

Deliberazione n. 11 Adunanza del 26 gennaio 2011

Oggetto: finanza di progetto relativa a concessione di costruzione e gestione di un impianto di valorizzazione energetica del biogas da discarica R.S.U. sita in loc. C.da Misiddi-Campana, Comune di Campobello di Mazara (TP) - importo lavori € 2.199.057.

Il Consiglio

Visto il D.Lgs. 163/06 ss.mm.ii.;

Visto il Regolamento sull'attività di vigilanza pubblicato sulla G.U. n.80 del 6.04.2009;

Visto l'appunto dell'Ufficio VILA5 del 22.11.2010.

Premesso

Quest'Autorità a seguito della nota del RUP, del 16.7.2010, con la quale si comunicava ex art. 7, comma 4, del D.lgs. 163/06, l'aggiudicazione provvisoria della concessione in oggetto alla ASJA Ambiente S.p.A., avviava in data 19.09.2010 apposito procedimento istruttorio.

Dalla documentazione acquisita è emerso, in sintesi, che il Comune di Campobello di Mazara, in data 21.05.2007, ha pubblicato, in correzione a un precedente avviso del 13.11.2006, l'avviso di project financing di cui all'oggetto.

Che all'esito della licitazione privata con rilancio migliorativo, di cui all'art. 37 quater della L. 109/94 (ora art. 155 D.Lgs. 163/06), che ha visto la partecipazione alla seconda fase solamente dell'ATI Elettrogas Pangea Green Energy S.r.l. (promotore) e della ASJA Ambiente S.p.A. (competitore), la S.A. si è vista rifiutare dall'impresa aggiudicataria (ATI Elettrogas Pangea Green Energy S.r.l.), con nota del 16.10.2009, la stipula del contratto di concessione alle condizioni di cui all'offerta vincente.

L'ATI Elettrogas Pangea Green Energy S.r.l., in qualità di aggiudicataria, a scusante del rifiuto adduceva: la ridotta capacità produttiva del biogas della discarica comunale per effetto del lungo lasso di tempo trascorso dall'avviso (2006); la riduzione del volume dei conferimenti di rifiuti a causa dell'utilizzo di altra discarica da parte della Città di Marsala; la riduzione, a far data dal 01.01.2008, degli incentivi relativi alla produzione di energia elettrica da biogas di discarica per effetto della legge 244/07 "finanziaria del 2008".

Di contro la S.A. procedeva alla revoca dell'aggiudicazione con determina n. 31 del 08.02.2010, poiché gli elementi offerti a sostegno della richiesta di mutare le condizioni della concessione erano, sia in fatto che in diritto, preesistenti alla data del 10.12.2008, data in cui si richiedeva di effettuare il rilancio migliorativo ai sensi dell'art. 37 quater, comma 1 lett. b), della L. 109/94.

Conseguentemente la S.A. ha provveduto a richiedere all'unica impresa competitorice della seconda fase della licitazione privata, ASJA Ambiente S.p.A., la disponibilità ad addivenire alla stipula della concessione alle condizioni di cui all'ultima offerta presentata. Quest'ultima, con nota del 26.02.2010, dichiarava anch'essa di non poter confermare l'ultima offerta presentata, adducendo le medesime argomentazioni dell'ATI Elettrogas Pangea Green Energy S.r.l.

Pertanto, per ovviare alla situazione di impasse e fare fronte all'urgenza dettata dal "rischio di esplosioni del biogas della discarica nonché diffusione di odori molesti e danni alla flora", la S.A. addiveniva in data 08.10.2010, mediante trattativa privata, ad aggiudicare definitivamente la concessione alla ASJA Ambiente S.p.A alle condizioni economiche di cui all'offerta della prima fase della licitazione privata (royalty del 17% su tutti i ricavi lordi dell'impianto di valorizzazione; 30 anni di concessione; 3000 ore uomo/annue di risorse locali) e, per quanto concerne le condizioni tecniche, a quelle dell'ultima offerta (rilancio).

L' Ufficio ha proceduto, in virtù del mancato riscontro ad un approfondimento istruttorio volto ad appurare l'escussione della cauzione ex art. 75, comma 6, del D.lgs. 163/06 e l'intervenuta comunicazione al casellario informatico, ad avviare il procedimento sanzionatorio.

