



Città di Caserta
Medaglia d'Oro al Merito Civile
Il Segretario Generale
Responsabile Prevenzione Corruzione e Trasparenza

Spett.le
Autorità Nazionale Anticorruzione
Palazzo Sciarra Colonna di Carbognano
via Marco Minghetti, 10
Roma

Al Dirigente del Settore mobilità
della Città di Caserta
SEDE

p.c. Al Sig. Sindaco

Al Consigliere Comunale
M. Picozzi

Al Consigliere Comunale
R. Giovine

SEDE

Al RTI
Adeka parking Srl in persona del
Legale rapp.te p.t.

Oggetto: riqualificazione e gestione dell'area comunale dell'ex caserma Pollio destinata alla sosta a pagamento oltre alla integrazione di servizi dedicati al turismo, da realizzarsi con finanza di progetto ai sensi dell'articolo 183, comma 15, del decreto legislativo 50 del 2016-rilievi

In relazione alla segnalazione effettuata all'ANAC dal Consigliere Comunale della Città di Caserta Raffaele Giovine in 20 dicembre 2023, oltre alle numerose segnalazioni relative alla procedura di cui all'oggetto della presente effettuate dal Consigliere Comunale Michele Picozzi da ultimo con nota protocollo numero 95596 del 30/09/2024, lo scrivente in qualità di Segretario Comunale Generale della Città di Caserta e pertanto titolare della funzione del controllo successivo di regolarità amministrativa ai sensi dell'articolo 147 del D.Lgs. 267/00 ed in virtù di quanto disposto dall'articolo 17 del vigente Regolamento comunale sui controlli interni che prevede la possibilità che il controllo successivo di regolarità amministrativa sia attivato dallo scrivente ogni qualvolta se ne rilevi la necessità, viene con la presente ad effettuare i rilievi di seguito indicati in merito alla procedura di cui all'oggetto della presente.



Città di Caserta

Medaglia d'Oro al Merito Civile

Il Segretario Generale

Responsabile Prevenzione Corruzione e Trasparenza

La proposta di progetto di finanza di cui all'articolo 183, comma 15, del D.Lgs. 50/16 viene presentata dalla società SEA Services S.r.l. in data 3 dicembre 2020 con nota protocollo 116871 e successivamente integrata con nota del 12 marzo 2021 protocollo numero 27343.

Essa viene approvata con delibera di Giunta Comunale numero 68 del 28 marzo 2022 con la quale si individuava il soggetto promotore nella suddetta società, si nominava il RUP e si dava espresso mandato quest'ultimo per l'adozione degli atti consequenziali.

Giova fare una piccola specificazione introduttiva in merito all'istituto contrattuale di cui trattasi.

I contratti che la PA stipula per il perseguimento dell'interesse pubblico possono, in via generale, distinguersi in contratti attivi e passivi: si definiscono attivi quelli che importano una entrata alla PA (come, ad esempio, il contratto di locazione); si definiscono passivi, invece, quelli che comportano una spesa per la PA (come, ad esempio, il contratto di appalto).

Il D.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) vigente all'epoca dell'avvio della procedura di cui trattasi, disciplinava la materia della contrattazione pubblica.

Esso distingueva, tra i contratti passivi, gli appalti pubblici dalle concessioni. Sono entrambi contratti che possono avere ad oggetto lavori o servizi; la differenza tra le due fattispecie sta tutta nel corrispettivo:

- Nell'appalto, il corrispettivo è costituito dal pagamento di una somma di denaro da parte dell'Amministrazione in favore del privato (pagamento del prezzo);
- Nelle concessioni, invece, il corrispettivo non è costituito dal pagamento di un prezzo, ma dal diritto del privato di gestire l'opera o il servizio (diritto di gestione), cioè la remunerazione del concessionario non deriva dal pagamento di un prezzo da parte della PA concedente, bensì dagli introiti che il concessionario ottiene dal privato-utente che si avvale dell'opera gestita o del servizio erogato.

In aggiunta a questi due istituti era disciplinato anche il *project financing* previsto dall'art. 183 del d.lgs. 50/2016 e, a differenza dell'appalto e della concessione, non è un contratto bensì **una speciale procedura di affidamento dei contratti pubblici diversa sia dall'affidamento mediante concessione che dall'appalto.**

Il *project financing* consiste in una vera e propria operazione di finanziamento che vede il coinvolgimento di soggetti privati non solo nella realizzazione e gestione di opere di interesse pubblico, ma anche nel finanziamento dei costi iniziali.

