



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Delibera n. 919 del 31 agosto 2016**

**Oggetto:** Fascicolo 1152/2015 - concessione dei lavori di ristrutturazione e completamento, mediante *Project financing*, dei pp.oo. San Francesco e Cesare Zonchello di Nuoro, San Camillo di Sorgono e dei presidi sanitari distrettuali di Macomer e Siniscola.

**S.A.:** A.S.L. n. 3 di Nuoro

**Esponente:** atto di sindacato ispettivo n. 4-03496 a firma del Sen. Mario Michele Giarrusso (ed altri)

**Valore affidamento:** € 1 Mld circa/27 anni

**Riferimenti normativi:** artt. 2, 3, 14, 118, 143, 153, 158 del d.lgs. 163/06; artt. 145, 298 e 345 del d.P.R. 207/2010.

### **Il Consiglio**

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

Vista la relazione dell'Ufficio di vigilanza servizi e forniture.

### ***Premesse***

A seguito delle richieste del Ministero dell'Interno, con le quale si chiedevano all'Autorità elementi di risposta nell'ambito di un procedimento di sindacato ispettivo parlamentare promosso dai Senatori Michele Giarrusso ed altri, i quali denunciavano un insieme di illiceità dell'affidamento in oggetto nonché la partecipazione alla società concessionaria (Polo Sanitario Sardegna Centrale Società di Progetto S.p.A.) di una società (Derichebourg S.p.A.) coinvolta in inchieste di camorra dalla Procura di Napoli, l'Autorità ha avviato, con nota del 11.3.2015, un procedimento istruttorio ai sensi dell'art. 213, comma 3, del d.lgs. 50/2016 (già art. 6, commi 5 e 7, del d.lgs. 163/06).

### ***Genesis della concessione***

Dalla documentazione riversata in atti è emerso che l'affidamento in oggetto trae le proprie origini dal bando di gara del 22 agosto 2007 (GURI), con cui l'Azienda Sanitaria Locale n. 3 di Nuoro (di seguito ASL Nuoro o semplicemente ASL) ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, mediante *project financing*, della concessione dei lavori relativi alla ristrutturazione e completamento dei presidi ospedalieri San Francesco e C. Zonchello di Nuoro, San Camillo di Sorgono e dei Presidi Sanitari Distrettuali di Macomer e Siniscola.

L'oggetto della concessione era individuato, oltre che nella redazione della progettazione definitiva ed esecutiva e nella esecuzione dei lavori, nella fornitura e manutenzione di attrezzature e tecnologie sanitarie, nonché nella gestione di diversi servizi «affidati al concessionario, a prezzi di mercato, con riferimento a tutto l'ambito aziendale».

Tra questi servizi erano previsti: manutenzione e gestione edifici; servizio energia; pulizie; ristorazione degenti e dipendenti; raccolta e smaltimento rifiuti; CUP (centro unico prenotazione) portierato; ingegneria clinica; assistenza domiciliare integrata; gestione reti informatiche e telefoniche e fornitura HDW e SW per postazioni lavoro.

La procedura di affidamento veniva indetta sulla base della proposta del promotore, individuato (con deliberazione del direttore generale dell'ASL n. 3, del 16 agosto 2007) nel RTI costituito tra le società Cofathec Servizi S.p.A. e INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A.

Detta procedura è andata deserta, come risulta dalla successiva deliberazione del direttore generale del 31 ottobre 2007, pertanto con deliberazione del direttore generale 31 marzo 2008 è stata definitivamente aggiudicata la concessione oggetto della procedura di *project financing* al soggetto promotore predetto.

In data 14 maggio 2008 è stato stipulato il contratto di concessione tra la ASL n. 3 di Nuoro e la Cofathec Servizi S.p.A. in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento con la società INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A.

Le società concessionarie successivamente costituivano, ai sensi dell'art. 156 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), la società di progetto denominata Polo Sanitario Sardegna Centrale Società di Progetto S.p.A. (di seguito P.S.S.C. o S.P.V. o Società di Progetto o semplicemente Concessionario).

Nel settembre 2008 la costituita Società di Progetto presentava il progetto definitivo, in conformità a quanto previsto nel progetto preliminare, al fine di ottenere l'approvazione ASL.

Nel corso della verifica tecnica del progetto l'ASL di Nuoro "*al fine di ottemperare alla programmazione regionale oltreché di elevazione degli standard costruttivi e tecnologici ha richiesto al Concessionario alcune modifiche ed integrazioni progettuali*".

Quindi, l'ASL ha provveduto a riapprovare il progetto, così come modificato ed integrato dal Concessionario in ottemperanza a quanto richiesto dalla stessa ASL, ed il nuovo Piano Economico Finanziario, asseverato dalla BIIS del Gruppo Banca Intesa cui è seguita la determinazione n. 12/2009 dell'Assessorato RAS Igiene e Sanità che ha dichiarato ai sensi dell'art. 29 della L.R. 10/2006 la deliberazione ASL esente da vizi.

In data 7 maggio 2009 fra la Società di Progetto e l'ASL Nuoro veniva stipulato l'atto aggiuntivo n. 1, che recepiva le variazioni/integrazioni apportate con la deliberazione ASL n. 2081/2008.

Nelle more dell'approvazione del progetto esecutivo l'ASL e la PSSC definivano il testo di un secondo atto aggiuntivo, il quale, tuttavia, non superava il vaglio di controllo dalla Regione (ex art. 29 della L.R. 10/2006) per "*carezza di motivazione*" come chiaramente esposto nella determinazione ARIS n. 1279 del 4.10.2012.

Onde ovviare alle censure, la ASL adottava quindi la deliberazione n. 293 del 4 marzo 2013 avente il medesimo oggetto la quale superava positivamente il controllo regionale (determinazione n. 218 del 19/3/2013) in quanto "*non presenta(va) rilievi sotto il profilo della legittimità e del merito*".

Successivamente, poiché la delibera 293/2013 citata difettava - per quanto evidenziato in atti - di alcuni indispensabili allegati, tra cui il PEF, la ASL con deliberazione n. 1824 del 19 dicembre 2013 approvava taluni documenti da allegare all'atto aggiuntivo n. 2, che però - è bene evidenziare - non sono stati sottoposti al vaglio regionale al momento dell'attività di controllo da parte della Regione.

Il procedimento si concludeva con la stipula dell'atto aggiuntivo n. 2), rep. 1360 del 27 gennaio 2014, che ha determinato una modifica delle prestazioni contrattuali, a seguito del quale è scaturito un procedimento di verifica dello stesso atto aggiuntivo da parte dell'attuale Commissario Straordinario della Asl (dott. Antonio Palermo), su incarico della stessa Giunta della Regione Sardegna, che ha portato all'adozione della deliberazione n. 268 dell'8.03.2016 di annullamento del predetto atto aggiuntivo alla concessione, sulla scorta del parere reso in merito dall'Unità Tecnica Finanza di Progetto presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

La predetta deliberazione ed altri provvedimenti del commissario straordinario della Asl sono stati impugnati dal concessionario innanzi al TAR Sardegna.

Il concessionario ha altresì attivato il giudizio arbitrale con "Domanda di arbitrato e nomina arbitro", notificata alla ASL in data 1.03.2016, avanzando una richiesta di risarcimento danni per l'importo di € 43.380.110,60 aggiornata al 26.02.2016.

### **Contenzioso**

Oltre ai contenziosi predetti, la procedura d'affidamento della concessione in esame è stata oggetto di ricorso al TAR Sardegna, R.G. n. 755/2007, con il ricorso della Polish House s.r.l., precedente affidataria del servizio di pulizia e sanificazione per alcuni presidi ospedalieri presso la ASL n. 3 di Nuoro, che ha impugnato il bando di gara sopra richiamato.

