



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Delibera n. 70 del 22 gennaio 2020**

**Fascicolo 5456/2015**

**Oggetto:** Concessione per il completamento e l'adeguamento del complesso riabilitativo e termale di Antrodoco e della connessa attività di realizzazione e gestione della RSA

**Riferimenti normativi:** artt. 1, 30, 37 *quinquies* L. 109/1994; artt. 101, 119 d.P.R. 554/1999.

**Parole chiave:** variazione soggettiva della compagine sociale – cessione quote – adeguamento antisismico – efficienza, efficacia, tempestività, trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa – validità garanzie fideiussorie.

***Non massimabile***

### **Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**

Vista la legge 11 febbraio 1994 n. 109;

Visto il Decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50;

Visto il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 5 ottobre 2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 241 del 16 ottobre 2018;

#### **Premessa**

Con l'esposto acquisito al protocollo ANAC 3.11.2015, venivano segnalate alcune criticità relative ad una procedura di gara relativa all'esecuzione del contratto rep. 7/2016, stipulato tra il Comune di Antrodoco e un'A.T.I. composta da Nuova Carrel s.p.a., Impresa Ceccarelli Franco e Isimed s.r.l., avente ad oggetto il completamento e l'ammodernamento della RSA e la successiva gestione del centro termale (art. 2 del contratto 7/2006).

Sulla base del suddetto esposto, con nota prot. n. 23410 del 10.02.2016, è stato comunicato l'avvio di un procedimento istruttorio con specifico riguardo alla cessione delle quote della società di progetto, al completamento dei lavori e all'avvio della gestione nonché alla validità delle polizze fideiussorie.

Analizzate le osservazioni pervenute e disaminata la documentazione prodotta, all'esito di detto procedimento istruttorio, questa Autorità, con nota prot. n. 32516 del 18.4.2019, ha comunicato tanto al RUP del Comune di Antrodoco quanto alla società di progetto le risultanze istruttorie, nelle quali, sostanzialmente, venivano confermate le criticità esposte nella comunicazione di avvio del procedimento.

Ricevute le suddette risultanze, con nota acquisita al protocollo ANAC n. 40217 del 20.05.2019, la società Antrodoco Terme srl comunicava di aver esercitato il recesso nei confronti del Comune con nota inviata via PEC in data 28.01.2019. Per contro, il Responsabile del Procedimento inviava, con nota acquisita al protocollo ANAC n. 40563 del 21.05.2019, una relazione contenente osservazioni e chiarimenti in merito alle criticità riscontrate di cui si darà conto nel prosieguo.

### **Considerato in fatto**

Con deliberazione della Giunta Comunale n. 178 dell'1.12.2003 e n. 38 del 23.4.2005, il Comune di Antrodoco ha approvato il progetto esecutivo per la realizzazione di una Residenza Sanitaria per Anziani mediante affidamento di una concessione di costruzione e gestione con il concorso di capitale privato.

In seguito alla suddetta deliberazione, la società Nuova Carrel SPA (capogruppo) e l'Impresa Ceccarelli Franco hanno presentato una proposta *ex art. 37bis* L. 109/1994, che è stata posta a base della gara bandita, ai sensi dell'art. 37*quater*, in data 8.4.2006.

All'aggiudicazione, avvenuta in data 27.7.2006, faceva seguito il contratto sottoscritto tra il Comune e un'A.T.I. composta dalla capogruppo Nuova Carrel s.p.a. (con l'8% delle quote sociali) e dall'Impresa Ceccarelli Franco (con il 41% delle quote societarie), ambedue incaricate di eseguire i lavori oggetto di concessione, e da Isimed s.r.l. (in possesso del 51% delle quote sociali), incaricata di eseguire la gestione del servizio.

*Medio tempore*, la compagine sociale dell'A.T.I. aggiudicatrice ha subito **diverse modifiche soggettive**.

