli interventi di emergenza in costante collegamento con le sale operative dei Vigili del fuoco, delle Forze di polizia e del 118. Quanto alle attività di primo soccorso, nell'immediatezza del crollo i primi interventi sono stati garantiti dai Vigili del fuoco accorsi sul posto assieme alle Forze di polizia, che hanno inviato le proprie pattuglie, e al personale sanitario di emergenza del 118. Quest'ultimo ha ricevuto la prima segnalazione e ha provveduto a inviare sul luogo dell'evento in fase di primo apprestamento trenta ambulanze e sei auto mediche, allertando al contempo il locale servizio di elisoccorso e predisponendo in breve tempo presso la zona dell'evento un punto medico avanzato.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Parallelamente, la polizia stradale ha provveduto a bloccare il traffico veicolare diretto verso l'area del ponte interessata dal crollo mettendo in sicurezza le persone che avevano precipitosamente abbandonato le autovetture sul troncone di viadotto rimasto integro e partecipando altresì alle operazioni di soccorso sull'argine del Polcevera. Si è proceduto poi con sollecitudine, a cura della Questura e della polizia locale, con il supporto della Protezione civile comunale, a eseguire le operazioni di evacuazione precauzionale di tutti i residenti nei caseggiati insistenti nell'immediata prossimità del viadotto, in attesa di perfezionare le necessarie operazioni di verifica di staticità delle sezioni del ponte non coinvolte dal cedimento. Al riguardo, il Comune di Genova ha provveduto a perimetrare un'area cosiddetta rossa, che è stata interdetta a ogni forma di accesso e di transito [...].

Fino al 22 agosto sono stati effettuati 1.092 interventi di recupero beni e di assistenza alla popolazione e alle aziende. A questi si è aggiunto il supporto alle operazioni di demolizione e messa in sicurezza del sito anche ai fini del ripristino della viabilità stradale e ferroviaria nonché nelle attività di repertazione richieste dei consulenti tecnici di ufficio nominati dall'autorità giudiziaria [...].

Il bilancio finale delle vittime è di 43 morti. Si aggiungono nove feriti [...].

Il cedimento del viadotto ha interessato un'area di prossimità contrassegnata dalla presenza di alcuni edifici sia di civile abitazione sia destinati ad attività economica, che sono stati tempestivamente evacuati nell'attesa di accertare lo stato di pericolo della zona. A seguito delle definizioni della zona di sgombero, le persone chiamate a lasciare le proprie abitazioni sono state 566, di cui 194 risultano ospitate presso presidi di prima accoglienza o strutture alberghiere rese disponibili dal comune di Genova [...].»

Il Consiglio dei Ministri, all'esito di una riunione straordinaria tenutasi presso la Prefettura di Genova, con delibera del 15 agosto 2018, ha dichiarato «per 12 mesi dalla data del presente provvedimento, lo stato di emergenza in conseguenza degli eventi verificatisi nella mattinata del 14 agosto 2018 nel territorio del Comune di Genova a causa del crollo di un tratto del viadotto Polcevera, noto come ponte Morandi, sulla A10».



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

«Considerata l'eccezionalità della situazione emergenziale, manifestatasi con intensità tale da compromettere la vita, l'integrità fisica e i beni di primaria importanza, e tenuto conto delle informazioni acquisite nell'ambito del Comitato operativo della protezione civile convocato in data 14 agosto 2018 presso il Dipartimento della protezione civile [...]. Ritenuto, pertanto, necessario provvedere tempestivamente a porre in essere tutte le iniziative di carattere straordinario finalizzate al superamento della grave situazione determinatasi [...]. Tenuto conto che detta situazione di emergenza, per intensità ed estensione, non è fronteggiabile con mezzi e poteri ordinari [...]. Per l'attuazione degli interventi da effettuare nella vigenza dello stato di emergenza, ai sensi dell'articolo 25, comma 2, lettere a) e b), del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, si provvede con ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile, acquisita l'intesa della Regione interessata, in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico [...]».

Con successiva ordinanza n. 539 adottata dal Capo del Dipartimento della Protezione Civile in data 20 agosto 2018, in applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 25, 26 e 27 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (*Codice della protezione civile*), è stato nominato il Presidente della Regione Liguria quale Commissario delegato per fronteggiare l'emergenza determinatasi a seguito del crollo.

Come evidenziato nella relazione del Ministro al Parlamento, a seguito del crollo la Polizia Stradale ha bloccato tutti i flussi del traffico veicolare diretti al ponte e in particolare al tratto di A10 compreso tra il casello di Genova Aeroporto a quello di Genova Ovest, nel quale era ricompreso il ponte Morandi sul fiume Polcevera, con conseguente sconvolgimento non solo di tutto l'assetto della circolazione autostradale, ma anche dell'intero traffico dell'area vasta di Genova, in ragione dell'importanza strategica che il Ponte rivestiva anche per i collegamenti interni tra i quartieri di levante ed quelli di ponente della città.

Le deviazioni rese necessarie, comportanti per l'utenza amplissimi aggiramenti dell'infrastruttura crollata con gravose maggiori percorrenze anche nell'ordine di circa 100 km, così come le chiusure delle strade cittadine sottostanti alla stessa, hanno comportato gravissime ripercussioni sull'intera economia della città di Genova, del suo porto, dei



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

collegamenti ferroviari, di tutta la viabilità e sull'economia di tutta la Regione Liguria e dell'intera area nordovest dello Stato, con ripercussioni anche sulle interconnessioni internazionali.

Una prima stima dei danni economici, diretti ed indiretti, alla città di Genova e alla Regione Liguria è stata elaborata da uno studio congiunto messo a punto in data 4 dicembre 2018 dalla Camera di Commercio di Genova, dall'Università di Genova e dalla Sezione ligure di Confindustria, nel quale è esposto un importo indicativo di tali danni pari ad euro 422.104.708,32 (v. sito della Camera di commercio di Genova).

La Procura della Repubblica presso il Tribunale di Genova ha subito avviato le indagini preliminari, volte a individuare eventuali profili di responsabilità penale connessi al crollo del Ponte Morandi ed alla conseguente morte di quarantatre persone; nel corso delle indagini ha disposto il sequestro probatorio dei tronconi del viadotto sopravvissuti al crollo, nonché delle macerie di tutta l'infrastruttura crollata.

Il Governo ha provveduto, in data 28 settembre 2018, all'adozione del decreto legge 28 settembre 2018, n. 109², recante «Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il

² Nelle premesse del predetto decreto legge è riportato quanto segue: «Considerata la necessità di garantire misure urgenti a sostegno della popolazione colpita dall'evento del crollo di un tratto del viadotto Polcevera dell'autostrada A10, nel Comune di Genova, noto come ponte Morandi, avvenuto nella mattinata del 14 agosto 2018, nonché per le attività di demolizione del viadotto e di realizzazione di infrastrutture necessarie ad assicurare la viabilità nel Comune di Genova e nelle relative aree portuali, in termini di continuità rispetto alle iniziative intraprese dal Commissario delegato nominato con ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 539 del 20 agosto 2018;

Considerato che l'evento del crollo del tratto del viadotto Polcevera dell'autostrada A10 ha provocato, tra l'altro, l'evacuazione di nuclei familiari dalle proprie abitazioni, gravi danneggiamenti alle infrastrutture stradali e ferroviarie tali da prefigurare il collasso del sistema trasportistico della città di Genova e della Regione Liguria e conseguentemente dei traffici portuali, la forzata interruzione delle attività economiche e produttive che avevano sede nelle zone colpite dall'evento;

Considerata la straordinaria necessità ed urgenza di intraprendere ogni occorrente iniziativa volta al ripristino delle normali condizioni di vita della popolazione colpita dall'evento, assicurando idonei interventi di natura fiscale, anche finalizzati alla concessione di contributi per la ricostruzione degli immobili distrutti o danneggiati a seguito dell'evento, nonché il ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di rete, accelerando e semplificando le procedure per l'affidamento di lavori, forniture e servizi in relazione alle esigenze del contesto emergenziale che impongono il ricorso a poteri straordinari in deroga alla normativa vigente.»



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

MR

lavoro e le altre emergenze» (Pubblicato nella G.U. 28 settembre 2018, n. 226), - nel prosieguo, “Decreto Genova” - successivamente convertito con modificazioni ed integrazioni dall’articolo 1, comma 1, della legge 16 novembre 2018, n. 130, che ha altresì stabilito: «*In conseguenza del crollo di un tratto del viadotto Polcevera dell’autostrada A10, nel Comune di Genova, noto come ponte Morandi, avvenuto il 14 agosto 2018, di seguito «evento», al fine di garantire, in via d’urgenza, le attività per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l’affidamento e la ricostruzione dell’infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi entro dieci giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto e sentito il Presidente della Regione Liguria, è nominato un Commissario straordinario per la ricostruzione, di seguito nel presente capo: “Commissario straordinario” [...]».*

ll

o

Il successivo comma 7 del medesimo decreto ha previsto, altresì, che «*Il Commissario straordinario affida, ai sensi dell’articolo 32 della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, la realizzazione delle attività concernenti il ripristino del sistema viario, nonché quelle connesse, ad uno o più operatori economici.*»

H

La seconda parte di tale disposizione ha introdotto una limitazione legale relativamente al novero dei soggetti potenzialmente affidatari delle attività di ripristino, dovendo gli stessi essere «*diversi dal concessionario del tratto autostradale alla data dell’evento e da società o da soggetti da quest’ultimo controllati o, comunque, ad esso collegati, anche al fine di evitare un ulteriore indebito vantaggio competitivo nel sistema delle concessioni autostradali e, comunque, giacché non può escludersi che detto concessionario sia responsabile, in relazione all’evento, di grave inadempimento del rapporto concessorio.*»

Caro

L’articolo 1-ter, comma 1, ha infine previsto che «*Per l’esecuzione delle attività di cui all’articolo 1, il Commissario straordinario individua i tronchi autostradali funzionalmente connessi al viadotto del Polcevera dell’autostrada A10 sul cui esercizio interferisce la realizzazione degli interventi di ricostruzione dell’infrastruttura conseguente all’evento. A tal*



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

fine le relative tratte delle autostrade A7 e A10 sono immediatamente consegnate dal concessionario al Commissario straordinario.»

5. Le note di contestazione del MIT e le controdeduzioni di ASPI.

Come già anticipato, la Direzione generale per la vigilanza sulle concessioni autostradali del MIT ha trasmesso ad ASPI tre note recanti contestazioni in ordine al suo possibile inadempimento.

Sebbene con espressioni differenti e ponendo l'accento sui diversi aspetti del procedimento in corso, sia di ordine più propriamente giuridico sia di ordine tecnico, sin dalla prima nota del 16 agosto 2018, la Direzione nell'insieme ha posto al centro delle sue verifiche due obbligazioni contrattuali correttamente ritenute sussistenti a carico di ASPI: quella di restituzione delle opere costituenti l'infrastruttura autostradale, e dunque di custodia dei beni concessi, tra i quali il ponte Polcevera; quella di provvedere alla manutenzione dell'infrastruttura per assicurare la fruizione da parte degli utenti in condizioni di massima sicurezza del Ponte medesimo e, più in generale, dell'intera rete autostradale affidata in concessione.

