



N° PAP-01514-2019

Si attesta che il presente atto è stato affisso all'Albo Pretorio on-line dal 06/09/2019 al 21/09/2019

L'incaricato della pubblicazione
COSIMO RISPOLI

COMUNE DI ANGRI

PROVINCIA DI SALERNO

AREA: UOC PROMOZIONE SVILUPPO GESTIONE TERRITORIALE E PATRIMONIO

DETERMINAZIONE DSG N° 00595/2019 del 05/09/2019

N° DetSet 00033/2019 del 05/09/2019

Responsabile U.O.C.: FLAVIA ATORINO

Istruttore proponente: FLAVIA ATORINO

OGGETTO: RISOLUZIONE ANTICIPATA PER GRAVE INADEMPIMENTO CONTRATTUALE PER LA CONCESSIONE DEL SERVIZIO DI PROGETTAZIONE, REALIZZAZIONE E GESTIONE DI UN INTERVENTO PER L'ADEGUAMENTO DELL'IMPIANTO DI PUBBLICA ILLUMINAZIONE CON APPORTO DI CAPITALI PRIVATI. CONTRATTO Rep. n. 2247 DEL 19/11/2018

ATTESTAZIONE DI CONFORMITA'

Il Sottoscritto

in qualità di

attesta che la presente copia cartacea della Determinazione Dirigenziale n° DSG 00595/2019, composta da n° fogli, è conforme al documento informatico originale firmato digitalmente ai sensi del D.Lgs N° 82/2005.

ANGRI, li _____

Firma e Timbro dell'Ufficio

N.B. Da compilare a cura del Soggetto Autorizzato.

Il Responsabile U.O.C.

Promozione, Sviluppo, Gestione Territoriale e Patrimonio

Premesso:

- Che con determina DSG n. 00709/2017 del 05/09/2017, è stato approvato il Bando e Disciplinare di Gara relativo alla procedura di affidamento del servizio di **“PROGETTAZIONE, REALIZZAZIONE E GESTIONE DI UN INTERVENTO PER L’ADEGUAMENTO DELL’IMPIANTO DI PUBBLICA ILLUMINAZIONE CON APPORTO DI CAPITALI PRIVATI”** ed è stata altresì individuata la procedura aperta con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa;
- Che con determina DSG n. 1115 del 28/12/2017, integrata con ulteriore determina DSG n. 227/2018 del 08/03/2018, è stato approvato l’esito della gara aggiudicandone il servizio alla “Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l.” per l’importo complessivo netto, per anni 22, di Euro 13.222.440,00 oltre Iva per legge ed al netto del ribasso, comprensivo degli oneri della sicurezza; dando atto che, ai sensi dell’art. 11 del D.Lgs. n. 163/2006, l’aggiudicazione sarebbe diventata efficace dopo il completamento della verifica del possesso dei requisiti di cui all’art. 38 del richiamato D.Lgs. 163/2006;
- Che con nota prot. n. 17 del 02/01/2018, la “Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l.” si è avvalsa, ai sensi dell’art. 184 del D.Lgs. n. 50/2016, di costituire apposita Società di gestione dell’appalto di concessione, denominata “Angri Illuminazione S.c.a.r.l.”;
- Che con determina DSG n. 238 del 09/03/2018, il R.U.P. Ing. Salvatore De Cola, prendeva atto del subentro della Società di progetto “Angri Illuminazione S.c.a.r.l.”, nel rapporto obbligatorio con la stazione appaltante;
- Che in data 19/11/2018, è stato stipulato il contratto di concessione *de quo* tra il Comune di Angri e la “Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l.”, Rep. n. 2247 del 19/11/2018;

Considerato:

- Che con determina DSG n. 01060/2018 del 30/11/2018, il R.U.P. Ing. Salvatore De Cola, ha annullato in autotutela la determina DSG n. 238 del 09/03/2018, di presa d’atto del subentro della Società di progetto “Angri Illuminazione S.c.a.r.l.”, nel rapporto obbligatorio con la stazione appaltante in considerazione della presenza, nella compagine societaria, della Società “Mirca S.r.L. di Carmine Mirante” con quote pari al 99%;
- Che la Società di progetto “Angri Illuminazione S.c.a.r.l.”, in data 11/09/2018, ha comunicato che la Società Enel Energia aveva provveduto alla volturazione alla Società Mirca S.r.L. di Carmine Mirante di n. 42 misuratori su 45 richieste di voltura;
- Che con numerose missive, il RUP, escludendo espressamente la possibilità di volturare i POD in favore di soggetti diversi dalla Società di progetto, ha chiesto la voltura dell’intestazione dei contatori dalla Società Mirca S.r.L. di Carmine Mirante alla Società “Angri Illuminazione S.c.a.r.l.”, e, a tutt’oggi, puntualmente sono state disattese dette indifferibili richieste;

