

Deliberazione n. 110 del 21 dicembre 2011

Oggetto: Costruzione dell'Ospedale del Mare di Napoli a cura della A.S.L. Napoli 1 - Centro.

Il Consiglio

- Visto il Piano ispettivo approvato dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 17 luglio 2011;
- Visto il Regolamento in materia di attività di vigilanza di cui all'art.8, co.3, del d.lgs. n.163/2006, pubblicato sulla GURI il 16 agosto 2011;
- Visto il procedimento ispettivo avviato con nota del 26.07.2011 n.78591;
- Visto il verbale dell'ispezione svolta il 4 e 5 agosto 2011;
- Vista la relazione dell'Ufficio VICO NI-1 del 14 novembre 2011;
- Vista relazione dell'Ufficio VICO NI-1 del 20 dicembre 2011;
- Visto il parere dell'UG del 28.11.2011;
- Visto il parere dell'Ufficio Contenzioso n.0123256 del 12.12.2011.

Premesse

La costruzione del Nuovo Ospedale del Mare di Napoli, a cura della A.S.L. Napoli 1 - Centro (già A.S.L. Napoli 1), ha il fine di dismettere i presidi ospedalieri di Ascalesi, Annunziata e Loreto Mare, e, in tal guisa, attuare la riqualificazione dei grandi centri urbani ex art.71 della legge 448/98.

L'opera, ubicata nella periferia sud-est di Napoli, in fase di avanzata esecuzione ma in condizioni di stallo delle attività, è stata affidata dal Presidente della regione Campania - designato "Commissario ad acta per la prosecuzione del Piano di Rientro della Regione Campania" con delibera del Consiglio dei Ministri in data 24.07.2009 - a un Commissario ad acta, individuato nel Direttore U.O.S.C. - Gestione delle attività tecniche e manutentive, della Azienda Ospedaliera a Rilievo Nazionale (A.O.R.N.) Antonio Cardarelli (Ospedale Cardarelli), di Napoli.

Allo stato, il Commissario ad acta ha proposto al Presidente della Giunta regionale della Campania, uno schema di transazione con il Concessionario sul quale si è espressa favorevolmente l'Avvocatura dello Stato con due pareri, rispettivamente n.42919 del 7.4.2011 e n.95526 del 30.7.2011.

Considerato in fatto

Il Concessionario è stato designato con la procedura di cui all'art.19, co. 2 e art.21, co.2, lett.b), della legge n.109/94 e art.91 del DPR n.554/99, sulla base di un progetto preliminare redatto dalla ASL NA 1 nel dicembre 2003, ispirato ai modelli indicati dal Prof. Umberto Veronesi e arch. Renzo Piano, secondo le linee del cd. "Meta-progetto Renzo Piano". Prevede 500 pl di cui: per Degenza ordinaria 333 pl; Day-hospital e day-surgery 80 pl; Terapia intensiva 37 pl; Degenza low-care 50 pl. La convenzione di concessione è stata sottoscritta in data 21.10.2004.

Per la realizzazione dell'opera e per i connessi aspetti urbanistici, nonché per le esigenze della conferenza dei servizi, è stato sottoscritto un protocollo d'intesa tra Regione Campania, Comune di Napoli ed ASL NA 1. Il protocollo è sottoposto al monitoraggio dal "Comitato di coordinamento per la vigilanza sull'accordo".

L'oggetto della convenzione di concessione riguardava, oltre alla progettazione, costruzione ed esproprio delle aree, i servizi di gestione tecnica ed economica degli edifici. Le opere dovevano essere realizzate in 42 mesi con una durata della concessione

pari a 300 mesi. L'investimento totale previsto in origine di € 210.639.715,35 era ripartito per € 128.153.483,91 per la costruzione, € 35.280.000 per le forniture ed € 47.206.231,43 a disposizione dell'amministrazione. Il 57 % a carico della Pubblica Amministrazione, il 43 % a carico del privato.

La copertura finanziaria di parte pubblica veniva assicurata con un mutuo dello Stato al 95 % e al 5 % della Regione Campania (art.20, Legge 67/88 e art.71 legge 448/98). Il corrispettivo previsto in conto capitale, erogato a s.a.l., era pari a € 119.153.189; per la gestione si prevedeva un canone, da aggiornare ogni anno, differenziato per i vari servizi elencati nella convenzione.

