

Roma, 20 gennaio 2017

**Spett.le**  
**ANAC**  
**Ufficio Protocollo ANAC**

**Oggetto:** segnalazione e richiesta parere su gara d'appalto (CIG 680CA3F36) del Comune di Garda concernente il complesso sportivo natatorio comunale "Gardacqua",

La sottoscritta Businarolo Francesca, nata a Este (Pd) l'11 luglio 1983 e residente a Pescantina (Vr) in Corso San Lorenzo n. 68, sottopone all'esame dell'Autorità in indirizzo gli atti della gara d'appalto posta in essere dal Comune di Garda e concernente *"la concessione della gestione e manutenzione ordinaria del complesso sportivo comunale – piscina coperta, scoperta, zone servizi e centro benessere – sito in Garda, via Cirillo Salaorni, n. 10, di proprietà comunale"*, di seguito denominato per brevità "Gardacqua". La gara è stata posta in essere mediante procedura aperta ai sensi del dell'articolo 55 del d.lgs 163/2006.

In merito alla procedura di gara e al susseguente affidamento nonché alla successiva proroga si rilevano alcune criticità come di seguito esposte.

Premesso che:

1. tale affidamento fa seguito ad un complesso iter, risalente all'anno 2004, di project financing e di susseguente affidamento in concessione della gestione del complesso sportivo alla società Garda Aquapark srl che è poi stata dichiarata fallita dal Tribunale di Bolzano con sentenza n. 63 del 21/10/2013;
2. a seguito della citata sentenza, con provvedimento dell' 8/11/2013, il giudice delegato disponeva la riconsegna del complesso sportivo al Comune di Garda e precisava che *"Il fallimento dell'imprenditore società progetto, comporta ex nunc lo scioglimento del contratto d'appalto pubblico e non la sua risoluzione, posto che lo scioglimento interviene ipso iure senza che ricorra l'inadempimento dell'appaltatore"* e conseguentemente **"non trova applicazione l'art. 159 Codice dei contratti pubblici, che consente ai finanziatori, in caso di risoluzione (e solo in questo caso), di impedire la stessa, con la proposta di subentro di un terzo"**;
3. con deliberazione n. 125 del 15/11/2015 la **giunta comunale riteneva invece che trovasse applicazione l'articolo 159 del d. lgs 163/2006** e pertanto, nelle more dell'eventuale subentro dei **finanziatori tramite società da loro indicata** da effettuarsi entro i successivi 6 mesi, al fine di evitare il protrarsi della chiusura della struttura sportiva, decideva di procedere ad una gara ad evidenza pubblica per individuare un soggetto qualificato per la

FRANCESCA BUSINAROLO

Deputata Movimento 5 Stelle

[businarolo\\_f@camera.it](mailto:businarolo_f@camera.it)

[businarolo\\_f@certcamera.it](mailto:businarolo_f@certcamera.it)

Tel: 06-6760 6877

- gestione della struttura, per il periodo di un anno, eventualmente rinnovabile per un ulteriore anno;
4. con la medesima delibera **la giunta comunale approvava inoltre le tariffe e gli orari minimi** di apertura dei servizi caratteristici che il concessionario sarebbe stato tenuto ad applicare;
  5. con determinazione n. 413 del 30/11/2013, in esecuzione della succitata delibera della giunta comunale, il Comune di Garda approvava tutti gli atti tecnici per l'affidamento in concessione della gestione e della manutenzione ordinaria del complesso sportivo natatorio comunale ed **indicava la gara mediante procedura aperta con il criterio del massimo rialzo rispetto all'importo, posto a base d'asta, corrispondente al canone annuo di Gardacqua, pari a € 30.000,00**. La durata della concessione veniva stabilita in 1 anno a decorrere dalla data di consegna degli impianti, precisando altresì che era **“ammesso il rinnovo per un ulteriore anno”**;
  6. sia la determinazione n. 413 del 30/11/2013 e sia il bando-disciplinare di gara precisavano che l'aggiudicazione definitiva e la stipula della convenzione di concessione sarebbero stati subordinati alla **disponibilità del curatore fallimentare della precedente gestione concessoria a concedere in locazione i beni mobili rimasti invece nella massa fallimentare**;
  7. il disciplinare di gara, tra i requisiti di ammissione concernenti la capacità economico-finanziaria prevedeva, tra l'altro, la cifra di **€ 3.000.000,00 quale fatturato medio annuo** degli ultimi tre anni antecedenti relativo alla gestione di impianti natatori pubblici o aperti al pubblico, un **capitale sociale non inferiore a € 200.000,00** e come specifica esperienza **“aver gestito contemporaneamente almeno cinque impianti natatori pubblici o privati aperti al pubblico”** nell'ultimo triennio
  8. con determinazione n. 68 del 12/03/2014 (a seguito di aggiudicazione provvisoria della commissione di gara avvenuta il 16/12/2013), il Comune di Garda procedeva ad aggiudicare l'affidamento in concessione dell'impianto sportivo all'unico offerente presentatosi in gara ossia alla **ditta Sport Management SpA, rappresentata legalmente dal sig. Sergio Tosi**, amministratore unico;
  9. con deliberazione della giunta comunale n. 29 del 14/03/2014 si approvava lo schema di contratto di locazione dei beni mobili, tra il Comune e il curatore fallimentare **che veniva sottoscritto prima in data 02/10/2014 e poi in data 13/11/2015**, con ultima scadenza prevista per il 16/11/2016;
  10. in data 15/11/2014 avveniva quindi la consegna degli impianti alla ditta aggiudicataria Sport Management SpA con scadenza prevista per il 14/11/2015 e **successivamente rinnovata per un ulteriore anno con scadenza della concessione per il 14/11/2016**;
  11. con deliberazione n. 185 del 14/11/2016 la giunta comunale procedeva quindi alla compravendita dei beni mobili tramite contratto stipulato con **“Fallimento Garda Aquapark srl”**;
  12. con deliberazione n. 186 del 14/11/2016 la giunta comunale **procedeva alla proroga**