Il predetto giudizio si è concluso con la sentenza n. 213/2011 del 10.3.2011 che, accogliendo il ricorso della Polish House, aveva annullato il bando di gara relativo all'affidamento in oggetto e gli atti conseguenti, dichiarando l'inefficacia del contratto successivamente stipulato (e già parzialmente eseguito), in quanto *"L'operazione negoziale ed economica conclusa all'esito della procedura di affidamento in esame, si caratterizza per costituire uno strumento con il quale si elude l'applicazione delle norme e dei principi che disciplinano la concessione di lavori pubblici e il project financing, facendo conseguire alle parti un risultato precluso dall'ordinamento. E ciò – si ribadisce – attraverso la previsione (in netto contrasto con lo schema normativo tipico) di una remunerazione degli investimenti dei privati concessionari posta interamente a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, senza che si verifichi quella traslazione in capo ai privati del rischio economico e gestionale (elemento essenziale dello schema contrattuale del project financing) collegato alla svolgimento dei servizi erogati attraverso le opere pubbliche realizzate, in modo tale che il rientro e l'adeguata remunerazione dei capitali investiti siano assicurati dalla redditività dell'iniziativa economica intrapresa"*.

La predetta decisione è stata dapprima sospesa dalla III Sezione del Consiglio di Stato, con decreto cautelare n. 1137 del 9.3.2011 (procedimento sub 1780/2011), e successivamente annullata dalla sentenza n. 919 del Consiglio di Stato, sez. III, depositata il 21 febbraio 2012, che prendendo atto della rinuncia del ricorso principale proposto dalla Polish House - che nelle more è entrata far parte della compagine sociale della società concessionaria attraverso la Nuova Cofacons S.c.a r.l. - ha riaffermato *ab origine*, su richiesta di tutte le parti in causa, l'efficacia del contratto di concessione stipulato tra l'ASL Nuoro e il RTI aggiudicatario.

### **Risultanze istruttorie**

All'esito dell'attività dell'Ufficio istruttore l'Autorità ha trasmesso, con nota del 9.2.2016 (di seguito CRI – comunicazione risultanze istruttorie), alla ASL n. 3 di Nuoro e alla PSSC le risultanze istruttorie, rilevando che: *"l'operazione negoziale ed economica conclusa all'esito della procedura di affidamento in esame si caratterizza per costituire uno strumento con il quale si trasgredisce l'applicazione delle norme e dei principi che disciplinano la concessione di lavori pubblici e il project financing (artt. 2, 143, e 153 del d. 19s.163/06) nonché gli appalti pubblici in generale, facendo conseguire alle parti un risultato precluso dall'ordinamento. E ciò - si ribadisce - attraverso la previsione (in netto contrasto con lo schema normativo tipico) di una remunerazione degli investimenti dei*

*privati concessionari posta interamente a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, senza che si verifichi quella traslazione in capo ai privati del rischio economico e gestionale (elemento essenziale del project financing) collegato alla realizzazione dell'opera ovvero allo svolgimento dei servizi erogati attraverso le opere pubbliche realizzate, in modo tale che il rientro e l'adeguata remunerazione dei capitali investiti siano assicurati dalla redditività dell'iniziativa economica intrapresa".*

Le parti hanno riscontrato la CRI con note del 3.6.2016 (PSSC) e del 6.6.2016 (ASL), chiedendo l'audizione innanzi al Consiglio per chiarire i termini della questione e al contempo rilevando rispettivamente quanto segue.

### ***Controdeduzioni di PSSC alla Comunicazione di risultanze istruttorie (CRI)***

Il concessionario in particolare ha rilevato, in sintesi, che: “[...] *il contratto è stato stipulato nel maggio 2008, pertanto, le disposizioni che vengono in rilievo sono quelle in vigore a quel tempo. I successivi atti aggiuntivi modificano senza novare il contratto originario, per cui occorre prendere come riferimento temporale la data della sottoscrizione di quest'ultimo*”.

Inoltre il concessionario richiamando la giurisprudenza comunitaria (*ex multis Corte di Giustizia, sentenza del 10 settembre 2009, n. C-206/08*) ha evidenziato che **“presupposto indefettibile da cui prendere le mosse è che il concessionario non assume necessariamente su di sé l'intero rischio economico, ma è sufficiente che se ne addossi una parte rilevante”** [enfasi e sottolineatura del redattore].

Sempre citando la giurisprudenza comunitaria ha affermato che: **“rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi”** (CGUE, 10.3.2011, C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*) [enfasi e sottolineatura del redattore].

PSSC desume che la fattispecie in oggetto è qualificabile come “opere fredda” ai sensi dell'art. 143, comma 9 cit. (d.lgs. 163/06), e pertanto il rischio che il concessionario dovrebbe sopportare è quello “di disponibilità” e non “di domanda”, posto che è l'Amministrazione, vista la peculiarità del servizio fornito, a remunerare il privato e non l'utenza in generale.

Da ciò il concessionario evidenzia che il rischio di disponibilità attiene alla fase operativa ed è legato alla capacità, da parte dello stesso concessionario, di adempiere le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per *standard* di qualità (*lack of performance*).

Tale rischio si può ritenere, come nel caso di specie, posto in capo al privato se i pagamenti pubblici sono correlati all'effettivo ottenimento del servizio reso, così come pattuito nel disposto contrattuale, ed il soggetto pubblico ha diritto di ridurre i propri pagamenti, nel caso in cui i parametri prestabiliti di prestazione non vengano raggiunti (a conferma di quanto dedotto PSSC richiama la Circolare della P.C.M. del 27.3.2009, G.U. n. 84 del 10.4.2009).

Lo stesso concessionario rileva che nella circolare citata viene riportata, a titolo esemplificativo, l'ipotesi in cui, contrattualmente sia prevista l'applicazione automatica di penali che incidono sul canone corrisposto dal soggetto pubblico, nel caso di indisponibilità completa o parziale della struttura o di erogazione di servizi non corrispondenti agli standard contrattuali.

Con riferimento, infine, alla costruzione dell'opera, la stessa PSSC assume che il rischio da parte del privato implica che non siano ammessi pagamenti pubblici non correlati alle condizioni prestabilite per la costruzione dell'opera stessa. E che l'eventualità che il soggetto pubblico corrisponda quanto stabilito

nel contratto, indipendentemente dalla verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura o ripiani ogni costo aggiuntivo emerso, comporta, invece, l'assunzione del rischio da parte del soggetto pubblico (tale ragionamento viene avvalorato, come sopra, con la citazione della Circolare della P.C.M. del 27.3.2009 cit.).

Da quanto sopra il Concessionario desume che nel caso di specie: “[...] sono chiaramente a carico del Concessionario tutti i rischi (ovviamente non dovuti a fatto del Concedente) derivanti da eventi connessi alla fase progettuale e di realizzazione dell'infrastruttura, quali, ad esempio, ritardata consegna delle opere, mancato rispetto di standard predeterminati, costi aggiuntivi di importo rilevante, deficienze tecniche, esternalità negative, **compreso il rischio ambientale** [enfasi e sottolineatura del redattore] Neppure sono previsti pagamenti pubblici non correlati alle condizioni prestabilite per la costruzione dell'opera. **In altri termini, da nessuna parte del contratto è prevista l'eventualità che il soggetto pubblico corrisponda quanto stabilito nel contratto, indipendentemente dalla verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura o ripiani ogni costo aggiuntivo emerso, quale ne sia la causa** [enfasi e sottolineatura del redattore].

PSSC a conferma che il rischio di costruzione grava sulla stessa, ricorda anche che: il contratto prevede l'applicazione di penali in caso di colpevole ritardo dei lavori di costruzione e superamento dei termini previsti nel contratto per la consegna dell'opera; il Concessionario assume (ed ha assunto) il rischio di mancato reperimento delle risorse finanziarie nei termini e nelle condizioni necessarie alla realizzazione e gestione dell'iniziativa in linea con le previsioni economiche finanziarie iniziali. Rammenta, altresì, che il rischio di costruzione permane e non è inficiato neppure dalla suddivisione dell'opera in Lotti Funzionali operata con l'atto aggiuntivo 2.