Il *project financing*, dunque, rappresenta una particolare procedura di affidamento che inizia ponendo a base di gara un progetto di fattibilità tecnica ed economica per la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità. Tale progetto può essere proposto dalla stessa PA o dagli operatori economici privati.

Nel caso in cui l'iniziativa sia della stessa PA, una volta pubblicato il bando, gli operatori economici inizieranno a presentare le loro offerte e si nominerà aggiudicatario il soggetto che ha presentato la migliore offerta alla luce del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel caso in cui la proposta sia avanzata da un operatore economico privato, invece, la pubblicazione del bando di gara è subordinata alla valutazione della fattibilità della proposta e alla sua conseguente approvazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Una volta approvato il progetto l'Amministrazione provvederà ad indire la gara a cui è invitato a partecipare anche il proponente.

Pertanto in relazione alla procedura di cui all'oggetto della presente ed alla luce delle brevi considerazioni su esposte, si può tranquillamente affermare che la proposta di finanza di progetto di cui alla delibera numero 68/2022 si configura sicuramente come di iniziativa privata.

È bene porre in rilievo la circostanza che nella predetta delibera il proponente è indicato unicamente come società Sea service Srl con sede in Caserta senza fare alcun accenno a raggruppamenti di imprese.



Città di Caserta

Medaglia d'Oro al Merito Civile

Il Segretario Generale

Responsabile Prevenzione Corruzione e Trasparenza

Anche nella determina a contrarre adottata con atto numero 1154 del 30 giugno 2022 e successivamente reiterata con atto numero 1239 del 6 luglio 2022, peraltro con contenuti identici, ed entrambe munite del parere di regolarità contabile positivo, si prende atto che con delibera di G.C. n. 68/2022 si individuava la Società SEA Service Srl come soggetto promotore ai sensi dell'art. 183 del D.Lgs. 50/2016 relativamente alla procedura di cui all'oggetto della presente, senza alcun riferimento ad altre società o RTI.

Però successivamente la commissione di gara nominata con determina 1864 del 04/11/2022, nel verbale di gara n. 01 del 17 novembre 2022 a pagina quattro dà atto che "dalle 17:09 assistono alla procedura rappresentanze del concorrente ADEKA Parking S.r.l. come individuabili dalle schermate del sistema di collegamento". Successivamente a pagina cinque del predetto verbale di gara si dà atto che "il concorrente partecipa in raggruppamento temporaneo di impresa con Sea service S.r.l. (mandante in associazione orizzontale) e con CO.GE.ME. Srl (mandante in associazione verticale) e con l'avvalimento di AXES S.r.l. il tutto come dalla documentazione amministrativa caricata in piattaforma evidenziabile dagli screenshot allegati al verbale stesso".

Solo successivamente a conclusione delle operazioni di gara con determina numero 2005 del 28 novembre 2022, si prendeva atto che era presente un unico operatore economico RTI e che la commissione di gara aveva portato a termine i lavori di propria competenza proponendo in via provvisoria l'aggiudicazione dell'appalto a favore dell'unica offerta economicamente più vantaggiosa che è risultata essere quella formulata dalla RTI, per cui si aggiudicava provvisoriamente, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 33 del D.Lgs. 50/2016, i lavori di cui all'oggetto della presente in favore della predetta RTI.

Ancor di più degna di rilievi è la determina numero 577 del 5 maggio 2023 avente ad oggetto la finanza di progetto di cui trattasi e l'aggiudicazione con declaratoria di efficacia della procedura di gara su detta. Infatti nel ribadire l'aggiudicazione a favore della RTI, in prosieguo si prendeva atto che con nota pec n. 136922 del 12 dicembre 2022 l'Agenzia delle Entrate-Riscossione aveva inoltrato una procedura esecutiva di atto di pignoramento dei crediti verso terzi nei confronti della mandante SEA Service Srl e che, pertanto, con successiva nota pec n. 18027 del 13 febbraio 2023 si è inoltrato alla RTI l'avvio del procedimento di esclusione dalla procedura; questo intento è stato archiviato dal Dirigente responsabile con nota pec numero 40135 del 28 marzo 2023 a seguito della comunicazione da parte della RTI di voler riorganizzare il proprio assetto interno, così come previsto dall'articolo 48 del decreto legislativo 52/2016, successivamente confermato con nota pec n. 40886 del 29 marzo 2023 con la quale la RTI comunicava la esclusione dal raggruppamento temporaneo di imprese proprio della società Sea service S.r.l. proponente il progetto originario.