**dell'affidamento della concessione alla medesima ditta Sport Management SpA** per un periodo di 10 mesi, inclusivo della stagione estiva come condizione richiesta dalla ditta per la proroga del contratto; tale proroga veniva motivata sia in ragione della qualifica di servizio pubblico della piscina comunale, sia per l'incertezza sulla disponibilità dei beni mobili indispensabili al funzionamento dell'impianto realizzandosi quindi l'ipotesi di "forza maggiore del tutto imprevedibile" e **sia infine per assenza di tempi tecnici necessari a realizzare una "gara europea"**;

13. diversi organi d'informazione riferiscono dell'avvenuta condanna del sig. Sergio Tosi, amministratore unico della ditta Sport Management SpA, per fatti concernenti proprio ad appalti pubblici ([http://mattinopadova.gelocal.it/padova/cronaca/2014/05/09/news/turbativa-d-asta-condannato-bardelle-1.9192141?refresh\\_ce](http://mattinopadova.gelocal.it/padova/cronaca/2014/05/09/news/turbativa-d-asta-condannato-bardelle-1.9192141?refresh_ce)) e un ordine del giorno (n. 57559 / 2016 del 16 settembre 2016) presentato da un consigliere del Comune di Cremona, in relazione ad altra aggiudicazione, riporta in allegato gli estratti concernenti diverse altre notizie di contenziosi di diverso genere riferibili alla società Sport Management SpA;

Considerato che:

- diversi pareri dell'AVCP (ora Anac) sottolineano, in relazione alle concessioni di servizi, che per la fissazione dell'importo a base d'asta, ai sensi dell'articolo 29 del Codice degli appalti (d. lgs 163/2006 ora abrogato), il calcolo del valore stimato degli appalti e delle concessioni di servizi pubblici è basato **"sull'importo totale pagabile valutato dalle stazioni appaltanti, al netto dell'IVA, ivi compresa ogni eventuale forma di opzione o rinnovo del contratto"**. Per le concessioni, in particolare, nella nozione di importo totale pagabile è **"sicuramente da ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti"** per i servizi in concessione e **"dovrà altresì essere computato nel calcolo il canone a carico del concessionario, ove previsto, e gli altri flussi economici che incidono sul piano economico finanziario (da redigersi anche nelle concessioni di servizi, in base al combinato disposto dell'art. 143, comma 7, e dell'art. 30, comma 7, del Codice)";**
- secondo il consolidato orientamento dell'Anac, quindi, "per il calcolo del valore della concessione, la stazione appaltante deve considerare la totalità dei ricavi provenienti dalla gestione economica del servizio;
- dagli atti di gara, come citati nelle premesse, si rilevano diverse criticità in relazione al valore dell'appalto la cui modalità di calcolo non è chiaramente evincibile e la cui erronea determinazione potrebbe avere inevitabili riflessi sulle modalità di pubblicità della procedura, sulla quantificazione delle cauzioni in garanzia e del contributo dovuto all'AVCP, nonché sulla circostanza che i requisiti richiesti ai concorrenti possono risultare sproporzionati rispetto al valore dichiarato del servizio; si rileva che l'Avcp ha avuto modo di evidenziare che *"laddove l'importo stimato del contratto non è rappresentativo della piena utilità economica che può derivare all'impresa dalla gestione del servizio, risulta arduo per gli operatori economici apprezzare il carattere remunerativo del servizio sulla base di tale parametro e quindi formulare "un'offerta economica consapevole"* e che *"il canone a carico del concessionario potrà, altresì, essere computato ove previsto, ma certamente non può considerarsi l'unica voce indicativa del valore della concessione e che*