Alle note del MIT del 16 agosto 2018, 20 dicembre 2018 e 5 aprile 2019, ASPI ha dato riscontro, oltre che con le prime risposte del 31 agosto e del 5 ottobre 2018, mediante il Documento di riscontro e gli allegati depositati in data 3 maggio 2019.

Il Documento esamina, nella prima parte, le contestazioni comunicate dal Concedente; ciascuna delle tre note di contestazione è oggetto di rilievi e osservazioni critiche; nessuna di esse è inoltre considerata da ASPI come idonea a costituire una specifica contestazione di inadempimento.

In particolare, la prima nota del 16 agosto 2018 è giudicata "precipitosa" e in contrasto con il procedimento disegnato dalla Convenzione, in particolare all'articolo 8 e agli articoli 9 e 9-bis; è comunque contestato il richiamo in essa contenuto agli obblighi di custodia del concessionario.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

La seconda contestazione del 20 dicembre 2018 è criticata essenzialmente in ragione del fatto che avrebbe modificato, piuttosto che integrato, il novero delle contestazioni iniziali, nonché nella parte in cui ha fatto riferimento ai lavori ed alla relazione della Commissione tecnica depositata il 14 settembre, che si afferma non essere stata mai trasmessa direttamente ad ASPI. Da qui una prima censura di ordine procedimentale, cui seguono ulteriori rilievi in ordine alla composizione della Commissione, mutata nel corso dei lavori.

La terza contestazione è oggetto di censure e rilievi che riguardano, ancora una volta, l'oggetto e il perimetro delle contestazioni (che a dire di ASPI sarebbe mutato di nuovo), nonché la composizione del Gruppo di lavoro interistituzionale, di cui è fatta menzione nella nota del 5 aprile 2019 e di cui viene censurato sotto vari profili il decreto di nomina.

Nell'insieme, volendo riassumere in termini di estrema sintesi queste prime controdeduzioni, ASPI assume che l'unico e solo soggetto deputato a muoverle contestazioni sarebbe la Direzione generale per la vigilanza sulle concessioni autostradali, la quale non potrebbe avvalersi dell'apporto e dell'ausilio di alcun altro agente; assume ancora che il solo parametro normativo in forza del quale compiere atti di contestazione nell'ambito del rapporto concessorio sarebbe dato dall'articolo 8 della Convenzione unica sottoscritta il 12 ottobre 2007, il cui procedimento ivi delineato andrebbe sempre e comunque osservato.

Questo Gruppo di lavoro, come già espresso nel presente parere, è invece dell'avviso che la Convenzione unica del 2007 si iscriva in un quadro normativo più ampio, nel quale si deve tenere conto primariamente delle pertinenti disposizioni del citato codice dei contratti pubblici (in specie il decreto legislativo n. 163 del 2006) e del codice civile, dal primo richiamato all'articolo 2, comma 4.

Occorre, inoltre, considerare, in primo luogo, che la disciplina speciale del settore (articolo 3, comma 5, del decreto legislativo 26 febbraio 1994, n. 143), in deroga parziale al generale principio di separazione funzionale tra il vertice politico e il vertice amministrativo, affida ai Ministri dell'infrastrutture e dei trasporti e dell'economia e delle finanze l'approvazione delle concessioni di costruzione ed esercizio di autostrade; in secondo luogo, che può trarsi dal sistema del diritto amministrativo, con riferimento alla materia dei contratti



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

pubblici, la facoltà per l'amministrazione ordinariamente competente di avvalersi dell'apporto di esperti terzi (arg. ex articolo 163 decreto legislativo n. 163 del 2006 e articolo 31 decreto legislativo n. 50 del 2016).

Alla luce di ciò è del tutto legittima la decisione del Ministro delle infrastrutture di nominare un gruppo di esperti, dal cui parere possa trarre elementi per valutare la proposta di conclusione del procedimento predisposta dalla competente Direzione generale, in alcun modo spogliata delle competenze e attribuzioni sue proprie.

Ne discende, altresì, che la collocazione del Gruppo di lavoro sia stata coerentemente posta all'interno dell'Ufficio di Gabinetto del Ministro.

Quanto alla confutata coerenza delle diverse note di contestazioni rivolte ad ASPI, si osserva che i profili concernenti il rispetto degli obblighi di custodia e di manutenzione sono stati esplicitati sin dalla prima nota e ribaditi con la terza di esse, e ancora che gli aspetti più tecnici sono stati affrontati con la seconda nota di contestazione; sicché vi è da rilevare come sia stata data ad ASPI l'opportunità di controdedurre anche sui lavori della Commissione tecnica – lavori ai quali la stessa ASPI si era richiamata nella prima risposta del 31 agosto 2018, chiedendo che se ne attendessero gli esiti.

Venendo alla seconda parte del Documento di riscontro, le questioni prettamente di diritto poste all'attenzione di ASPI con la nota di contestazione del 5 aprile 2019 – peraltro nel solco dell'atto di impulso procedimentale del 16 agosto 2018 – sono esaminate dal Concessionario muovendo da un equivoco di fondo: quello per cui l'obbligo di custodia troverebbe il suo fondamento nell'articolo 2051 codice civile, sì da concludere che ogni questione relativa all'applicazione della citata norma civilistica sarebbe da ritenersi estranea al rapporto tra Concedente e Concessionario (sul punto si avrà modo di replicare al paragrafo 6).

La terza parte del documento di riscontro è tutta incentrata sulla seconda contestazione della Direzione generale per la vigilanza sulle concessioni autostradali e, dunque, sugli aspetti più propriamente tecnici della vicenda, legati in particolare alla manutenzione e alle modalità di adempimento di tale obbligazione contrattuale.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

I primi due capi offrono una ricostruzione di come è avvenuta la privatizzazione di Autostrade s.p.a., di quali sono stati i principali interventi sulla rete autostradale in epoca successiva e dei relativi costi, degli ingenti importi versati allo Stato nel corso del rapporto concessorio a titolo di imposte e canoni (senza tuttavia far cenno ai ben più rilevanti introiti conseguiti a titolo di pedaggi autostradali), di come si è proceduto ad ispezionare l'infrastruttura autostradale e ad elaborare il piano delle manutenzioni.

Il discorso, almeno sino a pagina 200, è condotto in linea generale ed è volto a dimostrare che il sistema di valutazione della sicurezza della rete applicato da ASPI sarebbe idoneo a prevenire crolli o pericoli per l'incolumità pubblica.

Nel prosieguo del documento, in particolare da pagina 223 a 350, si fornisce un'analitica descrizione dell'attività manutentiva effettuata specificamente sul Ponte crollato.

Solo nelle ultime pagine del documento si adombra quella che per la società concessionaria – che per il suo ruolo è il soggetto posto nella condizione migliore per conoscere lo stato dell'infrastruttura – potrebbe essere stata la causa del crollo. Tale indicazione, contenuta in un passaggio molto rapido del documento (meno di una pagina su complessive 418), proprio per la sua superficialità e per la prospettazione in termini puramente ipotetici, non è tale da poter fare ritenere assolto l'onere dimostrativo in capo al concessionario che l'evento si sia verificato per un fatto a lui non imputabile. Su questo punto si tornerà comunque in prosieguo.

6. La violazione dell'obbligo di custodia e di restituzione.

Tornando sulla questione della violazione dell'obbligo di custodia per trarne le conseguenze, si rileva come l'amministrazione precedente non abbia mai fatto riferimento nelle note di contestazione alla disciplina di cui all'articolo 2051 del codice civile (come erroneamente sostenuto nel Documento di riscontro), avendo solo inteso riferirsi alla disciplina di cui all'articolo 1177 dello stesso codice, secondo cui l'obbligo di consegnare una cosa determinata include appunto quella di custodirla fino alla consegna.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Si son già richiamate le norme fondanti gli obblighi principali di ASPI e, in particolare, l'articolo 3, comma 1, della Convenzione unica in forza del quale ASPI ha «l'obbligo di provvedere a propria cura e spese all'esercizio delle autostrade di cui all'articolo 2», tra le quali figura, tra le altre, l'Autostrada A/10 "Genova – Savona" di cui il Viadotto Polcevera costituiva una parte; l'articolo 14, comma 3, del *Nuovo codice della strada* che attribuisce al concessionario, e dunque ad ASPI, tutti «i poteri e i compiti dell'ente proprietario della strada» previsti dal predetto codice³, come peraltro confermato dal precedente articolo 6, comma 6⁴ dello stesso codice; l'articolo 4, comma 2, della Convenzione, rubricato «Durata della concessione», a mente del quale «Alla scadenza della concessione il concessionario provvede al trasferimento in proprietà al Concedente delle autostrade assentite in concessione, nonché delle loro pertinenze a titolo gratuito e in buono stato di conservazione e libere da pesi e gravami» (enfasi aggiunta).

In forza delle disposizioni di legge e convenzionali sin qui richiamate, in estrema sintesi ASPI ha l'obbligo di gestire le infrastrutture autostradali *uti dominus*, cioè esercitando tutti «i poteri e i compiti dell'ente proprietario della strada» e, alla scadenza della concessione, è poi tenuta a riconsegnare al concedente MIT le infrastrutture concesse (in buono stato di conservazione), come peraltro riconosciuto dallo stesso Concessionario nel Documento di riscontro, dove, al punto 3.2 di pagina 68, discorre appunto del suo "obbligo restitutorio".

In vista della riconsegna alla scadenza della concessione, ASPI è poi tenuta «al mantenimento della funzionalità delle infrastrutture concesse attraverso la manutenzione e la riparazione tempestiva delle stesse» (cfr. articolo 3, comma 1, lettera b) della Convenzione più volte richiamato), potendo solo aggiungersi che l'obbligo di "mantenimento" della

³ L'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo n. 285 del 1992 prevede che «1. Gli enti proprietari delle strade, allo scopo di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione, provvedono: a) alla manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredo, nonché delle attrezzature, impianti e servizi; b) al controllo tecnico dell'efficienza delle strade e relative pertinenze; c) alla apposizione e manutenzione della segnaletica prescritta».

⁴ A mente dell'articolo 6, comma 6, decreto legislativo 285 del 1992 «Per le strade e le autostrade in concessione, i poteri dell'ente proprietario della strada sono esercitati dal concessionario, previa comunicazione dall'ente concedente. In caso di urgenza, i relativi provvedimenti possono essere adottati anche senza la preventiva comunicazione al concedente, che può revocare gli stessi».



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

funzionalità contiene in sé quello di evitare ogni soluzione di continuità nella funzionalità della rete autostradale.

Me
ll
In assenza di diverse discipline legali o convenzionali, nei rapporti tra ASPI e MIT trova applicazione, in virtù del generale rinvio al codice civile, operato sia dall'articolo 2, comma 4, del decreto legislativo n. 163 del 2006, sia dall'articolo 30, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la generale disposizione dell'articolo 1177 codice civile rubricato «*Obbligazione di custodire*» secondo il quale: «*L'obbligazione di consegnare una cosa determinata include quello di custodirla fino alla consegna*».

o
N
Ciò posto, il crollo del Ponte avvenuto il 14 agosto del 2018 ha determinato l'impossibilità di restituire ovvero consegnare al subentrante nella concessione tale determinato bene: una impossibilità definitiva – il che rileva, anche per quanto si dirà subito dopo, sul piano procedimentale – e per legge imputabile al debitore, a meno che quest'ultimo non provi il fatto liberatorio, dimostrando che il crollo sia dovuto ad una causa a lui non imputabile.