Al 2010, sono stati emessi n.28 certificati di pagamento di altrettante rate (il 1° al 25.5.2006, l'ultimo al 15.06.2009) per un totale di € 69.610.102,33 e n.3 certificati di pagamento per lavori eseguiti nel periodo dal 16.06.2009 al 30.04.2010 per un totale di € 2.636.897,75.

L'assetto societario del Concessionario è risultato: la Partenopea Finanza di Progetto S.p.A. (PFP SpA), subentrata ai sensi dell'art.37-quinquies della Legge n.109/94 nella titolarità della convenzione affidata all'ATI Astaldi SpA con Delibera D.G. n.1078/2004 è composta da: Astaldi S.p.A. (mandataria); Giustino Costruzioni S.p.A., Siemens S.p.A., Ing. C. Coppola Costruzioni s.r.l., Ing. F.&R. Girardi Costruzioni Industriali S.p.A. (mandanti).

Le motivazioni per le quali l'esecuzione dell'opera è stata commissariata sono i gravi ritardi nella esecuzione, l'andamento anomalo degli stessi, la non ottemperanza della A.S.L. Napoli 1 alle varie diffide ad adeguarsi alle prescrizioni del "Comitato di coordinamento per la vigilanza sull'accordo". Si era infatti determinata una forte contrapposizione tra ASL NA 1 e Concessionaria a causa, in particolare, di una perizia di variante redatta dalla PFP SpA a seguito del nuovo "Piano regionale ospedaliero" della Campania di cui alla LR n.24/2006 (in seguito attuato prima con la Legge regionale n.16/2008 e poi con le misure previste nel Decreto n.49/2010), ma mai approvata dalla ASL NA 1 (delibera n.893 del 3.10.2008). La ASL NA 1 rilevava lavori in difformità dal progetto e, pur se li riconosceva accettabili, non li ammetteva in contabilità in quanto non coperti dall'approvazione della detta perizia di variante; la mancata approvazione della perizia, comportava però il rallentamento dei lavori da parte della Concessionaria fino al blocco degli stessi. La G.R.C. si determinava quindi a nominare con D.P.G.R.C. n°133/2009 un Commissario ad acta per operare celermente, in via sostitutiva, la ripresa delle attività.

A tale situazione di degrado dei rapporti ASL NA 1 e PFP, si aggiungeva un procedimento penale ... [omissis] ... a seguito anche di una segnalazione dello stesso Commissario ad acta alla Procura della Repubblica, conclusosi con ... [omissis] ...

Il Commissario, ha proposto al Presidente della Giunta Regione Campania, una ipotesi di risoluzione consensuale del contratto di concessione (proposta di transazione del 28.07.2011).

La proposta contiene la risoluzione del Contratto di concessione originario del 21.10.2004 e contemporaneamente un distinto contratto con il medesimo Concessionario, al fine di completare la sola costruzione dell'opera originaria, senza dunque la gestione dei servizi e con la revoca del contributo privato di cui al Piano Economico Finanziario, nonché con la rinuncia all'arbitrato in corso.

A tale soluzione il Commissario giungeva dopo aver valutato diversi scenari per far fronte alla ripresa dei lavori, pure partecipati in via preliminare allo stesso Presidente, con nota prot. n.19/CAodm del 04.02.2011, scenari coi riassumibili:

a) adozione di variante al concessionario (limitatamente al nuovo assetto delle discipline clinico - sanitarie e ulteriori posti letto alla luce del Decreto n.49/2010, come pure, l'aumento dei posti letto da adibire a terapia intensiva, ed altri reparti, tutti nell'ottica di caratterizzare l'ospedale quale centro della cura del trauma), nuove opere aggiuntive al concessionario (in concomitanza del passaggio da presidio ospedaliero ad azienda ospedaliera di rilevanza nazionale, A.O.R.N., alla luce del Decreto n.49/2010);

b) adozione di variante al concessionario (come sopra) e nuove opere aggiuntive alla luce del Decreto n.49/2010 (come sopra) da affidare ad ulteriore soggetto con procedura di evidenza pubblica;

c) risoluzione contrattuale.

