



Comune di Borgo Ticino

Area Tecnica

DETERMINAZIONE

Numero
Reg. Gen.

130

Numero
Reg. Sett.

44

09/05/2022

OGGETTO: ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA DELLE DETERMINAZIONI AREA TECNICA N. 386 DEL 23/12./2020, N. 136 DEL 10/05/2021 E N. 220 DEL 12/10/2021 - PROCEDURA DI PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO (PPP) TRAMITE PROJECT FINANCING (PF) - CIG: 8568639896

La presente Determinazione viene pubblicata all'Albo Pretorio comunale ove rimarrà esposta dal 09/05/2022 per quindici giorni consecutivi.

DETERMINAZIONE N. 130 DEL 09/05/2022

OGGETTO: ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA DELLE DETERMINAZIONI AREA TECNICA N. 386 DEL 23/12./2020, N. 136 DEL 10/05/2021 E N. 220 DEL 12/10/2021 - PROCEDURA DI PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO (PPP) TRAMITE PROJECT FINANCING (PF) - CIG: 8568639896

Premesso che:

- Con deliberazione n. 179 del 24/11/2020 esecutiva come per legge, la Giunta comunale ha dichiarato di pubblico interesse la proposta per il Project financing per la concessione del servizio relativo alla gestione del servizio di illuminazione pubblica e quello degli impianti termici redatto ai sensi dell'articolo 183, comma 15 e dell'articolo 179, comma 3, del Decreto Legislativo 16 maggio 2016 n. 50 e s.m.i., presentata da Betasint s.r.l., con sede in Via Sibari, 15 - Milano (MI);
- Nella suddetta deliberazione si procedeva quindi anche ad approvare la predetta proposta;

Premesso altresì che a detto atto seguivano:

- Deliberazione del Consiglio Comunale n. 40 del 30/11/2020 in cui veniva approvato il Project financing per la concessione del servizio relativo alla gestione del servizio di illuminazione pubblica e quello degli impianti termici redatto ai sensi dell'articolo 183, comma 15 e dell'articolo 179, comma 3, del Decreto Legislativo 16 maggio 2016 n. 50 e s.m.i. e ne veniva successivamente dichiarato il pubblico interesse;
- Determinazione dell'Ufficio Tecnico n. 386 del 23/12/2020 in cui veniva indetta la relativa procedura di gara mediante procedura aperta;
- Determinazione dell'Ufficio tecnico n. 84 del 12/03/2021 di nomina della commissione giudicatrice;
- Verbali di gara n. 1 del 17/03/2021, n. 2 del 20/03/2021 e n. 3 del 25/03/2021 in cui veniva individuata quale unica e migliore offerente la stessa ditta Betasint S.r.l.;
- Determinazione dell'Ufficio Tecnico n. 136 del 10/05/2021 di approvazione dei verbali ed aggiudicazione provvisoria della procedura di cui trattasi;
- Determinazione dell'Ufficio Tecnico n. 220 del 19/07/2021 in cui veniva attestato l'esito positivo delle verifiche di ordine morale e l'efficacia della suddetta aggiudicazione provvisoria;

Considerato che:

- Nella fase di predisposizione dei documenti propedeutici alla stipulazione del contratto si è rilevato che alcuni elementi potrebbero incidere sulla legittimità della gara e sull'effettiva sussistenza dell'interesse del Comune alla concessione, in particolare:
 - a) la proposta di Betasint è stata dichiarata di pubblico interesse dall'Amministrazione in considerazione di un canone annuo di € 142.929,00 e, quindi, un canone complessivo ventennale di € 2.858.580,00 (come indicato a pag. 41 della Relazione tecnica illustrativa), quando invece il PEF indica un canone annuo crescente fino ad un massimo di € 189.104 e un totale complessivo nei vent'anni di € 3.299.732;
 - b) L'interesse alla concessione è stato valutato tenendo conto dei costi storici sostenuti dal Comune nel solo 2017; le spese di manutenzione sopportate in detto anno, nella proposta sono indicate in € 17.000; negli anni successivi (2019, 2020, 2021), si è rilevato che queste spese hanno entità più ridotta (rispettivamente, anno 2019, € 4.732,97 + IVA; anno 2020, € 5.898,00 + IVA; 2021 € 3.606,50 + IVA);

- c) la struttura della concessione presenta elementi non coerenti con la permanenza dell'alea in capo al concessionario e, quindi, in violazione dell'art. 180, c. 3, d.lgs 50/2016 e delle Linee Guida Anac n. 9;

fermo che il rischio di domanda è azzerato essendo il Comune l'unico destinatario delle prestazioni, ci si riferisce in particolare:

- i) al rischio di disponibilità, che è fortemente limitato dal fatto che la manutenzione straordinaria è posta a carico dell'ente;
 - ii) al rischio di performance e di indisponibilità della struttura e/o dei servizi, che è fortemente limitato da un sistema di penali non incisivo; anche in caso di gravi disservizi, l'applicazione delle penali consentirebbe al concessionario di percepire buona parte del canone; peraltro, non è previsto un aumento delle penali in correlazione all'aumento del canone;
 - iii) al rischio di costruzione, limitato dal fatto che non vi sono penali per eventuali ritardi nel completamento dei lavori e dal fatto che non è chiarito su chi gravino il rischio amministrativo (rilascio di pareri e nulla osta di enti terzi) e quello normativo/regolamentare;
- d) il progetto non è stato validato prima della gara, in violazione dell'art. 26, c. 8, d.lgs. 50/2016;
- e) la gara è stata bandita con un'indicazione del valore della concessione - contenuta sia nel bando che nel disciplinare di gara - che non corrisponde a quella riportata nel PEF; l'indicazione errata, che concerne i ricavi della concessionaria, potrebbe aver indotto taluni a non partecipare alla procedura;

Acquisito il parere del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (D.I.P.E.) facente capo alla Presidenza del Consiglio dei Ministri prot. 261 del 21/01/2022, espresso in merito procedura di project financing di cui all'oggetto e sulla fondatezza del pubblico interesse delle motivazioni fondanti del presente atto;

Dato atto:

- che ai sensi degli artt. 7 e 8 della Legge 241/90 e s.m.i. è stato comunicato con nota prot.4656 del 07/04/2022 l'avvio del procedimento finalizzato al ritiro dei seguenti atti:

- 1) Deliberazione Giunta Comunale n. 179 del 24/11/2020 e relativa alla valutazione e approvazione della proposta formulata ai sensi dell'art.183, c. 15, del d.lgs 50/2016 e s.m.i. e dichiarazione di pubblico interesse;
- 2) Deliberazione del Consiglio Comunale n. 40 del 30/11/2020 in cui veniva approvato il Project financing per la concessione del servizio relativo alla gestione del servizio di illuminazione pubblica e quello degli impianti termici;
- 3) determinazioni Ufficio tecnico n. 386 del 23/12/2020, n. 136 del 10/05/2021 e 220 del 19/07/2021;

- che nella comunicazione suddetta, veniva assegnato quale termine per trasmettere osservazioni da parte dell'interessato quello del 23/04/2022 ore 12:00;

Vista la richiesta prot. 5028 del 15/04/2022 di accesso atti dell'interessato con contestuale richiesta di differimento del termine delle osservazioni;

Dato atto che con nota prot. 5043 del 16/04/2022 veniva trasmessa la documentazione richiesta e contestualmente assegnato un termine di 14 (quattordici) giorni per trasmettere osservazioni e quindi entro e non oltre il 29/04/2022 ore 12:00;

Acquisite con nota prot. 5648 del 29/04/2022 le osservazioni e controdeduzioni della ditta Betasint S.r.l., in relazione alle quali si osserva:

- a) le considerazioni esposte in relazione ai punti a) ed e) della comunicazione di avvio procedimento non superano il rilievo che l'importo complessivo di € 2.858.580,00+IVA, peraltro anche alla base della valutazione di pubblico interesse della proposta, è inferiore alla effettiva previsione di entrata indicata nel PEF. Il rilievo di tale discrepanza non attiene all'indicazione della base d'asta, ma al valore globale della concessione che, in base all'art. 167 d. lgs. 50/2016, deve porsi in relazione al fatturato previsto per l'intera durata del rapporto. Tale importo, per evidenti ragioni di logica, non può che essere quello previsto dal PEF che evidenzia un introito del concessionario per canone annuo crescente fino a euro 189.104 e, quindi, complessivamente a € 3.299.732,00+IVA