CS
Si deve infatti fare applicazione, al riguardo, della regola probatoria sulla responsabilità offerta dall'articolo 1218 codice civile e dell'insegnamento giurisprudenziale secondo cui, mentre il creditore ha l'onere di provare l'esistenza dell'obbligo di consegna e di allegare l'inadempimento del debitore, quest'ultimo deve provare il proprio adempimento o il fatto liberatorio. In particolare, per liberarsi dalla propria obbligazione e vincere la contestazione di inadempimento, il debitore deve dimostrare che l'impossibilità della prestazione è derivata da causa a sé non imputabile, avendo a tal fine l'onere di ricostruire e provare lo svolgimento dei fatti; con l'ulteriore precisazione che, se questo rimane ignoto, perché la prova fallisce, il debitore non può ritenersi esonerato dalla responsabilità per l'inadempimento.

Si discute, da tempo, sui criteri di imputazione dell'inadempimento, nell'alternativa tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva, ponendo a confronto l'articolo 1218 con l'articolo 1176 codice civile.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Secondo la tesi di gran lunga prevalente, non è possibile seguire un modello unico, dal momento che è lo stesso legislatore che indica criteri differenti, a seconda della fattispecie e del tipo di prestazione: un conto sono le obbligazioni pecuniarie e di dare (tra le quali quelle di consegnare una cosa determinata), altro sono le obbligazioni di fare.

Ma anche quando il criterio sia quello della colpa, deve assumersi pur sempre un concetto di colpa in senso oggettivo, corrispondente ad uno *standard* astratto di prestazioni e secondo il tipo di rapporto rimasto inadempito.

ll Come si osserva anche in dottrina, la rilevanza della colpa è tanto più marginale quanto più l'organizzazione del debitore è complessa, come avviene nell'attività di impresa. In tale contesto diviene difficoltoso ricostruire lo svolgimento dei fatti e fare piena luce su malfunzionamenti che con ogni probabilità sono destinati a rimanere "anonimi", senza che da ciò il debitore possa tuttavia trarre indebito vantaggio.

A questo primo dato di fondo, deve aggiungersi la considerazione, più di specie, che a nulla vale richiamare, da parte di ASPI, la propria manifestata disponibilità a ricostruire il Ponte crollato.

o E' ben evidente, per un verso, che per tale via ASPI avrebbe ricostruito un bene diverso rispetto a quello che aveva l'obbligo di custodire, avente caratteristiche nuove e differenti rispetto a quelle del ponte originario legato al nome di chi lo ha progettato (l'ingegner Riccardo Morandi, come noto inaugurato nel 1967 e l'anno successivo dato in consegna al concessionario, cfr. Relazione tecnica, pagina 21); in ogni caso, e per altro verso, la ricostruzione a cura di ASPI non avrebbe impedito la soluzione di continuità nella funzionalità della rete autostradale e, dunque, l'impossibilità di usufruire del Ponte per un tempo considerevole, non definibile con certezza e forse neppure per approssimazione, con quanto ne consegue per la circolazione su quel tratto autostradale.

ME
G) Proprio in ragione del suo inadempimento, il Concessionario è venuto meno ad una sua cruciale responsabilità: il mantenimento in sicurezza e senza soluzione di continuità della funzionalità dell'infrastruttura data in concessione; responsabilità che l'amministrazione concedente deve far valere con rigore in quanto, non già soggetto privato parte di un negozio,



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

ma soggetto pubblico portatore dell'interesse generale degli utenti dell'autostrada a poter fruire di un servizio che risponda al migliore *standard* di sicurezza.

Per le stesse ragioni appena esaminate, neppure vale richiamare – con una sorta di giudizio di equivalenza – il fatto che ASPI stia contribuendo sul piano economico ai lavori di abbattimento e ricostruzione avviati dal Commissario straordinario.

Il tema della ricostruzione del viadotto prospettato da ASPI, a ben vedere, si lega con quello della definitività dell'inadempimento nei seguenti termini.

Il crollo del Ponte Morandi ha determinato all'evidenza il definitivo inadempimento, da parte del Concessionario, delle già ricordate obbligazioni di custodia e (ri)consegna della medesima infrastruttura (e dunque di una cosa determinata), le quali, appunto, non possono essere più eseguite a causa del venir meno del loro oggetto. La definitiva perdita del bene oggetto di custodia, peraltro, ha determinato un grave pregiudizio alla continuità del servizio gestito dal Concessionario e che lo stesso avrebbe dovuto assicurare in condizioni di sicurezza massima.

Così prospettato il grave e definitivo inadempimento del Concessionario, è agevole notare come non siano applicabili, nella specie, gli articoli 8 e 9 della Convenzione e gli obblighi di precisa contestazione ivi previsti e più volte invocati dal Concessionario.

Si è già chiarito (v. paragrafo 3) che il procedimento delineato dagli articoli 8 e 9 si applica per le sole violazioni previste dalle lettere dell'articolo 3 della Convenzione ivi espresse richiamate e, dunque, per i soli casi di "omissione" o "ritardo" nell'avvio o ancora "arbitraria sospensione" della realizzazione degli interventi pianificati. Trattasi di inadempimenti puntuali (perché relativi ad attività prevista nei piani finanziari) che si caratterizzano per la loro "rimediabilità" da parte del Concessionario, anche all'esito di un contraddittorio instaurato dal Concedente mediante diffida (ad un *facere*) intimata al Concessionario, volta a rimuovere il perdurante inadempimento di quest'ultimo, ancora in grado di soddisfare con l'adempimento (ancorché tardivo) l'interesse del Concedente.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

M
Nel caso in esame, invece, nessuna diffida ad un *facere* è anche solo astrattamente possibile, proprio perché il crollo del Ponte ha irrimediabilmente reso impossibile l'adempimento della prestazione di consegna alla quale era tenuto il Concessionario; e ciò si afferma senza considerare le ulteriori conseguenze che il crollo ha comportato, ossia la soluzione di continuità del mantenimento della funzionalità dell'infrastruttura concessa, la morte di numerose vittime, ingenti danni materiali, sconvolgimenti nella viabilità e nei trasporti, nocumento per l'immagine del Paese e per la sua economia.

Il perimento del Ponte, in realtà, ha determinato un inadempimento definitivo di particolare gravità, da porre a carico del Concessionario ai sensi del ricordato articolo 1177 del codice civile e assoggettato quindi alla ordinaria disciplina civilistica della responsabilità civile da inadempimento contrattuale (come si vedrà più in dettaglio nel prosieguo), non riconducibile agli specifici e puntuali inadempimenti richiamati dagli articoli 8 e 9 della Convenzione.

Non è condivisibile la diversa ricostruzione giuridica offerta da ASPI che, nel Documento di riscontro del 3 maggio 2019, contesta la definitività dell'inadempimento deducendo:

- a) che, in costanza di rapporto concessorio, avrebbe comunque il diritto/dovere di "ricostruire" il Ponte;
- b) che l'obbligo di riconsegna ex articolo 4, comma 2, della Convenzione si riferirebbe all'intera rete autostradale concessa, per cui il relativo adempimento non potrebbe essere valutato unicamente con riguardo al Ponte Morandi *hic et nunc*, ma "globalmente" e con riferimento all'intera rete autostradale, peraltro non nel corso della concessione, ma solo alla scadenza della stessa e, quindi, al 31 dicembre 2038; ciò che, sempre nella prospettiva di ASPI, consentirebbe di affermare che la "ricostruzione" a sua cura e spese, nella specie preclusale dall'illegittimo Decreto Genova, avrebbe impedito in ogni caso l'inadempimento alla scadenza della Concessione.

Tali assunti sono del tutto privi di pregio e, pertanto, non possono essere condivisi alla luce degli obblighi previsti dalla Convenzione, peraltro ricordati dallo stesso Concessionario.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Ebbene, come riferito dallo stesso Concessionario nella nota del 31 agosto 2018 (cfr., in particolare, punto 2, pagine 8 e 9), in base alla lettera g) dell'articolo 3 della Convenzione, ASPI, entro il mese di novembre di ciascun anno, presenta al concedente il programma degli interventi di ordinaria manutenzione *«individuati tipologicamente dall'Allegato F1»*.

«Negli stessi termini e con le stesse modalità la Concessionaria deve trasmettere al Concedente il “programma dei lavori relativi al miglioramento della rete” da eseguire anch'essi nell'anno successivo, individuati tipologicamente dall'Allegato F2 e che hanno i connotati propri degli interventi di manutenzione straordinaria».

Prosegue, poi, ASPI precisando che *«i secondi (di cui all'Allegato F2), trattandosi di interventi finalizzati al miglioramento della funzionalità delle infrastrutture costituenti la Rete Autostradale anche in termini di implementazione della vita utile, sono considerati nel Piano Finanziario nell'ambito degli investimenti che la Concessionaria ha l'obbligo di eseguire ai sensi della lettera C “Altri Investimenti” dell'articolo 2, comma 2, della Convenzione Unica e segnatamente ai numeri 1, 2, 5, 6 e 7 della lettera C»⁵.*

«Per previsione convenzionale i singoli interventi da eseguire ai sensi dell'Allegato F2 [...] non sono oggetto di specifica approvazione, posto che il programma che la Concessionaria deve presentare è accompagnato da elaborati tipologici che identificano l'intervento da eseguire ed il relativo costo».

In base alla lettera h) dell'articolo 3 della Convenzione, ASPI provvede, poi, a presentare al concedente per la specifica approvazione altri progetti di manutenzione straordinaria, *«intendendo per tali tutti quegli interventi non ricadenti nei lavori di cui alle precedenti lettere f) e g)».*

⁵ I numeri 1, 2, 5, 6 e 7 dell'articolo 2, comma 2, lettera c) della Convenzione unica contemplano, rispettivamente, i seguenti investimenti: (1) potenziamento aree di servizio e fabbricati d'esercizio; (2) stazioni, svincoli e residui investimenti sulla rete; (5) miglioramento *standard* di sicurezza; (6) miglioramenti tecnologici sull'impiantistica; (7) altri interventi di miglioramento e di manutenzione capitalizzati.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Ciò stante, ASPI, in base alla Convenzione, deve effettuare sulla rete interventi di manutenzione ordinaria individuati nell'Allegato F1 ed interventi di manutenzione straordinaria individuati tipologicamente dall'Allegato F2.

Gli interventi di manutenzione straordinaria di cui all'Allegato F2 sono, poi, ulteriormente suddivisi in due sottocategorie, a seconda che siano o meno oggetto di specifica approvazione preventiva da parte del concedente.

E' dunque sufficientemente chiaro dalla disciplina ricordata anche dal Concessionario che tutti gli interventi che lo stesso ha l'obbligo di realizzare nel corso della vita della concessione sono tutti individuati dal punto di vista strutturale o funzionale.

La "ricostruzione" del Ponte non rientra in nessuna delle tipologie di intervento che la Convenzione pone a carico del Concessionario: non tra gli interventi di manutenzione ordinaria elencati nell'Allegato F1, non potendo costituire all'evidenza un intervento di manutenzione ordinaria; non tra gli interventi di manutenzione straordinaria elencati nell'Allegato F2, per definizione preordinati al "miglioramento dell'infrastruttura" o, come esposto da ASPI nella citata nota del 31 agosto 2018, «finalizzati al miglioramento della funzionalità delle infrastrutture costituenti la Rete Autostradale, anche in termini di implementazione della vita utile».