Su tali proposte il Presidente della Giunta Regionale richiedeva, un parere all'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, con articolata nota n.1600/C del 02.03.2011. L'Avvocatura Distrettuale dello Stato con il citato parere n.42919-P del 07.04.2011 consigliava, in sintesi, come strada percorribile "immune da profili di illegittimità" la risoluzione consensuale del contratto.

Il Presidente, all'esito di tale parere, invitava il Commissario ad acta "ad attenersi alle indicazioni e suggerimenti ivi formulati e, quindi, a porre in essere gli atti propedeutici a ciò finalizzati, avvalendosi per ciascuna determinazione da assumere, già in questa fase, esclusivamente dell'assistenza e supporto legale della stessa Avvocatura distrettuale, oltretutto, laddove avessero a verificarsi le condizioni per la loro instaurazione, durante quella delle negoziazioni per la eventuale definizione consensuale del rapporto concessorio".

Il Commissario ad acta raggiungeva un'intesa preliminare con il Concessionario, prevedendo la risoluzione alla luce del parere dell'Avvocatura, ma aggiungendo, rispetto ai tre scenari delineati in fase propositiva, l'affidamento dei lavori strettamente necessari al completamento delle opere già contrattualmente affidate, ivi comprese le opere per l'adeguamento al Decreto n.49/2010, al medesimo Concessionario, senza procedure di evidenza pubblica, ben intesi, limitatamente ai plessi già edificati secondo il contratto, i cui lavori sono stati conteggiati, ad oggi, per l'importo di € 69 ml su € 128 Mln.

Le nuove parti di opere (altri edifici e parcheggi, ecc.) derivanti dal citato Decreto n.49/2010, assommanti a circa € 32 Mln, le ulteriori apparecchiature elettro-biomedicali, necessarie a rendere funzionante l'opera, assommanti a circa € 40 Mln, i servizi della originaria concessione (dalla manutenzione edile ed impiantistica ed apparecchiature elettro-biomedicali, alla pulizia, ai servizi *no core*, ristorazione, rifiuti, albergo, ecc.), saranno realizzate con distinti contratti da affidare con procedure di evidenza pubblica ex d.lgs. n.163/2006.

Lo schema di accordo transattivo, nei termini concisamente indicati, veniva ri-sottoposto alla Avvocatura, la quale, con parere n.92526P del 30.07.2011, comunicava il nulla osta alla definizione transattiva della vicenda.

Per conformarsi all'Atto di indirizzo n.3284/C del 14.01.2010 del Presidente della G.R.C., in altre parole, trovare una soluzione idonea al completamento dell'opera a fronte dei ritardi registrati da parte della stazione appaltante, il Commissario ad acta, già con nota n.19/CAodm del 4.2.2011, esplicitava dettagliatamente al Presidente della G.R.C. le criticità delle diverse soluzioni, evidenziando i maggiori tempi ed i maggiori costi qualora fossero state riappaltate le opere necessarie a completare l'opera originaria ad un distinto soggetto, ed i maggiori costi per il presumibile esito dell'arbitrato in corso.

Nella citata nota, faceva leva, tra l'altro, sulla consistente aliquota di contratto già eseguita per circa il 54% delle opere della concessione originaria (degenze 52,84 %; poliambulatorio 45,66 %; hall 54,25%; l'albero dei collegamenti orizzontali su tre livelli dalla hall all'edificio ospedale 78,40 %; albergo 97,91 %; edificio direzionale 90,84 %; edificio impianti 29,57 %; sovrappasso pedonale 55,41%; cunicolo impianti 91,39 %; sistemazioni esterne 14,21 %; impianto ICT 0%; apparecchiature elettromedicali 0%). I termini del proposto accordo risultavano:

- rinuncia da parte di P.F.P. S.p.A. a tutte le richieste formulate nel giudizio arbitrale pendente ed a qualsiasi ulteriore richiesta inerente direttamente o indirettamente la Concessione e la sua risoluzione;
- impegno di P.F.P. S.p.A. di effettuare l'ulteriore progettazione definitiva ed esecutiva dell'Ospedale del Mare a seguito delle modifiche necessarie ad adeguare la progettazione esistente alle nuove indicazioni impartite con Decreto n.49 del 2010;
- individuazione/predeterminazione del prezzo lordo complessivo che sarà necessario a completare l'opera originariamente progettata e da adeguare al Decreto di cui sopra in circa 148 Mln di euro (di cui Euro 100.288.576 oltre IVA) e finalizzati a: a) lavori originariamente previsti nella Concessione, non ancora eseguiti, compatibili con i nuovi atti di programmazione regionale; b) lavori originariamente non prevedibili, in modifica alle opere originarie, consequenziali ai nuovi atti di programmazione regionale; c) lavori oggetto di varianti (posta pneumatica, aggiornamento area ICT, completamento aule didattiche e sale conferenza) necessarie a rendere funzionale l'Opera;
- riconoscimento a P.F.P. S.p.A. dell'importo di € 44.000.000, a saldo e stralcio di ogni pretesa relativamente alla esecuzione della Concessione nonché della sua risoluzione

(tale importo è stato determinato in via transattiva ma all'esito dell'istruttoria tecnica ed economica svolta dal Commissario ad acta, con l'ausilio dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato, sulla documentazione probatoria presentata da P.F.P. S.p.A., che ne ha attestato la congruità e la debenza);

- stante l'indisponibilità di P.F.P. S.p.A. di riconoscere le richieste del Commissario ad acta in merito alla restituzione degli interessi per anticipato versamento al Concessionario del contributo pubblico nel corso dei lavori di Concessione e dei costi di cantierizzazione, ritenendo P.F.P. S.p.A. gli interessi non dovuti ai sensi della disciplina contrattuale della Concessione e i costi di cantierizzazione non rimborsabili, le Parti, hanno convenuto di transigere anche su tale divergenza, convenendo a compensazione, un ribasso del 7% su tutti i lavori di completamento dell'Ospedale del Mare e quindi sull'importo di € 100.288.576, ridefinito, pertanto, in € 93.268.375 oltre IVA;

- riconoscimento dell'80% dei costi sostenuti per l'asseverazione del P.E.F. pari ad euro 1.115.510, e di predisporre a compensazione a sua cura e spese il progetto preliminare (come definito dal D.P.R. n°207/2010) delle opere aggiuntive relative al passaggio da Presidio Ospedaliero ad Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale disposta dal Decreto n.49 del 2010 (parcheggi multipiano fuori terra, impianto fotovoltaico su parcheggi, fabbricato direzionale e fabbricato N.A.S.) il cui studio di fattibilità è stato già prodotto da P.F.P. S.p.A. nel corso del Tavolo di confronto; opere queste, da realizzate con distinto contratto da affidare con procedure di evidenza pubblica;

- rinuncia da parte del Committente a qualunque ulteriore pretesa di riconoscimento di costi, oneri e/o danni nei confronti di P.F.P. S.p.A. per tutto quanto inerente l'esecuzione della Concessione, la sua risoluzione ed i lavori eseguiti sino alla data di sottoscrizione dell'Atto transattivo;

- abbandono del giudizio arbitrale con oneri di difesa compensati e spese del Collegio Arbitrale, ivi compresi gli onorari degli arbitri e del segretario, suddivisi in parti uguali ma limitatamente all'attività svolta.

Allo stato, l'accordo è all'esame del Presidente della G.R.C.; i corrispettivi riconosciuti a P.F.P. S.p.A. nell'ipotesi di accordo transattivo di cui sopra, limitatamente all'accordo bonario relativo all'abbandono dell'arbitrato, sono da ricondurre, secondo il Commissario, a criticità succedutesi nel tempo dell'attività amministrativa della A.S.L. Napoli 1.

Il venir meno dell'apporto del contributo privato secondo lo schema originario della finanza di progetto, oltre alla spesa necessaria per fare fronte alla citata variante, induceva il Commissario, nella relazione n.154/CAodm dell'1.08.2011 trasmessa al Presidente della G.R.C. per la valutazione della conclusione dell'accordo, a porre quale *condicio sine qua non* per l'accordo, il reperimento dei fondi pubblici sostitutivi all'impegno privato e i maggiori costi delle varianti.