Il concessionario evidenzia: “**sotto il profilo dell'identità dell'oggetto della originaria convenzione anche dopo la sottoscrizione dell'atto aggiuntivo n. 2**” [enfasi è parte del testo] *che la corresponsione di (sole) due annualità di canoni integrativi di disponibilità fosse associata alla avvenuta consegna ed al conseguente utilizzo da parte della ASL, da più anni, di alcuni lotti funzionali (attraverso una parziale anticipazione dei tempi rispetto a quanto originariamente previsto dal contratto), non costituisce un elemento novativo dell'originario oggetto, quanto piuttosto una mera revisione una tantum degli impegni contrattuali. [...] Ciò neppure comporta il venire meno del rischio di costruzione, posto che lo stesso non è azzerato, bensì ripartito in relazione ai singoli lotti funzionali, dei quali comunque il concessionario si assume l'alea di perimento sino alla consegna definitiva all'Amministrazione. [...]*

Con riguardo al rischio di disponibilità PSSC ribadisce che: “*l'art. 23 del contratto di concessione prevede che in caso di inadempimento delle prestazioni per causa imputabile al concessionario, l'Amministrazione debba automaticamente procedere all'applicazione di penali in misura predeterminata. In aderenza con il disposto normativo (art. 145, comma 3, d.P.R. n. 207/2010), che prevede la possibilità di irrogare penali in misura non superiore al 10 % degli importi contrattuali previsti per ogni singola prestazione, **l'art. 23 cit. fissa l'irrogazione automatica (in quanto la somma viene escussa direttamente dalla fideiussione) e nella misura massima prevista dalla legge (10 %). Senza considerare che per i gravi inadempimenti per cui si supererebbe il limite massimo delle penali, il concessionario sopporta il rischio di risoluzione contrattuale. Risoluzione che involge l'intero contratto in caso di inadempimento relativo ai lavori ai sensi dell'art. 28.1. ma che può anche essere parziale in caso di inadempimenti legati a specifici servizi.*** [enfasi e sottolineatura del redattore] *Segnatamente, all'art. 23.6, il contratto originario stabilisce che “le penali maturate ai sensi dell'art. 23.4 in un anno di esercizio di ciascun servizio non potranno superare il limite massimo del 10 % del valore annuo di quel servizio. E' fatta salva la facoltà dell'Azienda di risolvere parzialmente il contratto ai sensi del successivo art. 28.3”, in forza del quale la risoluzione contrattuale opererà nei confronti dei soli servizi per i quali sono state sollevate eccezioni di inadempimento. **La norma succitata - seppure dettata in materia di lavori - è peraltro espressamente vincolante anche per quanto riguarda i servizi, in virtù dello***

specifico richiamo dell'art. 145, comma 3 da parte dell'art. 298, comma 1 del d.P.R. n. 207/2010. [enfasi e sottolineatura del redattore].

Inoltre la PSSC ravvisa ulteriori profili di rischio: *“primo tra tutti l'alea derivante dalla facoltà per l'Amministrazione di richiedere l'erogazione dei servizi in misura anche parziale, pagando il relativo canone in misura proporzionale, così come stabilito dall'art. 17.3 del contratto. E' evidente che, qualora la ASL concedente dovesse esercitare tale facoltà, il rischio per il concessionario di non riuscire a rientrare delle somme investite sarebbe notevole, avendo esso contato sugli introiti derivanti dall'esercizio di tali servizi, che potrebbero però – ovviamente solo qualora non più utili o comunque non più richiesti - ben essere eliminati ex abrupto dall'Amministrazione, senza che questi possa opporre alcun veto in tal senso. L'art. 11.2 così come modificato dall'atto aggiuntivo n. 2 stabilisce, altresì, che “dal momento del collaudo e dell'inserimento nel Parco Attrezzature da gestire, il rischio di perimento, non dipendente da fatto o colpa del personale sanitario o furto/caso fortuito/forza maggiore, delle apparecchiature elettromedicali e componenti hardware e software resterà a carico del concessionario per tutta la durata del contratto. Il concessionario dovrà provvedere ad assicurare le attrezzature contro tutti i rischi di funzionamento e/o perimento, indipendenti da errori di utilizzo o comunque da fatto o colpa imputabile al personale sanitario dell'Azienda o da furto/caso fortuito/forza maggiore”. Anche per quanto riguarda le forniture quindi, è accollato al concessionario il rischio deperimento, anche dopo l'installazione, nonostante il fatto che i beni forniti, dopo il collaudo, diventino di esclusiva proprietà dell'Amministrazione [...].*

In merito alla critica in relazione alla copertura, attraverso un canone di servizi, dei costi di gestione della società di progetto, PSSC rileva che: *“la concessione di costruzione e gestione deve assicurare (come peraltro previsto anche dal nuove direttive comunitarie e dal nuovo codice dei contratti) al concessionario privato il perseguimento dell' equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione (fatti salvi tutti i rischi analizzati in precedenza). Pertanto, sebbene dal punto di vista formale sia scorretto prevedere uno specifico canone servizi per la copertura dei costi di gestione della società di progetto, dal punto di vista sostanziale tali costi devono trovare copertura attraverso la gestione dell' infrastruttura, ossia attraverso il canone di disponibilità o il canone servizi. Occorre valutare la concessione nella sua interezza e verificare il perseguimento dell' equilibrio economico finanziario e della remunerazione del capitale investito, secondo criteri adeguati rispetto alle condizioni di mercato”.*

### **Riscontro della ASL a seguito della CRI**

Da parte sua la ASL, con la nota di riscontro prima citata, si è conformata ai rilievi dell'Autorità riservandosi di approfondire l'aspetto del cambio dei soci del concessionario da Cofacons Scarl a Nuova Cofacons Scarl, che, per quanto agli atti della stessa ASL, non sarebbe stato richiesto a termini di contratto e, pertanto, autorizzato.

A tal fine rileva che la ASL con delibera commissariale n. 268 dell'8.3.2016, a seguito del parere reso dall'UTFP in data 21.12.2015, ha disposto l'annullamento d'ufficio ed ha dichiarato inefficace *ab origine* il medesimo atto aggiuntivo n. 2.

Tale delibera è stata oggetto di impugnativa innanzi al TAR della Sardegna, assieme ad altre due deliberazioni commissariali riguardanti il servizio di ingegneria clinica; inoltre è stata avanzata *“Domanda di arbitrato e nomina arbitro”* notificata alla ASL in data 1.03.2016, al fine di ottenere un risarcimento danni per l'importo, aggiornato al 26.02.2016, di € 43.380.110,60.

### **Audizione dell'8 giugno 2016 innanzi al Consiglio dell'Autorità**

L'audizione innanzi al Consiglio si è svolta in data 8 giugno 2016; in quella sede il Consiglio, stante l'asserita condivisione dei rilievi dell'Autorità da parte dei soggetti auditi e nel tentativo degli stessi di riuscire a definire la questione attraverso una stipula di un atto aggiuntivo per addivenire al superamento delle criticità ravvisate nel contratto di concessione, prescriveva termine al concessionario (PSSC) fino al 20 giugno 2016 per la produzione del nuovo PEF e della relativa relazione di

accompagnano, nonché dello schema di atto aggiuntivo e del regolamento delle penali e, di contro, assegnava termine fino al 28 giugno alla ASL di Nuoro per produrre, valutati i predetti nuovi documenti, memorie di replica e controdeduzioni.

### ***Memoria di PSSC a seguito dell'Audizione***

Conseguentemente, con nota acquisita al protocollo ANAC n. 97427 del 21.6.2016, il concessionario ha prodotto la documentazione richiesta, evidenziando nella nota di accompagnamento che: “[...] **il nuovo PEF, recepisce tutti i rilievi** [enfasi presente nel testo] (dell’)Autorità contenuti nella comunicazione n. prot. 22161 del 9.2.2016, provvedendo nel contempo ad ottimizzare alcune delle principali “voci critiche” del progetto complessivamente inteso, [...] In particolare, i profili evidenziati (dall’)Autorità hanno riguardato:

- la ripartizione del rischio di disponibilità fra concedente e concessionario;
- il sistema di corresponsione “automatica” del canone di disponibilità;
- l’esistenza di una specifica voce a copertura dei costi associati alla gestione della società di progetto;
- il sistema di indicizzazione dei canoni dei servizi.