Anche gli interventi di manutenzione straordinaria postulano, dunque, un'opera d'arte ancora esistente e fruibile e, di conseguenza, logicamente e giuridicamente non possono avere ad oggetto un viadotto crollato, come peraltro sul piano normativo si ricava anche dall'articolo 3 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (*Testo unico dell'edilizia*), e dalla circolare del Ministero dei lavori pubblici n. 34233 del 1961, citata da ASPI stessa nel suo Documento di riscontro.

Il preteso "diritto/obbligo" di ricostruzione non può neppure essere ricavato dalla previsione convenzionale di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b) – a mente della quale, come si è visto, ASPI è tenuta «al mantenimento della funzionalità delle infrastrutture concesse attraverso la manutenzione e la riparazione tempestiva delle stesse» – poiché essa ha un contenuto precettivo di ampiezza (necessariamente) corrispondente agli interventi di cui agli



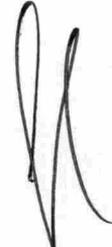
Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Allegati F1 ed F2, nel senso che questi ultimi specificano gli interventi di “manutenzione” e di “riparazione”, cui allude il predetto articolo 3, comma 1, lettera b), che, dunque, di per sé, non estende l’ambito oggettivo dei predetti allegati contrattuali.

 Sotto altro profilo, si osserva che la “manutenzione” e la “riparazione” cui si riferisce il predetto articolo 3, comma 1, lettera b), sono attività strumentali al «*mantenimento della funzionalità delle infrastrutture*» e quindi non possono includere la ricostruzione di un’opera d’arte ormai crollata, in relazione alla quale – proprio in ragione del perimento – non è più possibile discorrere di “mantenimento della funzionalità”, ma in vero di “ripristino della funzionalità”.

 Può dunque escludersi che ASPI abbia il dovere (*rectius* l’obbligo) di ricostruire il Ponte e ben che meno il diritto di farlo.

 In realtà e sotto diversa prospettiva, la ricostruzione del viadotto Polcevera configura, in astratto, una misura di (parziale) riparazione in forma specifica delle conseguenze dannose del definitivo inadempimento di ASPI consistente nella perdita del bene oggetto di custodia, disciplinata dalla generale disposizione di cui all’articolo 2058 del codice civile⁶ ed alternativa al risarcimento per equivalente pecuniario.

 E non spetta di certo al debitore inadempiente scegliere unilateralmente come debba essere risarcito il danno, competendo tale scelta in via esclusiva al creditore danneggiato, nell’ambito dei limiti enunciati proprio dall’articolo 2058 del codice civile, nella specie, superati dal legislatore che, con l’adozione del già richiamato Decreto Genova, ha normativamente escluso (ed anzi verrebbe da dire vietato) il risarcimento del danno in forma specifica da parte di ASPI.

 L’argomento del concessionario *sub* b), secondo cui l’obbligo di riconsegna avrebbe un oggetto unitario (l’intera infrastruttura) e comunque l’eventuale inadempimento non

⁶ Nella giurisprudenza di legittimità si tende ad estendere il risarcimento in forma specifica ex articolo 2058 codice civile anche alle ipotesi di inadempimento contrattuale (cfr., tra le tante, Cass., sez. II, sent. n. 6035 del 1995; Cass., sez. III, sent. n. 7529 del 2003; Cass., sez. III, sent. n. 15726 del 2010).



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

potrebbe essere valutato prima della scadenza della Concessione, è del pari infondato e, portato alle estreme conseguenze, conduce a esiti paradossali.

La tesi qui avversata, infatti, porta illogicamente ad affermare l'insussistenza di qualsivoglia inadempimento del Concessionario anche nel caso in cui perissero la gran parte delle opere costituenti l'infrastruttura autostradale, tali da pregiudicarne anche la totale funzionalità, sol perché il Concessionario, che in quanto tale è custode dell'infrastruttura, avrebbe comunque la possibilità di ripristinare o ricostruire le opere perite prima della scadenza della Concessione.

Vero è che il Concessionario, nel ricevere in consegna l'intera rete autostradale, è costituito custode di ogni sua parte e componente ed è tenuto a porre in essere ogni intervento funzionale all'adempimento della restituzione degli stessi beni ricevuti, in buono stato di conservazione, e nella consistenza derivante dai lavori di manutenzione negli anni posti in essere; restituzione evidentemente impossibile in caso di perimento del bene.

Va allora ribadito che la prestazione di custodia dell'infrastruttura (compreso il Ponte), alla quale il concessionario è tenuto *ex* articolo 1177 codice civile, è immediatamente esigibile in costanza di rapporto concessorio ed il perimento del Ponte integra un definitivo inadempimento dell'obbligo di custodia, sanzionabile anche prima della scadenza della Convenzione; l'incidenza di tale perimento rispetto all'obbligo di riconsegna della (restante) rete autostradale concessa attiene al piano, del tutto diverso, della gravità dell'inadempimento *ex* articolo 1455 codice civile.

Volendo a questo punto trarre le conseguenze giuridiche di quanto si è esposto e richiamando in parte argomentazione già svolte, deve osservarsi che il dedotto inadempimento di ASPI agli obblighi di custodia del Ponte Morandi va valutato alla stregua della disciplina di cui all'articolo 1218 codice civile, essendo pacifico che il rapporto concessorio in essere trova fonte nella Convenzione avente natura contrattuale.

Ne consegue che l'inadempimento del concessionario si presume imputabile al medesimo Concessionario, il quale può vincere detta presunzione solo ove provi che l'evento



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

– *id est* il crollo – comportando la definitiva impossibilità della prestazione (di custodia e di riconsegna) non è a sé imputabile.

L'assolvimento di tale *onus probandi* avrebbe richiesto, innanzitutto, l'indicazione, da parte di ASPI, della causa del crollo, individuata in modo positivo e concreto⁷; in difetto di tale positiva indicazione, la causa del perimento della *res* si pone comunque a carico del medesimo Concessionario, che dunque è inadempiente all'obbligazione assunta.

Nel Documento di riscontro, nel censurare genericamente le conclusioni a cui è prevenuta la Commissione tecnica, la quale ha formulato alcune ipotesi graduandone la probabilità, ASPI afferma che «*non risulta ancora possibile formulare ipotesi certe ed attendibili sulle cause del crollo*» (pagina 377, punto 9.1, righe 13 e 14).

In questa sede, dunque, ASPI, sottraendosi nei fatti all'onere probatorio, pur disponendo di un patrimonio informativo e tecnico che gli deriva dall'essere concessionaria del tratto autostradale perito, non ha vinto la presunzione di imputabilità dell'inadempimento, che ai sensi dell'articolo 1453 codice civile consente al MIT di promuovere la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il diritto al risarcimento del danno.

“L'accadimento accidentale”, prospettato in via del tutto ipotetica e generica a pagina 417 del Documento di riscontro⁸ quale possibile causa del crollo, e in disparte ogni questione sulla (mancata) dimostrazione sul piano causale di quanto affermato, è tutt'altro che eccezionale ed imprevedibile. La perdita di un carico, anche pesante, da parte di un mezzo destinato al trasporto merci rappresenta infatti, anche sulla base di dati meramente esperienziali, una situazione non infrequente e di certo non imprevedibile da parte del gestore di un'infrastruttura stradale.

ASPI, in quanto Concessionario, aveva il preciso obbligo di prevedere l'accadimento dalla stessa dedotto e di prevedere le conseguenze di tale accadimento, essendo altresì tenuta,

⁷ Si vedano, sul tema del perimento della cosa locata - che presenta analogie con le questioni che ci occupano - tra le tante, Cass., sez. III, sent. n. 1441 del 1997; Cass., sez. III, sent. n. 16762 del 2002.

⁸ E cioè il passaggio, al momento del crollo, di un automezzo che trasportava un *coil* da trenta tonnellate, malamente ancorato, che per questo sarebbe caduto sull'impalcato.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

in tale prospettiva, ad adottare ogni cautela idonea a prevenire esiti nefasti, ponendo in essere, in relazione all'infrastruttura, tutti i necessari interventi limitativi della circolazione sul Ponte e/o manutentivi e di consolidamento dell'infrastruttura, idonei ad impedire che da un episodico ma ordinario evento (qual è la perdita di un carico anche pesante) potessero derivare conseguenze catastrofiche come il cedimento strutturale di un viadotto.

Sotto altro profilo, si ritiene che le ampie deduzioni di ASPI in ordine all'avvenuta esecuzione dei lavori di manutenzione di anno in anno programmati, per importi anche superiori a quelli convenzionalmente pattuiti, non possa costituire prova liberatoria della responsabilità del Concessionario.

Al di là del rilievo che le manutenzioni, come innanzi ricordato, vengono svolte sulla base di programmi annuali predisposti e, quindi, di scelte fundamentalmente operate dallo stesso Concessionario, sta di fatto che tutti i lavori svolti negli anni alle opere costituenti l'infrastruttura autostradale non hanno impedito il crollo del viadotto Polcevera; e ciò è sufficiente per concludere che l'avvenuta esecuzione dei lavori di manutenzione (che come si ricorderà nel paragrafo 7, a partire dal 1999, non hanno pressoché mai interessato il Ponte Morandi) non può costituire prova liberatoria della responsabilità del Concessionario.

Alla luce di quanto sin qui esposto si è dell'avviso che le argomentazioni di ASPI con riferimento degli obblighi di custodia non possano essere condivise e che sussistano i presupposti per la risoluzione della Convenzione per inadempimento del Concessionario.

7. La violazione degli obblighi di manutenzione.

L'inadempimento all'obbligo di restituzione e di previa custodia del bene determina, quindi, per ciò solo, ad avviso di questo Gruppo di lavoro, la responsabilità per inadempimento contrattuale di ASPI e la conseguente facoltà per il MIT di procedere alla risoluzione contrattuale, anche in ragione della rilevante compromissione degli interessi pubblici in precedenza evidenziata.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Si è dell'avviso che ricorra anche l'elemento della gravità dell'inadempimento, come è noto da valutare nella prospettiva dell'interesse del creditore.

Il rovinoso crollo del Ponte, con le enormi conseguenze derivatene (e ricordate al precedente paragrafo 4), ha sicuramente compromesso la fiducia del Concedente sulla idoneità del Concessionario di prestare fede ai suoi impegni e, in ispecie, a quelli di mantenimento, in condizioni di sicurezza, della funzionalità della rete autostradale affidatagli in concessione.

L'interesse del creditore, di cui è fatta menzione nell'articolo 1455 codice civile, deve essere declinato tenendo conto della specificità dell'oggetto delle concessioni autostradali che, come più volte ribadito nel presente parere, assume certamente rilevanza pubblicistica in ragione della finalità perseguita dal Concedente attraverso le prestazioni del Concessionario, ossia la possibilità di assicurare a tutti gli utenti dell'infrastruttura autostradale la ragionevole certezza di poter circolare in modo spedito e in condizioni di massima sicurezza. E tale interesse è stato di certo gravemente pregiudicato a seguito del crollo del Ponte Morandi, non foss'altro per la perdita di quarantatre vite umane e per il pesante nocumento alle comunicazioni stradali in un'area strategica per i traffici commerciali, nazionali e internazionali.