Circa lo stato dei lavori, gli stessi sono risultati sospesi dall'ottobre 2010, ed è stata attivata la procedura di licenziamento collettivo di 36 operai con l'impegno di riassumerli alla ripresa dei lavori. Circa il grafico degli scostamenti dei lavori rispetto al cronoprogramma, si è rilevato un normale allineamento della produzione dall'inizio dei lavori nel settembre 2005 fino a giugno 2007, e, invece, una continua divaricazione fino al mese di giugno 2009, mese nel quale si perveniva allo stallo delle attività. Mentre, il quadro complessivo dei subappalti (elenco delle imprese subappaltatrici e fornitrici con riferimento temporale dalla stipula del contratto ad oggi, con i dati societari e i riscontri ai fini del protocollo di legalità della Prefettura), risultava documentato con tabelle riepilogative chiare e complete di schede distinte in subappalti lavori, subappalti forniture in opera, subappalti servizi e subappalti forniture. Sono state rilevate nel complesso: n. 24 subappalti di lavori; n. 19 forniture in opera; n. 13 servizi; n.26 forniture. Sono stati altresì riportati gli estremi delle autorizzazioni rilasciate dalla Prefettura di Napoli in materia antimafia e autorizzazioni del Concedente.

In ordine ai maggiori costi, il progetto preliminare cui si riferisce la delibera D.G. n.1078 del 31.08.2004 di aggiudicazione definitiva, Contratto di concessione del 21.10.2004, rep. n°1158 del 28.10.2004, riporta i seguenti valori economici (da adeguare verosimilmente ai nuovi valori dell'IVA).

Opera originaria

Lavori e forniture € 162.096.920

così ripartite:

- Opere edili ed impiantistiche: € 128.428.541
- Apparecchiature elettro-medicali: € 33.668.379

Mentre, nell'ipotesi di risoluzione transattiva del 28.07.2011 si prevede:

Opera originaria con variante

(alla luce del Decreto n.49/2010, limitatamente alle sole opere già previste in contratto)

Lavori e forniture € 209.776.240

di cui:

- Opere edili e impiantistiche € 176.107.861

così ripartite:

- Opere edili ed impiantistiche (contratto originario) già eseguite e certificate: € 71.035.689
- Opere edili ed impiantistiche (opere aggiuntive Conferenza dei servizi), già eseguite e da certificare: € 6.623.82
- Opere edili ed impiantistiche (contratto originario), da eseguire: € 53.587.992
- Opere edili ed impiantistiche (variante), limitatamente alle sole opere già previste nel contratto: € 30.485.324
- Attuazione piani di sicurezza e coordinamento, sull'intero importo eseguite e da eseguire: € 5.179.975
- Adeguamento prezzi, sull'importo delle opere da eseguirsi: € 16.274.409
- Ulteriore sconto (7%), da sottrarre come da accordo transattivo: € 7.079.350

-Arredi € 33.668.379

così ripartite:

- Apparecchiature e arredi contratto originario (da fornire chiavi in mano): € 33.668.379
- Apparecchiature e arredi (variante): € 0,00

Il valore di € 29.801.246 (opere, più oneri sicurezza, meno il 7% di sconto ulteriore) relativo alle opere edili ed impiantistiche (variante), limitatamente alle sole opere già previste in contratto, è pari al 18,38% dell'importo contrattuale (lavori e forniture); il valore di € 35.338.265 (opere con adeguamento prezzi più oneri sicurezza al netto 7% sconto ulteriore) relativo alle opere edili ed impiantistiche (variante), limitatamente alle sole opere già previste in contratto, è pari al 21,80% dell'importo contrattuale (lavori e forniture). In sintesi: l'aumento dei costi rispetto al progetto originario è pari al 18 % circa per lavori e forniture e al 21 % circa per le dotazioni impiantistiche (variante). Mentre, per rendere le opere conformi alle previsione di cui al Decreto n.49/2010, i costi aggiuntivi risultano come segue.

Opere aggiuntive

(opere aggiuntive alla luce del Decreto n.49/2010 per passaggio da P.O. ad A.O.R.N.)

Lavori e forniture € 32.400.000

di cui:

- Opere edili e impiantistiche € 32.400.000

così ripartite:

- Parcheggio multipiano fuori terra: € 14.000.000

- Impianto fotovoltaico su parcheggi: € 2.130.000

- Fabbricato direzionale e NAS": € 16.270.000

- **Apparecchiature elettro-biomedicali** (ulteriori, necessarie a rendere funzionale l'opera al suo *start up*, non previste in fase di gara) **€ 40.000.000**

Tale ulteriore aumento dei costi dell'intervento è pari a circa il 44 % dell'originario progetto (data l'assenza nel progetto delle somme per lo *start up*). Opere aggiuntive, da affidare, come già anticipato, nel rispetto del d.lgs. n.163/2006.