Nello specifico, in data 22.05.2007, con un primo atto, rep n. 67706, l'Impresa Ceccarelli Franco cedeva ad Isimed le proprie quote societarie (con la conseguenza che la società di progetto veniva ad essere composta per l'8% dalla Nuova Carrel s.p.a. e per il 92% dalla Isimed); con un secondo atto, rep. n. 67707 di pari data, la composizione sociale mutava ancora e per l'effetto la società di progetto risultava composta per il 90% da Isimed, per l'8% da Nuova Carrel s.p.a., per un 1% da Touritalia s.r.l. e, per il restante 1%, della Marinelli Costruzioni s.r.l.

Sulla contestuale modifica societaria illustrata interveniva la delibera n. 67 del 10.5.2007, con la quale la Giunta Comunale di Antrodoco rappresentava il nulla osta alla fuoriuscita dell'Impresa Ceccarelli Franco e esprimeva gradimento (*ex art. 35 co. 5 del contratto 7/2006*) al subentro della Touritalia s.r.l. e della Marinelli Costruzioni s.r.l. nelle quote della società di progetto detenute della IMPRESA CECCARELLI FRANCO, previo accertamento dei requisiti di qualificazione in capo alle subentranti.

Successivamente, interveniva un'ulteriore modifica (la cessione delle quote dalla NUOVA CARREL s.p.a. in liquidazione e della Touritalia s.r.l. alla Sereni Orizzonti s.p.a. avvenuta con atto notarile del 19.12.2014, rep. n. 188), sulla quale il concedente esprimeva un gradimento, *ex art. 35 L. 109/94* (cfr. delibera della Giunta comunale n. 7 del 26.1.2015), poi annullato in autotutela per violazione dell'art. 37*quinqies* L. 109/94, in quanto le subentranti non erano in possesso dei requisiti di qualificazione (cfr. delibera della Giunta Comunale n. 27 del 20.4.2015).

Come sostenuto nella propria relazione dal RUP, nonostante l'intervenuto atto di autotutela, l'atto di cessione ha prodotto i propri effetti traslativi. Sennonché la Sereni Orizzonti conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Velletri, la Nuova Carrel spa in liquidazione per vedere, tra l'altro, dichiarata la nullità del contratto di cessione intervenuto *inter partes*. Con

sentenza n. 1857/2017 depositata in data 13.06.2017, il Giudice dichiarava nullo il contratto di cessione in questione.

Con la delibera n. 28 del 30.10.2015 (dunque prima della pronuncia di nullità appena riportata) il Consiglio comunale di Antrodoco esprimeva il gradimento ad un'ulteriore modifica della composizione societaria (con la quale ISIMED s.r.l. cedeva le proprie quote alla Sereni Orizzonti s.p.a., la quale ulteriormente cedeva l'1% delle quote alla E.D. impianti s.r.l.). Al riguardo, deve puntualizzarsi che la delibera di gradimento da ultimo citata - a differenza delle precedenti - afferma, anche sulla base di un parere legale reso da un avvocato al quale si è rivolto il Comune, che la cedente ISIMED s.r.l. non fosse titolare di quote qualificanti, in quanto la precedente cessione (dall'Impresa Ceccarelli Franco alla ISIMED s.r.l.) non comprendeva anche la traslazione dei requisiti di qualificazione.

In data 11.12.2018, la società di progetto comunicava l'intervenuta cessione di ramo d'azienda della ED Impianti srl alla ED impianti costruzioni tecnologiche srl.