I documenti di gara ricevono divulgazione secondo le forme tipiche dettate dal d. lgs. 50/2016 mediante pubblicazione del bando, dell'avviso e del Disciplinare di gara riportanti l'importo a base d'asta del contratto da affidare. A questi i documenti la legge collega trasparenza, coerenza, *par condicio* e pubblicità, in quanto mediante essi la platea dei potenziali concorrenti può preliminarmente valutare un proprio interesse alla partecipazione alla selezione concorsuale. La circostanza che in tali documenti il valore del contratto sia nettamente inferiore a quello effettivo implica da sé lesione per la partecipazione alla gara e rende irrilevante che un maggiore importo del contratto sia indicato in atti diversi che i potenziali concorrenti potrebbero già a priori avere rinunciato a consultare, dissuasi dalla errata e inferiore indicazione della base d'asta riportata nei documenti soggetti a pubblicità;

rimane riservato ai competenti organi comunali, poi, se la proposta di PPP sia comunque di interesse pubblico nonostante l'importo indicato nella Deliberazione Giunta Comunale n. 179 del 24/11/2020 e la Deliberazione del Consiglio Comunale n. 40 del 30/11/2020 non rappresenti i costi previsti a carico del Comune nell'intero rapporto;

- b) quanto al rilievo del punto b) della nota di avvio procedimento in merito ai costi storici di manutenzione, nelle controdeduzioni si riportano costi riferiti alle sole annualità 2015/2016, 2016/2017 e 2017/2018, senza considerare che essi concernono la manutenzione ordinaria e straordinaria, quando invece il canone proposto ha a oggetto la sola manutenzione ordinaria; inoltre, non sono considerate le annualità successive al 2018, temporalmente più vicine, a fronte di una procedura di gara svoltasi nel 2021 e di una proposta tecnica approvata nel 2020, e senza osservare nulla rispetto ai notevolmente ridotti costi di manutenzione delle annualità 2018/2019, 2019/2020 e 2020/2021, se non sostenendo completamente senza riscontri che Codesto Ente svolgerebbe una manutenzione "meno accurata";

- c) quanto ai rilievi contenuti nel punto c) della nota di avvio procedimento, ricordato che nelle opere in cui è assente il rischio di domanda, occorre l'allocazione in capo all'operatore del rischio di costruzione e di disponibilità (Linee Guida Anac n. 9/2018 punto 2.3), si ritiene:

c.1) circa il rischio di costruzione:

non sono condivisibili le osservazioni in ordine al *'rischio di esecuzione nei tempi contrattuali'* dell'intervento; in particolare, non è condivisibile l'assunto dell'impresa che la mancanza di penali per il ritardo nei lavori non sarebbe rilevante, in quanto, comunque dal ritardo deriverebbero diseconomie in capo al solo concessionario; ciò in quanto:

- che il ritardo nella costruzione non sia assistito da alcuna penale contrattuale, in effetti non indicata dall'art 20 dello schema di convenzione, è confermato dalla stessa memoria partecipativa dell'operatore; sulla necessità che il contratto le dovesse prevedere, si evidenzia il punto 8.4 della bozza di convenzione rinvii ad altra clausola per l'applicazione delle penali da ritardo che, però, non esiste nell'atto;
- il ritardo comporterebbe, comunque, a carico dell'amministrazione un impianto non efficientato, contro la finalità stessa del ricorso al PPP,
- in ogni caso l'Amministrazione dovrebbe sostenere gli oneri della manutenzione straordinaria dell'impianto vecchio, che nel contratto sono remunerati extra canone a misura/in economia (art. 9.3.1. A schema di convenzione);
- lo schema di convenzione prevede il versamento del canone di concessione già a partire dal primo anno, a prescindere dall'avvio/conclusione dei lavori (art. 9.3.1. lett.A e B schema di convenzione);
- parimenti, il canone è dovuto a prescindere dal collaudo positivo delle opere e dunque senza adeguata garanzia per l'Amministrazione;

il ritardo nella costruzione pertanto delinea rischi che non risultano integralmente trasferiti all'operatore, come invece previsto anche dal richiamato punto 2.3 delle Linee Guida Anac 9/2018;

sempre in relazione al rischio di costruzione, viste le controdeduzioni di Betasint, rimane del tutto incerta la definizione del c.d. *rischio amministrativo*; in particolare non è stato definito su chi gravi l'alea nel caso in cui il rilascio del parere/nullaosta/autorizzazione dell'ente terzo derivi da fatto e colpa di detto ente terzo.

c.2) circa il rischio di disponibilità:

la manutenzione straordinaria è posta a carico dell'ente; Betasint ha osservato che le linee Guida Anac n. 9 individuano tale rischio in quello delle manutenzioni non preventivate e derivanti da una progettazione o costruzione non adeguate; nella concessione che qui interessa, secondo la società, il problema non si porrebbe stante la *"garanzia prestata per la corretta esecuzione dei lavori a suo carico"*; dette considerazioni non sono condivisibili, in quanto:

- per una concessione di così lunga durata (20 anni), il fatto che le spese di manutenzione straordinaria, anche se non derivanti da difettosa progettazione e/o esecuzione, gravino sull'Amministrazione non può essere un elemento neutro; è evidente che l'Amministrazione, nel tempo, dovrà intervenire sull'impianto a sue spese, non essendo immaginabile che l'impianto non ne necessiti per tale lunga durata;

- il sistema di garanzie delineato dalla bozza di convenzione (art. 8.5), prevede una responsabilità dell'operatore per le deficienze degli impianti realizzati fino al termine di un imprecisato periodo di garanzia e non fino al termine della concessione; inoltre, è stabilito che al momento dell'approvazione del collaudo definitivo sono estinte tutte le garanzie inerenti la fase di esecuzione dei lavori;

l'alea del concessionario è erosa anche sotto il profilo del c.d. *rischio di indisponibilità del servizio*; le osservazioni di Betasint confermano che il canone giornaliero (€ 387), anche nel caso di grave disservizio giornaliero, sarebbe comunque parzialmente corrisposto; a fronte inoltre di un incremento annuale del canone, le penali rimangono invariate.

d) Per quanto attiene alla mancata validazione del progetto secondo quanto prescritto dall'art 26, comma 8, d.lgs. 50/2016, le controdeduzioni rilevano la sola presenza della verifica, ma la stessa è un atto propedeutico alla validazione e non sostitutivo.

Ritenuto che:

quanto sopra esposto consente di rilevare:

- che la convenzione non trasferisca adeguatamente l'alea della concessione sull'operatore, in violazione degli art. 3, c. 1, lett. vv), e 165, d.lgs 50/2016, nonché delle Linee Guida ANAC n. 9;
- che la gara (alla quale ha partecipato la sola Betasint) è stata comunque bandita sulla base di indicazioni del valore della concessione erroneamente riportate nel bando e nel disciplinare, in violazione dell'art. 167, d.lgs 50/2016 e dei principi di trasparenza e concorrenza;

e che quindi sussistano le condizioni per annullare gli atti di gara essendo di attuale interesse dell'ente che la concessione non allochi i rischi dell'operazione sull'ente stesso e, comunque, che la gara sia bandita consentendo la massima concorrenza e con prevedibilità della spesa, considerata anche la durata ventennale del contratto;

allo stato non è stato stipulato alcun contratto con l'operatore Betasint S.r.l.;

nel bilanciamento complessivo prevale l'interesse dell'amministrazione a una corretta allocazione dei rischi e ad una corretta procedura di gara, e che in tale contesto la posizione di Betasint s.r.l., che peraltro ha redatto la proposta e annesso Pef, sia recessiva rispetto a quella dell'amministrazione;

Rilevato inoltre che

- alcuni profili critici esposti nell'avvio del procedimento erano già stati portati all'attenzione di Betasint s.r.l. ancor prima dell'avvio del procedimento da parte del Responsabile del Servizio (v. p. es. e.mail del 3.11.2021);
- in tale quadro, contrariamente a quanto riportato nelle osservazioni Betasint s.r.l. la determina n. 237 del 30/07/2021 non costituisce in alcun modo affidamento in forma parziale del servizio in *project financing*, essendo al contrario stato disposto un distinto affidamento di un diverso servizio trimestrale con durata 1.09.2021 – 31.12.2021, con un proprio corrispettivo e identificato da un proprio codice identificativo CIG Z903280AE4, differente da quello della concessione in project financing CIG 8568639896, per assicurare la conduzione degli impianti termici, manutenzione ordinaria e assunzione del ruolo di Terzo responsabile. Altrettanto venivano affidati a Betasint s.r.l. con contratto

autonomo taluni interventi puntuali di manutenzione straordinaria su impianti termici utilizzati nei servizi scolastici (determina ufficio tecnico n. 127 del 17/12/2021, CIG Z91345EBCC, per € 4.900,00 oltre IVA);

- la mancata indicazione del *Project financing* nel Programma triennale dei lavori pubblici e relativo elenco annuale, cui le osservazioni di Betasint s.r.l. fanno riferimento in premessa, non sottende alcun "esercizio di stile" nelle garanzie di partecipazione al procedimento, ma bensì costituisce atto dovuto tenuto conto che:

i) l'inserimento delle opere nei suddetti atti di programmazione comporta inevitabilmente l'indicazione della modalità di finanziamento;

ii) in ragione delle diverse prospettive di costo, con incremento economico della spesa € 2.858.580,00+IVA a € 3.299.732,00+IVA, si pone l'esigenza del reperimento della copertura, non più assicurata da quella originariamente indicata dagli atti deliberativi del pubblico Interesse nei capitoli per spese di manutenzione ordinaria ed utenze energetiche già in essere, onde in assenza di tale copertura e individuazione delle fonti di finanziamento, l'intervento non potrebbe essere legittimamente riportato negli atti di programmazione;

