

## **Deliberazione n. 1 Adunanza del 15 luglio 2014**

### **Fascicolo 2926/2012**

**Oggetto** : Concessione di costruzione e gestione del complesso natatorio di Fontescodella

**Stazione appaltante** : Comune di Macerata

**Esponente** : avv. Claudio Carbonari

**Rif. normativi** : : artt. 142 e ss. del D.lgs. 163/2006

### **Il Consiglio**

#### **Vista la relazione della Direzione generale della vigilanza lavori**

#### **Considerato in fatto**

Con nota del 22/10/2012 pervenuta dall' avv. Claudio Carbonari, acquisita con prot. 101610 del 22/10/2012, sono state segnalate numerose irregolarità inerenti la concessione in oggetto; in particolare, viene evidenziato che, dopo l'aggiudicazione, scaduti i termini per l'avvio dei lavori compreso un periodo di proroga, la S.A. ha rinegoziato il contratto con modifica sostanziale di quanto stabilito in sede di offerta, e che da tale modifica deriverebbe da un ridimensionamento dell'impianto lasciando invariato il compenso per l'appaltatore.

Nel corso dell'istruttoria è emerso quanto segue.

Il Comune di Macerata e l'Università di Macerata hanno stipulato nel 2004 un accordo di programma per la progettazione e la realizzazione di un nuovo impianto natatorio da collocare nella zona denominata Fontescodella. Entrambe le amministrazioni partecipano con proprie risorse economiche e strutture organizzative alla realizzazione dell'opera; il ruolo di stazione appaltante è svolto dal Comune.

La S.A. ha acceso un mutuo dell'importo di €4.000.000,00 con la Cassa Depositi e Prestiti S.p.a., finalizzato al pagamento dei lavori di realizzazione del complesso natatorio di Fontescodella, rimborsato per la metà dall'Università di Macerata, come previsto dalla delibera di giunta n. 477 del 25/11/2004. Successivamente, con delibera di Giunta n. 211 del 18/06/2007 la S.A. approvava il progetto definitivo e, con delibera del Consiglio comunale n. 60 del 28/06/2007, esprimeva parere favorevole alla realizzazione del complesso natatorio e al piano economico-finanziario di massima dell'investimento.

Con determinazione dirigenziale n. 730/89 del 14/11/2007 la S.A. approvava il bando di gara per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione del complesso natatorio di Fontescodella comprendente la progettazione esecutiva, l'esecuzione dei lavori e la gestione funzionale. Tale bando ha previsto il ricorso alla procedura ristretta con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'importo complessivo dell'investimento ammonta ad € 7.674.498,50 di cui € 6.355.362,27 (al netto di IVA) per lavori a base di gara. La durata massima prevista per la concessione è stata stabilita in n. 37 anni e 6 mesi così dettagliati: n. 6 mesi per la progettazione esecutiva, n. 2 anni per l'esecuzione dei lavori e n. 35 anni per la gestione dell'impianto.

Il prezzo massimo previsto a titolo di corrispettivo dell'investimento è stato fissato in € 3.181.818,18. Quali criteri di selezione dell'offerta sono stati previsti prezzo, canone, durata dei lavori di costruzione, durata della concessione e tariffe.

In data 25/07/2008 il R.T.I. con capofila Sielpa srl. si aggiudicava in via provvisoria la concessione e, con successiva delibera di G.C. 92/2009, veniva autorizzata l'aggiudicazione definitiva e la stipula del relativo contratto. Pertanto con determinazione Affari Generali n. 370/2009 si procedeva alla aggiudicazione definitiva e, in data 13/06/2009, veniva stipulato il relativo contratto di concessione. In tale contratto è prevista la durata della concessione in n. 32 anni di cui n.4,8 mesi di progettazione, n.19,2 mesi di costruzione e n. 30 anni di gestione; il costo dell'investimento ammonta ad € 9.893.451,00 ed il prezzo pagato dal concedente ammonta ad € 3.181.500,00 (ribasso dell'0,01%) da erogarsi al 50% in ragione del raggiungimento del 50% dell'importo dei lavori e per il rimanente 50% a collaudo provvisorio effettuato; il canone corrisposto all'amministrazione ammonta ad € 1,00 annuale.