Considerato in diritto

La questione oggetto della presente, deve essere esaminata sotto un duplice profilo: un primo, con riferimento agli aspetti intrinseci della vicenda e, di conseguenza, contenutistici dell'atto di transazione ipotizzato; un secondo, con riferimento agli aspetti giuridici dell'istituto della transazione, alla luce dell'art.239 del d.lgs. n.163/2006, della delibera n.308 del 13.09.2001, dell'art.11 della legge n.241 del 1990 nonché di alcune pronunce del Consiglio di stato e del giudice comunitario. Altri caratteri ancor più generali dell'istituto (art.1965 e 1966 del cc, ecc.) quali: la disponibilità dei diritti oggetto della transazione; la sussistenza della controversia; la reciprocità delle concessioni cd. *aliquid datum, aliquid retentum*; la finalizzazione delle rinunce alla definizione di una controversia già insorta; la forma scritta *ab substantiam*; devono ritenersi assorbiti sia dal vaglio operato dall'Avvocatura, sia dal risultato dell'esame in seguito svolto sui primi punti enunciati.

Quanto al primo profilo, un aspetto fondamentale per inquadrare l'operato del Commissario ad acta, riguarda le responsabilità della contrapposizione alla base di tutte le problematiche.

L'Avvocatura, nel primo parere n.42919 del 2011, in vista di una possibile risoluzione per inadempimento del Concessionario, quale terza ipotesi formulata dal Commissario ad acta, sottolineava: il comportamento della stazione appaltante, concorre alle disarmonie evidenziate dal Comitato di monitoraggio e giustifica le inadempienze del Concessionario. Ed anche nel secondo parere n.92526P del 30.07.2011, richiamava più volte la sostanziale imputabilità all'Amministrazione delle disarmonie alla base delle pretese di PFP SpA, facendo rinvio alle stesse relazioni del Commissario ad acta inoltrate al Commissario per il Piano di Rientro.

Stante dunque l'impossibilità di attribuire per intero e con certezza, le responsabilità dell'accennata conflittualità all'una o all'altra parte, ne derivava l'impossibilità di percorrere la via della risoluzione in danno del Concessionario, ex dell'art. 136 del d.lgs. n.163/2006 (grave inadempimento, grave ritardo, grave irregolarità), al fine di ottenere comunque la ripresa dei lavori e in ultimo la disponibilità del plesso ospedaliero in accordo all'atto d'indirizzo formulato dal Presidente della G.R.C. Ma anche qualora si fosse percorsa tale strada, rimaneva tuttavia preclusa, secondo una condivisibile valutazione dell'Avvocatura, la possibilità dello "scorrimento" in favore del secondo classificato nella graduatoria di merito, una volta estromesso l'attuale Concessionario, non essendo stata esercitata tale facoltà in sede di bando di gara ex della legge n.109/94 reggente l'appalto, e, inoltre, opponendosi a ciò il principio *tempus regit actum* affermato dalla giurisprudenza.

Un altro punto cardine della procedura proposta per il superamento del contenzioso, si rinviene ancora nella citata richiesta di parere del Presidente della G.R.C. all'Avvocatura dello Stato. Segnatamente, in tale memoria, venivano rimarcate all'Avvocatura, sia le questioni della convenienza economico-finanziaria connesse con l'ipotesi di risoluzione della concessione, dovute al riappalto delle opere ecc., sia l'ammissibilità di una sostanziale modifica dell'oggetto del contratto di affidamento, laddove avrebbe mutato il tipo di remunerazione del privato: prezzo di realizzazione dell'opera e non più gestione dei servizi compresi nell'originaria concessione, e assunzione, a carico dell'Amministrazione, di una quota rilevante di finanziamento prima messa a disposizione dal Concessionario.