FRANCESCA BUSINAROLO

Deputata Movimento 5 Stelle

[businarolo\\_f@camera.it](mailto:businarolo_f@camera.it)

[businarolo\\_f@certcamera.it](mailto:businarolo_f@certcamera.it)

Tel: 06-6760 6877

*pertanto, è in contrasto con quanto previsto dalla normativa di settore la scelta della stazione appaltante di far coincidere il valore del contratto con il canone annuale da corrispondere per il periodo di vigenza del rapporto concesso” (Deliberazione n. 92 del 07/11/2012).* Nella concessione di servizi, per la determinazione dell’importo a base d’asta occorre tenere conto dei ricavi da utenza, sulla base di un puntuale piano economico finanziario redatto ai sensi dell’art. 143, comma 7, del D.lgs. n. 163/2006 (applicabile anche alle concessioni di servizio per effetto del rinvio contenuto nell’art. 30, comma 7, del D.lgs. n. 163/2006);

- si rilevano criticità in ordine alla mancata realizzazione di una gara europea e ai requisiti economico-finanziari richiesti nel bando per l’affidamento in concessione che non appaiono armonizzati con il valore dell’appalto che non appare correttamente stimato e parimenti critica e restrittiva della concorrenza appare la richiesta esperienza di *“aver gestito contemporaneamente almeno cinque impianti natatori pubblici o privati aperti al pubblico”* nell’ultimo triennio;
- si rilevano criticità in ordine al rinnovo contemplato negli atti di gara (peraltro non adeguatamente motivato), tenuto conto che il principio del divieto di rinnovo dei contratti di appalto scaduti, stabilito dall’art. 23, legge 18.4.2005, n. 62, “ha valenza generale e preclusiva sulle altre e contrarie disposizioni dell’ordinamento” come confermato dal Consiglio di stato nel 2013 e da una consolidata giurisprudenza amministrativa. (Cons. Stato, sez. V, 2.2.2010, n. 445, Cons. Stato, sez. IV, 31.5.2007, n. 2866, Cons. Stato, sez. V, 8.7.2008, n. 3391) e tenuto conto che tale rinnovo non è stato peraltro incluso nel calcolo del valore stimato della concessione;
- appare altresì critica la circostanza che la giunta comunale abbia ritenuto di avviare, contestualmente alla gara in questione, anche la procedura di cui all’articolo 159 del d. lgs 163/che consente ai finanziatori, in caso di risoluzione, di impedire la stessa, con la proposta di subentro di un terzo, tenuto conto che la sentenza del Tribunale di Bolzano e il disposto del giudice delegato precisavano invece la non applicabilità, circostanza che ha fatto conseguire altresì procedure di gara chiaramente non conformi;
- si rilevano perplessità, conseguentemente, anche sulla successiva proroga tecnica sia per il superamento dei limiti temporali consentiti dal legislatore e sia per le motivazioni addotte ossia l’incertezza sulla disponibilità dei beni mobili che non appare essere come sufficientemente documentata né appare configurabile come causa di “forza maggiore del tutto imprevedibile”;
- da ultimo si rileva la necessità di verificare ulteriormente, in capo alla ditta aggiudicataria, del possesso e della loro permanenza dei requisiti di ordine generale ex articolo 38 del d. lgs 163/2006 tenuto conto di quanto rilevato al punto 13 delle premesse di cui alla presente lettera.

Per tutto quanto sopra premesso e considerato si chiede dunque all’ Autorità in indirizzo di esprimersi in riferimento alla regolarità delle procedure poste in essere dal Comune di Garda.

Roma, 20 gennaio 2017

Francesca Businarolo

**Allegati:**

1. determinazione del Comune di Garda n. 413 del 30/11/2013 (cui è allegata la Deliberazione n. 125 della Giunta Comunale n. 125 del 15/11/2013;
  2. bando- disciplinare di gara del 30/11/2013
  3. deliberazione della Giunta Comunale del Comune di Garda n. 186 del 14/11/2016 ;
  4. provvedimento dispositivo del Tribunale di Bolzano, 8 novembre 2013;
- ordine del giorno del Comune di Cremona n. 57559 / 2016 del 16 settembre 2