Si vuole sottolineare, in altri termini, che la Concessione in argomento sottende uno schema triangolare nella misura in cui il contratto di concessione è preordinato a soddisfare l'interesse del Concedente che non può non comprendere principalmente la necessità che venga assicurata ad un'indeterminata serie di utenti la fruizione di un bene e di un servizio in condizione di piena sicurezza.

La gravità dell'inadempimento, peraltro, non può non tenere conto dell'affidabilità del sistema di monitoraggio delle opere autostradali e di valutazione del rischio adottato dal Concessionario, dovendo ricordarsi che tale sistema è diretto a selezionare gli interventi di manutenzione, anche straordinaria, che il Concessionario è tenuto a porre tempestivamente in essere al fine di perseguire lo scopo indicato dalle parti nell'Allegato E alla Convenzione ove, come ricordato al paragrafo 3, si legge: «La finalità principale della manutenzione consiste



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

nel garantire uno stato di conservazione della rete in linea con gli obiettivi di qualità del servizio e di sicurezza per l'utenza. Con questa finalità tutte le strutture da mantenere sono monitorate attraverso un sistema di indicatori correlati allo stato di conservazione delle stesse; tali indicatori sono elaborati grazie ad una costante attività di sorveglianza e monitoraggio volta ad identificare gli eventuali difetti presenti, la loro ubicazione, estensione, gravità ed evolvibilità».

Ciò posto, si è dell'avviso che il crollo del viadotto Polcevera, certamente dovuto a un cedimento strutturale dell'opera, dimostri a sufficienza l'inaffidabilità dell'intero sistema di monitoraggio, valutazione e manutenzione, lungamente ripercorso da ASPI nelle proprie controdeduzioni.

Ai puntuali, motivati e non irragionevoli rilievi contenuti nella Relazione tecnica (dove la procedura di controllo della sicurezza strutturale è giudicata «*inadatta al fine di prevenire i crolli e del tutto insufficiente per la stima della sicurezza nei confronti del collasso*» - v. pagina 74 - e dove i costi dei lavori per interventi strutturali, per il 98%, risultano realizzati prima del 1999 e solo per il 2% negli anni seguenti - v. pagina 77 -), di cui si è già detto e che riferiscono di un progressivo e annunciato indebolimento del Ponte, la difesa di ASPI ha opposto essenzialmente una insistita descrizione del proprio sistema di manutenzione, per lo più in termini generali. Un sistema incentrato, per un verso, sull'attività decennale svolta dalla società SPEA, responsabile principale dei controlli e dell'assegnazione dei punteggi sulla base dei quali dare priorità agli interventi manutentivi; e, per altro verso, avvalorato dal fatto che mai in passato il Concedente aveva mosso rilievi o assunto iniziative volte a censurare tale sistema o anche solo a dubitarne quanto alla funzionalità.

Da un lato, quindi, la competenza tecnica ed esperienza decennale di SPEA e, dall'altro, le condotte di acquiescenza di ANAS prima e in seguito del MIT sarebbero i motivi per i quali il concessionario ritiene che le molteplici e articolate osservazioni critiche contenute nella Relazione tecnica non siano fondate.

Nessuno dei due profili posti in luce da ASPI appare davvero convincente.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Dal lato di SPEA, la sola considerazione che il Ponte crollato non fosse tra le opere giudicate con il voto più alto⁹, e dunque destanti un più forte allarme, al confronto con altre, che quindi sarebbero in teoria ancora meno sicure di quella, è tale da incrinare fortemente l'attendibilità dell'intero meccanismo di valutazione.

Al riguardo giova rimarcare che, al viadotto Polcevera crollato il 14 agosto 2018, erano stati attribuiti da SPEA nel 2018, in relazione alle varie componenti strutturali, voti ricompresi tra 30 e 50, ai quali, nell'ambito del sistema di valutazione e monitoraggio utilizzato da SPEA, non corrisponde alcuna riduzione del coefficiente di sicurezza del manufatto (cfr. pag. 280 del documento di riscontro del 3 maggio 2019).

Si tenga, altresì, presente che, come risulta dalla nota n. 17586 di protocollo del 31 agosto 2018, ASPI ha segnalato che nel II trimestre 2018 hanno voto 50 (ossia lo stesso del Polcevera) un consistente numero di altre opere d'arte.

Tutto questo senza neppure apprezzare la rilevanza, sempre ai fini della attendibilità complessiva di quei voti e di quei giudizi, del fatto, sottolineato nella Relazione tecnica (v. pagina 39), che tra ASPI e SPEA non vi è una reale alterità soggettiva, essendo parti dello stesso gruppo societario e dove, quindi, alla pluralità giuridica corrisponde una sostanziale unità economica; sul presupposto – ricavabile dal tenore complessivo della Relazione tecnica (ad esempio v. pagina 84) sebbene, si intende, tutto da dimostrare – che le valutazioni avrebbero potuto essere influenzate dalla preoccupazione di non gravare il suddetto gruppo di eccessivi oneri di manutenzione.

Dal lato del Concedente e con riguardo all'addebito di acquiescenza del MIT, deve essere chiaro come eventuali corresponsabilità, evidentemente di tipo omissivo, sul piano dei controlli, per come previsti dalla stessa Convenzione, ove pur esistenti non varrebbero ad

⁹ Il sistema di monitoraggio utilizzato da SPEA prevede che, a seguito delle visite ispettive alle opere e componenti autostradali e sulla base di quanto riportato nel verbale di ispezione, il Responsabile della sorveglianza attribuisca per ciascuna anomalia riscontrata un "voto", da 10 a 70, atto a classificare l'anomalia riscontrata in ragione della gravità della stessa e al grado di urgenza degli interventi necessari a rimuoverla. A un voto più alto corrisponde un minore coefficiente di sicurezza dell'opera.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

elidere condotte inadempienti del Concessionario e non consentirebbero di mutare giudizio sull'affidabilità del sistema di monitoraggio delle opere autostradali.

Al di là di tali considerazioni, va sottolineato il dato essenziale per cui non pochi fossero stati, nel corso del tempo, i segnali di allarme legati alle condizioni del viadotto Polcevera. Ad essere crollato, infatti, non è un ponte di cui si ignorassero le fragilità. L'oggetto del perimento – aspetto trascurato nelle controdeduzioni del concessionario – è stata un'opera da molto tempo al centro dell'attenzione dell'opinione pubblica, sia perché considerata insigne per il suo valore architettonico e ingegneristico, sia per la sua nota vulnerabilità causata dalla rapida obsolescenza.

Sin dalla prima relazione del celebre progettista del Ponte, l'ingegnere Riccardo Morandi, risalente al 1981, erano emersi elementi preoccupanti («*segni di degradazione [...] che appaiono diffusi in tutta l'opera*» pagina 7; «*fenomeni di ossidazione delle armature*» pagina 12; «*danni al calcestruzzo*» pagina 19; per poi concludere nel senso che «*tutta l'opera, ove più ove meno, è sottoposta ad un'azione di degradazione talmente rapida da dover temere in tempo futuro anche della sua consistenza statica*» pagina 24), gli stessi che avevano condotto negli anni Novanta (cioè nel periodo immediatamente anteriore alla privatizzazione) al sostanzioso intervento di manutenzione che aveva interessato però solo talune parti del Ponte, alle quali era stata riconosciuta la priorità (v. Relazione tecnica a pagina 25). Ma senza che questo potesse significare, secondo un canone di minima diligenza e in ragione del principio di precauzione, il differimento di ulteriori e necessari interventi strutturali sulle restanti parti ammalorate, incluse quelle in corrispondenza delle pile n. 9 e 10, la cui programmazione ha avuto invece una gestazione assai lenta, vicenda ripercorsa nel documento di riscontro di ASPI.

Sul punto si impone un chiarimento.

Esula da questo parere una disamina dei tempi attraverso i quali si giunse finalmente (ma all'evidenza, con errore fatale, fuori tempo massimo) alla concreta programmazione degli interventi sugli stralli interessati poi dal crollo. Né può esprimersi una valutazione sull'eventuale insufficienza di tale intervento che chiaramente trascura il rafforzamento delle



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

armature degli impalcati la cui degradazione, al pari delle componenti strallate dell'infrastruttura, è recisamente prospettata nella Relazione della Commissione tecnica (in specie a pagina 76).

Resta il fatto che i segnali di complessivo ammaloramento erano andati intensificandosi (v. la Relazione tecnica, pagina 34, dove riferisce delle prove eseguite nell'anno 1991 sugli stralli della pila n. 9 e 11 e nell'anno 1992 sulla pila n. 10) e che la cronaca dei controlli e delle verifiche e, da ultimo gli accertamenti del Politecnico di Milano ad ottobre del 2017, su richiesta inoltrata da SPEA solo al principio di quello stesso mese, rivelavano segnali di allarme dai quali appariva più che possibile ricavare la convinzione di un continuo peggioramento delle condizioni (v. ancora relazione tecnica alle pagine 36-39 ed anche Documento di riscontro pagine 301-304).

Senza che a tale peggioramento, legato alla rapida degradazione dell'opera e al progressivo stato di ammaloramento, facesse riscontro l'intensificarsi della spesa per interventi strutturali, che, anzi, dal 2005 ad oggi è stata pari a soli 440.000 euro (v. Relazione tecnica a pagina 62).

Ebbene, all'interno di questa dinamica, si è dell'avviso che sia estremamente improbabile rinvenire un fattore esterno all'origine del crollo del tutto assorbente sul piano causale e pertanto idoneo ad escludere la responsabilità di ASPI (che ovviamente, sul piano civilistico e nei confronti del MIT, risponde anche per le condotte di SPEA ai sensi dell'articolo 1228 codice civile).

In altri termini, quand'anche si accertasse un domani – ragionando per mera ipotesi – che l'ultima causa del crollo sia da rinvenire, ad esempio, nella perdita di un carico pesante, come ipoteticamente prospettato dalla stessa ASPI, ciò non sarebbe altro che il tratto finale di una sequenza causale, da tempo in corso, che il Concessionario non è stato in grado di arrestare o di deviare pur essendo a ciò tenuto. Se non anche attraverso una più preveggenze e sollecita programmazione dei lavori, quanto meno disponendo precauzionalmente la riduzione o la sospensione dei transiti sul Ponte al fine di garantire la sicurezza degli utenti.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

8. Sulle implicazioni della gravità dell'inadempimento.

È evidente come l'inosservanza, per quanto detto, degli obblighi di manutenzione, sommandosi all'inosservanza dell'obbligo di custodia e di restituzione, finisca per accentuare la gravità del complessivo inadempimento di cui si ritiene ASPI responsabile.

Tale responsabilità si è visto avere riflessi non solo in direzione "verticale", cioè con riguardo al crollo del Ponte, ma anche in senso "orizzontale", rispetto all'intera rete autostradale affidata in concessione.

Come osservato, si può ritenere che il rovinoso crollo del Ponte, con le enormi conseguenze derivatene, abbia provocato il venir meno della fiducia del Concedente nell'opera del Concessionario, tenuto anche in debito conto la specificità della fattispecie delle concessioni autostradali, la rilevanza pubblicistica del rapporto concessorio e la responsabilità che l'amministrazione concedente ha verso gli utenti della rete autostradale.