Orbene si ritiene che la procedura posta in essere dalla Commissione di gara e successivamente avvalorata con le determine su riportate, comporti una grave violazione del principio posto a base dell'articolo 183 del decreto legislativo 50/2016 e relativo alla immodificabilità del soggetto proponente la finanza di progetto.

Tale affermazione è avvalorata anche da conforme giurisprudenza amministrativa tra cui Consiglio di Stato, sez. V, 10.08.2021 n. 5840 che indica ai sensi dell'art. 96 del d.P.R. n. 207 del 2010 (applicabile alla fattispecie in esame, giusta la previsione dell'art. 216, comma 14 del d.lgs. n. 50 de 2016) che "Al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il proponente, al momento dell'indizione delle procedure di gara di cui all'articolo 153 del codice, deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'articolo 95". La norma è chiara nell'indicare nel "proponente" – e non in altri – il soggetto che deve possedere in proprio i requisiti di partecipazione alla gara, ex art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016. In effetti l'art. 183, comma 8, del codice dei contratti pubblici richiede che il proponente nella procedura di project financing sia in possesso dei requisiti del concessionario; dall'altro l'art. 95 del d.P.R. n. 207/2010, Regolamento di esecuzione ed attuazione del precedente Codice dei contratti, a tale ultimo riguardo, rinvia ai requisiti di qualificazione previsti dall'articolo 40 del codice e dall'articolo 79, comma 7, dello stesso d.P.R.



Città di Caserta

Medaglia d'Oro al Merito Civile

Il Segretario Generale

Responsabile Prevenzione Corruzione e Trasparenza

n. 207/2010. (omissis) Sotto diverso ma concorrente profilo, ritiene il Collegio che non rilevi, a fondare le tesi di parte appellante secondo cui, nel caso del project financing, eccezionalmente il contratto potrebbe essere eseguito e portato a termine dai soggetti che facevano parte dell'operatore aggiudicatario, la previsione dell'art. 184, comma primo d.lgs. n. 50 del 2016, in base alla quale l'aggiudicatario ha la facoltà, **dopo l'aggiudicazione**, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, che gli subentra nel rapporto di concessione. Tale disposizione, invero, nulla dispone in ordine alla possibilità di computo dei requisiti di qualificazione, che dunque andranno verificati nel rispetto delle pertinenti disposizioni del Codice, in primis l'art. 183, comma 8, che rinvia ai requisiti previsti per il concessionario, di cui all'art. 95 del d.P.R. n. 207 del 2010. **L'originaria carenza, in capo alla società proponente, dei requisiti previsti per la partecipazione alla procedura non potrà pertanto essere superata dalla successiva costituzione della società di progetto dopo l'aggiudicazione (aggiudicazione che presuppone, insuperabilmente, la positiva verifica dei primi), includendovi dei nuovi e diversi soggetti a tal punto dotati dei requisiti richiesti."**

Anche Consiglio di Stato, sez. V, 18.04.2023 n. 3886 "una volta che i soci abbiano costituito la società di progetto e questa sia subentrata nel rapporto di concessione all'aggiudicatario, diventando concessionaria a legittimo titolo derivato, qualsiasi altro soggetto terzo è estraneo al rapporto di concessione" (Cons. Stato, n. 5294 del 2017, cit., che prosegue ponendo in risalto "la stretta delimitazione dei soggetti esecutori all'area dei soli soci", come desumibile anche dal regime del sub-appalto ex art. 174 d.lgs. n. 50 del 2016), allo stesso modo, non può con una costituzione "esternalizzante" – connotata, cioè, dalla sottoscrizione della quasi totalità del capitale della società di progetto da parte di un soggetto estraneo – ammettersi nella sostanza la rimodulazione dell'affidamento in favore di soggetti (chiamati peraltro ad attività esecutive) diversi dagli aggiudicatari che hanno prestato i requisiti di qualificazione (cfr., in tal senso, anche il parere dell'Anac prot. n. 25211 di cui all'adunanza del 26 marzo 2019, in atti). Allo stesso modo non rileva di per sé la circostanza che, nella specie, in un primo tempo l'amministrazione avesse preso atto della costituzione della società di progetto e proseguito per un certo periodo il rapporto: al di là dell'intervenuto annullamento in autotutela della detta presa d'atto, rimane comunque il fatto della costituzione della società e affidamento delle attività della concessione *in violazione del regime delle modifiche soggettive, di per sé integrativo della fattispecie decadenziale*".