Secondo il RUP, tralasciando la prima cessione avvenuta in spregio degli artt. 35 del contratto e 37**quinquies** della L. 109/1994, la società di progetto avrebbe sempre mantenuto i requisiti di qualificazione per l'esecuzione dell'opera, in quanto la sentenza del Tribunale di Velletri, dichiarando la nullità del contratto di cessione delle quote tra la Nuova Carrel spa in liquidazione e la Sereni Orizzonti, avrebbe consentito alla stessa società di progetto di poter contare sui requisiti di qualificazione riconducibili alla Nuova Carrel spa in liquidazione. Ciò nonostante, lo stesso RUP ritiene che vi siano profili di difformità rispetto a quanto previsto dall'art. 37**quinquies** della L. 109/1994 per quanto riguarda la cessione tra Isimed e Nuovi Orizzonti spa nella parte in cui non distingue tra i requisiti di qualificazione ad eseguire l'opera e quelli di qualificazione a gestirla.

Sotto diverso profilo, con specifico riguardo al **mancato adeguamento del progetto preliminare posto a base di gara alla normativa antisismica sopraggiunta** prima dell'indizione della gara (nello specifico, OPCM 3274 del 20.3.2003 e il DM 14.09.2005), il RUP afferma che non vi sarebbe stato in capo alla stazione appaltante alcun obbligo di revisione degli elaborati sia perché vi sarebbero state numerose proroghe (almeno fino a tutto il 30.06.2009) per l'entrata in vigore delle disposizioni in questione; sia in quanto l'art. 2 del contratto concluso tra Comune e società di progetto avrebbe demandato l'adeguamento del progetto definitivo e di quello esecutivo al Concessionario.

Adeguamento, quest'ultimo, che sarebbe avvenuto con la presentazione, nel 2007, di un progetto - qualificato come variante - da parte del Concessionario, approvato con delibera della Giunta Comunale n. 78/2017.

Con riguardo allo stato di esecuzione del contratto, è stato confermato che non sono state realizzate le opere previste, né, di conseguenza, è stato dato avvio alla relativa gestione.

La responsabilità, secondo il RUP, sarebbe imputabile esclusivamente al Concessionario.

Al di là delle riferite revisioni del progetto iniziale (alcune intervenute senza il coinvolgimento del Comune, altre sottoposte alla stazione appaltante, come l'ipotesi di scorporo della realizzazione delle RSA e quella delle terme), il RUP lamenta, in ogni caso, che la società di progetto non avrebbe adeguato il progetto presentato nel 2007 e approvato dalla Giunta Comunale solo nel 2017 a quanto comunicato dal Genio civile con nota del 13.4.2017, secondo il

quale le opere oggetto di appalto sono qualificabili, in conformità al D.M. 14.01.2008, di “*classe d’uso IV*”.

Quest’ultimo adeguamento, tuttavia, sebbene richiesto dal RUP, non sarebbe mai stato inviato al Comune; così come non sarebbero stati inviati al Comune, a partire dall’anno 2016, i progetti completi di tutti i documenti necessari (quale, a titolo esemplificato, il computo metrico estimativo, gli elenchi prezzi, i capitolati speciali, il cronoprogramma).

Inoltre, il RUP riferisce di diverse richieste avanzate dal Comune, negli anni, per ottenere i documenti aggiornati (quali il PEF o il cronoprogramma) al Concessionario, il quale non avrebbe mai fornito riscontro.

Passando alla criticità formulata con riguardo alla **validità delle garanzie richieste ex lege**, il RUP rileva la possibile validità della polizza fideiussoria in quanto, nonostante l’espressa indicazione della validità della stessa fino al 7.7.2007, l’art. 2 delle condizioni generali di contratto prevedeva che l’efficacia della garanzia cessasse all’emissione del collaudo provvisorio. Con riguardo alla differenza dei soggetti intestatari della polizza, sulla quale conviene anche il RUP, lo stesso rileva, in ogni caso, che gli originari contraenti (ossia la Nuova Carrel Spa e Impresa Ceccarelli Franco) sarebbero comunque diversi dalla società di progetto Antrodoco Terme srl.