Si deve ribadire, una volta di più, come il contratto di concessione sia, almeno in questo caso, preordinato non solo a soddisfare l'interesse del Concedente ma, ben di più, ad assicurare ad una indeterminata serie di utenti la fruizione di un bene e di un servizio che debbono essere sicuri.

Le conclusioni della Relazione tecnica, quanto all'inadeguatezza della procedura di controllo della sicurezza strutturale delle opere d'arte posta in essere da ASPI, dove condivise in linea tecnica dalla competente Direzione generale del MIT, valgono ad accentuare l'elemento dell'incrinarsi della fiducia, specie laddove si afferma, sempre nella Relazione tecnica, che «Tale procedura era applicata al viadotto Polcevera ed è ancora applicata all'intera rete di opere d'arte di Aspi» (v. pagina 74).

Ed è su questo rilievo che non solo la gravità dell'inadempimento trova conferma, ma anche diventa realmente plausibile la via della risoluzione integrale della Convenzione e con ciò l'estinzione anticipata dell'intero rapporto concessorio con ASPI.

Essendo la Convenzione unitaria, nel senso che tutte le tratte di cui si compone la rete autostradale concessa rientrano nel suo oggetto (v. articolo 2), non sarebbe agevole ipotizzare,



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

in termini giuridici, una risoluzione parziale, limitata al solo tratto più direttamente coinvolto dall'evento del 14 agosto 2018.

Gli effetti di una risoluzione parziale, presupponendo una modifica dell'oggetto della Convenzione, potrebbero essere raggiunti solo su base consensuale, evidentemente nel quadro di un differente scenario nel quale i pubblici poteri ritengano preferibile perseguire la strada della rinegoziazione delle condizioni del rapporto concessorio volta a ricondurlo all'interno dei canoni di equilibrio ed equità tra le parti.

9. La nullità dell'articolo 9-bis della Convenzione.

La veduta sussistenza degli elementi della fattispecie di cui all'articolo 1453 codice civile, del duplice inadempimento e della sua gravità consentono la risoluzione della Convenzione.

Né – giova osservare – la Convenzione reca alcuna deroga al citato articolo 1453 sul piano della fattispecie, per quel concerne la valutazione dell'inadempimento e della sua gravità.

La specialità della Convenzione, rispetto alla disciplina legale, è di altro tipo e riguarda, come si è già anticipato al paragrafo 3, il rapporto tra la risoluzione, anche quella per inadempimento, e il pagamento di un indennizzo/risarcimento a carico del Concedente e in favore del Concessionario.

L'attuale *Codice dei contratti* distingue i casi in cui la concessione sia risolta per causa imputabile al concedente o sia revocata per motivi di pubblico interesse (disciplinandoli al comma 4 dell'articolo 176 e prevedendo solo per essi il pagamento di una serie di voci pecuniarie a beneficio del concessionario) dall'ipotesi in cui, invece, la concessione sia risolta per inadempimento del concessionario (commi 7 e 8).

La Convenzione, invece, non opera analoga distinzione, ponendo sullo stesso piano qualunque ipotesi di cessazione anticipata del rapporto concessorio (v. articolo 9-bis, commi 1



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

e 5) e per tutte prevedendo la “singolare” clausola del pagamento, a carico del Concedente, di un indennizzo/risarcimento pari all’importo corrispondente al valore attuale netto dei ricavi della gestione prevedibile dalla data del provvedimento sino alla scadenza della concessione, nei termini analiticamente individuati al comma 2; pagamento al quale è peraltro subordinata l’efficacia della cessazione degli effetti della Concessione.

Ebbene, come già prospettato dalla Direzione generale competente nella nota del 5 aprile 2019, si è dell’avviso che una tale clausola, ove davvero applicabile al caso di specie, del che si dubita come si chiarirà nel prosieguo, sia del tutto eccentrica rispetto al sistema della responsabilità contrattuale e manifestamente nulla sotto vari profili.

Il primo dei quali è legato all’assenza di una causa meritevole di tutela, apparendo invece dettata dalla finalità di assicurare ad una delle parti, a scapito dell’altra, una posizione di forza, ovvero di potere privato, suscettibile di tradursi in una condizione di sostanziale immunità e privilegio; ciò è in aperta violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza, che permeano anche i rapporti di diritto privato. In tale prospettiva, la clausola in esame altera il fondamentale principio di corrispettività delle prestazioni che permea, sotto il profilo causale, la concessione autostradale, perché consente al Concessionario di perseguire le utilità attese sempre e in ogni caso e, dunque, indipendentemente dal proprio adempimento.

Il secondo profilo di nullità è legato all’articolo 1229, comma 1, codice civile, che vieta sanzionando con la nullità qualunque patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. È evidente che le clausole di cui all’articolo 9-bis della Convenzione impediscono di fatto la risoluzione per inadempimento, se non a costo di sostenere esborsi finanziariamente insostenibili, ciò che rende impraticabile la risoluzione anche in caso di dolo o colpa grave del Concessionario.

Il terzo profilo si lega alla contrarietà di dette clausole con l’ordine pubblico economico, sempre nella misura in cui costruiscono attorno al Concessionario una “rete di protezione” al riparo della quale qualunque condotta illecita del medesimo è esente da conseguenze sul piano della conservazione del rapporto concessorio, di cui in sostanza il



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Concedente non potrebbe più disporre, senza che a ciò corrisponda un interesse meritevole di tutela del Concessionario.

I timori più frequentemente avvertiti al cospetto dei rapporti tra pubblica amministrazione e privati nella fase dell'esecuzione del contratto, ossia il rischio che la prima possa esercitare poteri "esorbitanti" e ledere l'affidamento incolpevole dei secondi, parrebbero in questo caso del tutto capovolti a beneficio di privati che, forti di clausole "esorbitanti", potrebbero inibire alla parte pubblica qualunque iniziativa preordinata a ristabilire la tutela dell'interesse generale.

Si è quindi dell'avviso che le vedute clausole della Convenzione (articolo 9-bis, commi 1, 2 e 5) siano nulle e, in quanto prive di effetti, non condizionino la risoluzione della Convenzione al previo pagamento di nessuna delle somme previste dall'articolo 9-bis.

Resta da chiarire come una simile conclusione non sia contraddetta neppure dalla considerazione che la Convenzione fu, a suo tempo, per quanto già ricordato, approvata per legge.

Tale approvazione, peraltro non così infrequente nel diritto dell'economia, deve infatti ritenersi limitata alla fase procedimentale dell'integrazione degli effetti della Convenzione, a completamento di un procedimento contrattuale già perfezionato, ma la cui fase amministrativa – come ricordato – era andata incontro a osservazioni critiche e pareri negativi di vario genere. L'approvazione non può invece estendersi anche ai contenuti e al dettaglio della Convenzione.

Non si ignora come in giurisprudenza esista almeno un precedente apparentemente favorevole ad una lettura della *legificazione* estesa all'intero contenuto delle clausole convenzionali (Cons. St., sez. IV, n. 4262 del 2012). Nondimeno, è possibile sviluppare una riflessione più generale, traendo spunto ad esempio da Cons. St., sez. IV, n. 584 del 1997, per ritenere che la *legificazione* non possa giungere a modificare il contenuto tipico, ovvero il tipo contrattuale, della concessione. Questo perché privata della possibilità pratica di risoluzione, la Convenzione assumerebbe un carattere di forte aleatorietà in danno del Concedente, tanto maggiore quanto è maggiore la distanza temporale rispetto alla scadenza della Convenzione.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Altrimenti opinando si prospetterebbe più di un dubbio di legittimità costituzionale della norma di legge recante l'approvazione anche di questa Convenzione, per violazione degli articoli 3, 41 e 97 della Costituzione: l'articolo 3 quanto al principio di uguaglianza e ragionevolezza, l'articolo 41 quanto alla libertà contrattuale del concedente, l'articolo 97 quanto al buon andamento nello svolgimento di una attività di servizio pubblico.

Sicché, anche sul piano ermeneutico, un'interpretazione il più possibile conforme a Costituzione suggerisce e consiglia di limitare gli effetti dell'approvazione al piano procedimentale senza ricomprendere le singole clausole convenzionali.

Per maggiore completezza può aggiungersi che ogni dubbio, anche il più remoto, sarebbe fugato qualora il legislatore abrogasse il citato articolo 8-*duodecies*, comma 2, del decreto legge n. 59 del 2008, come convertito dalla legge n. 101 del 2008. Per effetto di tale abrogazione, dovrebbe riprendere l'ordinario *iter* amministrativo dell'approvazione della Convenzione: in particolare, quello previsto dal comma 84 dell'articolo 2 del decreto legge n. 262 del 2006, per il quale vi è un esame da parte del CIPE (se non avvenuto), cui segue il parere delle commissioni parlamentari e il decreto interministeriale approvativo (ai sensi dell'articolo 3, comma 5, del decreto legislativo n. 143 del 1994), da inviare poi alla Corte dei conti per la registrazione.

Al di là di quanto esposto, vi è comunque un'ultima dirimente considerazione che depone per l'inapplicabilità dell'articolo 9-*bis* della Convenzione ai casi di inadempimento del Concessionario e che si fonda sulla stretta e rigorosa interpretazione della disposizione convenzionale.

L'articolo 9-*bis* della Convenzione prevede che il diritto all'indennizzo/risarcimento del Concessionario sussiste «nel rispetto del principio dell'affidamento».

Tale precisazione delimita l'ambito di applicazione delle clausole convenzionali in parola ai soli casi nei quali vi sia un effettivo affidamento legittimo del Concessionario da tutelare; evenienza che certamente non ricorre nel caso di inadempimento del Concessionario, in cui le utilità attese non sono conseguite dallo stesso Concessionario in dipendenza di fatti a lui imputabili.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Così riletto, peraltro, l'articolo 9-bis della Convenzione si pone in linea con la disciplina legale del tipo contrattuale (cfr., da ultimo, articolo 176 dell'attuale *Codice dei contratti*) e consente di delimitare la sfera di applicabilità della norma ai soli casi di risoluzione contrattuale per motivi diversi dall'inadempimento del Concessionario.

10. La possibilità di risolvere unilateralmente la Convenzione e della competenza ad adottare l'atto risolutorio.

U
Come esposto in precedenza, il rapporto concessorio in essere con ASPI è soggetto ad un quadro normativo complesso, che non si esaurisce nelle clausole convenzionali del 2007, ma comprende quanto meno il *Codice dei contratti* del 2006 applicabile *ratione temporis* e le norme e i principi del Codice civile.

Me
Si è, altresì, evidenziato come il crollo del Ponte integri il definitivo inadempimento, da parte del Concessionario, delle descritte obbligazioni, legali e convenzionali, di custodia e (ri)consegna del Ponte e di manutenzione dell'intera rete; trattasi, altresì, di inadempimento grave ex articolo 1455 codice civile.

O
N
Orbene, in base alla norma transitoria contenuta nell'articolo 216, comma 1, dell'attuale *Codice dei contratti pubblici*, quest'ultimo non è direttamente applicabile alla Convenzione unica.

L'articolo 217, comma 1, nell'abrogare espressamente, alla lettera e), il decreto legislativo n. 163 del 2006, lascia «fermo quanto previsto dall'articolo 216».

