

## **Deliberazione n. 39 Adunanza del 17dicembre 2013**

**Fascicolo 2132/2012**

**Oggetto** : Convenzione per la gestione, ristrutturazione ed ampliamento della RSA e la progettazione, realizzazione e gestione dell'asilo nido tra il Comune di Mesero e la Soc. Cooperativa Coopselios

**Stazione appaltante** : Comune di Mesero

**Esponente** : sig. Maurizio Antonali

**Rif. normativi** : art. 143, comma 8, del d.lgs. 163/2006

### **Il Consiglio**

Vista la relazione della Direzione generale della vigilanza lavori, servizi e forniture

### **Considerato in fatto**

Con nota pervenuta dal sig. Maurizio Antonali, consigliere comunale, acquisita con prot. 80884 del 23/08/2012, sono state segnalate presunte irregolarità inerenti la Convenzione in oggetto. In particolare le modifiche apportate alla convenzione potrebbero averne modificato l'equilibrio economico finanziario. Nel dettaglio l'esponente ha segnalato che la durata della convenzione è passata da 21 a 35 anni, che il Comune ha autorizzato un ripianamento per mancati guadagni nei confronti della cooperativa per € 724.336,00 e riconosciuto maggiori spese per investimenti per € 340.000,00.

Nel corso dell'istruttoria è emerso quanto segue.

Il Comune di Mesero è proprietario della Residenza Sanitaria Assistenziale "Dott. Mario Leone", situata in Via San Bernardo n.4, su cui era necessario intervenire per l'adeguamento a nuovi standards. La S.A., impossibilitata a sostenere finanziariamente l'onere degli adeguamenti necessari, con deliberazione di G.C. n. 64 del 3/05/2006, bandiva gara, mediante licitazione privata ai sensi dell'art. 21, comma 2, lett. B) della L. 109/94 allora vigente, sulla base del progetto preliminare predisposto dalla S.A, per l'affidamento in concessione della gestione, ristrutturazione ed ampliamento della RSA e la realizzazione dei lavori costruzione e gestione dell'asilo nido.

Gli elementi di valutazione dell'offerta comprendevano: prezzo, valore tecnico ed estetico delle opere progettate, tempo di esecuzione dei lavori, rendimento, durata della concessione, modalità di gestione (progetto tecnico-gestionale) e tariffe proposte. Veniva inoltre specificato che per l'elemento durata della concessione l'offerta doveva indicare la durata del rapporto concessorio relativo alla gestione delle opere realizzate, che poteva essere della durata massima complessiva di 30 anni, compresa la fase di realizzazione dell' asilo nido. Il punteggio sarebbe stato attribuito in modo proporzionalmente inverso alla durata della concessione proposta.

Inoltre per quanto attiene le tariffe, nel progetto preliminare veniva indicata per la RSA una tariffa massima conforme alle disposizioni regionali in materia, pari a 60,00 euro/giorno per paziente. Risultava aggiudicataria la Soc. Cooperativa COOPSELIOS e in data 23/08/2007 veniva sottoscritta la relativa Convenzione di concessione con l'allegato PEF (Piano Economico Finanziario) per la gestione, ristrutturazione ed ampliamento della RSA e la progettazione, realizzazione dei lavori di costruzione e gestione dell'asilo nido.

Nella Convenzione sopra citata la durata della concessione è stata fissata in n. 21 anni e 6 mesi e l'importo dei lavori da eseguire sia per la RSA che per la costruzione dell'asilo è stato stimato in € 3.701.000,00.

Per quanto attiene le tariffe la Convenzione all'art. 17 stabilisce che la retta per utente della RSA è pari ad € 59,34/giorno e che "A decorrere dal primo anno successivo a quello della loro prima applicazione e per la durata della Concessione, (i) la Retta Utente RSA e (ii) la Retta Asilo Nido saranno oggetto di rivalutazione, su base annua, da parte del Concessionario, in base al 100% della variazione dell'indice ISTAT, consuntivato nei precedenti 12 mesi, per le famiglie di operai ed impiegati (FOI)". Inoltre il corrispettivo della concessione consiste sia nel diritto di gestire e sfruttare economicamente la RSA e l'asilo nido sia nel prezzo annuo pari ad € 12.000,00 che il concedente riconosce al concessionario sulla base dell'art. 19 della L.109/94.