Inoltre il concessionario, ha evidenziato che di sua sponte ha tenuto conto nella redazione del nuovo PEF dell’applicazione, in conformità a quanto previsto dalla “*spending review*” ex d.l. n. 78/2015 e ss.mm., di un ragguardevole sconto dei canoni dei servizi.

### ***Replica dell’ASL a seguito dell’Audizione***

Di contro, l’ASL di Nuoro nella sua memoria di replica (nota prot. 101954 del 30.6.2016) ha contestato quanto assunto dal concessionario, sancendo l’impossibilità di addivenire ad un accordo che confermi il rapporto concessorio riconducendolo nell’alveo della legalità.

In particolare la ASL assume che: “[...] *Allo scopo, esplicitato nel corso dell’audizione innanzi al Consiglio, di recepire i rilievi istruttori dell’ANAC, PSSC ha fatto pervenire alla ASL in data 20 giugno 2016 una serie di documenti e, nello specifico, un nuovo piano economico finanziario (PEF) corredato dalla relazione di accompagnamento, la bozza di atto aggiuntivo nr. 3 e la bozza di regolamento delle penali. Tale documentazione, [...] non solo va in direzione diametralmente opposta rispetto all’intento conformativo palesato da PSSC durante l’audizione, ma purtroppo ribadisce (ove mai ce ne fosse stato bisogno) la volontà della concessionaria di ritenere perfettamente valido e vincolante il dettato contrattuale nei limiti dell’interpretazione dalla stessa offerta, incluso ovviamente l’atto aggiuntivo n. 2, nella speranza di mantenere inalterato lo status quo ante e, forse, di acquisire dall’ANAC una sorta di ratifica a posteriori delle scelte compiute. Non si ritiene, purtroppo, che sussistano allo stato i presupposti minimi auspicati dall’ASL e dalla stessa ANAC per addivenire all’auspicata revisione giuridica ed economica condivisa del rapporto concessorio*”.

Inoltre la stazione appaltante rappresenta che: “[...] *La bozza di atto aggiuntivo n. 3 prevede all’art. 20.3 che il canone integrativo di disponibilità sia corrisposto a PSSC anche durante il periodo di esecuzione dei lavori, in linea di continuità con l’atto aggiuntivo n. 2. [...] Si evidenzia che la suddivisione in lotti funzionali dei lavori e la corresponsione del detto canone già durante la fase realizzativa e non più, come previsto in origine (cfr. art. 20.3 del contratto originario), soltanto a seguito, del collaudo provvisorio o della presa in consegna anticipata dell’intera opera, oltre a porsi in contrasto con la legge speciale di gara, la quale non prevedeva né la suddivisione in lotti funzionali, né l’anticipazione parziale del canone integrativo di disponibilità durante la fase di costruzione dell’opera, si traduce, come rilevato dalla UTFP, in una riallocazione dell’alea economico-finanziaria in modo ben più sfavorevole alla ASL ed “in misura idonea ad incidere sulla adottabilità del modello concessorio” come ribadito nella deliberazione del commissario straordinario n. 268 del 08 marzo 2016. [...] PSSC, nella lettera di accompagnamento alla trasmissione dei documenti in esame, dichiara di aver provveduto “all’applicazione di un ragguardevole sconto dei canoni dei servizi, in conformità a quanto previsto dalla spending review ex d.l. 78/2015 e ss.mm.”, pur non essendo tale sconto oggetto di rilievo dell’ANAC nella comunicazione prot. n. 22161 del 9 febbraio 2016, né tanto meno oggetto di negoziazione tra le parti. Al riguardo, si evidenzia che lo “sconto” sui canoni dei servizi che PSSC associa alla C.d. “spending review” non rappresenta un*

*trattamento di favore nei confronti della ASL, ma un obbligo di legge, la cui osservanza è stata già a suo tempo pretesa dalla ASL, invano [...] Nonostante PSSC, nel redigere il nuovo PEF, abbia eliminato la voce corrispondente al c.d. “Canone SPV” appare opportuno rilevare come nella sostanza economica esso sia ancora presente, tanto è vero che i costi di funzionamento della SPV, imputati tra i “costi generali” nel conto economico per un ammontare pari a 700.000 euro (anno base 2016), guarda caso più o meno corrispondenti all’ammontare annuo del Canone SPV, appaiono ingiustificati se confrontati con i reali costi di funzionamento attualmente sostenuti dalla stessa società di progetto e desumibili dai bilanci di esercizio [...] E, ancora, non sembrano potersi riferire al normale funzionamento della società di progetto i premi di assicurazione e gli oneri delle fidejussioni, di cui non viene peraltro specificata la natura, ed i quali, per la quota rivolta a garantire l’erogazione dei servizi, dovrebbero essere già compresi tra i costi di erogazione dei servizi stessi. [...] la previsione di un canone costante omnicomprendivo annuo, unitario ed indistinto, da corrispondere a PSSC quale corrispettivo tanto del servizio di “ingegneria clinica”, quanto del servizio di “gestione reti e forniture hw e sw”, sia per il rinnovo che per la manutenzione delle apparecchiature, non soltanto non è conforme alla legge speciale di gara ed al contratto originario, come specificato nella deliberazione del commissario straordinario n. 268 del 08 marzo 2016, ma appare in contrasto con le attuali norme in materia di contabilità pubblica e, in particolare, con le norme regionali che prevedono che le spese per investimenti debbano essere coperte con finanziamenti in conto capitale (cfr. D.Lgs. n. 118/2011), come ravvisato anche dall’ARIS in numerose occasioni (cfr. note ARIS prot. nn. 2985 del 04.02.2015, ~504 del 15.04.2015, 15624 del 23.06.2015, 15570 del 23.06.2015).*

L’amministrazione aggiudicatrice con la nota citata ha altresì rilevato che: “L’ingresso di Nuova Cofacons S.c.a.r.l. nel capitale di PSSC e l’affidamento diretto dei servizi ai soci-consorzati” è intervenuto in assenza di autorizzazione e di formale richiesta della stessa concessionaria in conformità agli artt. 29.5 e 36.2 della convenzione.

La stessa Asl ha, infine, replicato in merito allo sconto del 5% sui canoni per servizi, rilevando che lo stesso è un obbligo di legge al cui rispetto il concessionario era stato già richiamato.

### **Considerazioni**

Vale rilevare sin d’ora che le controdeduzioni del concessionario non si ritengono condivisibili per i motivi che di seguito si spiegano.

Con la comunicazione di risultanze istruttorie (nota protocollo n. 22161 del 9.2.2016) si era preliminarmente rilevato che la procedura in esame ha “nominalmente” ad oggetto l’affidamento, mediante il *Project Financing*, di un contratto di concessione di costruzione e gestione, e che quest’ultima si distingue dall’appalto poiché la gestione dell’opera rappresenta la modalità di remunerazione dell’investimento.

Con le stesse risultanze si era altresì premesso che il trasferimento dell’alea afferente la gestione distingue l’appalto dalla concessione (contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della prestazione consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo)<sup>1</sup>.

Che tuttavia nella concessione in esame, stante la mancanza di allocazione di un significativo rischio operativo in capo al concessionario nonché la natura “atomistica/sinallagmatica” dei servizi e forniture che sostanziano, peraltro parzialmente, la “gestione” dei presidi ospedalieri in oggetto, si versa, ai sensi degli artt. 14 e 15 del d.lgs. 163/06, in un appalto misto di servizi e di lavori.

Tale assunto - peraltro condiviso in sede di audizione dinanzi al Consiglio - implica che il canone di disponibilità, diversamente da come disciplinato nella convenzione *de quo*, sia corrispettivo della

---

<sup>1</sup> La definizione della concessione viene eseguita nel Codice dei contratti tramite la comparazione con gli appalti pubblici, in particolare il paragone tra i due istituti ci viene fornita nelle definizioni stabilite nel combinato disposto tra i commi 6, 11 e 12 dell’art. 3, del d.lgs. 163/06.

effettiva funzionalità ovvero materiale disponibilità delle strutture messe a disposizione dell'azienda (ASL), in difetto della quale il canone deve essere proporzionalmente ridotto o finanche annullato.