Col
Ne consegue che la Convenzione unica – non essendo ad essa applicabile l'attuale *Codice dei contratti* (e, dunque, neppure l'articolo 176 in materia di concessioni) – rimane soggetta *ratione temporis* alle disposizioni del vecchio *Codice* (di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006).

Nel vecchio *Codice dei contratti* le concessioni autostradali, in quanto concessioni di lavori e gestione, erano disciplinate dall'articolo 142, il quale, al terzo comma, rendeva ad



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

esse applicabili tutte le disposizioni del codice stesso, fra le quali, per quello che in questa sede interessa, l'articolo 136, che attribuisce all'amministrazione il potere di risolvere con determinazione unilaterale il contratto pubblico per inadempimento della controparte, come, del resto, già previsto in passato dall'articolo 340 dell'Allegato F della legge n. 2248 del 1865.

Ne consegue che il Concedente, ai sensi del combinato disposto degli articoli 136 e 142 del citato decreto legislativo n. 163 del 2006, dispone del potere di risoluzione in autotutela della Convenzione unica per inadempimento del Concessionario¹⁰.

Peraltro, la stessa Convenzione unica, all'articolo 9-bis, comma 3, postula la sussistenza, nel sistema, di un siffatto potere risolutorio in capo all'amministrazione concedente, nella misura in cui, ai fini della determinazione dell'importo dovuto al Concessionario, prevede la possibilità di adire l'autorità giudiziaria nel termine di tre mesi decorrenti dal «provvedimento di [...] risoluzione del rapporto».

Naturalmente, all'eventuale risoluzione della Convenzione unica disposta dal Concedente si affianca l'obbligo, in capo ad ASPI, di risarcire i gravissimi danni cagionati secondo le norme comuni, obbligo risarcitorio che, peraltro, parrebbe sussistere anche a prescindere dalla risoluzione sulla base della norma generale espressa dall'articolo 1218 del codice civile.

Per quanto concerne il profilo della competenza all'adozione del provvedimento di risoluzione, giova preliminarmente evidenziare che – non essendo applicabile nella fattispecie, per le ragioni esposte in precedenza, il procedimento convenzionale di decadenza prefigurato dagli articoli 8 e 9 della Convenzione – deve escludersi che nel caso di specie possa applicarsi l'articolo 9 della Convenzione e, dunque, la speciale competenza ministeriale.

¹⁰ Resta comunque ferma la possibilità per il Concedente di promuovere, in via alternativa, l'ordinaria azione giudiziale di risoluzione contrattuale, contestualmente alla quale può essere proposta la domanda di risarcimento danni.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Ciò premesso, si osserva che, in linea generale, al Ministro competono solo le funzioni di indirizzo politico-amministrativo descritte dall'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo n. 165 del 2001.

Ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa (comma 2 dell'articolo 4 dello stesso decreto legislativo).

L'articolo 16, comma 1, lettera d), del decreto legislativo n. 163 del 2001 ribadisce, poi, che i dirigenti di uffici dirigenziali generali adottano gli atti e i provvedimenti amministrativi ed esercitano i poteri di spesa.

In relazione a tale riserva di competenza gestionale, l'articolo 4, comma 3, del citato decreto legislativo precisa che *«le attribuzioni dei dirigenti indicate dal comma 2 possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative»*.

In tale quadro normativo, l'articolo 5, comma 8, lettera b), del DPCM 11 febbraio 2014, n. 73, *Regolamento di organizzazione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135*, attribuisce alla competenza della Direzione generale Vigilanza sulle concessionarie autostradali *«la gestione dei rapporti in essere con i concessionari autostradali, nonché predisposizione degli atti aggiuntivi alle vigenti convenzioni»*.

Il provvedimento di risoluzione rientra nella gestione del rapporto concessorio con ASPI e, dunque, è parte della competenza riconosciuta alla suddetta Direzione generale, in base all'articolo 5, comma 8, lettera b) citato ed in forza delle generali disposizioni degli articoli 4, comma 2, e 16, comma 1, lettera d), del decreto legislativo n. 165 del 2001.

Nondimeno, in ragione della disciplina speciale in materia, l'eventuale provvedimento dirigenziale di risoluzione deve essere approvato con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, ai quali è comunque



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

demandata la valutazione finale sull'adozione della misura, rimessa loro dall'ordinamento alla luce delle molteplici conseguenze che possono derivare da un simile provvedimento.

M
Nello specifico, va considerato che l'art. 39 della Convenzione richiede l'approvazione ministeriale ai fini della integrazione dell'efficacia della concessione. Sicché, in ossequio al principio del *contrarius actus*, l'approvazione ministeriale si rende necessaria anche per la cessazione anticipata del rapporto concessorio.

Al
E ciò si afferma senza dimenticare che l'articolo 3, comma 5, del decreto legislativo 26 febbraio 1994, n. 143, stabilisce che: «L'approvazione delle concessioni di costruzione ed esercizio di autostrade è riservata al Ministro dei lavori pubblici di concerto con il Ministro del tesoro» e che, comunque, l'articolo 2, comma 82, del già citato decreto legge n. 262 del 2006, nell'affidare ai predetti ministri il compito di assicurare che tutte le clausole convenzionali allora in vigore fossero inserite in una convenzione unica con natura ricognitiva, è norma attributiva del potere di approvazione degli atti dirigenziali incidenti sulla convenzione stessa.

O
Trattasi di disposizioni legislative che, come previsto dall'articolo 4, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001 comportano una deroga all'ordinaria competenza dei dirigenti.

N
A fini di completezza, resta solo da aggiungere come, anche ai fini del rispetto di quanto impone l'articolo 3, comma 4, della legge n. 7 agosto 1990, n. 241, deve ritenersi sia possibile proporre ricorso avverso la risoluzione della Convenzione dinanzi al giudice amministrativo anziché al giudice civile.

C
A differenza infatti di quel che si afferma nei casi di risoluzione in via amministrativa dell'appalto pubblico (e per i quali la giurisdizione del giudice civile è generalmente riconosciuta), si ritiene che, in tema di concessioni, sia invocabile la previsione di cui all'articolo 133, lettera a), n. 2), del *Codice del processo amministrativo*, che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie in materia di esecuzione. Ciò sul presupposto – condiviso dalla dottrina maggioritaria – che, per il loro



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

perdurante carattere pubblicistico, le concessioni, di lavori come di servizi, rientrano nella categoria degli accordi di cui all'articolo 11 della legge n. 241 del 1990.

Si può ulteriormente aggiungere il riferimento all'articolo 133, lettera c), del *Codice del processo amministrativo*, laddove, per le controversie in tema di pubblici servizi, limita la giurisdizione del giudice ordinario ai soli profili concernenti indennità canoni e altri corrispettivi; da questa limitazione testuale la giurisprudenza del tutto prevalente ricava la conclusione che anche la risoluzione del rapporto concessorio, avente a oggetto servizi pubblici, rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo¹¹.

11. Analisi dei rischi di contenzioso e delle ricadute operative della risoluzione.

A chiusura del percorso delineato nei paragrafi precedenti, si ritiene necessario, per scrupolo di completezza, soffermarsi brevemente sui rischi connessi alla risoluzione unilaterale della Convenzione unica, atteso che è probabile che ASPI contesti, anche giudizialmente, sotto più profili, il provvedimento di risoluzione, con possibili rischi per il Concedente e quindi per lo Stato di trovarsi ad affrontare contenziosi di importi particolarmente rilevanti¹².

Si ritiene opportuno, invero, prefigurare le conseguenze, sia sotto il profilo economico-finanziario sia sotto quello più strettamente operativo, che potrebbero derivare dalla risoluzione della Convenzione unica, anche per fornire ai competenti vertici politici un quadro più completo del contesto entro cui decidere se perseguire la strada della risoluzione oppure preferire altre soluzioni tese a ricondurre ad equilibrio il rapporto concessorio con

¹¹ Cfr., da ultimo, Cass., sez. un., ord., n. 20682 del 2018.

¹² Cfr., nell'ambito della contabilità armonizzata degli enti territoriali, il punto 5.2. dell'allegato n. 4/2 al decreto legislativo n. 118 del 2011, relativo al principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria, che disciplina la costituzione di specifici accantonamenti in bilancio per il rischio di maggiori spese legate al contenzioso. Ispirato al medesimo principio di prudenza è il principio contabile n. 31 dell'Organismo italiano di contabilità, che, nel disciplinare la costituzione del *fondo per rischi e oneri*, suggerisce di acquisire «specifiche conoscenze della situazione di rischio ed incertezza in essere» per giungere a «una stima ragionevolmente attendibile dell'esborso connesso all'obbligazione e della data di sopravvenienza».



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

ASPI e fugare così i rilevanti dubbi generati dall'evento del crollo sull'efficacia complessiva del sistema di valutazione e manutenzione delle tratte autostradali affidate in concessione.

D'altra parte, resta ferma l'ovvia considerazione che nei confronti del Concessionario, il quale, con la propria condotta *contra ius*, ha cagionato o non impedito il perimento di un'arteria autostradale strategica per il Paese, lo Stato può, parallelamente alla risoluzione, esercitare un'azione di risarcimento degli ingenti danni, non solo immediati ma anche indiretti all'intera comunità nazionale, conseguenti agli inadempimenti descritti nei paragrafi precedenti.

È evidente, altresì, che gli esiti possibili del contenzioso che ASPI potrebbe intraprendere contro il provvedimento di risoluzione sono rappresentati dal mantenimento in vita del rapporto concessorio a seguito dell'annullamento della risoluzione, dal riconoscimento dell'indennizzo previsto dall'articolo 9-bis della Convenzione unica, dall'eventuale risarcimento dei danni ulteriori. A ciascuno di questi aspetti sono dedicate le brevi considerazioni che seguono.

In relazione al primo profilo, un *punctum pruriens*, ancorché di improbabile verifica, può essere costituito dall'imputazione dell'inadempimento relativo alla custodia e alla (mancata) riconsegna del viadotto Polcevera. In particolare, la prova liberatoria, che ASPI, come si è detto, in questa sede amministrativa, ha finora mancato, nonostante l'evidente vicinanza alla prova stessa, potrebbe essere raggiunta in futuro, con l'individuazione della causa del crollo non imputabile al concessionario, anche all'esito del procedimento penale riguardante gli stessi fatti¹³.

Un ulteriore tema di contenzioso potrebbe essere rappresentato dalla valutazione della gravità dell'inadempimento, un'area in cui è maggiormente incidente la discrezionalità del giudice. Con la conseguente conservazione del rapporto concessorio a cui dovrebbe aggiungersi il risarcimento integrale del danno, compreso quello reputazionale eventualmente

¹³ Come già ha adombrato ASPI nel Documento di riscontro, spec. pagina 377 della stessa, lamentando la mancanza di «informazioni potenzialmente rilevanti [...] in ragione delle indagini svolte dalla Procura della Repubblica di Genova tuttora in corso».



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

sofferto dalla capogruppo in conseguenza della risoluzione contrattuale unilateralmente disposta ed al quale potrebbe rimanere esposto il soggetto pubblico concedente.

È, infatti, da considerarsi altamente probabile che ASPI, comunque, chiederà il risarcimento del danno che facilmente deriverà dalla sola divulgazione del provvedimento risolutorio.