In effetti, l'estinzione della concessione di gestione e insieme dei presupposti di intervento dei capitali privati (€ 91 mln equivalenti a circa il 43 % dell'investimento), obbliga, l'A.O.R.N. deputata alla futura gestione della struttura, al riappalto dei servizi non clinici ammontanti a circa € 668 mln ripartiti in 25 anni nel Piano economico e finanziario della originaria concessione. Ma trattandosi di opera fredda, cioè di opera priva di un flusso di cassa adeguato a ripagare gli investimenti - tralasciando la parte residuale del flusso generato dall'attività alberghiera dell'Ospedale -, la quasi totalità del flusso di cassa doveva essere assicurato proprio dall'acquisto dei servizi da parte della ASL NA 1, come avviene in tutte le opere di tale tipologia; dunque, sotto tale profilo, di assicurare la copertura economica dei servizi, non vi è un sostanziale cambiamento riconducibile alla risoluzione della concessione e alla predisposizione di nuovi appalti di gestione. Anzi, non può neppure escludersi una maggiore convenienza, dovendo riaffidare tali servizi con procedure di evidenza pubblica nelle quali potranno meglio valorizzarsi, seppure con la dovuta cautela, i ribassi percentuali (nell'aggiudicazione della concessione, la riduzione del "canone di disponibilità" del servizio ha avuto un peso di soli 27 punti su 100). Dunque, con o senza risoluzione, rimane invariata l'esigenza - nell'ambito del Piano di Rientro - di reperire altri finanziamenti per predisporre la futura gestione dell'Ospedale, salvo i maggiori costi di costruzione e transazione enunciati dal Commissario e in buona parte necessitati dal Decreto 49/2010.

Il punto in discussione, in realtà, richiama una considerazione più generale sulla finanza di progetto qualora applicata alla realizzazione di ospedali: la concessione in esame non viene ripagata dal mercato, come nelle opere calde, in quanto il flusso di cassa è molto contenuto, e l'Amministrazione, per garantire i servizi sanitari alla comunità, è tenuta essa stessa all'acquisto dei servizi (cfr. art.143, co.9, d.lgs. n.163/2006) versando un rateo cd. "canone di disponibilità" o di servizio, con l'obbligo di corrispondere un importo minimo garantito (nelle opere monitorate si è rinvenuto un *range* dal 65 % al 75 %, tale da assicurare sempre il ri-pagamento degli investimenti), raggiunto il quale, il concedente interviene per riequilibrare il Piano economico e finanziario facendosi carico della mancata richiesta di prestazione da parte degli utenti (sistema tariffario cd. *take or pay*). Ciò trasforma in un'operazione di prestito indiretta, nella quale si deve garantire al soggetto finanziatore - tramite il Concessionario - l'invariabilità degli indici di rendimento del capitale investito, oltre ai costi della società di progetto, degli utili d'impresa e delle spese. Inoltre, nel caso in esame, la gestione non appariva così conveniente: a fronte di un rateo annuo del canone di servizio di € 18.434.572,24, le penali, apparivano troppo contenute e comunque non collegate a cause di risoluzione automatica della concessione, espresse invece genericamente nell'art. 14 della concessione.

Lo schema di accordo, in parte integrato e modificato rispetto all'originaria proposta formulata al Presidente della GRC, è coerente con le altre valutazioni dell'Avvocatura. Le opere riposte a carico del (nuovo) contratto succedaneo alla concessione di cui si propone la risoluzione, infatti, da eseguire a cura di PFP SpA, sono state disaggregate e minimizzate, in modo tale da procedere a nuovi e distinti appalti per quelle necessarie al Decreto n.49/2010, ma non strettamente legate alle opere dell'originaria concessione, nonché per quelle necessarie per la trasformazione da Azienda sanitaria ad A.O.R.N.

In tal modo, sono state dissipate le perplessità avanzate dall'Avvocatura circa la possibilità di affidare al Concessionario i lavori suppletivi connessi al Decreto n.49/2010 alla luce dell'art.57, co.2, lett. a), del d.lgs. n.163/2006 (procedura negoziata senza previo bando), perplessità formulate in risposta agli interrogativi posti sul punto dal Presidente della regione Campania con nota n.1660 del 2.3.2011. E accollando, opportunamente, l'esecuzione a PFP SpA delle opere previste nella concessione e non ancora eseguite dato il fermo dei lavori: stante, infatti, l'avanzata esecuzione del plesso ospedaliero, non sarebbe stato conveniente trasferire l'esecuzione ad altro operatore, attesi i tempi del riappalto e le possibili difficoltà nel recupero della disponibilità fisica del cantiere, ecc. (nella concessione le opere ritornano nella proprietà del Concedente solo con l'estinzione della concessione stessa).