Valutato

Preliminarmente occorre precisare che l'operazione di finanza di progetto che ha portato all'aggiudicazione del contratto di concessione in parola è stata regolata dagli art. 153 e ss. del Codice dei contratti pubblici, D.Lgs. 163/2006, nella loro versione precedente al secondo decreto correttivo, d.lgs. 113/2007, per effetto dell'adeguamento automatico di cui agli artt. 9 della L.R. siciliana n. 32/00 e 30 della L. R. n. 7/03.

Che l'istituto della Finanza di Progetto ha, come caratteristica qualificante, la copertura finanziaria degli investimenti sulla base di un progetto in quanto tale, prendendo in considerazione la sua validità, la sua corretta gestione e quindi la sua capacità di produrre reddito per un determinato periodo di tempo (cfr. Atto di regolazione AVCP n. 34/2000).

Pertanto, a differenza del tradizionale appalto, tale istituto è basato essenzialmente sull'equilibrio finanziario ed economico dell'iniziativa e, segnatamente, sulle prospettive reddituali e sui flussi di cassa attesi dalla gestione.

Ne consegue che l'iniziativa viene, pertanto, valutata esclusivamente o prevalentemente sulla base dei profitti che può generare.

Nel merito occorre brevemente delineare che per quanto riguarda la procedura ex art. 37 quater L. 109 (ora art. 155 D.lgs. 163/06) - richiamando alcuni concetti espressi dall'Autorità nella Determinazione n. 1/2003 - va innanzitutto sottolineato che essa si incentra sul confronto tra l'offerta del promotore e le due migliori offerte selezionate con la gara ovvero dell'unica offerta pervenuta, configurando "l'apertura di un dialogo competitivo multiplo e flessibile, non limitato dalla struttura formalmente più rigida della licitazione privata."

In proposito sembra utile rilevare che il confronto concorrenziale di cui sopra, parte dal progetto preliminare corredato del Piano Economico Finanziario (PEF) presentato dal promotore stesso, eventualmente modificato, come nel caso di specie, dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 37 quater, comma 1 lett. a), L.109/94 (ora art. 155, comma 1 lett.a), D.Lgs. 163/06).

Poiché il PEF esplicita e rende comprensibile il modo in cui l'offerente ritiene di poter conseguire i risultati migliorativi formalizzati nel rilancio finale nella fase negoziata. Esso costituisce dunque il documento che individua e chiarisce le ragioni giustificatrici dell'offerta e che perciò racchiude in sé tutti gli elementi per la valutazione e l'apprezzamento, da parte della P.A., dei ribassi offerti.

Donde la ovvia e comunemente condivisa conclusione per cui la validità economico-finanziaria del progetto costituisce il presupposto stesso dell'intera operazione di project financing (cfr. Determina AVCP n.1/2009). Non è dunque ammissibile la sottrazione del piano economico finanziario - che questi equilibri spiega e giustifica - ad una seria valutazione di sostenibilità da parte della stazione committente anche in fase di gara.

Infatti, non si può non considerare che nell'ambito di una procedura di project financing per "appalti particolarmente complessi" è consentito giungere all'adeguamento del PEF, snaturando l'offerta iniziale, affinché sia salvaguardata la sostenibilità economico-finanziaria dell'operazione. Pertanto, il mutamento delle condizioni fattuali e normative nelle more intervenute avrebbe dovuto indurre la S.A., anche su sollecitazione degli stessi competitori prima della presentazione delle offerte, ad una valutazione della sostenibilità finanziaria dell'operazione ovvero ad un adeguamento del PEF alla base del dialogo competitivo che contraddistingue la gara di cui all'art. 37 quater L. 109/94, ora art. 155 del D.Lgs. 163/06.

In altri termini la S.A., avrebbe dovuto condurre un esame dell'equilibrio economico finanziario contenuto nel PEF alla luce delle evenienze sopravvenute al fine di accertare la sostenibilità dell'offerta prima di addivenire all'aggiudicazione.