Infine per il ripristino dell'equilibrio economico finanziario della concessione in caso di disequilibrio l'art. 18 della Convenzione specifica che "Qualora durante la Concessione si venissero a determinare condizioni di disequilibrio economico finanziario a seguito di, o indotte da: - norme legislative o regolamentari che stabiliscono nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività e/o servizi previsti nella Concessione; - variazioni normative apportate dal Concedente ai presupposti o condizioni di base per l'equilibrio economico finanziario della presente Concessione; - cause di forza maggiore e/o altre vicende non imputabili alla responsabilità del Concessionario; - variazione del regime fiscale/contributivo in vigore alla data della stipula della Convenzione. Le parti, ai sensi e con le modalità di cui all'articolo 19, comma 2 bis, della Legge 109/1994 e successive modificazioni ed integrazioni, procederanno, senza indugio, alla rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico finanziario".

Per quanto attiene le attività di ristrutturazione ed ampliamento della RSA risulta che sono iniziate in data 28 maggio 2008 e sono state concluse in data 30 settembre 2009.

Eseguite le attività di ristrutturazione ed ampliamento della RSA e le attività di progettazione e

costruzione dell'asilo nido il concessionario ha dato avvio alle attività di gestione delle due citate strutture.

Con comunicazione del 25/08/2009 il concessionario ha richiesto al Comune di Mesero l'adeguamento della tariffa da applicare agli utenti della RSA, in base a quanto disposto dalla Convenzione, per tener conto della variazione dell'indice ISTAT FOI e del sopravvenuto incremento del costo del personale impiegato nella RSA a seguito del rinnovo del CCNL di settore.

Successivamente il concessionario in tre diverse comunicazioni del 16.11.2009, del 13.05.2010 e del 18.11.2010 ha illustrato le ragioni del deterioramento delle condizioni di equilibrio del piano economico richiedendo un aggiornamento del PEF.

Le ragioni addotte dal concessionario per richiedere un aggiornamento del PEF possono così riassumersi:

- minori utenze nell'asilo nido rispetto a quelle previste nel periodo settembre 2008/dicembre 2009 nella misura di 162 mensilità rispetto alle 420 previste nel PEF. Tale situazione, secondo il concessionario, è "ascrivibile alla limitata affluenza tanto da parte di utenti residenti nel Comune di Mesero quanto da parte di utenti dei comuni limitrofi dove esistono altre strutture similari";
- minori presenze di degenti nella RSA durante il periodo maggio 2008/ settembre 2009 per lavori di ristrutturazione della RSA stessa condotti con struttura funzionante ed in presenza di ospiti anziani; nel dettaglio sono state contabilizzate nel periodo da maggio 2008 a settembre 2009 n. 27.912 presenze anziché n. 36.653 come invece indicato nel PEF di gara; tali minori presenze hanno comportato un minore introito pari ad € 724.366,67;
- maggiori investimenti effettuati dal concessionario per maggiori lavori, principalmente impiantistici, pari ad € 75.746,00;
- ritardo nella costituzione del diritto di superficie e slittamento tempi di aggiudicazione della gara di n. 7 mesi a causa di ricorso al TAR Lombardia del secondo classificato;
- aggravio oneri contributivi a seguito di modifica normativa (applicazione dell'art. 1, comma 787 della L.296/2006) in quanto sono stati ridotti con decorrenza 1/01/2008 gli sgravi contributivi di cui le cooperative sociali godevano. Tale modifica, a detta del concessionario, ha rappresentato un maggior costo rispetto all'anno 2006 quantificato in € 83.469,00.

A fronte di questa richiesta il Comune di Mesero per verificare in maniera approfondita le cause che hanno portato al disequilibrio della concessione, si è avvalso della collaborazione di due professionisti le cui due relazioni risultano agli atti. Inoltre il concedente ha chiesto anche un parere legale. Al termine dell'istruttoria il Comune di Mesero accoglieva in parte le richieste del concessionario per ripristinare l'equilibrio del PEF e precisamente l'aumento delle rette e l'allungamento della durata della concessione.