A riprova della mancata allocazione di un rilevante rischio gestionale<sup>2</sup>, vi è che il canone di disponibilità, è decurtabile, così come pattuito nell'art. 23 dell'atto concessorio, nella misura dello 0,5 ‰ dell'importo dei lavori per ciascun giorno di ritardo e comunque nella misura complessiva del 10 ‰ dell'importo contrattuale, solo in corso di costruzione, in quanto il predetto canone di disponibilità è autonomo e completamente disgiunto dai molteplici servizi che rientrano nella gestione dell'opera/infrastruttura e che sono, in verità, funzionali alla "disponibilità" della stessa infrastruttura (vedasi ad esempio i servizi di manutenzione e gestione edifici, servizio energia) in mancanza dei quali non è sostenibile che vi sia l'effettiva disponibilità/usufruibilità dell'opera; che, vale rammentare, nel caso di specie consta in presidi ospedalieri.

In altri termini l'infrastruttura ospedaliera, secondo le previsioni contrattuali, sarebbe "disponibile", nella sua piena funzionalità e fruibilità, ancorché non viene fornito, a titolo esemplificativo, il servizio energia e/o il servizio calore. Da ciò ne consegue che il canone di disponibilità per come disciplinato nel caso di specie è più assimilabile ad una rata di rimborso del finanziamento del privato.

Inoltre a corroborare l'assunto che precede, ossia che nel caso di specie non vi è allocazione del rischio di disponibilità, vi è la previsione che il predetto canone di "disponibilità" è finanche condizionato alla clausola c.d. "*solve et repetè*", ossia alla "clausola limitativa della proponibilità di eccezioni" ex art. 1462 cod. civ., per cui il concessionario ha il diritto di non vedersi opposta alcuna eccezione ad opera della committente (ASL) se non dopo che quest'ultima abbia adempiuto la propria prestazione ovvero corrisposto il relativo canone di disponibilità<sup>3</sup>.

Per quanto sopra non è condivisibile l'eccezione del concessionario per cui il rischio di "disponibilità" sussisterebbe nel caso di specie poiché è prevista nella convenzione l'applicazione automatica delle penali - così come indicato nella circolare della P.C.M. del 27.3.2009 – nella misura massima prevista dagli artt. 145 e 298 del d.P.R. 207/2010, poiché il predetto limite all'entità delle penali, ancorché previsto dal nostro ordinamento per i contratti in generale, non è, nel caso di specie, conforme agli immanenti principi comunitari che disciplinano la materia degli affidamenti pubblici<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. sul punto Corte di giustizia, sentenza 27 ottobre 2005, causa C-234/03, sentenza 18 luglio 2007, causa C-382/05, sentenza 11 giugno 2009, causa C-300/07, sentenza del 10 settembre 2009, n. C-206/2008 e, in particolare, Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 2011, in C-348/2010, per cui: "[...] *costituisce un «appalto» un contratto con cui il prestatore, in forza delle norme di diritto pubblico e delle clausole contrattuali che disciplinano la fornitura di tali servizi, non assume in misura significativa [enfasi e sottolineatura del redattore] (ovvero "rilevante", per usare la terminologia della giurisprudenza comunitaria richiamata dal concessionario nella sua memoria di replica) il rischio in cui l'amministrazione aggiudicatrice incorre [...]*"

<sup>3</sup> Cfr. in particolare dall'articolo 20.4 ove si prescrive che: "[...] *il Canone Integrativo per la Disponibilità sarà dovuto dall'azienda, indipendentemente da qualsiasi sospensione, interruzione o altra circostanza afferente all'erogazione dei servizi. Ad ulteriore chiarimento di quanto precede, le parti si danno atto e convengono che, in caso di inadempimento del Concessionario nell'erogazione dei Servizi, l'Azienda non potrà sospendere il pagamento di alcuna parte del Canone integrativo [...]*"; ovvero dal comma 6 dello stesso articolo ove si prevede che: "[...] *in caso di inadempimento del Concessionario nell'erogazione dei Servizi, l'Azienda pur esercitando il diritto di sollevare le relative eccezioni di inadempimento non potrà sospendere il pagamento dei Canoni, fatto salvo il diritto di dedurre l'importo delle penali eventualmente maturate ai sensi dei disciplinari di gestione dei Servizi?*".

<sup>4</sup> La giurisprudenza di cui alla nota nr. 2 è alla base dell'art. 5 della direttiva europea 2014/23/UE con la quale si è chiarita la portata del rischio "significativo" a cui deve essere sottoposto il "concessionario", ossia di "*non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per la realizzazione dei lavori o dei servizi aggiudicati in condizioni operative normali*". La stessa direttiva al ventesimo Considerando correttamente evidenzia - così come la giurisprudenza citata - che il rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori dal controllo delle parti e che rischi collegati ad una cattiva gestione, inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o causati da forza maggiore non sono decisivi per classificare un contratto come concessione, di cui all'art. 5, par. 1, poiché rischi del genere sono insiti in ogni contratto, a prescindere che sia un appalto pubblico o una concessione.

A tal fine giova rammentare che spetta all'ordinamento comunitario nonché agli orientamenti della Corte di Giustizia Europea la qualificazione degli appalti pubblici<sup>5</sup>.

A tal riguardo vale rilevare come il tetto alle penali nella misura massima del 10%, di cui all'art. 117 del d.p.r. 554/99 (odierno art. 145 del d.p.r. 207/2010), costituisce il recepimento degli orientamenti della giurisprudenza nazionale (cfr. Relazione Consiglio di Stato, 1961-1965, II, 110; Cass., Sez. III, 5.11.2002, n. 15497; Tar Campania, sez. II, 7.2.2002, n. 733 e C. Conti sez. giur. Liguria 13.12.1999, n. 1141) tesa ad evitare che le penalità negli appalti pubblici finissero con l'esaurire il valore del contratto d'appalto, stante che il 10% corrisponde normativamente e convenzionalmente all'utile d'impresa, e che l'eventuale superamento di tale percentuale imporrebbe all'appaltatore di operare in perdita con alterazione della natura commutativa del contratto d'appalto; ossia l'esatto contrario di quello che richiede la natura concessoria - di derivazione comunitaria - del contratto in esame.

Infatti, vale osservare come il "diritto di gestire l'opera o tale diritto accompagnato da un prezzo" è l'elemento che, sulla base dell'art. 1.3 della direttiva 18/2004 (mutuato dal nostro ordinamento nel combinato disposto tra i commi 6, 11 e 12 dell'art. 3, del d.lgs. 163/06), si pone come l'unico connotato idoneo a distinguere la concessione dall'appalto e, sempre l'eventuale rischio sotteso o connesso alle diverse attività si atteggia diversamente a seconda se si tratta di prendere in considerazione il caso in cui il contratto rientra nella categoria dell'appalto ovvero in quella della concessione.

Se in entrambi gli istituti (appalto e concessione) si può parlare di vera e propria sinallagmaticità e di prestazioni fra loro corrispettive, nella seconda fattispecie, la concessione per l'appunto, il contratto può, evidenziare connotati aleatori, ove l'alea gestionale grava sul concessionario che ritrae dalla gestione il titolo remunerativo della propria prestazione.

Per tale ragione la tipologia di sinallagma, cioè l'oggetto dello scambio, è differente a seconda che si tratti di appalto o di concessione.

Nell'appalto pubblico infatti lo scambio avviene tra il "facere" in capo all'appaltatore ed il suo prezzo cui è tenuta la stazione appaltante. Nella concessione invece l'oggetto dello scambio cui è tenuto "l'aggiudicatario" è il diritto di realizzare, utilizzare e gestire (secondo specifici parametri) un'attività economica di interesse generale per un determinato tempo verso l'obbligo, in capo al concedente, di corrispondere un canone ovvero riconoscere la titolarità sulle utilità economiche che discendono dalla concessione stessa.

La diversa natura dello scambio incide sulla ripartizione del rischio economico gravante sulle parti e di conseguenza, è idonea a trasformare la concessione da un contratto commutativo puro ad un contratto con prestazioni corrispettive con connotazioni aleatorie<sup>6</sup>.