Pertanto, attesa la preesistenza dei mutamenti di fatto e di diritto alle offerte presentate dalle imprese ovvero il mancato adeguamento del PEF da parte dell'amministrazione nel corso della procedura di gara, la S.A. bene avrebbe fatto, in virtù del principio dell'immutabilità dell'offerta (cfr. parere Consiglio di Stato n.1084/2000 del 12 ottobre 2001 recepito nella Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri n.12727, del 15 novembre 2001) e del principio per cui gli enti pubblici non possono agire se non nei limiti e nei modi stabiliti

dalle leggi e dai regolamenti che dirigono l'attività dell'amministrazione al perseguimento di interessi pubblici ex art. 1 della L. 241/90 (cfr. parere del Consiglio di Stato n. 2 del 17 febbraio 2000), a non aggiudicare ed a procedere con una nuova procedura ai sensi dell'art. 57 del D.Lgs. 163/06.

In altre parole, all'esito del rifiuto da parte delle imprese competitrici di addivenire alla stipula della convenzione alle condizioni di cui alle offerte presentate ed attesa l'urgenza - da documentare debitamente - dettata dal rischio di esplosioni e danni ambientali, la S.A. avrebbe dovuto avviare una procedura negoziata senza bando, invitando almeno tre operatori economici (tra cui quelli che hanno partecipato alla prima fase della gara stessa), ponendo a base di gara il progetto alle condizioni (tecnico-economiche) rivisitate alla luce delle evenienze sopravvenute.

Per tali ragioni e per la mancanza di una previsione normativa in tal senso, la rinegoziazione con l'impresa competitorice (ASJA Ambiente S.p.A.), dal momento che si risolve in sostanza in un nuovo affidamento, appare abnorme ed irrazionale ed in violazione della par condicio tra i concorrenti ex art. 29 della direttiva 2004/18 e art. 2 del D.Lgs. 163/06.

Inoltre vale osservare che, in virtù della mancata informazione nonostante apposita richiesta istruttoria, agli atti non risulta essere intervenuta l'escussione della polizza in violazione della norma di cui all'art. 75, comma 6, del D.Lgs. 163/06, così come non risulta, a seguito di consultazione, alcuna annotazione presso il Casellario Informativo ai sensi e per gli effetti dell'art. 27 del D.P.R. 34/2000.

A parziale giustificazione dell'operato del Responsabile del procedimento interviene la considerazione che di norma l'adeguamento del PEF è posto a salvaguardia della sostenibilità economico-finanziaria dell'operazione di partenariato, in quanto sottoposta nel corso della concessione ad eventi futuri ed incerti.

Inoltre, ad ulteriore mitigazione delle responsabilità della S.A. vi è la complessità della procedura di gara, che peraltro sconta una carenza normativa derivante dall'origine anglosassone dell'istituto, nonché la mancanza di supporto tecnico-legale, ancorché richiesto, da parte degli uffici preposti (Ufficio legale dell'ente, Ufficio regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori pubblici – UREGA).

Tutto ciò premesso e considerato

Il Consiglio

rileva, per quanto sopra, la non conformità al dettato normativo dell'aggiudicazione della concessione alla ASJA Ambiente S.p.A., per effetto della rinegoziazione, a vantaggio dell'impresa, intercorsa a seguito della revoca dell'originario aggiudicatario (ATI Elettrogas Pangea Green Energy S.r.l.);

invita la Stazione appaltante a valutare l'annullamento dell'aggiudicazione ovvero della convenzione nelle more intervenuta con la ASJA Ambiente S.p.A., avendo riguardo di valutare adeguatamente se sussista o meno, in relazione allo specifico vizio riscontrato, un interesse alla conservazione degli atti compiuti prevalente su quello all'annullamento degli stessi atti, segnalando gli esiti motivati della verifica alla Direzione Vigilanza Lavori nonché ad informare se, per l'effetto, dovessero sorgere contenziosi con gli operatori economici;

rileva la mancanza del R.P. in merito alla omessa comunicazione al Casellario Informativo ex art. 27 del D.P.R. 34/2000, volta a segnalare la revoca dell'aggiudicazione per inadempienza dell'aggiudicatario;

segnala la fattispecie all'Ufficio di controllo interno della Stazione appaltante per quanto di competenza