È noto che il Concessionario è parte di un gruppo (Atlantia) che ha un'esposizione finanziaria consistente. Ciò in proporzione all'ingente entità degli investimenti in corso di realizzazione da parte di tale gruppo. ASPI-Atlantia, quindi, è sottoposta ad una valutazione del *rating* finanziario. La risoluzione della concessione autostradale non può non determinare un drastico peggioramento di tale *rating*, con il conseguente incremento del costo per la gestione del servizio sul debito. Del resto, come è emerso dalle notizie di stampa, un peggioramento del *rating* già si è avuto in seguito all'evento del crollo proprio quando si era iniziata a prospettare la cessazione anticipata della Concessione.

Pertanto, se e qualora la risoluzione fosse ritenuta, nella sede giurisdizionale, illegittima, il Concessionario potrebbe invocare una tutela risarcitoria correlata al maggior costo del capitale subito per un fatto ingiusto imputabile all'amministrazione quale autrice del danno, per importi anche assai elevati.

E' pur vero, tuttavia, che la condanna dello Stato presupporrebbe non solo l'accertamento in ordine alla illegittimità della risoluzione ma anche, oltre agli altri elementi dell'illecito, la colpa dell'amministrazione, il che appare alquanto difficilmente configurabile, almeno stando ai noti criteri esimenti elaborati dalla giurisprudenza in tema di responsabilità della pubblica amministrazione, tanto più al cospetto di accertamenti complessi che investono molteplici profili tecnici, come nel caso di specie.

Infine, se anche fosse mantenuta ferma la risoluzione, il Concessionario potrebbe comunque reclamare l'applicazione del comma 5 dell'articolo 9-bis citato, che, come si è già esaminato nei precedenti paragrafi, condiziona sospensivamente l'efficacia della risoluzione al versamento dell'indennizzo/risarcimento previsto dal precedente comma 2 del medesimo articolo.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Considerata l'elevata redditività della Concessione e gli anni di anticipo rispetto alla sua naturale estinzione (circa diciannove anni atteso che la scadenza è fissata al 2038), l'entità di detto indennizzo/risarcimento sarebbe verosimilmente particolarmente elevata¹⁴.

È stata prospettata, nel presente parere, la nullità del dispositivo indennitario/risarcitorio prefigurato dall'articolo 9-bis e comunque l'inapplicabilità ai casi di risoluzione per inadempimento del Concessionario. Ciò nondimeno, in sede giudiziale potrebbe giungersi al riconoscimento in favore di ASPI di tale indennizzo/risarcimento correlato alla risoluzione.

La tesi dell'invalidità delle suddette clausole convenzionali potrebbe essere preclusa dall'approvazione per legge dello schema di convenzione unica per effetto del richiamato comma 2 dell'articolo 8-duodecies del decreto-legge n. 59 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 101 del 2008.

Potrebbe sostenersi infatti che: 1) l'approvazione *ex lege* ha determinato una sorta di "legificazione" dell'accordo originario con conseguente sua complessiva indisponibilità per le parti e conseguente impossibilità di affermare *ex post* la nullità di clausole di indennizzo¹⁵; 2) che l'approvazione *ex lege*, operando sul piano dell'efficacia, esclude che gli effetti della Convenzione unica possano essere rimossi con un semplice atto amministrativo di carattere risolutorio, legittimando l'inadempimento del concessionario, per valutazione stessa del legislatore, esclusivamente pretese risarcitorie ma non già anche iniziative del Concedente intese a liberarsi della convenzione approvata.

Proprio per contrastare tali possibili esiti, si è anche osservato nel presente parere, e con dovizia di argomenti, che, di là dai profili di invalidità, la previsione dell'indennizzo nella misura e con le modalità di cui all'articolo 9-bis citato, essendo diretta al rispetto del principio

¹⁴ La competente Direzione di codesto Ministero è nella posizione conoscitiva migliore per poter fornire una più puntuale commisurazione di tale importo.

¹⁵ Il concetto della *indisponibilità* per effetto della norma di legge è, ad esempio, posto a base della sentenza del Consiglio di Stato n. 4262 del 2012, già citata nel presente parere, che, nel confermare la decisione di inammissibilità del ricorso, non ha mancato di osservare come «il contenuto della convenzione è stato cristallizzato da apposita norma di legge, rispetto alla quale gli atti adottati (ancorché essa sia successiva alla loro redazione) si pongono come "direttamente attuativi" di disposizioni legislative».



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

dell'affidamento e a garantire l'interesse positivo del Concessionario, non può essere applicata ai casi in cui lo squilibrio del rapporto convenzionale è frutto di un grave inadempimento colpevole del Concessionario stesso e non ricorre alcun affidamento da tutelare.

Infine, oltre agli aspetti più direttamente attinenti alla contestazione della risoluzione e alle sue conseguenze risarcitorie/indennitarie, si ritiene opportuno precisare che una possibile ulteriore conseguenza di rilievo economico-finanziario, scaturente dalla cessazione anticipata della concessione, potrebbe essere legata all'obbligo di corrispondere al Concessionario uscente il cosiddetto "valore di subentro". Nella Convenzione unica se ne fa implicito riferimento all'articolo 5.

Il valore di subentro, che corrisponde all'onere residuo dei debiti contratti dal Concessionario per gli investimenti assentiti dal Concedente, dovrebbe essere corrisposto dal concessionario subentrante, una volta individuato. Poiché, nel nostro caso, la Concessione viene risolta con molti anni di anticipo rispetto alla sua naturale scadenza è da presumersi che il Concessionario abbia realizzato investimenti non ancora integralmente ammortizzati¹⁶.

Tuttavia, se il valore di subentro fosse di entità elevata, sarebbe più difficoltosa la ricerca sul mercato di un nuovo concessionario, che sarebbe chiamato a sostenere l'altrettale elevato onere finanziario. Del pari problematica sarebbe la diversa evenienza che la Concessione fosse affidata all'interno del perimetro pubblico ad un organismo *in house*, con effetti indesiderati sul bilancio dello Stato e sui saldi di finanza pubblica.

Resta, perciò, da affrontare, in diretta connessione con il tema del valore di subentro, un ultimo profilo di ordine più strettamente operativo: come la cessazione anticipata dell'efficacia della concessione impatta sulla necessaria continuità della gestione della rete autostradale, dove il profilo problematico è rappresentato dall'esigenza di evitare soluzioni di continuità nell'offerta di un servizio di trasporto essenziale per i bisogni della collettività.

¹⁶ Anche in questo caso, è la competente Direzione di codesto Ministero a detenere le informazioni necessarie per poter definire l'esatto ammontare di tale valore di subentro.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Si ritiene che proprio il bene-valore del buon andamento e il superiore interesse a evitare rovinose fratture nella continuità di tale servizio possano giustificare l'obbligo del Concessionario di proseguire la gestione della rete autostradale, anche per consentire all'amministrazione di attrezzarsi per un efficace e adeguato *step-in*.

La soluzione della necessaria continuità, giustificata dal rilevato interesse pubblico alla fruizione di un essenziale servizio di interesse economico generale, trova conforto in una regola desunta sulla base di un duplice argomento analogico poggiato sulla similitudine della disciplina prevista dalla Convenzione unica sia per l'ipotesi di cessazione "fisiologica" dell'efficacia della concessione per scadenza del termine (articolo 5), sia per l'ipotesi di cessazione anticipata della stessa per decadenza (articolo 9, comma 2); senza considerare che anche l'articolo 9-bis della Convenzione prevede implicitamente la continuità della gestione, laddove al comma 3 utilizza come parametro per ragguagliare sul piano temporale l'indennizzo/risarcimento la «data di trasferimento della concessione».

L'effetto utile di detta soluzione è nella conseguenza che il periodo in regime di *prorogatio* va computato nella determinazione del valore di subentro nella misura in cui rappresenta un'estensione temporale del rapporto concessorio che amplia il periodo di ammortamento. Si può, inoltre, in questo modo, contenere il rischio per il quale la risoluzione immediata della concessione potrebbe determinare un'automatica sospensione degli investimenti già assentiti in base al rapporto concessorio, in quanto ASPI, continuando a percepire i flussi di cassa della gestione fino al subentro del nuovo concessionario, avrebbe comunque il correlato obbligo di dare continuità alla realizzazione di tutti gli investimenti programmati.

E' evidente che, in tale ipotesi di *prorogatio*, la vigilanza da parte del Concedente dovrebbe essere particolarmente stringente, anche sotto il profilo del controllo contabile, per impedire eventuali comportamenti dilatori o ostruzionistici o veri e propri inadempimenti del concessionario, fermo restando, una volta accertata o confermata la piena legittimità della



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

risoluzione, il diritto della parte pubblica al risarcimento delle spese e dei costi sostenuti per il subentro¹⁷.

Si intende che, qualunque sia il percorso che seguirà il Ministero, il procedimento amministrativo avviato con la nota del 16 agosto 2018 dovrà essere concluso con un atto formale.

12. Conclusioni.

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, il Gruppo di lavoro è dell'avviso che:

- a) in relazione all'evento del 14 agosto 2018 sussista l'inadempimento di ASPI agli obblighi di custodia e restituzione di cui all'articolo 1177 del codice civile e di manutenzione di cui all'articolo 3 della Convenzione;
- b) tali inadempimenti abbiano il carattere della gravità in relazione all'interesse complessivo affidato alla cura del Concedente;
- c) su tali presupposti il Concedente, nei termini di cui in motivazione, abbia il potere di risolvere unilateralmente la Convenzione con un provvedimento del dirigente della Direzione generale per la vigilanza sulle concessioni autostradali, sottoposto all'approvazione del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze;
- d) i possibili rischi evidenziati al paragrafo 11, discendenti dallo squilibrato contenuto e dalle modalità di approvazione della Convenzione, potrebbero comunque consigliare una diversa soluzione, rimessa alla valutazione politica o legislativa, volta alla rinegoziazione della stessa Convenzione;
- e) in ogni caso la Direzione generale per la vigilanza sulle concessioni autostradali debba concludere il procedimento avviato con la nota di contestazione del 16 agosto 2018.

Roma, 28 giugno 2019

¹⁷ Quest'ultima considerazione pone, sin d'ora, il tema del potenziamento delle competenti strutture dicasteriali.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

GABINETTO DEL MINISTRO

Gruppo di lavoro istituito con D.M. n. 119 del 2019

Hadrian Simonetti, Consigliere di Stato, Presidente

Hadrian Simonetti

Valter Campanile, Avvocato dello Stato, Componente

Valter Campanile

Filippo Izzo, Primo referendario della Corte dei Conti, Componente

Filippo Izzo

Lorenzo Saltari, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Componente

Lorenzo Saltari

Giovanni Palatiello, Avvocato dello Stato, Componenti

Giovanni Palatiello

Handwritten header text, possibly a name or title, located at the top of the page.

Handwritten text, possibly a date or reference number, located below the header.

Handwritten text, possibly a signature or name, located in the upper middle section.

Handwritten text, possibly a name or title, located below the signature.

Handwritten signature or name, located in the middle section.

Handwritten text, possibly a name or title, located below the signature.

Handwritten text, possibly a name or title, located in the lower middle section.

Handwritten signature or name, located in the lower middle section.

Handwritten text, possibly a name or title, located below the signature.

Handwritten signature or name, located at the bottom of the page.