Tale caratteristica traspare con una certa evidenza nella Comunicazione interpretativa del 2000 della Commissione europea sulle concessioni nel diritto comunitario, con al quale si è chiarito che: "[...] l'alea legata all'aspetto finanziario dell'operazione, che si potrebbe definire «rischio economico», è propria del fenomeno delle concessioni. Questo tipo di rischio, infatti, che dipende strettamente dai proventi che il concessionario può trarre dalla fruizione (13), costituisce un importante elemento per distinguere le concessioni dagli appalti pubblici. In conclusione, il diritto di gestione comporta il trasferimento al concessionario dell'alea derivante da tale gestione; la ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario avviene caso per caso in base alle rispettive capacità di gestire al meglio i rischi in questione. Se i poteri pubblici sopportano la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera, garantendo, per esempio, il

---

<sup>5</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza 18 luglio 2007, causa C-382/05 ove si chiarisce al Punto 30 delle motivazioni che: "la definizione di appalto pubblico di servizi rientra nella sfera del diritto comunitario, per cui la qualificazione delle convenzioni controverse nell'ordinamento italiano non è pertinente al fine di accertare se queste ultime rientrino nell'ambito d'applicazione della direttiva 92/50".

<sup>6</sup> Secondo la Corte di Cassazione Civile n. 5050/2013 il contratto è aleatorio qualora, già al momento della sua conclusione, l'alea sia, per legge o per volontà delle parti, elemento essenziale del sinallagma.

*rimborso dei finanziamenti, l'elemento «rischio» viene a mancare. In tal caso la Commissione ritiene che si tratti di un appalto pubblico di lavori e non di una concessione (14)».*

Nel caso di specie, inoltre, vale sottolineare come il limite normativo delle penali contrattuali relativamente alle forniture e ai servizi, richiamato nella previsione dell'art. 298 del d.P.R. 207/2010, non è *ratione temporis* applicabile al caso di specie poiché l'art. 357 (rubricato: "disposizioni transitorie e abrogazioni") dello stesso Regolamento, al comma 10 prescrive che le disposizioni della Parte IV - ossia la parte relativa ai contratti di forniture e servizi - si applicano ai contratti i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati successivamente all'entrata in vigore del medesimo regolamento (8 giugno 2011).

Sul punto, viceversa, vale osservare che il canone di disponibilità deve "per definizione" essere retributivo della effettiva funzionalità delle strutture realizzate dal Promotore e messe a disposizione dell'azienda<sup>7</sup> e, pertanto, non può essere dovuto incondizionatamente, ovvero come nel caso di specie, sottoposto a penali con tetto massimo del 10% dell'importo annuo, così come pattuito nell'art. 23 citato<sup>8</sup>.

Dunque, così come evidenziato nella comunicazione delle risultanze istruttorie, l'entità delle penali non può essere sufficiente, così come il rischio di risoluzione contrattuale per inadempimento delle prestazioni, a configurare un "**significativo**" rischio operativo che possa connotare il contratto in esame come una concessione, venendo in concreto a svolgersi il concetto di rischio di "disponibilità".

Conseguentemente il canone di disponibilità nel caso di specie è molto più simile a un canone di "leasing", con lo svantaggio che il costo del finanziamento nelle operazioni di *project financing* è ben più oneroso<sup>9</sup>.

La comprova che il canone di disponibilità è, in realtà, un rateo del finanziamento anticipato dal privato concessionario (ovvero un canone di "leasing"), oltre che per quanto sopra considerato, è data dall'art. 25 della convenzione (rubricato: "Assicurazioni") che, ai commi 6 e 7, prevede in maniera paradossale che: "[...] 25.6 Nell'ipotesi in cui si verifichi un sinistro coperto dalle polizze di cui al presente art. 25 che comporti la necessità di provvedere alla ricostruzione totale o parziale delle Opere e tale evento incida per una superficie complessiva dell'Area superiore ad un terzo, il Concessionario avrà la facoltà di recedere dal presente contratto con comunicazione scritta da inviare all'Azienda a mezzo lettera raccomandata con ricevuta di ritorno entro e non oltre 60 (sessanta) giorni dal verificarsi del relativo evento. Per effetto del recesso, saranno dovuti al Concessionario gli importi di alle lettere a) e b) del successivo art. 27.1 mentre l'Azienda diventerà il beneficiario di tali polizze. [...] 25.7 Fintanto che il Concessionario non abbia eventualmente esercitato la facoltà di recesso dal presente Contratto, ai sensi del precedente art.

---

<sup>7</sup> Dello stesso avviso il Dipartimento studi sull'impresa della Facoltà di economia dell'Università degli studi di Roma Tor Vergata, ove nella relazione tecnica richiesta dalla ASL n. 3 precisa che il canone di disponibilità deve essere retributivo della effettiva disponibilità" delle strutture realizzate dal Promotore e messe a disposizione dell'azienda e che deve ridursi proporzionalmente "nel momento in cui la disponibilità di parte delle opere dovesse essere temporaneamente compromessa per interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria.

<sup>8</sup> A comprova del recesso del diritto nazionale nella materia *de quo* e ai fini del corretto bilanciamento dei precetti comunitari con la disciplina nazionale vedasi l'art. 3, comma 15-ter, del d.lgs. 163/06, per cui: "Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. [...]"

<sup>9</sup> Sul punto si rimanda alla "Relazione di valutazione della sostenibilità economico- finanziaria dell'intervento di finanza di progetto ASL 3 Nuoro", trasmessa il 22 aprile 2008, prot. n. 0778 Area investimenti/AZ/EC, dalla Società Finanziaria Regione Sardegna nell'ambito del procedimento di controllo di cui all'art. 29 della legge regionale 10/2006, ove, alle pagine 11 e seguenti, nel confronto tra il project in parola e la contrazione di un mutuo decennale a valori attualizzati contraibile presso la Cassa depositi e prestiti (CDP), giunge a concludere che il project è meno vantaggioso finanziariamente rispetto al mutuo presso la CDP, ma che tali costi aggiuntivi sarebbero compensati dall'assunzione del rischio imprenditoriale, tra cui il rischio di disponibilità (cioè di gestione/manutenzione degli edifici).

25.6, e successivamente a tale termine, in ipotesi di mancato recesso, l'Azienda sarà comunque tenuta a corrispondere, alle scadenze previste, la parte dei Canoni necessari all'equilibrio economico finanziario. L'obbligo di cui al presente articolo rimarrà in vigore per tutto il periodo di durata delle eventuali attività di ricostruzione secondo il programma di volta in volta concordato fra le parti [...]". In altri termini, laddove l'opera realizzata dallo stesso concessionario dovesse andare in "rovina", anche parziale, per qualsiasi ragione che può attingere anche alle dirette responsabilità dello stesso concessionario, quest'ultimo si riserva la facoltà, *ad libitum*, di recedere dal contratto beneficiando, per via del rimando operato dall'art. 27 del contratto, finanche degli indennizzi di cui allo stesso art. 158 del codice<sup>10</sup>.

Ossia oltre al rimborso dei costi sostenuti il concessionario si riserva anche "un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario", con totale inversione dell'allocazione del rischio di costruzione.

Il paradosso della previsione contrattuale sopra esaminata è patente, poiché non solo il concessionario si libera del rischio di costruzione, ma si riserva finanche un indennizzo in caso di rovina dell'opera per fatto imputabile allo stesso in aperta violazione delle indicazioni Eurostat, contenute nelle (*third version*) del SEC 95, pubblicata ad ottobre 2010<sup>11</sup>.