Infine il Cons. St., A.P., 27 maggio 2021, n. 10 ha statuito che "**Nella sola fase dell'esecuzione**, peraltro, il legislatore, dopo la riforma apportata dall'art. 32, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 56 del 2017, ha previsto che anche *il venir meno di uno dei requisiti di partecipazione, di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, in capo ad uno dei componenti* – non essendo tale ipotesi applicabile alla fase di gara (v., sul punto, Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833; id. 27 agosto 2020, n. 5255 nonché l'ANAC nella delibera n. 555 del 12 giugno 2011 su istanza di parere precontenzioso ai sensi dell'art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016) – *possa giustificare la modifica soggettiva*, ma sempre e solo interna al raggruppamento *perché, diversamente, la fase dell'esecuzione presterebbe il fianco ex post all'aggiramento delle regole della trasparenza e della concorrenza, che presiedono alla fase della scelta del contraente, con l'inserzione postuma di soggetti esterni che nemmeno hanno preso parte alla gara e si troverebbero ad essere contraenti della pubblica amministrazione*."

Orbene dopo questa breve rassegna giurisprudenziale dalla quale si evince chiaramente l'impossibilità della sostituzione del soggetto proponente si ritiene dall'esame degli atti della procedura di cui trattasi, di rilevare i seguenti punti di illegittimità:

- 1) tutta la procedura di gara prende le mosse dalla proposta di un unico soggetto promotore, SEA Service Srl, sempre individuato come tale sia nella delibera di giunta comunale numero 68 del 28



Città di Caserta

Medaglia d'Oro al Merito Civile

Il Segretario Generale

Responsabile Prevenzione Corruzione e Trasparenza

marzo 2022, sia nelle determine a contrarre numero 1154 del 30 giugno 2022 e numero 1239 del 6 luglio 2022;

- 2) successivamente in maniera del tutto ingiustificata la commissione di gara ammette e valuta un raggruppamento temporaneo di impresa che non trova alcun riscontro nei predetti atti propedeutici a tutto il progetto di finanza di cui trattasi mai modificati con l'inserimento di un soggetto proponente diverso da SEA Service Srl; pertanto non si comprende come mai la commissione di gara nell'esame della documentazione amministrativa non abbia rilevato questo grave *vulnus* nella procedura di cui trattasi;
- 3) ancor più irrituale è che soltanto dopo lo svolgimento delle sedute della commissione di gara con determina numero 577 del 5 maggio 2023 venga rilevata la presenza del raggruppamento temporaneo di impresa Adeka Parking Srl e con lo stesso atto sia esclusa proprio la SEA Service Srl proponente il project financing, in violazione della normativa vigente in materia e conformemente a quanto riportato nelle sentenze su indicate;
- 4) **con la determina di cui al punto che precede, inoltre, è adottato un atto di aggiudicazione con declaratoria di efficacia in violazione della competenza alla individuazione del soggetto proponente che rientra tra le competenze della Giunta Comunale, previo inserimento negli atti di programmazione dell'Ente, e non già del Dirigente competente per materia;**
- 5) tali gravi irregolarità si ripercuotono, a parere dello scrivente, su tutta la regolarità amministrativa degli atti assunti conseguentemente, né tantomeno a sanare tale difformità si ritiene che possa essere sufficiente l'adozione della successiva delibera di giunta numero 52 del 25 marzo 2024 con la quale si approvava il progetto definitivo della finanza di progetto di cui trattasi, in quanto in essa non è fatta alcuna menzione della revoca e/o integrazione della delibera numero 68/2022, con l'estromissione del soggetto originariamente indicato e proponente l'intervento di cui trattasi, SEA Service Srl, con altri soggetti giuridici estranei all'avvio della procedura.

Il presente rilievo è inviato all'ANAC per le determinazioni di competenza ed al Dirigente dell'ufficio mobilità competente per materia per l'adozione degli atti consequenziali, con l'esplicito avvertimento che, laddove il Dirigente non adotti il provvedimento di annullamento della predetta procedura in autotutela, lo scrivente ufficiale rogante comunque non potrà procedere alla stipula del relativo contratto di concessione fino a quando l'ANAC non abbia comunicato le proprie decisioni.

Tutto quanto sopra fermo restando la segnalazione operata dal Consigliere Comunale R. Giovine all'ANAC in data 20/12/2023 e le comunicazioni inviate in merito all'oggetto della presente dal Consigliere Comunale M. Picozzi sulle quali lo scrivente si riserva un successivo e separato esame.

Caserta lì, 04/10/2024

Il Segretario Generale
(Massi)