Con riguardo, invece, alla polizza RC, il RUP sostiene che - al di là dei dubbi relativi alle modifiche soggettive della compagine sociale della società di progetto, alle quali non hanno fatto seguito analoghe modifiche nelle polizze assicurative prodotte - la stessa sarebbe ancora valida in quanto la data di efficacia della garanzia sarebbe il giorno 10.11.2009 o il giorno di emissione del certificato di collaudo provvisorio.

Ad ogni modo, il RUP afferma che, in seguito ad alcune vicende che hanno interessato nel corso degli anni la compagnia assicurativa “Fondiarina Sai”, non sarebbe, attualmente, nemmeno nota la nuova assicurazione alla quale rivolgersi per ottenere l’eventuale escussione delle garanzie.

In via conclusiva, nella propria relazione del 20.05.2019, il RUP conveniva sulle criticità rilevate e manifestava la propria intenzione di risolvere il contratto in essere con il Concessionario, impegnandosi a presentare, entro 20 giorni, una delibera per la risoluzione del contratto da trasmettere poi all’Autorità.

In risposta ad una richiesta di aggiornamento avanzata da questa Autorità prot. n. 68971 del 4.09.2019, il RUP, con nota prot. n. 80342 del 11.10.2019, ha comunicato di aver inviato nella stessa data al Sindaco del Comune di Antrodoco e al Responsabile dell’Ufficio contenzioso una proposta di deliberazione per la risoluzione del contratto.

In data 22.11.2019, con nota prot. n. 93951, il RUP, in risposta ad un’ulteriore richiesta di aggiornamenti (prot. n. 88028 del 5.11.2019), ha comunicato di aver dovuto adeguare la propria proposta di delibera alle indicazioni contenute in un parere legale commissionato dal Sindaco. La nuova delibera è stata adottata dalla Giunta comunale in data 22.11.2019 e, in attuazione della stessa, il RUP ha richiesto al D.L. di procedere alla formale contestazione degli addebiti al Concessionario.

Con nota prot. n. 96927 del 25.11.2019, Antrodoco Terme Srl ha comunicato ad ANAC di non aver avuto alcun riscontro da parte del Comune, dal quale, tra l’altro, sarebbe in attesa dell’indicazione del nominativo del rispettivo arbitro, volto a definire le conseguenze del recesso unilaterale disposto dalla Antrodoco Terme Srl, nel gennaio 2019 (cfr. protocollo ANAC n. 40217 del 20.05.2019).

Il RUP, con nota prot. 100165 del 12.12.2019, ha confermato di aver avuto notizia da parte del direttore dei lavori dell'avvenuta contestazione degli addebiti al Concessionario e ha rappresentato di aver saputo che la richiesta di arbitrato, avanzata dal Concessionario, è stata ricevuta dall'Area Affari Generali e si è impegnato a comunicare ogni ulteriore aggiornamento all'Autorità.

### **Considerato in diritto**

Tanto premesso in punto di fatto, occorre preliminarmente osservare come le considerazioni e le osservazioni tutte compiute dalla stazione appaltante confermano che, dall'aggiudicazione, avvenuta nel 2005, l'amministrazione comunale ha adottato una condotta che non pare conforme ai principi di efficienza, efficacia e buon governo dell'azione amministrativa prevista dall'art. 1 della L. 109/1994.

Infatti, dall'istruttoria condotta vengono sostanzialmente avvalorate le criticità inizialmente formulate con riguardo alla cessione delle quote della società di progetto, al completamento dei lavori e all'avvio della gestione nonché alla validità delle polizze fideiussorie, senza che l'amministrazione si sia avvalsa tempestivamente –nemmeno in seguito alla comunicazione delle risultanze istruttorie- dei rimedi che l'ordinamento le avrebbe offerto.

Tanto premesso, in via generale, preme analizzare singolarmente le criticità rilevate.

