



COMUNE DI CAIVANO

CITTA' METROPOLITANA DI NAPOLI

05° SETTORE SERVIZI ALLA PERSONA

DETERMINAZIONE N 1397 DEL 22/09/2023

OGGETTO:	AFFIDAMENTO DELLA CONCESSIONE PER LA RIQUALIFICAZIONE DEL CENTRO SPORTIVO POLIVALENTE SITO IN CAIVANO- NA – ATTRAVERSO APPORTO DI CAPITALI PRIVATI CUP: J46J2000039005- CIG: 8414735AFC- INTERVENUTA DECADENZA DELL'AGGIUDICAZIONE
-----------------	---

PREMESSO che

- con determina n. 926 del 27.08.2020 avente ad oggetto: “Affidamento Della Concessione Per Riqualificazione Del Centro Sportivo Polivalente Sito In Caivano Attraverso Apporto Di Capitali Privati – CUP: J46J2000039005- Determina a Contrarre_ CIG: 8414735AFC” veniva indetta gara ad evidenza pubblica per l’affidamento del contratto pubblico avente ad oggetto la concessione per “Riqualificazione del centro sportivo polivalente sito in Caivano attraverso apporto di capitali privati” e veniva, altresì, approvato il livello unico di progettazione, per l’importo complessivo di € 1.304.583,89 di cui € 25.314,00 importo non soggetto a ribasso per oneri di sicurezza da DUVRI;
- con medesima determinazione si delegava alla Stazione Unica Appaltante presso il Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche Campania e Molise, giusto Protocollo di Intesa del 21.06.2017, repertorio n. 8017, l’espletamento di tutti gli adempimenti connessi alla procedura ad evidenza pubblica de quo.

ACQUISITO il Decreto del Provveditorato Interregionale per le OO.PP. per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata, prot. n. 195 del 29.06.2021 afferente l'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione della concessione per la riqualificazione del centro sportivo polivalente sito in Caivano- Na di cui all'aggiudicazione Decreto prot. n. 682 del 23.12.2020.

DATO ATTO che

- con pec 02.07.2021 si trasmetteva alla Società Alba Oriens il DP prot. n. 195 del 29.06.2021 afferente l'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione della concessione per la riqualificazione del centro sportivo polivalente sito in Caivano- Na, nonché i modelli F24 relativi alla registrazione fiscale dei verbali di gara, da restituire, unitamente alla polizza definitiva;
- con nota del 01.10.2021 si invitava la Società alba Oriens ad un incontro operativo per il 06.10.2021.

ACQUISITE, altresì,

- la comunicazione della Società Alba Oriens del 07.10.2021 con la quale si

rappresentava, tra l'altro, che per la formalizzazione contrattuale della gestione della concessione occorreva ulteriore tempo utile all'acquisizione del finanziamento;

- la nota pec del 19 aprile 2022 con la quale la Società Alba Oriens chiedeva alla S.A la "bozza" della stipula contrattuale e inviava atto notarile per Associazione Temporanea di Imprese e conferimento di mandato speciale di rappresentanza;

RAVVISATA, alla luce della suddetta ultima nota, la necessità di **reformulare** la richiesta finalizzata alla verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del D.Lgs 50/2016 e ss.mm.ii..

RITENUTO NECESSARIO procedere a nuova richiesta alla Società Alba Oriens delle dichiarazioni utili ai fini dell'ottenimento dell'informativa antimafia di cui al D.Lgs 159/2011, a mezzo nota nota pec del 06 giugno 2022, ovvero:

Pr_Nautg_Ingresso_0258193_20220808 Richiesta Informativa antimafia Società Alba Oriensa.r.l.;

Pr_Nautg_Ingresso_0258343_20220808 Richiesta Informativa antimafia Società San Mauro ssdarl;

Pr_Nautg_Ingresso_0258399_20220808 Richiesta Informativa antimafia Società Cost.El srl;

Pr_Nautg_Ingresso_0259071_20220809 Richiesta Informativa antimafia Società Tralice Costruzioni S.r.l.;

Pr_Nautg_Ingresso_0258168_20220808 Richiesta Informativa antimafia Società Re.Gi. Costruzioni S.r.l.