A questo proposito, nella nota inviata all'Autorità prot. 1936 del 8/01/2023 il concedente ha dichiarato "L'A.C. ha assunto tali decisioni in quanto, a fronte del supporto tecnico dei professionisti, si sono valutate le misure necessarie a riportare la Concessione in equilibrio, contrariamente avrebbe dovuto rispondere al Concessionario in caso di risoluzione per motivi attribuibili al Concedente nella misura prevista dall'art. 37 septies, lettere a), e b) legge 109/94 e s.m." . Pertanto le parti sottoscrivevano l'atto integrativo del 22/12/2011 da cui risulta che le parti prendono atto che rispetto al PEF iniziale si son registrati minori introiti per € 724.366. Tali minori introiti, si legge nell'atto integrativo, appaiono dovuti alle minori presenze annue effettive, a maggiori investimenti effettuati per € 75.000 e a maggiori oneri per il personale determinati dalla legge 296/2006. Pertanto ai sensi dell'art. 143, comma 8, del d.lgs. 163/2006 (già art. 19, comma 2 bis, della L. 109/94) si è proceduto a rideterminare le nuove condizioni di equilibrio secondo quanto di seguito dettagliato.

La retta giornaliera di RSA è passata da 59,34 € a 66,88 €, l'aggiornamento delle tariffe è stato adeguato sia sulla base dell'indice ISTAT FOI che sulla base del rinnovo del C.C.N.L. di settore. Infine la durata della concessione è passato da 21 anni e 6 mesi a 35 anni.

### **Ritenuto in diritto**

Preliminarmente si rileva che il quadro normativo di riferimento, la L. 109/94, come ritenuto dalla S.A, non appare sostanzialmente innovato per le parti di interesse nel caso di specie dal d.lgs. 163/2006.

Sulle problematiche relative alla concessione l'Autorità ha dettato alcune linee guida con la Determinazione 2/10 da cui si prende spunto di seguito per meglio definire la questione oggetto d'esame, atteso che, per quanto sopra precisato, i riferimenti al Codice dei contratti contenuti nella determinazione non ne impediscono l'applicabilità al caso in questione.

Il Codice dei contratti definisce all'art. 3, comma 11, le concessioni come contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto la progettazione e l'esecuzione dei lavori, la loro gestione funzionale ed economica, con 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 tecnica, finanziaria e gestionale dell'opera da un soggetto all'altro.

L'art. 143, comma 8, del d.lgs. 163/2006, stabilisce inoltre 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 di gestione.

Il concedente ha dichiarato di aver acconsentito alla ridefinizione del PEF per evitare la risoluzione per motivi dovuti al concedente. In realtà, stante la dichiarazione dello stesso concessionario, secondo cui il minor numero di degenze risulterebbe causato da "attività di cantiere" svolte sulla RSA, non può non rilevarsi che minor numero di pazienti della RSA appare rientrare nell'alea della gestione e pertanto deve rimanere, per lo meno in parte, a carico della Coopselios.

Inoltre viene riferito che il concedente ha presentato i progetti esecutivi della RSA e dell'asilo in data 13/03/2008 mentre come da art. 9 della Convenzione tali progetti dovevano essere consegnati entro 30 giorni dalla avvenuta comunicazione di approvazione del progetto definitivo (avvenuta per il progetto definitivo della RSA in data 30/10/2007 con deliberazione di G.C. n.123 mentre non è nota la data di approvazione del progetto definitivo dell'asilo). Non sono note le ragioni del ritardo nella consegna dei progetti esecutivi e, nella Convenzione, non è prevista l'applicazione di alcuna penale; infatti queste ultime sono previste solo nel caso di ritardo nella costruzione o per problemi in fase gestionale come da art. 13 della Convenzione; è però previsto all'art. 22 che, in caso di "riscontro di gravi vizi o immotivati ritardi nella progettazione e nella esecuzione delle opere", il concedente può risolvere la concessione stessa.

Né il ritardo nella costituzione del diritto di superficie sarebbe imputabile al concedente; secondo quanto riportato nella relazione di uno dei consulenti incaricati dalla S.A., esso è "ascrivibile (...) alle tempistiche dello studio notarile scelto da Coopselios allo scopo." E' ragionevole, pertanto, ritenere che il ritardo dell'inizio dei lavori non sia imputabile al concedente.

Si rileva che non appaiono manifestarsi evidenti inadempienze ascrivibili al concedente e, pertanto, non avrebbe dovuto trovare applicazione l'art. 37 septies della L.109/94 ora sostituito dall'art. 158 del Codice dei contratti.