#### **1. Quanto alle cessioni delle quote sociali**

Con specifico riguardo alle modifiche societarie, viene in rilievo l'art. 37 *quinquies* della legge n. 109/1994, il quale demanda al contratto la disciplina delle modalità dell'eventuale cessione delle quote della società di progetto, con l'unico vincolo rappresentato dal fatto che i soci che hanno concorso a formare i requisiti di qualificazione sono tenuti a partecipare alla società ed a garantire, fino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera, il corretto adempimento degli obblighi assunti del concessionario.

Il contratto rep. n. 7/2006 dedica l'art. 35 alla costituzione della società di progetto e alle modalità di cessione delle quote sociali, prevedendo, quanto a quest'ultimo aspetto, che, fermo restando la necessità del conseguimento di un preventivo gradimento e/o approvazione da parte del Cedente (art. 35, ultimo cpv), *“i soci della Società di progetto, che hanno concorso all'aggiudicazione della Concessione, possedendo i requisiti previsti per la costruzione dell'Opera, hanno facoltà di cedere in tutto o in parte la propria partecipazione di capitale sociale a far data dal collaudo provvisorio della stessa”* (art. 35, secondo cpv); mentre, per quanto attiene alla cessione di quote qualificanti la gestione, l'alienazione sarebbe possibile in ogni momento, purché il subentrante possieda le medesime qualifiche del socio uscente(art. 35, terzo cpv).

Dal combinato disposto dell'art. 37 *quinquies* della L. 109/1994 e dell'art. 35 del contratto 7/2006, discende, tra l'altro, l'obbligo per il concedente di esprimere il proprio gradimento dopo aver ovviamente accertato la permanenza dei requisiti di qualificazione dei subentranti e dopo aver verificato il rispetto delle condizioni contrattuali previste.

Nel caso di specie, la condotta della Stazione appaltante pare porsi in contrasto *prima facie* con detto obbligo, nella misura in cui la stessa, già con riguardo alla prima cessione, non avrebbe dovuto rilasciare il nulla osta alla fuoriuscita dell'Impresa Ceccarelli Franco.

Al di là del fatto che - come, peraltro, ammette la stazione appaltante - con la fuoriuscita dell'Impresa Ceccarelli Franco, la società di progetto non sarebbe stata più adeguatamente

qualificata, il nulla osta espresso dal Comune si pone comunque in conflitto anche con l'art. 35, secondo capoverso del contratto, secondo cui la cessione di quote sociali detenute da operatori economici che abbiano concorso a formare i requisiti previsti è possibile *“solo a far data dall'emissione del collaudo provvisorio dell'Opera”*. Violazione, quest'ultima, che deve ritenersi perpetrata anche con riguardo a tutte quelle ulteriori cessioni che si sono susseguite negli anni interessando quote sociali “qualificanti” relative ai requisiti di costruzione che non sarebbero potute comunque essere trasferite prima dell'emissione del certificato di collaudo provvisorio.

Ferma la portata assorbente delle considerazioni appena svolte, si deve aggiungere un'ulteriore circostanza che permette di inquadrare ancora meglio la condotta che ha contraddistinto il concedente.

In occasione della cessione avvenuta con atto notarile rep. n. 19.12.2014, rep. n. 188 e che ha visto il subentro di Sereni Orizzonti Spa, la stazione appaltante ha espresso, con delibera della Giunta comunale n. 7 del 26.1.2015 (dunque, successiva alla stipula del suddetto atto di cessione), un assenso, che poi ha annullato in autotutela (con delibera della Giunta Comunale n. 27 del 20.4.2015), senza, tuttavia, che quest'ultimo provvedimento abbia potuto dispiegare effetti sulla cessione stessa, già perfezionata.

Nonostante ciò, e volendo anche trascurare che l'ultimo capoverso dell'art. 35 del contratto rep 7/2006 (che prevede che *“per le cessioni ... è richiesto il gradimento e/o approvazione preventiva espressa da parte del Concedente”*: gradimento che, nella fattispecie, non è stato preventivo bensì successivo), la stazione appaltante ha mantenuto in essere il rapporto negoziale senza assumere alcuna iniziativa, pur nella consapevolezza dell'assenza dei requisiti qualificanti in capo alla società di progetto nella sua nuova formulazione.