Quanto a profili più generali di cui si è fatto cenno, già l'Autorità, con delibera n.308 del 13.09.2001, aveva ribadito il dovere delle amministrazioni aggiudicatrici di esplicitare le ragioni in base alle quali viene soddisfatto l'interesse pubblico con la transazione, sia in relazione all'equilibrio tra le reciproche concessioni concordate tra le Parti, sia rispetto a una definizione stragiudiziale della controversia nei confronti di quella alternativa in sede arbitrale o giurisdizionale.

Sul primo punto, per quanto riportato nelle premesse, l'equilibrio delle rispettive concessioni sembra potersi rinvenire, laddove: da un lato, la ASL Napoli 1 - Centro (e per essa il Commissario ad acta), concede la somma complessiva di € 44 Mln; dall'altro, la

PFP SpA, rinuncia a tutte le pretese avanzate, anche in sede arbitrale (e ad esso rinunciando), completando le opere previste nel contratto, comprese le variazioni strettamente necessarie a rendere l'opera conforme ai nuovi atti di programmazione regionale e alle richieste della Azienda atte a rendere immediatamente funzionale l'ospedale. Fornendo altresì la progettazione definitiva per adeguare le opere alle richieste sanitarie impartite con Decreto n.49/2010 e da appaltarsi successivamente ecc. Ed ancora, appare bilanciato lo scambio tra le Parti, laddove l'anticipazione del contributo pubblico della concessione, viene recuperato nel quadro economico dall'incremento del 7 % di ribasso sui lavori da eseguire fino alla riconsegna dell'opera.

Nella delibera n.308/2003, l'Autorità aveva anche sottolineato la indisponibilità dei sistemi di affidamento degli appalti pubblici negli accordi transattivi, nel senso di non potersi, tassativamente, derogare da tale disciplina di affidamento dei contratti. Analogamente il Consiglio di Stato (C.S., IV, 25.03.2003, n.1544), ravvisava "illegittimità, anche dal punto di vista comunitario, della rinegoziazione di elementi fondamentali del contratto con i soggetti partecipanti alla gara, dal momento che tale rinegoziazione finisce per vanificare la procedura espletata, introducendo elementi oggettivi di distorsione della concorrenza, con conseguente alterazione dei risultati della gara". Dello stesso tenore, più di recente, il giudice comunitario (CG della CE, IV, 19.06.2008, causa C-454-06), riteneva: "al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico .. costituiscono una nuova aggiudicazione ... quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano atte a dimostrare la volontà delle parti a rinegoziare i termini essenziali dell'appalto ...".

In concreto, data la problematicità della questione, risultando controverso il riconoscimento della sussistenza di una novazione contrattuale, ed avendo l'Avvocatura già assistito, ai sensi dell'art.239 del d.lgs. n.163/2006, il Commissario ad acta, si ravvisa l'opportunità di rimettere ogni ulteriore considerazione alla medesima Avvocatura affinché possa avvalersi delle risultanze ispettive acquisite *motu proprio* dall'Autorità; nonché di dare attuazione, anche in questa sede, alle indicazioni date dalla stessa Avvocatura al Commissario ad acta, in ordine alla comunicazione degli atti transattivi alla Procura della Corte dei Conti per i possibili profili di danno erariale.

Tanto premesso,

Il Consiglio

1. Approva la presente delibera alla luce delle considerazioni che precedono;
2. Dispone di inviare il verbale ispettivo alla Avvocatura Distrettuale di Napoli, alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli, e alla Procura della Corte dei Conti;
3. Dispone che le questioni emerse in sede ispettiva, integrino lo schema di delibera proposto al Consiglio nell'ambito del monitoraggio sulla finanza di progetto;
4. Dispone affinché la Direzione Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture, comunichi la presente delibera al Presidente della Regione Campania e al Commissario ad acta, per il successivo iter del procedimento.

Il Consigliere relatore: Luciano Berarducci

Il Presidente FF: Sergio Santoro

Depositato in Segreteria in data: 22 dicembre 2011

Il Segretario: Maria Esposito