L'art. 24 del contratto prevede che il concessionario avrà diritto di chiedere la revisione del PEF, oltre che nei casi espressamente previsti dalla normativa anche nei seguenti casi: modifica legislativa, forza maggiore, attuazione di varianti, ritardi nel rilascio di autorizzazioni e nullastata non imputabili al concessionario, ritardi nell'esecuzione delle opere determinati da forza maggiore o comunque da fatti non imputabili al concessionario, casi di bonifica per ordigni o sostanze inquinanti, norme legislative che impongano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste in concessione.

In data 30/07/2009 il concessionario costituiva la società di progetto denominata "Fontescodella Piscine SPA".

Il 04/11/2009 perveniva una lettera della Fontescodella Piscine S.p.A. con una richiesta di revisione delle condizioni contrattuali applicate.

Con delibera di G.C. n. 359 del 13/11/2009 veniva prorogato di n. 40 gg. il termine per la consegna del progetto esecutivo e si approvavano alcune modifiche da apportare al progetto definitivo posto a base di gara, che, tra l'altro, variavano la volumetria complessiva.

Successivamente con delibera di G.C. 124 del 17/03/2010 venivano concessi ulteriori n. 100 gg. di

proroga per la presentazione del progetto esecutivo, stabilendo il termine ultimo al 26/03/2010. Infine il concessionario in data 27/03/2010 trasmetteva il progetto esecutivo architettonico, strutturale e pratica VV.FF. e in data 14/07/2010 trasmetteva gli elaborati relativi agli impianti termici, idrico - sanitari e filtrazione. Per quanto riguarda il progetto esecutivo, il concedente, nella nota pervenuta all'Autorità n. 14520 del 7/02/2013, afferma che tale progetto "costituisce, per l'entità e la tipologia delle opere previste, una variante "significativa" ed in particolare determina l'aumento del costo dell' investimento per lavori, che si attesta su un importo pari a complessivi €16.234.832,64+ IVA".

Le principali opere introdotte nel progetto esecutivo e non previste nel progetto definitivo a base di gara sono: una paratia da realizzarsi a monte del corpo di fabbrica, una platea nervata di fondazione non appoggiata su pali come inizialmente previsto, l'applicazione delle norme tecniche per le costruzioni di cui al D.M. 14/01/2008, una maggiore superficie delle aree a destinazione commerciale, una diversa organizzazione degli spazi esterni ed in particolare un nuovo accesso ad ovest del corpo di fabbrica.

Il concessionario con nota del 07/08/2010 chiedeva di procedere alla revisione del PEF a causa delle modifiche apportate con il progetto esecutivo, attraverso l'erogazione di una somma tantum pari ad € 2.600.000,00 e l'aumento del 10% delle tariffe.

Sono seguiti numerosi incontri tra le parti per giungere ad un accordo di revisione del PEF, e, come da verbale del 6/08/2012, le parti decidevano di far rielaborare al concessionario il progetto definitivo ipotizzando un nuovo dimensionamento dell'impianto natatorio, che veniva trasmesso alla S.A. in data 8/10/2012; il R.U.P., coadiuvato da una società di validazione, ha avviato una istruttoria per verificare tale nuovo progetto definitivo ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. 163/2006 e per verificare la coerenza del nuovo PEF a quello allegato al contratto di concessione.