POSTO CHE, nell'attesa del trascorrere dei 45 giorni previsti dalla normativa vigente, scadenza 25 settembre 2022, con nota pec del 12 settembre 2022 la Società Alba Oriens chiedeva al Comune di Caivano di differire la stipula del contratto di concessione e di prevedere la possibilità di modificare il futuro contratto inserendo il trasferimento del diritto reale di superficie al fine di poter accedere a dei benefici stabiliti dal quadro normativo vigente

DATO ATTO, altresì, che

- con nota pec del 27.10.2022 la Società Alba Oriens chiedeva al Comune di Caivano di poter effettuare un sopralluogo;
- con nota pec del 04.11.2022 il Comune di Caivano invitava la Società Alba Oriens il giorno 07.11.2022 ad effettuare il sopralluogo;
- con successiva nota pec del 16.11.2022, acquisita al protocollo dell'Ente con n. 2333 il soggetto concessionario trasmetteva la rimodulazione PEF della concessione per la riqualificazione del centro sportivo polivalente sito in Caivano (Na) attraverso apporti di capitali privati;

ACQUISITA la suddetta richiesta di rimodulazione del PEF, ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della corretta allocazione dei rischi, si provvedeva ad acquisire i seguenti pareri:

-Parere legale a firma dell'Avv. Rocco Travaglino, di parte, assunto al Protocollo del Comune di Caivano (NA) 42689 del 22/12/2022;

- Parere legale dell'Avvocatura del Comune di Caivano (NA) assunto al Protocollo del Comune di Caivano con n. 1795 del 17/01/2023;

- Parere del Nucleo di consulenza per l'Attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità (NARS) assunto al Protocollo del Comune di Caivano (NA) al n. 6857 del 01/03/2023.

VISTA la Delibera di Consiglio Comunale n. 6 del 24/01/2023, con la quale l'Amministrazione demandava la RUP l'onere di acquisire specifici apporti specialistici in materia tecnico/ingegneristica nonché economico/finanziario al fine di valutare l'ammissibilità di un nuovo progetto di fattibilità, la scrivente provvedeva ad acquisire:

-Parere economico-finanziario, a firma del Prof. Avv. Manlio Lubrano di Scorpaniello, assunto al Protocollo dell'Ente con n. 15726 del 16/05/2023;

-Perizia tecnica Dott. Ing. Antonio Masturzo, assunto al Protocollo dell'ente con n.15723/2023 del 16/05/2023;

PRESO ATTO dei pareri e delle perizie predette, con riferimento alla "Procedura aperta per l'affidamento della concessione per riqualificazione del centro sportivo polivalente sito in Caivano-NA- attraverso apporto di capitali privati- importo a base di gara € 1.304.583,89-CUP J46J2000039005-CIG: 8414735AF", la scrivente con nota prot. n. 17789/2023 del 05.06.2023 comunicava l'avvio del procedimento di irricevibilità della documentazione tecnica ed economica finalizzata alla modifica dell'atto di concessione ai sensi dell'art. 10 bis della L.241/1990.

ACQUISITA la nota prot. n. 18213 del 07.06.2023 con la quale lo studio legale Dulvi Corcione & Castaldo, in nome e per conto dell'ATI, inviava formali osservazioni