In merito al rischio "ambientale"<sup>12</sup>, che il concessionario assume essere a suo carico in linea con le previsioni Eurostat e della Circolare della Presidenza del Consiglio del 2009 (cfr. pag. 12 memoria PSSC prot. Anac n. 87393 del 3.6.2016), occorre rilevare che l'articolo 26 della convenzione prevede tutt'altro, segnatamente: "[...] 26.1 L'Azienda promette e garantisce la conformità dell'Area, incluso il sottosuolo [...] 26.2 L'Azienda si impegna, a tenere indenne da pretese di terzi nei confronti del Concessionario, a tenere indenne il Concessionario dagli eventuali costi necessari per rendere conforme alla vigente normativa ambientale l'Area oggetto del Contratto che dovessero successivamente rivelarsi non essere tali, o che scaturissero dalla presenza di oneri ambientali specifici con particolare riferimento, ma non limitatamente, a tutti gli eventuali maggiori oneri finanziari connessi anche in ipotesi di ritardo nel completamento delle Opere rispetto al programma relativo all'effettuazione dei necessari interventi. [...] 26.3 Le parti convengono che i lavori resi necessari per rendere conforme alla vigente normativa ambientale l'Area saranno considerati a tutti gli effetti quali Varianti così come disciplinate dall'art. 10 del presente Contratto ed i relativi importi dovranno essere liquidati dall'Azienda al Concessionario nei termini e condizioni ivi previste. [...]"; è bastevole recitare il predetto testo contrattuale per comprendere che il rischio ambientale, inteso come

---

<sup>10</sup> Art. 158 (rubricato: "Risoluzione") recita: "1. Qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del soggetto concedente ovvero quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse, sono rimborsati al concessionario: a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione; c) un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario. 2. Le somme di cui al comma 1 sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e dei titolari di titoli emessi ai sensi dell'articolo 157, limitatamente alle obbligazioni emesse successivamente alla data di entrata in vigore della presente disposizione e sono indisponibili da parte di quest'ultimo fino al completo soddisfacimento di detti crediti".

<sup>11</sup> Per cui nei casi in cui l'analisi dell'allocazione dei rischi possa portare a non chiare conclusioni, Eurostat consiglia di prendere in considerazione anche ulteriori criteri per classificare gli *assets*, quali: la concessione di finanziamenti pubblici, compresi quelli "in natura"; l'eventuale esistenza di garanzie fornite dalla pubblica Amministrazione sul finanziamento; l'esistenza di clausole relative alla rescissione del contratto di PPP che prevedano il pagamento di un indennizzo da parte dell'Amministrazione; l'allocazione finale degli *assets* alla luce delle clausole di fine contratto (c.d. *termination clauses*).

<sup>12</sup> Cfr. pag. 8 memoria PSSC citata: "Come chiarito dalla decisione Eurostat 11.2.2004 "Treatment of public-private partnerships", un contratto può essere qualificato come concessione di lavori a condizione che il concessionario assuma: • il rischio di costruzione: legato eventi connessi alla fase progettuale e di realizzazione dell'infrastruttura, quali, ad esempio, ritardata consegna delle opere, mancato rispetto di standard predeterminati, costi aggiuntivi, deficienze tecniche, esternalità negative, compreso il rischio ambientale [...]"

esternalità negativa nonché parte del rischio progettuale (errata o incompleta valutazione dello stato dei luoghi), è attribuito completamente al concedente.

Relativamente all'asserito rischio sopportato dal concessionario in virtù della previsione dell'art. 17.3 del contratto, per cui l'Amministrazione si riserva la facoltà di richiedere l'erogazione dei servizi in misura anche parziale pagando il relativo canone in misura proporzionale, non sembra sussistere stante che il comma 1 dello stesso articolo, letto in combinato disposto con l'art. 143, comma 8, alinea 3°, del d.lgs. 163/06, consente al concessionario di richiedere correzioni al PEF al fine di ristabilire l'equilibrio economico finanziario in caso di modifiche/varianti richieste dal concedente.

Per quanto sopra restano confermate le conclusioni rassegnate nella comunicazione delle risultanze istruttorie che, per le ragioni ivi esposte, impingono anche il 2° atto aggiuntivo della concessione in oggetto.

Peraltro lo schema di atto aggiuntivo n. 3 ed il nuovo PEF presentati da PSSC (ancorché risultano essere un passo in avanti nell'ottica delle trattative auspicate dinanzi al Consiglio dell'Autorità), sono stati redatti sulla base contrattuale come integrata dall'atto aggiuntivo n. 2 (atto, quest'ultimo, annullato con deliberazione del commissario straordinario n. 268 dell'8 marzo 2016 per le ragioni che si sono condivise ed esposte in sede di risultanze istruttorie); pertanto la base contrattuale di PSSC non pare attuale e sussumibile e comunque non accettata dalla ASL.

Per quanto riguarda le vicende soggettive del concessionario che hanno registrato il subentro nella compagine sociale di nuovi soci (dapprima di Cofacons S.c.a r.l. e successivamente di Nuova Cofacons S.c.a r.l.), con importanti riflessi nello svolgimento delle prestazioni oggetto di concessione, si rileva che l'assenso dell'amministrazione è maturato in virtù di pareri legali *pro veritate* resi alla stessa amministrazione da diversi legali, in particolare dal parere reso dai proff.ri Vincenzo Ricciuto e Ivan Demuro, i quali, in buona sostanza, ritenevano libera la concessionaria di procedere alla cessione delle proprie quote nei limiti delle rispettive "quote qualificatorie", invocando il principio costituzionale della libertà d'impresa e di circolazione del capitale e di una corretta interpretazione delle norme contrattuali alla luce dell'art. 12 delle "preleggi" al codice civile.

Al riguardo si confermano i dubbi sull'interpretazione ivi perseguita dell'articolato contrattuale di cui agli artt. 29 e 36 della convenzione, posto che, pur nella contraddittorietà delle previsioni contrattuali, risulta abbastanza chiaro che gli aggiudicatari (soci "qualificanti") si sono vincolati sino al collaudo provvisorio, ai sensi dell'art. 1322 del codice, alla cessione di quote e/o al subentro nel capitale sociale al consenso/gradimento del concedente, prevedendosi solo in casi specifici (fallimento del socio, smobilizzo istituto finanziario) la cessione libera delle quote dei soci "qualificanti".

Tale previsione nel contratto di concessione risulta in linea con la "*ratio*" della norma di cui all'art. 156, comma 3, del d.lgs. 163/2006, ove per l'appunto si rimette alla regolamentazione delle parti "*le modalità per l'eventuale cessione delle quote [...]*", al fine di garantire le esigenze di qualificazione che sia la parità di condizioni dei concorrenti (i quali, non si sono trovati nella condizione di conoscere a priori la disponibilità della stazione appaltante a prendere parte all'operazione indipendentemente dall'identità dell'aggiudicatario). Infatti con tale norma il legislatore ha contemperato sia il principio della libera circolazione dei beni che, dall'altro, il superiore interesse della stazione appaltante alla corretta esecuzione, prevedendo a tal fine un divieto di cessione della partecipazione societaria, circoscritto sotto il profilo soggettivo - perché limitato ad alcune categorie di soci - e sotto il profilo temporale - perché il divieto cessa con l'emissione del certificato di collaudo, che attesta, come la stessa etimologia del termine evoca, la buona esecuzione del contratto - togliendo così rilievo all'immodificabilità del socio cd. qualificante.

In altri termini la tesi esposta nel parere legale citato, ossia libera circolazione delle quote sociali della società di progetto nei limiti della parte eccedente le quote di qualificazione necessaria per eseguire le

prestazioni contrattuali, ancorché sorretta anche da pareri della scrivente Autorità, non può essere condivisa nel caso di specie: *in primis* per la natura delle prestazioni oggetto di esame (forniture/servizi) che non impongono la corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione delle prestazioni<sup>13</sup>; in secondo luogo perché la previsione di smobilizzare quote dei soci qualificanti prima del collaudo, per essere ammessa, doveva discendere chiaramente dalla *lex specialis* alla stregua di tutti gli elementi dell'offerta suscettibili della tutela della parità di condizioni tra i concorrenti. Diversamente opinando, la modifica societaria dissimula una rinegoziazione del contratto non consentita dalla normativa e dalla giurisprudenza poiché in violazione dei principi di parità di condizioni dei concorrenti.