In data 4/06/2013 la S.A. è stata audita dall'ufficio istruttore dell'Autorità e gli intervenuti dell'amministrazione hanno illustrato i vari tentativi con la controparte per raggiungere un accordo; tali incontri, hanno evidenziato, hanno portato al verbale del 6/08/2012, con cui è stato deciso di riformulare il progetto definitivo come risulta da delibera del Consiglio Comunale n. 139 del 23/10/2012, stabilendo che non vi sarebbe stato nessun aumento del contributo pubblico. Nel corso dell'audizione la S.A. ha illustrato le differenze tra il progetto definitivo allegato al contratto e quello validato in variante, affermando che "il progetto definitivo che si sta approvando mantiene sostanzialmente la medesima disposizione funzionale (palestre, piscine, tribuna, superfici commerciali), inoltre c'è una riduzione di mq 725,45 che serve a compensare le opere necessarie richieste dalla amministrazione valorizzate in € 783.873,00. Allo stato attuale l'analisi della società di validazione prosegue in merito al PEF verificando la coerenza con le prescrizioni di gara: il valore del TIR (T.I.R. = tasso interno di rendimento n.d.r.) pari a 6,77% agli stessi prezzi contrattuali e 6,71% ai prezzi attualizzati"; gli intervenuti all'audizione hanno dichiarato che tali valori rientrano nel margine previsto dell'offerta del 6,83% più o meno lo 0,5%.

Successivamente con delibera di G.C. n. 255 del 7/8/2013 è stato fatto il punto della situazione ed è stato autorizzato il completamento della progettazione esecutiva. Nel dettaglio nella delibera vengono riassunte le conclusioni della Società Progetto Costruzione Qualità P.C.Q. s.r.l. a cui, come sopra riportato, è stata affidata la verifica della progettazione definitiva. In particolare nella delibera viene evidenziato che:

1 - le modifiche progettuali si caratterizzano per la diminuzione di volumi e superfici, come conseguenza della diminuzione delle dimensioni della vasca principale coperta per adulti, rimanendo la vasca per bambini inalterata, l'ampliamento e miglioramento funzionale della piscina esterna; la modifica delle strutture come effetto dell'adozione delle nuove NTC, lo spostamento dell'area di sedime e la diversa sistemazione del terreno, le migliorie nelle soluzioni tecniche dell'edificio e degli impianti.

2 - le modifiche progettuali evidenziano sotto il profilo economico un aumento dei costi (€ 1.750.767,00 per migliorie di iniziativa del concessionario), nessun aumento corrispondente del contributo del Comune, un aumento delle tariffe del 14,4% - a partire dall'avvio della gestione - come conseguenza della somma di un incremento dovuto a indice ISTAT (9,4%) e di una autorizzazione ad un aumento del 5 %.

Inoltre nella citata delibera viene affermato che "le modifiche apportate sono la sintesi progettuale di motivazioni che sono originate da eventi diversi succedutesi dopo la firma del contratto: intervenute nuove normative, diminuzione del bacino di utenza a seguito di autorizzazione di una nuova piscina, richieste di varianti da parte della Amministrazione, interesse a modificare il modello di gestione da parte del concessionario sia ai fini del risparmio energetico (migliorie impiantistiche e tecnologiche) che della accoglienza degli utenti".

Viene inoltre affermato che l'analisi svolta dalla società PCQ s.r.l. chiarisce la motivazione delle differenze nei costi riconducibili a modifiche nelle quantità (superfici e volumi), incrementi di costi a seguito di modifiche nelle strutture, migliorie nelle tecnologie e nei materiali utilizzati (ad esempio coibentazioni), errori nei computi del progetto risultato vincitore nella gara.

Infine si specifica che "la riduzione delle superfici tra il progetto iniziale e la variante ha determinato un minor valore dell'opera pari a € 803.502 e a compenso di questa cifra i valori delle modifiche richieste dalla Amministrazione sono: adeguamento a norme NTC: € 332.040; nuova sistemazione dell'area di sedime (spostamento edifici e paratia di contenimento del versante): € 208.862; ampliamento della piscina esterna: € 242.971; adeguamento a norme antincendio impianti di rilevazione: € 40.000. L'importo totale delle modifiche autorizzate è di € 783.873, dello stesso ordine di grandezza della diminuzione di costo di € 803.502 di cui sopra si è detto, dovendosi