Al riguardo, la circostanza che la cessione in questione sia stata poi dichiarata nulla dal Tribunale di Velletri, nel 2017, non pare possa rappresentare un'esimente o una scusante a favore del concedente, atteso che, per stessa ammissione del RUP, lo stesso si sarebbe attivato per ricevere copia della relativa sentenza solo in data 15.5.2019 e, *medio tempore*, non risulta che la stazione appaltante si sia diversamente attivata. Anzi, la parte motiva della sentenza (che accerta la nullità del contratto di cessione, per violazione dell'art. 184 D.Lgs. 163/2006) conferma la correttezza della decisione di autotutela adottata dalla stazione appaltante e, con essa, l'erroneità dell'assenso espresso e della prosecuzione del rapporto con soggetto non più legittimato (o della omessa interruzione del rapporto stesso).

## **2. Quanto al mancato adeguamento del progetto posto a base di gara.**

Nella propria relazione, il concedente ammette che il progetto posto a base di gara non fosse in linea con la normativa allora vigente in materia antisismica, giustificando detta circostanza sulla base di due ragioni: la prima rappresentata dal fatto che nella normativa antisismica susseguitasi a partire dal 2003 prevedeva una serie di proroghe (almeno fino a tutto il 30.06.2009) in ordine alla cogenza delle relative disposizioni, tale da consentire in ogni modo l'applicazione della normativa previgente; l'art. 2 del contratto, poi stipulato con l'ATI aggiudicataria, rimetteva in capo al concessionario l'onere di aggiornare anche il progetto all'eventuale normativa sopravvenuta.

Al riguardo, viene in rilievo l'art. 30, comma 6 della L. 109/1994 secondo il quale *“prima di iniziare le procedure per l'affidamento dei lavori, le stazioni appaltanti devono verificare, nei termini e con le modalità stabiliti dal regolamento, la rispondenza degli elaborati progettuali ai documenti di cui all'articolo 16, commi 1 e 2, e la loro conformità alla normativa vigente”*.

Se la stazione appaltante avesse ritenuto di voler far ricorso alla normativa previgente in materia antisismica – dunque ricorrendo a quelle richiamate “proroghe” previste nella normativa che si è, in materia, nel tempo susseguita – allora non si comprende la ragione per la quale il concedente, a pag. 13 della delibera n. 78 del 19.5.2007, abbia puntualizzato che “*il progetto deve essere aggiornato sulla base della nuova normativa sismica*”, posto che detto adeguamento sarebbe stato obbligatorio, a dire della stazione appaltante, solo a partire dal 30.06.2009.

Delle due l’una: o la stazione appaltante ha ritenuto corretti gli elaborati progettuali posti a base di gara e, dunque, non appare corretta la richiesta di un loro aggiornamento prima del 30.06.2009; o la stazione appaltante ha errato nel porre a base di gara quegli stessi elaborati.

### **3. Quanto alla validità della polizza fideiussorie e dell’assicurazione R.C.**

Con riguardo alla perdurante efficacia delle garanzie, tanto quella relativa alla cauzione definitiva quanto quella relativa alla responsabilità civile, si confermano i dubbi circa la loro validità.

Dal punto di vista temporale, il RUP sostiene che tutte le garanzie parrebbero essere ancora efficaci: la cauzione definitiva sarebbe efficace in ragione dell’art. 2 delle condizioni generali di contratto, secondo cui la garanzia sarebbe efficace fino all’emissione del collaudo provvisorio; l’assicurazione R.C., invece, sarebbe valida fino al giorno 10.11.2009 o giorno di emissione del certificato di collaudo.