DATO ATTO CHE

- con nota prot. n. 20081 del 23.06.2023, la scrivente riscontrava le osservazioni prodotte a mezzo della suddetta nota Prot. 18213/2023, **confermando** il giudizio di **improponibilità, irricevibilità** e, per l'effetto, **improcedibilità** della **richiesta di rimodulazione**, come formulata dal promotore aggiudicatario, perché resa in difformità dalla pattuizioni di gara ed in particolare alla statuizioni riportate nella "Bozza di convenzione" al cap. 22 [Equilibrio economico finanziario – riequilibrio] sia in difformità del dispositivo di cui all'art. 175 del D.Lgs 50/2016;
- con nota prot. n. 25507 del 01.08.2023 la scrivente invitava, per la data del 07/08/2023, alle ore 10:30 a.m., presso la Biblioteca Comunale di Caivano, in p.zza C. Battisti, 1, l'ATI ad un incontro prodromico alla firma del contratto di cui al decreto di aggiudicazione - SUA prot. n. 195 del 29.06.2021 afferente l'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione della concessione per la riqualificazione del centro sportivo polivalente sito in Caivano- Na di cui all'aggiudicazione Decreto prot. n. 682 del 23.12.2020;
- con nota prot. n. 26209 del 07.08.2023 si acquisiva agli atti la nota pec dello studio legale Dulvi Corcione & Castaldo avente ad oggetto: "Affidamento della concessione per riqualificazione del centro sportivo polivalente sito in Caivano (NA) attraverso apporto di capitali privati – CUP J46J2000039005 – CIG:8414735AFC. "Invito prodromico alla firma del contratto". Esposto per danno erariale."

Richiamato il Decreto Caivano **DECRETO-LEGGE 15 settembre 2023, n. 123** "*Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale.*"

Richiamati

- l'art. 32 c. 4 del codice che stabilisce che "l'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione";

- l'art. 32 c. 6 secondo periodo del codice stabilisce che "L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 8";

- l'art. 38 c. 8 stabilisce che "Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni";

Considerato che

-i rilievi formulati dagli avvocati di controparte non sono condivisibili, in particolare, per quanto attiene al parere dell'avv. Rocco Travaglino, acquisito al protocollo generale con il n. 42689 del 22.12.2022, esso principalmente si incentra sulla competenza dell'organo

comunale deputato all'approvazione di un nuovo piano economico finanziario, presentato dall'aggiudicatario, ma tale profilo assume carattere residuale rispetto alla questione principale, ossia circa la possibilità di riconoscere il diritto di superficie dopo l'aggiudicazione e l'approvazione della prima proposta progettuale con connesso PEF asseverato, giusta decreto del Ministero delle Infrastrutture – Provveditorato OO.PP. prot. n. 928 del 23.12.2020;

-l'art. 165 comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016, citato anche dall'operatore economico nell'atto di rimodulazione del PEF, prevede infatti la possibilità di riconoscere diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione, ma tale prerogativa deve essere prevista in sede di gara;

-fermo restando che il project financing si caratterizza, tra l'altro, per la permanenza del rischio in capo all'operatore economico, sotto le diverse declinazioni del rischio di costruzione, rischio di domanda e rischio di disponibilità, si evidenzia che se, da un lato, "le condizioni di equilibrio economico finanziario" sussunte nel PEF e poste alla base del rapporto concessorio "non sono immutabili e impermeabili", qualora ricorrano determinati presupposti (cfr. delibera Anac n. 783 del 6.07.2016) dall'altro lato, la giurisprudenza ha optato per un'interpretazione restrittiva delle ipotesi di operatività dei meccanismi di adeguamento "palesamente eccezionali tali da non permettere applicazioni estensive" (cfr. Consiglio di Stato sez. IV 15.05.2012 n.3474), in base all'assunto che la rimodulazione postuma degli aspetti economici che regolano il rapporto concessorio si pone astrattamente in contrasto con i principi libero-concorrenziali caratterizzanti la precedente fase selettiva integrando il rischio di veder "vanificato lo scopo del meccanismo concorrenziale di scelta del contraente" (Tar Puglia, Bari, 29.01.2015 n. 174);