Peraltro il subentro di Cofacons nel capitale sociale di PSSC, stante le proporzioni economiche tra le cessioni delle partecipazioni sociali e il volume d'affari dei servizi sub-affidati, connota, per come operata, un'elusione del principio della personalità dei contratti pubblici che, come suddetto, deriva dalla selezione concorsuale tesa, da un lato, a premiare l'offerta più vantaggiosa e, dall'altro, a tutelare l'interesse pubblico alla qualificazione tecnica, organizzativa, economica e morale delle imprese concorrenti.

Pertanto, si ribadisce, la valutazione della P.A. al subentro - rientrando nella sua discrezionalità contrattuale e pubblicistica - avrebbe dovuto contemperare anche i predetti aspetti per il rilascio del consenso/gradimento; tanto più che la *lex specialis* ed il contratto di concessione in esame non contemplavano la possibilità e che le due imprese aggiudicatrici (Cofely e Inso Sistemi), nell'avanzare la proposta di "*project financing*", avevano espressamente dichiarato che avrebbero prestato in proprio le prestazioni oggetto di concessione.

Infine vale notare come le modalità di affidamento dei servizi ai soci dei consorzi soci del concessionario (PSSC), perseguite attraverso il subentro in PSSC di Nuova Cofacons S.c.a r.l. al posto di Cofacons S.c.a r.l., per quanto in atti, stante il mancato formale assenso della stessa Committente - che risultava essere sospeso in virtù delle necessarie verifiche sui requisiti dei soci sub-affidatari del consorzio subentrante - sono da considerarsi sub-affidamenti in violazione del divieto di cui all'art. 118 del d.lgs. 163/06.

Infatti, per quanto in atti, emerge che con nota del 27.4.2012 PSSC, facendo seguito alla pregressa comunicazione del 29.9.2011<sup>14</sup>, rappresentava che "*in data 26.04.2012 si (era) provveduto alla costituzione della Nuova Cofacons S.c.a.r.l. (in corso di registrazione)*" e, al tempo stesso, comunicava le quote di partecipazione e la denominazione dei soci-consorziati, nonché i servizi dedotti in concessione che gli stessi avrebbero dovuto svolgere, aggiungendo che "*la documentazione attestante il possesso anche dei requisiti specifici inerenti i singoli servizi da espletare è stata già trasmessa con la ns. precedente nota 29.9.2011*".

A tale nota la Asl ha risposto alla suddetta comunicazione con nota del 27.4.2012, limitandosi a prendere atto della costituzione della Nuova Cofacons S.c.a.r.l., specificando che: "*relativamente alla suddivisione di servizi tra i soci, ci si riserva di verificare il possesso dei requisiti specifici in capo ai soci medesimi*"; e significando che: "*stante l'assoluta necessità e urgenza di garantire la continuità dei servizi 'sanitari e sempre con*

---

<sup>13</sup> Cfr. sul punto Consiglio di Stato n. 3245 del 26/06/2015 ove si chiarisce che l'Adunanza Plenaria, n. 27/2014 ha enunciato il seguente principio: "*per gli appalti di servizi e forniture continua a trovare applicazione unicamente la norma sancita dal comma 4 dell'art. 37, che impone alle imprese raggruppate il più modesto obbligo d'indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, fermo restando, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara*".

<sup>14</sup> Nota con cui il concessionario inoltrava all'ASL una istanza per l'ingresso nella propria compagine sociale di nuovi soci, segnatamente Cofacons Scarl, allegando la documentazione relativa ai requisiti dei nuovi soci ed a cui la ASL ha corrisposto positivamente con nota del 12.12.2011, subordinando l'autorizzazione alla verifica del "*possesso dei requisiti specifici in capo ai singoli soci (della società consortile) all'atto dell'eventuale affidamento agli stessi di lavori o servizi*".

*riserva di approfondimento, si autorizza esclusivamente la Società Polo Sanitario della Sardegna Centrale - Società di Progetto S.p.A. all'avvio del Servizio di Ausiliariato, secondo il termine dell'01/05/2012".*

La mancata autorizzazione al subentro e al conseguente affidamento dei servizi in concessione ai singoli soci della Nuova Cofacons S.c.a r.l., è comprovato dalla successiva nota del 21.5.2012, con il quale il RUP *pro tempore*, rammentava alla concessionaria di essere: *"ancora in attesa della documentazione attestante l'ingresso nella compagine societaria del Polo Sanitario Sardegna Centrale Società di Progetto S.p.A. della Nuova Cofacons S.c.a.r.l. e delle determinazioni aziendali in ordine all'affidamento dei servizi inseriti nel Project Financing ai soci, sottolineando che "solo in seguito all'acquisizione della documentazione di cui sopra, sarà possibile procedere compiutamente alla verifica del possesso dei requisiti specifici in capo ai soci medesimi e, quindi, autorizzare l'avvio degli stessi"*.

Tuttavia PSSC, che nel mentre aveva sub-affidato i vari servizi<sup>15</sup>, con nota del 22 maggio 2012, si limitava a trasmettere copia di alcuni documenti afferenti alla neocostituita Nuova Cofacons S.c.a r.l., assumendo che *"la documentazione attestante il possesso dei requisiti specifici (fosse) stata già inviata con nota prot. P576/2011 del 29 settembre 2011"*.

Pertanto, da siffatto quadro fattuale emerge che la Nuova Cofacons non è stata autorizzata ai sensi degli artt. 29 e 36 della convenzione, e, in particolare, che non vi è stata alcuna autorizzazione da parte della Asl all'affidamento dei vari servizi ai singoli soci della società consortile subentrata, che per quanto in atti, peraltro, risulta essere di composizione nettamente differente rispetto alla autorizzata Cofacons S.c.a r.l.

Tutto ciò considerato e ritenuto il Consiglio, nell'adunanza del 31 agosto 2016,

#### **delibera**

- l'operazione negoziale ed economica conclusa all'esito della procedura di affidamento in esame si caratterizza per costituire uno strumento con il quale si trasgredisce l'applicazione delle norme e dei principi che disciplinano la concessione di lavori pubblici e il *project financing* (artt. 2, 143, e 153 del d.lgs. 163/06) nonché gli appalti pubblici in generale, facendo conseguire alle parti un risultato precluso dall'ordinamento; e ciò attraverso la previsione (in netto contrasto con lo schema normativo tipico) di una remunerazione degli investimenti dei privati concessionari posta interamente a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, senza che si verifichi la necessaria traslazione in capo ai privati del rischio economico e gestionale (elemento essenziale del *project financing*) collegato alla realizzazione dell'opera ovvero allo svolgimento dei servizi erogati attraverso le opere pubbliche realizzate;
- alla luce dello specifico assetto contrattuale che emerge nella concessione originaria - ed ancor più con il secondo atto aggiuntivo – si rileva un'inversione dell'allocatione del rischio, sia di costruzione che di disponibilità, in aperta violazione delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari e nazionali;
- conseguentemente, nel caso di specie, si versa in un classico contratto di appalto/servizi, nel quale vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera;
- le modalità di sub-affidamento dei servizi oggetto di concessione intervenute a seguito della cessione delle quote di PSSC dapprima a Cofacons S.c.a r.l. e successivamente a Nuova Cofacons S.c.a r.l., stante il mancato assenso della ASL - il quale risulta ancora sospeso e subordinato alle verifiche sui requisiti dei soci/prestatori del consorzio che effettivamente esplicano i servizi – configurano, per quanto in atti, una violazione del divieto di cui all'art. 118 del d.lgs. 163/06;

---

<sup>15</sup> Cfr. nota della Derichebourg Multiservizi S.p.A. del 20.6.2016, allegato nr. 5 della memoria ASL.

- si da mandato all'Ufficio istruttore di trasmettere ai sensi dell'art. 213, comma 6, del d.lgs. 50/2016, la presente deliberazione ai soggetti coinvolti nel procedimento istruttorio e alla committente ASL, con l'invito a dare riscontro – nel termine di giorni 30 – e a indicare le iniziative adottate a seguito del presente deliberato;
- si da altresì mandato al predetto Ufficio di inviare il presente provvedimento alla Procura della Repubblica di Nuoro e alla Procura della Corte dei Conti della Regione Sardegna per i seguiti di competenza.

Il Presidente

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 7 settembre 2016

Il Segretario Maria Esposito