Quanto alla cauzione definitiva, la scheda riepilogativa è chiara nell’individuare scadenza della garanzia il 7.07.2007; con riferimento all’assicurazione R.C., deve ritenersi estinta la relativa efficacia, posto che – diversamente da quanto sostiene il RUP – la polizza prevede la cessazione della copertura assicurativa il “*10/11/2009 od il giorno di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, se antecedente la data sopra riportata, con il massimo di 12 mesi dalla data di fine lavori*”, individuata nella polizza stessa al 10.11.2008. In altri termini, l’assicurazione R.C. avrebbe cessato di essere efficace il 10.11.2009.

Tuttavia, anche volendo tralasciare le considerazioni svolte con riguardo all’efficacia temporale delle suddette garanzie, le perplessità in ordine alla validità delle stesse vengono confermate analizzando le polizze con riguardo all’identità dei contraenti. Infatti, anche alla luce delle allegazioni del Comune, pare fuori discussione che, dal punto di vista soggettivo, i contraenti originali di ambedue le garanzie in questione siano differenti rispetto a quelli che attualmente detengono le quote della società di progetto, in seguito alle numerose variazioni delle compagini sociali di cui si è dato conto in fatto.

Priva di pregio appare, poi, la considerazione svolta dal Comune in ordine alla circostanza che, ad ogni modo, nella cauzione definitiva, non sarebbe comunque indicata la denominazione della Antrodoco Terme, bensì quella di Nuova Carrel Spa e Impresa Ceccarelli Franco (soggetti incaricati di eseguire i lavori oggetto di appalto). Infatti, anche a voler tutto concedere alla tesi del RUP (secondo cui la società di progetto non avrebbe mai sottoscritto la cauzione definitiva e volendo ritenere non applicabile l’art. 37 *quinquies* L. 109/1994 in punto di effetti della costituzione, in seguito all’aggiudicazione, della società di progetto in sostituzione dell’aggiudicatario), questa circostanza non potrebbe che deporre a sfavore del Comune che, avallando questa tesi, avrebbe accettato, senza contestazione alcuna, una cauzione definitiva stipulata da un soggetto differente da quello che avrebbe poi dovuto eseguire i lavori.

Ad ogni modo e in un'ottica più generale, non risulta dalla documentazione agli atti che il Comune, pur avendo espresso il proprio gradimento ad alcune delle modifiche societarie, si sia poi preoccupato di richiedere la valida costituzione (o estensione) di garanzie che tenessero conto del mutato assetto societario del concessionario.

#### **4. Quanto alla responsabilità della stazione appaltante, anche in merito alle vicende più recenti.**

Con riguardo alla fase di esecuzione del contratto, si deve osservare come i lavori, sebbene consegnati nel 2006, ad oggi non sono ancora stati non solo completati, ma addirittura neanche iniziati, in quanto, attualmente, si verte ancora nella fase della redazione della progettazione, peraltro nemmeno in stato avanzato (attesa la dedotta mancanza di documentazione necessaria quale ad esempio il computo metrico estimativo definitivo e il quadro economico, il cronoprogramma e l'elenco prezzi unitari e analisi prezzi).

Ora, a fronte delle evidenti problematiche con il concessionario - confermate anche in fase di istruttoria - l'amministrazione comunale conferma la pubblica utilità dell'opera oggetto di appalto e impartisce ordini al RUP per continuare, invero con scarsi risultati, il rapporto negoziale in essere con la società di progetto.

A fronte dei numerosi ritardi ed inadempimenti lamentati dalla stazione appaltante, dunque, la stessa non si è avvalsa, se non tardivamente, dei rimedi offerti dall'art. 119 del DPR 554/1999, né, a quanto consta, ha mai fatto ricorso alle specifiche previsioni in tema di risoluzione previste dal contratto (specificamente all'art. 31). E tanto, nonostante la stazione appaltante abbia condiviso le criticità formulate da questa Autorità, da ultimo, con le risultanze istruttorie trasmette tanto al concedente quanto al concessionario.