intendere la differenza di circa € 20.000 come un saldo che tiene conto delle naturali approssimazioni nel procedimento di stima adottato (2,5%). La somma complessiva dei costi delle modifiche autorizzate dalla Amministrazione (€ 783.873) può essere divisa in due parti: -per intervenute modifiche normative (D.Lgs.163/06 art.132, comma.1, lett. a) per € 332.040 (pari al 3,5 % del contratto iniziale), per migliorie (D.Lgs.163/06 art. 132, comma3, secondo periodo) per € 451.833 (pari a 4,75% del contratto iniziale). Il concessionario ha interesse a modificare il modello di gestione dell'immobile finalizzato al contenimento dei consumi energetici ottenuto con miglioramenti degli impianti tecnologici e la coibentazione dell'edificio, ad ottimizzare i fattori di accoglienza e confort per gli utenti ottenuto con miglioramenti delle caratteristiche distributive (ad esempio ristorante) e delle finiture. Il valore di queste migliorie è valutabile in € 1.750.767 pari al complessivo aumento dell'importo delle opere essendo le modifiche richieste dall'amministrazione compensate dai risparmi conseguiti mediante la riduzione delle superfici". Sempre da quanto riportato nella citata delibera risulta che all'avvio della gestione i profili tariffari verranno complessivamente aumentati del 14,4% di cui per il 9,4% per effetto degli incrementi annuali (aggiornati al 2012) pari al 100% della variazione ISTAT riferita la costo della vita, e per il 5% a fronte della diminuzione dell'utenza di 5000 unità e rideterminata in € 177.400 sul totale di € 182.400.

In estrema sintesi la S.A. tramite la citata delibera ha autorizzato la redazione del progetto esecutivo con le indicazioni e le modifiche sopra riportate.

### **Ritenuto in diritto**

Sulle problematiche relative alla concessione l'Autorità ha dettato alcune linee guida con la Determinazione 2/2010.

Secondo quanto stabilito dall'art. 3, comma 11, del Codice dei Contratti, le concessioni sono contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto la progettazione e l'esecuzione dei lavori, la loro gestione funzionale ed economica; le concessioni hanno le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo. L'elemento caratteristico di tale istituto è l'assunzione da parte del concessionario del rischio connesso alla gestione dei servizi cui è strumentale l'intervento realizzato, in relazione alla tendenziale capacità dell'opera di autofinanziarsi, ossia di generare un flusso di cassa derivante dalla gestione che consenta di remunerare l'investimento effettuato.

Si ricorda, inoltre, che ex art.143, comma 9, del Codice rientrano a pieno titolo nella nozione di concessione tanto le ipotesi dove il concessionario assume, oltre al rischio di costruzione, il rischio di domanda (es. autostrade), quanto le concessioni in cui al rischio di costruzione si aggiunge il c.d. rischio di disponibilità (es. ospedali). Da quanto brevemente esposto si evince che il diritto di gestione che la Convenzione di concessione assegna al concessionario trasferisce la relativa responsabilità della gestione tecnica, finanziaria e gestionale dell'opera da un soggetto all'altro. In relazione a quanto sopra è da valutare l'ammissibilità delle modifiche apportate all'impianto della concessione rispetto a quanto risultato a seguito della aggiudicazione. In particolare l'art. 143, comma 8, del d. lgs. 163/2006, stabilisce nel dettaglio quali sono le situazioni che consentono di modificare il PEF per ripristinare il necessario equilibrio fra le prestazioni richieste al concessionario ed i ricavi conseguibili. La *ratio* di tale norma è palese: i termini economici del rapporto di regola non possono essere modificati nel corso del suo svolgimento in quanto, così facendo, verrebbe del tutto vanificato lo scopo del meccanismo concorrenziale di scelta del contraente (a questo proposito cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n.113/2011). Le situazioni previste dall'articolo del Codice citato riguardano modifiche alle norme legislative e regolamentari che impattano su tariffe o impongono nuove condizioni.