Ritenuto

quindi di non accogliere le osservazioni espresse da Betasint srl a seguito dell'avviso di avvio del procedimento;

di ritenere sussistenti le condizioni per annullare gli atti di indizione e di conclusione della gara e quindi di non procedere alla stipulazione del contratto;

di rinviare ad altro atto la valutazione delle richieste economiche di Betasint s.r.l. ed eventuale loro debenza espresse nelle controdeduzioni;

di rimettere agli organi comunali competenti la valutazione della permanenza dell'interesse alla proposta di PPP formulata da Betasint s.r.l.;

Visti e considerati:

- gli artt. 21-octies e 21-nonies della Legge 241/90 e s.m.i.;
- I difetti e carenze della procedura sopra esposti;
- I motivi e ragioni di interesse pubblico ostativi alla sottoscrizione del contratto di concessione;

DETERMINA

1. Che quanto illustrato in premessa costituisce parte integrante del presente atto;
2. Di annullare in autotutela ai sensi dell'art. 21-nonies della Legge 241/1990 e s.m.i., per le motivazioni illustrate in narrativa, i seguenti atti:
 - Determina Ufficio Tecnico n. 386 del 23.12.2020 atto generale di indizione della procedura aperta per il Project financing per la concessione del servizio relativo alla gestione del servizio di illuminazione pubblica e quello degli impianti termici CUP E15B20000320005E – CIG: 8568639896;
 - Determina ufficio tecnico n. n. 136 del 10/05/2021 di approvazione dei verbali ed aggiudicazione provvisoria della procedura Project financing per la concessione del servizio relativo alla gestione del servizio di illuminazione pubblica e quello degli impianti termici CUP E15B20000320005E – CIG: 8568639896;
 - Determina Ufficio Tecnico n. 220 del 19/07/2021 in cui veniva attestato l'esito positivo delle verifiche di ordine morale e l'efficacia della suddetta aggiudicazione provvisoria;

➤ Verbali della gara di cui sopra;

3. Di non procedere alla stipulazione del contratto con Betasint s.r.l.;
4. Di restituire al cauzione provvisoria prestata da Betasint s.r.l. ai fini della procedura di gara;
5. Di rinviare ad altro atto la determinazione circa le richieste economiche di Betasint s.r.l. ed eventuale loro debenza;
6. Di trasmettere il presente atto alla Giunta Comunale ed al Consiglio Comunale per le valutazioni di competenza;
7. di disporre la comunicazione a mezzo PEC del presente provvedimento alla ditta **Betsint S.r.l. – Via Sibari, 15 – 20141 MILANO (MI)**;

Il presente atto è impugnabile con ricorso avanti il T.a.r. Piemonte, Torino.

Il Responsabile del Servizio

Ing. Cristian Mancin
(f.to digitalmente)



Estremi della Proposta

Proposta Nr. **2022 / 141**

Settore Proponente: **Area Tecnica**

Ufficio Proponente: **Ufficio Tecnico**

Oggetto: **ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA DELLE DETERMINAZIONI AREA TECNICA N. 386 DEL 23/12./2020, N. 136 DEL 10/05/2021 E N. 220 DEL 12/10/2021 - PROCEDURA DI PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO (PPP) TRAMITE PROJECT FINANCING (PF) - CIG: 8568639896**

Nr. adozione settore:

Nr. adozione generale:

Data adozione:

Visto Contabile

In ordine alla regolarità contabile della presente proposta, ai sensi dell'art. 151, comma 4, TUEL - D.Lgs. n. 267 del 18.08.2000, si esprime parere FAVOREVOLE.

Sintesi parere: VISTO FAVOREVOLE

Data 09/05/2022

Responsabile del Servizio Finanziario

Gnemmi Sabina

Documento firmato digitalmente ai sensi dell'art. 24 del D.Lgs. n. 82/2005 e depositato presso la sede del Comune di Borgo Ticino. Ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. 39/93 si indica che il documento è stato firmato da:

Sabina Gnemmi in data 09/05/2022
MANCIN CRISTIAN in data 09/05/2022