La condotta - se non inerte, quantomeno poco proattiva - della stazione appaltante può essere, inoltre, apprezzata dal punto di vista della responsabilità amministrativa, nella misura in cui, per un verso, appare arduo poter escutere le diverse garanzie costituite nel 2006 e, per l'altro, il concessionario ha prima esercitato il diritto di recesso e poi richiesto la devoluzione delle proprie doglianze ad un arbitrato.

Al riguardo, senza entrare nel merito della legittimità del recesso (che il contratto rep. 7/2006 circoscrive a condizioni molto stringenti), né della richiesta di devoluzione della questione ad un collegio arbitrale (in relazione alla quale sorgono, in linea di principio, perplessità sull'ammissibilità dello stesso in quanto: il concessionario ha già esercitato il recesso; il contratto rep. n. 7/2006 disciplina le conseguenze del recesso, anche dal punto di vista delle pretese economiche; il contratto non contempla espressamente, all'art. 40, rubricato "arbitrato", il recesso tra gli istituti che possono essere oggetto di competenza arbitrale<sup>1</sup>; l'arbitrato deve essere preceduto da un infruttuoso tentativo di accordo bonario, di cui non vi è prova), è di tutta evidenza che differenti sono le conseguenze, anche risarcitorie, a cui il concedente si è esposto non procedendo ad una tempestiva risoluzione del rapporto contrattuale con il concessionario, e trovandosi ora destinatario di un'istanza di recesso del contratto da parte del concessionario. Infatti, almeno dal giugno 2009, e a fronte del mancato o tardivo adeguamento o consegna della documentazione, deve ritenersi integrato un inadempimento grave che, unito alle illegittime

---

<sup>1</sup> In particolare, l'art. 40 devolve all'arbitrato le controversie relative "all'interpretazione, esecuzione, risoluzione, validità ed efficacia" della convenzione.

modifiche soggettive e all'inadeguatezza delle garanzie prodotte, avrebbero giustificato la risoluzione del contratto.

In questo senso, infatti, fermo la possibilità di risoluzione in danno del concessionario, l'art. 31 del contratto *de quo* prevede che, in caso di mancato adeguamento alla diffida formulata dal concedente al concessionario, l'istituto finanziatore può porre rimedio agli inadempimenti lamentati operando il subentro con società terze; per contro, in caso di recesso, l'art. 32 del contratto prevede che "il Concessionario avrà diritto al pagamento delle somme di cui al successivo art. 33, comma 3, lett. a) e b)" ovvero dei costi sostenuti dal concessionario e le penali e gli oneri finanziari sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione.

Inoltre, si deve osservare come, pur a fronte degli inadempimenti e dei ritardi che il concedente imputa al concessionario, il primo non abbia mai, in più di tredici anni di andamento anomalo del contratto, applicato nei confronti di quest'ultimo alcuna penale prevista dall'art. 25 del contratto in questione.

Tutto ciò premesso e considerato,

### **Delibera**

di ritenere, ai sensi dell'art. 16 co. 1 lett. a) del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 9.12.2014, che:

- le modifiche della compagine sociale della società di progetto Antrodoco Terme non risultino conformi né alla normativa applicabile alla fattispecie, né alle disposizioni del contratto stipulato *inter partes*;
- la condotta assunta dal concedente dalla stipula del contratto ad oggi sia in contrasto con i principi sanciti dalla normativa di riferimento, come meglio specificato in narrativa.

La stazione appaltante è altresì invitata a comunicare all'A.N.AC. le determinazioni al riguardo assunte, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente delibera, ai sensi dell'art. 16, co. 2 del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 9.12.2014.

Il presente provvedimento è pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità.

*Il Presidente f.f.*  
*Francesco Merloni*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 febbraio 2020

Il Segretario *Maria Esposito*