Da quanto sopra esposto risulta come alcuni aspetti della concessione siano stati modificati, ancor prima di elaborare la progettazione esecutiva, in modo sostanziale, con un importo dell'investimento stimato in € 16.234.832,64 e un incremento del contributo pubblico di € 2.600.000,00. Tuttavia il Comune ha compiuto una revisione dell'iniziale proposta del concessionario più conforme alle iniziali previsioni e ha mantenuto il proprio intervento economico nella misura inizialmente prevista. Le opere sono state ridotte per un valore di € 803.502,00 ma tale riduzione è stata in gran parte compensata da modifiche richieste dalla S.A. per € 783.873,00.

Ulteriori modifiche progettuali sono state proposte dal concessionario (per un importo in aumento di € 1.750.767,00), al fine di migliorare i consumi energetici e il confort degli utenti; tali opere, ritenute di interesse del concessionario per l'ottimizzazione della futura gestione, non hanno inciso sul contributo pubblico.

L'Autorità ha inviato le risultanze istruttorie presentate in Consiglio e dallo stesso approvate nell'adunanza del 29 e 30 gennaio 2014 chiedendo alla S.A. di comunicare le proprie valutazioni ed osservazioni in merito. Nelle citate risultanze veniva fatto presente che non appariva sufficientemente motivato l'intero incremento delle tariffe per un importo pari al 14% rispetto a quelle oggetto dell'offerta. Infatti preso atto dell'aumento del 9,4% dovuto a indice ISTAT, si evidenziava la presunta non adeguatezza delle motivazioni della S.A. per il restante 5%; la S.A. infatti faceva riferimento ad una diminuzione delle utenze per 5.000 unità a seguito di autorizzazione di una nuova piscina e questo ultimo aspetto appariva rientrare tra le decisioni di lungo periodo non compreso tra le circostanze che, ai sensi dell'art. 24 del contratto, danno diritto ad una revisione del PEF. Inoltre non si rilevavano previsioni nella convenzione che escludevano la possibilità di apertura di nuovi impianti. Si considerava, inoltre, che, ai sensi di quanto previsto

dall'art.143, comma 9, del Codice, il rischio di mercato dei servizi cui è strumentale l'opera realizzata rimane in capo al concessionario vale a dire, nel caso di specie, che il rischio della domanda è caratteristico di questa tipologia di concessione.

La S.A. ha chiesto audizione in Consiglio con nota 23774 del 19/02/2014 e inviato una memoria con le controdeduzioni (32366 del 11/03/2014). Dall'audizione e dalle memorie presentate è emerso quanto segue.

Con delibera di giunta comunale n. 452 del 28/12/2013 avente ad oggetto "Complesso natatorio di Fontescodella - contratto di costruzione e gestione rep. n. 22631 del 13/06/2009 - Approvazione progettazione esecutiva" è stato approvato il progetto esecutivo, il piano economico e finanziario, lo schema di atto aggiuntivo al contratto ed il quadro tecnico economico dell'investimento delle amministrazioni concedenti.

Da tale delibera risulta, tra l'altro, che "PCQ ha eseguito la verifica degli effetti, sul piano economico e finanziario, del tempo trascorso che posticipa l'effettivo inizio dei lavori, valutabile incrementando i valori dei costi e dei ricavi (con eccezione del contributo del Comune) di un opportuno tasso che tenga conto del periodo non utile (pari a 5 anni e con le ipotesi cautelative esplicitate nell'allegato rapporto). Il TIR del progetto è pari a 6,71 % contenuto entro i margini di oscillazione previsto dal Contratto. Il PFE così elaborato tiene conto sia dell'incremento dei costi calcolati con il relativo indice ISTAT, che delle tariffe aggiornate secondo quanto previsto nel contratto originale (incremento del 9,4%). Le tariffe sono inoltre state considerate con un ulteriore 5% di incremento, da concedersi da parte del Comune all'avvio della gestione, per compensare, in modo conforme al contratto, la diminuzione del bacino di utenza che viene stimata in 5.000 unità annue". Risulta, inoltre, che nel piano economico finanziario approvato si rilevano i seguenti elementi: "-durata della concessione pari a 32 anni di cui 2 anni di progettazione e costruzione e 30 anni di gestione (invariato); -costo dell'investimento complessivo pari a €11.644.211,78 (netto I.V.A. e contributi) di cui €9.893.451 pari all'investimento di contratto e per varianti richieste dall'amministrazione (invariato) e €1.750.767 per l'attuazione delle migliorie di iniziativa del concessionario; - prezzo pari a €3.181.500,00 al netto I.V.A. (€3.499.650,00 al lordo I.V.A., invariato); - canone corrisposto all'amministrazione pari a €1 ,00 (invariato); - profili tariffari (invariati) e utenza invernale pari a 177.400 unità annue (ridotta di 5000 unità annue); -orari di apertura: dalle ore 9 alle ore 23 per 6 giorni alla settimana più 60 giorni di apertura nei mesi estivi da giugno a settembre (apertura invernale invariata - apertura estiva aumentata di 15 gg); -2200 mq di spazi commerciali da sfruttare economicamente valorizzati a 125€/mq (come canone di affitto annuo all'avvio della gestione) (ridotti di 186 mq); inflazione pari a 2% (invariato)".