Considerato che

-parimenti, non sono condivisibili i rilievi formulati dall'avv. Michele Dulvi Corcione il quale, con nota del 7.06.2023 prot. n. 18213, lamenta una presunta mancata vigilanza da parte della stazione appaltante sulla struttura che ha favorito importanti azioni di vandalizzazione, giustificando così una rimodulazione economica del PEF la quale, sempre a parere della controparte, è prevista dall'art. 22 dello schema di convenzione allorquando si verificano fatti non riconducibili al concessionario incidenti sull'equilibrio del piano economico finanziario;

-contrariamente a quanto sopra asserito dalla controparte, eventuali atti di vandalizzazione non giustificano l'incremento esponenziale dell'importo dell'investimento, tanto ciò è vero che nella perizia tecnica a firma dell'ing. Antonio Masturzo, incaricato da questo Ente ed acquisita al protocollo dell'Ente in data 16.05.2023 con il prot. n. 15723, testualmente si legge che: *"Nei computi metrici della nuova formulazione progettuale risultano mutate voci non riconducibili alle motivazioni riportate nel corpo della "Relazione di Rimodulazione del Piano Economico e Finanziario" (Cfr. Par. 9.1). Vi sono, cioè, una moltitudine di voci di spesa non ascrivibili agli atti vandalici ed alle dedotte condizioni di degrado della struttura. Il Proponente, cioè, come peraltro da egli stesso dichiarato (Cfr. Relazione PEF Caivano - Rimodulazione 2022.pdf) ha provveduto **"alla formulazione di un nuovo (e comunque diverso n.d.r.) progetto di investimento rimodulato e, dunque, più oneroso."** 4. Il nuovo progetto (2022) cioè non riguarda solo l'aggiornamento dei prezzi unitari del progetto presentato in fase di gara (2020) -che anzi, in tanti casi sono rimasti invariati- ma contempla: • L'introduzione di nuove categorie di lavorazioni; • La modifica delle quantità delle preesistenti categorie di lavorazione, anche nei casi in cui esse non sono riferibili alle motivazioni (degrado, vandalizzazione, etc) addotte dal proponente; • L'eliminazione di lavorazioni originariamente previste";*

-altresì destituito di fondamento è l'assunto dell'avv. Michele Dulvi Corcione, riportato

sempre nella succitata nota, allorché asserisce che, nell'ultimo comma dell'art. 22 dello schema di convenzione approvato con determinazione n.926 del 27.08.2020, sarebbe prevista la possibilità per la concessionaria di trascrivere la concessione con effetto traslativo del diritto di superficie; tale previsione non è affatto riportata nello schema di atto di convenzione, nè avrebbe potuto essere successivamente inserita se non modificando illegittimamente la natura della concessione facendo venir meno l'esclusività dell'apporto del capitale privato.

Considerato infine che:

-l'istanza di rimodulazione del PEF presentata dall'ATI Alba Oriens s.r.l. non è accoglibile in quanto:

- come già sopra evidenziato, le ulteriori e numerose voci di spesa non previste del precedente PEF non sono ascrivibili esclusivamente agli atti vandalici, come riportato anche nella succitata perizia del dott. ing. Antonio Masturzo;
- il PEF rimodulato non è accompagnato dall'asseverazione di un istituto di credito o di una società di servizi costituita dall'istituto di credito ed iscritta nell'elenco generale degli intermediari finanziari, prescritta dall'art. 183, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016;
- il PEF rimodulato prevede la concessione da parte del Comune di Caivano del diritto di superficie per la durata della concessione: si tratta di un contributo, in astratto ammissibile, per i contratti di concessione ai sensi dell'art. 165, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016, al fine di favorire l'equilibrio economico finanziario come definito dall'art. 3, comma 1, lett.fff), ma a condizione che sia già contemplato negli atti di gara, ipotesi che non ricorre nel caso di specie, in quanto, diversamente, si potrebbe prefigurare una violazione delle regole di trasparenza, pubblicità e par condicio nella procedura di evidenza pubblica, generando la possibilità di un'impugnazione da parte di imprese concorrenti;
- anche a voler ritenere applicabile in via analogica, prima della stipula del contratto (e non nella fase di esecuzione dello stesso), l'art. 175 del D.Lgs. n. 50/2016 (anche se la giurisprudenza maggioritaria è in senso contrario cfr. Tar Lazio 27.11.2017 n. 11732 – Tar Lombardia Brescia 10.03.2022 n. 239), non si rinvengono i presupposti, previsti dalla norma in parola, che consentono la modifica delle condizioni senza una nuova procedura di aggiudicazione.