L'Autorità ha inviato le risultanze istruttorie presentate in Consiglio e dallo stesso approvate nell'adunanza del 23 e 24 aprile 2013 chiedendo alla S.A. di comunicare le proprie valutazioni ed osservazioni in merito, evidenziando che non appariva giustificato l'allungamento dei tempi della concessione di circa n. 14 anni e che l'unico motivo di modifica che appariva poter essere accettato è l'incremento della retta procapite per le modifiche del nuovo CCNL L. 296/2006, che è entrato in vigore in data 27/12/2006 e, pertanto, dopo la scadenza del termine ultimo per la presentazione delle offerte comprensive di PEF.

La S.A. nella nota di risposta acquisita con prot. 62711 del 5/07/2013 ha ribadito che le citate modifiche al PEF sono riconducibili a quanto indicato nel punto III dell'art. 18 della convenzione del 23/07/2007 vale a dire "cause di forza maggiore e/o altre vicende non imputabili alla responsabilità del Concessionario"; nel dettaglio la S.A. ha affermato che il progetto preliminare posto a base di gara non aveva previsto il rifacimento di impianti elettrici e termo sanitari che, invece, si sono rivelati necessari nel corso dell'esecuzione degli altri lavori; che, inoltre, "lo stato effettivo degli impianti elettrici e termo sanitari non era riscontrabile a mezzo di mero sopralluogo, essendo i predetti impianti per lo più sottotraccia"; che "il "minor numero di degenti ricoverati" è dipeso proprio dalla necessità di eseguire gli ulteriori lavori di rifacimento dei suddetti impianti non previsti dal progetto, lavori che, come si è sopra evidenziato, non erano "prevedibili e programmabili dal gestore" all'atto dell'offerta". Inoltre la S.A. ritiene che "l'allungamento dei "tempi della concessione di circa n.14 anni" non ha "modificato completamente i termini economici alla base della gara di concessione", ma è servito solo, insieme all'incremento delle rette, a ripristinare l'equilibrio economico finanziario della concessione stessa che era nel frattempo venuto meno per i motivi indicati nell'atto aggiuntivo. Tale allungamento, peraltro, ha consentito all'Amministrazione comunale di evitare di dover garantire il ripristino con l'incremento del "prezzo annuo" dovuto in forza dell'art.17 della convenzione 23.08.200.

Prendendo atto che il rifacimento degli impianti non era previsto nel progetto preliminare e considerando le ragioni sopra prospettate dalla S.A., secondo cui era impossibile valutare lo stato degli impianti in sede di sopralluogo finalizzato alla formulazione dell'offerta, si ritiene tuttavia che:

- la S.A. avrebbe dovuto più puntualmente valutare in sede di progettazione preliminare le lavorazioni da effettuare per la ristrutturazione del complesso;
- eventuali modifiche al progetto preliminare e conseguentemente, ai termini della convenzione, avrebbero dovuto essere esaminati in sede di approvazione del progetto definitivo redatto dal concessionario, per la predisposizione del quale aveva onere di eseguire i necessari rilievi ed indagini integrative;
- in ogni caso, ai fini di valutare eventuali modifiche alla convenzione, finalizzate a ristabilire, per l'intervenuta ed imprevedibile esigenza di maggiori lavori, l'equilibrio economico della concessione, la S.A. avrebbe dovuto limitare le modifiche alla misura strettamente connessa a

tali ulteriori lavori, restando, invece, a carico del concessionario eventuali maggiori costi sostenuti per lavori contemplati nel progetto iniziale.

Al riguardo l'aver allungato i tempi della concessione di circa n. 14 anni, rispetto ai n.21 anni inizialmente previsti (circa 67% in più), ha modificato in modo rilevante i termini economici alla base della gara di concessione a pochi anni dalla aggiudicazione stessa, di fronte a lavori integrativi di entità limitata (75.000,00 €).

In base a quanto sopra considerato,

### **il Consiglio**

- ritiene l'operato della stazione appaltante in contrasto con le disposizioni dell'art. 143, comma 8 del d.lgs. 163/2006 in quanto non appaiono del tutto motivate le ipotesi alla base della rideterminazione dell'equilibrio economico finanziario nella misura effettuata;
- dispone l'invio da parte della Direzione Generale Vigilanza della presente deliberazione al concedente, al concessionario, all'organo di controllo interno del concedente, nonché all'esponente;
- dispone l'invio da parte della Direzione Generale Vigilanza della presente deliberazione alla Procura della Corte dei Conti per i profili di competenza;

Il Consigliere Relatore: Luciano Berarducci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data : 27 gennaio 2014

Il Segretario: Maria Esposito