Nel corso dell'audizione inoltre, in relazione alle osservazioni dell'Autorità circa l'aumento delle tariffe per la parte eccedente l'adeguamento Istat, calcolata nella misura del 5%, gli intervenuti da parte della S.A. hanno evidenziato che tale incremento è dovuto al tempo intercorso tra l'aggiudicazione della gara e l'inizio effettivo delle attività in quanto, come da contratto (art. 24 del contratto), è stato necessario garantire il livello di redditività minimo (6,83% +- 0,5%). Pertanto gli intervenuti hanno sottolineato che sei mesi prima dell'inizio dell'attività saranno adeguate le tariffe per poter garantire un T.I.R. pari al 6,71% che è sempre inferiore a quello contrattuale del 6,83%, ma molto prossimo a questo.

In estrema sintesi la S.A. ha affermato che l'aumento delle tariffe non è connesso alla diminuzione dell'utenza, ma alla necessità di una revisione del P.E.F., per ricondurre il valore del T.I.R. nell'ambito dell'oscillazione contrattualmente prevista.

A questo proposito, si osserva che l'art. 24 del contratto sopra citato elenca puntualmente le circostanze che, ove determinino uno squilibrio economico della concessione (per effetto di aumenti dei costi di costruzione e gestione, diminuzione dei ricavi e ritardi), sono da ritenersi motivo di modifica del P.E.F., al fine di ripristinare la redditività dell'intervento entro i margini contrattualmente stabiliti.

Il medesimo articolo rinvia, inoltre, sempre con riferimento alle circostanze che danno diritto al Concessionario a richiedere la revisione del piano economico-finanziario, ai casi espressamente previsti dalla normativa vigente in materia.

In ragione di tali previsioni contrattuali, pertanto, non tutte le circostanze, benché determinino aumenti dei costi o diminuzione dei ricavi, appaiono idonee ad instaurare un processo di riequilibrio del P.E.F.; un eventuale riequilibrio della redditività prevista, pertanto, non può che essere connesso al verificarsi di una delle suddette circostanze.

Diversamente, verrebbe meno l'elemento caratteristico dell'istituto della concessione, che, come premesso, è l'assunzione da parte del concessionario del rischio connesso alla gestione dei servizi cui è strumentale l'intervento realizzato.

In relazione a quanto sopra, si ritiene che siano da confermare le osservazioni precedentemente formulate da questa Autorità.

In base a quanto sopra considerato,

### **il Consiglio**

- ritiene non del tutto coerente con la vigente normativa in tema di concessioni e con le previsioni contrattuali il previsto aumento delle tariffe;
- rileva il lungo tempo trascorso dall'appalto dall'attualità, con conseguenti profili di inefficienza nell'attività della stazione appaltante;

- invita la stazione appaltante a pubblicare la presente deliberazione sul proprio sito istituzionale nella sezione trasparenza;
- incarica la Direzione Generale Vigilanza Contratti di notificare la presente deliberazione al concedente, nonché all'esponente.

Il Presidente: Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 settembre 2014

Il Segretario: Maria Esposito