Ritenuto che:

-la mancata sottoscrizione del contratto in coerenza con il contenuto stabilito dal decreto di aggiudicazione, in assenza di ulteriore differimento concesso dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 32 comma 8 del D.Lgs. n. 50/2016, comporta che l'Amministrazione comunale possa disporre l'intervenuta decadenza dell'ATI Alba Oriens s.r.l. dall'aggiudicazione del contratto (Cons. Stato sez. V n. 3042/2015; sez. IV n. 8220/2004; Cons. Stato, sez. V n. 6455/2014), richiamando a tale proposito i principi statuiti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dell'11.09.2020 n. 18, alla stregua dei quali la determinazione decadenziale consegue alla mancata stipula del contratto a valle dell'aggiudicazione, non riconducibile all'ambito dell'autotutela amministrativa;

Ritenuto pertanto che:

- in virtù di quanto sopra evidenziato vada dichiarata, nei confronti dell'A.T.I. Alba Oriens ssdarl (capogruppo) con sede in Giugliano in Campania (Na)- Via Francesco a Patria n. 32- San Mauro ssdarl (mandante) con sede legale in Casalnuovo di Napoli (Na) via Cesare Battisti snc, la decadenza dall'aggiudicazione per fatto imputabile all'aggiudicatario, ferme restando le ulteriori iniziative risarcitorie di competenza dell'Ente committente nonché le segnalazioni all'ANAC.

VISTO il regolamento contabile;

VISTO il vigente statuto comunale;

VISTO il D.Lgs 165/2001 e ss.mm.ii.;

VISTO il Regolamento Comunale per l'Ordinamento degli uffici e dei servizi;

VISTI gli artt. 89 e 107 del D.Lgs n. 267/2000;

VISTO l'art. 151, comma 4, del D.Lgs n. 267/2000;

VISTO l'art. 183 del D.Lgs n. 267/2000;

VISTO il D.lgs. n. 50/2016;

VISTO il Decreto Sindacale n. 33916 del 09.12.2021

Tutto ciò premesso e considerato,

D E T E R M I N A

1. **di dare atto che** la premessa è parte integrante e sostanziale del presente provvedimento, per cui si intende qui integralmente trascritta e ne costituisce motivazione;
2. **di dichiarare**, per le ragioni espresse in narrativa, la decadenza dall'aggiudicazione della procedura di gara dell'operatore A.T.I. Alba Oriens ssdarl (capogruppo) con sede in Giugliano in Campania (Na)- Via Francesco a Patria n. 32- San Mauro ssdarl (mandante) con sede legale in Casalnuovo di Napoli (Na) via Cesare Battisti;
3. **di dare atto che** sarà disposta la trasmissione della segnalazione all'ANAC per i provvedimenti di competenza in ottemperanza a quanto stabilito dall'art. 213 c. 10 del Codice e dall'art. 10 del "Regolamento per la gestione del Casellario Informativo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50" Approvato con delibera n. 861 del 2.10.2019, s.m.i.;
4. **di dare atto** di non trovarsi, in relazione al presente provvedimento, in situazione di conflitto di interesse, anche potenziale, ai sensi e per gli effetti di cui all'art.6 bis della legge 241/90, dall'art.6 D.P.R. 62/2013 e art.7 del codice di comportamento dell'Ente Comune di Caivano.

La Responsabile del Settore
Anna Damiano / ArubaPEC S.p.A.

Atto firmato Digitalmente