Preso atto:

- Che al fine di chiarire la natura giuridica del rapporto in essere all’interno della Società di progetto e le eventuali ricadute sul rapporto concessorio con il Comune di Angri, il Sindaco p.t., ha chiesto con nota prot. n. 0038979/2018 del 25/10/2018, un parere alla Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.) in merito alla composizione della Società di progetto

“Angri Illuminazione S.c.a.r.l.”, avente quale socio di maggioranza (al 99% delle quote) la Società Mirca S.r.L. di Carmine Mirante, evidenziando che il predetto Socio di maggioranza non aveva concorso a formare i requisiti dell’aggiudicatario “Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l.”, né partecipato alla gara stessa per l’affidamento della concessione ma detenendo, di fatto, il completo controllo della Società di progetto;

- Che l’A.N.A.C., nel caso specifico, ha precisato che la cessione pressochè integrale della partecipazione alla Società di progetto da parte dell’unico socio qualificante “Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l.”, ad una Società terza quale Mirca S.r.L. di Carmine Mirante, non è in linea con il quadro normativo vigente ai sensi dell’art. 176, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016;
- Che con nota prot. n. 19861/2019 del 12/06/2019, si è dato avvio al procedimento per la risoluzione contrattuale per gravi inadempienze ai sensi della normativa vigente in materia e, in particolare, dell’art. 28 del Contratto Rep. n. 2447 del 19/11/2019;
- Che a seguito dell’avvio del procedimento di risoluzione contrattuale, la Società “Angri Illuminazione S.c.a.r.l.”, con nota prot. n. 24035/2019 del 18/07/2019, ha contestato il contenuto dei rilievi formulati dal RUP;
- Che con nota prot. n. 27011/2019 del 22/08/2019, il R.U.P. ha relazionato in merito alla nota di riscontro prot. n. 24035/2019 del 18/07/2019 e, ha giudicato non ammissibili le controdeduzioni della Società “Angri Illuminazione S.c.a.r.l.”;
- Che la Società “Angri Illuminazione S.c.a.r.l.” e la “Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l.” non hanno adempiuto agli obblighi contrattuali prescritti in merito all’esecuzione del servizio;

Vista:

- La proposta di risoluzione per grave inadempimento contrattuale prot. n. 27011/2019 del 22/08/2019 a firma del RUP;

Ritenuto: di condividere le motivazioni contenute nella relazione *de quo*, a cui si rimanda e che sinteticamente si riportano nel corpo del seguente provvedimento:

a) Violazione dell’art. 176, comma 1 lett. c) del D.lgs n. 50/2016 il quale dispone che una modifica contrattuale che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione può causare la risoluzione del rapporto concessorio. La modifica contrattuale (non prevista dal precedente art. 175, commi 1-4) è consistita nella illegittima composizione della società di progetto, contraente del rapporto concessorio; in quanto ai soci qualificanti, cioè che hanno concorso alla formazione dei requisiti dell’operatore economico, è preclusa la facoltà di cedere integralmente la loro quota che deve essere mantenuta fino alla emissione del certificato di collaudo. Inoltre, la società di progetto è stata costituita in violazione dell’art. 80, comma 5 lett. c) del D.lgs n. 50/2016 in quanto l’operatore economico, società Mirca Srl, con quote maggioritarie (99%) della società di progetto si è resa protagonista di significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto pubblico che ne hanno causato la risoluzione anticipata, ovvero confermata all’esito di un giudizio, come sancito definitivamente dal TAR Campania con sentenza 1855/2016 divenuta definitiva;

b) inadempimento contrattuale per violazione dell’art. 5, comma 11, del contratto di concessione che prevede che sono a carico del concessionario tutte le spese per incentivazioni di cui all’art. 113 del D.lgs n. 50/2016 nonché le spese per il supporto al RUP quantificate in Euro 15.000 oltre Iva e oneri previdenziali. Tali somme sarebbero state trasferite prima della stipula della concessione con le modalità indicate dal RUP; malgrado le richieste di pagamento di tali

spettanze inviate con varie note, il concessionario non ha mai adempiuto interamente alla clausola contrattuale;

c) violazione dell'art. 105, comma 1 del D.lgs n. 50/2016 riguardo il divieto di cessione di contratto e, in subordine, l'art. 174, commi 2 e 3 del D.lgs n. 50/2016 che disciplina gli aspetti degli affidamenti in subappalto in quanto la fornitura di energia elettrica è tuttora intestata alla Società MIRCA di Carmine Mirante s.r.l., il socio espulso dalla società di progetto per mancanza dei requisiti ex art. 80 del Codice

Accertato, quindi:

- Che la Società concessionaria ha mutato la compagine originaria della Società di progetto in maniera del tutto illegittima in violazione dell'art. 176, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016;
- Che l'operatore economico Mirca S.r.L. di Carmine Mirante è risultato in possesso di requisiti non conformi a quanto stabilito dall'ex art. 80, comma 5, lett. c), del Dlgs. n. 50/2016;
- Che la Società di progetto "Angri Illuminazione S.c.a.r.l." ha trasmesso, in data 16/04/2019 a mezzo posta elettronica, copia delle bollette per la fornitura elettrica intestate tutte alla Società Mirca S.r.L. di Carmine Mirante, socio espulso dalla Società di progetto per mancanza dei requisiti dell'ex art. 80, comma 5, lett. c), del Dlgs. n. 50/2016;
- Che il contratto di concessione è stato ceduto dal soggetto stipulante ad un terzo soggetto completamente estraneo al rapporto concessorio e, soprattutto, privo dei requisiti di cui all'ex art. 80, comma 5, lett. c), del Dlgs. n. 50/2016;

Verificato:

- Che per le suindicate motivazioni, il concessionario ha violato l'art. 175, comma 7, lettera d) del D.Lgs. n. 50/2016 e le norme del subappalto previste dall'art. 174, commi 2 e 3 del D.Lgs. n. 50/2016;
- Che ricorrono i presupposti del grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali assunte con il contratto di concessione Rep. n. 2247 del 19/11/2018, e agli obblighi derivanti dalla normativa di settore, da parte della Società "Angri Illuminazione S.c.a.r.l.", subentrata ex art. 184 D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. al concessionario "Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l.";
- Che le menzionate inadempienze, complessivamente considerate, costituiscono un grave comportamento omissivo dell'impresa concessionaria, la quale è venuta meno all'obbligo contrattuale assunto di rispettare i termini convenuti; tale comportamento omissivo, a norma dell'art. 1455 c.c., assume i caratteri della gravità delle azioni adottate;
- Che vani sono stati i tentativi adottati dal RUP, affinché la concessionaria rispettasse i propri obblighi contrattuali;

Condivise: le ragioni espresse dal RUP nella propria proposta che, congiuntamente agli allegati di riferimento, costituiscono parte integrante e sostanziale del presente atto, benchè non materialmente allegati alla presente determinazione;

Visto:

- L'art. 105, comma 1 del D.lgs n. 50/2016;
- L'art. 174, commi 2 e 3 del D.lgs n. 50/2016;
- L'art. 175, commi 1, 2, 3, 4 e 7 del D.lgs n. 50/2016;

- L'art. 176, comma 1 lett. c) del D.lgs n. 50/2016;
- L'art. 184 D.Lgs. n. 50/2016;
- Il Decreto Sindacale n. 45 del 07/03/2019 di nomina del Responsabile U.O.C. Promozione, Sviluppo, Gestione Territoriale e Patrimonio;
- Il D.Lgs. n. 267/2000;
- La Legge n. 241/1990 e s.m.i.;
- Gli articoli del Codice Civile in merito alla risoluzione del contratto;

Richiamato:

- Il Codice degli Appalti D.Lgs. n. 50 del 18/04/2016, *“Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli Enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”*;

Ritenuto: di dover provvedere in merito all’esigenza di tutela della libera concorrenza e, di riflesso, degli interessi degli operatori economici a partecipare ad una procedura pubblica legittima ed imparziale, in ossequio al principio di imparzialità dettato nell’art. 97 della Costituzione e del libero esplicarsi del confronto concorrenziale;

DETERMINA

La premessa costituisce parte integrante e sostanziale del presente provvedimento:

- 1) Di procedere** alla risoluzione del contratto stipulato in data 19.11.2018 (Rep. n. 2247 del 19.11.2018) per grave inadempimento contrattuale della Società di progetto “Angrì Illuminazione S.c.a.r.l.”, subentrata ex art. 184 D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. al concessionario “Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l.”, per le ragioni in premessa contenute e richiamate;
- 2) Di disporre** l’adozione di tutti i provvedimenti consequenziali previsti dal Codice degli Appalti e dell’art. 28 e art. 29, comma 3, del contratto di concessione (Rep. n. 2247 del 19.11.2018);
- 3) Di dare atto** che il presente provvedimento è stato preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento di risoluzione contrattuale;
- 4) Di agire** nei confronti della Società di progetto “Angrì Illuminazione S.c.a.r.l.”, subentrata ex art. 184 D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. al concessionario “Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l.”, per il risarcimento degli ulteriori e maggiori danni, per grave inadempimento contrattuale, che saranno quantificati a seguito di istruttoria dell’Avvocatura Civica;
- 5) Di disporre** in analogia a quanto previsto per la risoluzione del contratto di appalto dall’articolo 108, commi 6 e 9 del D.lgs n. 50/2016;
- 6) Di notificare** il presente atto nelle forme e nei modi di legge:

- Al Concessionario Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l.;

- Alla Società di progetto “Angri Illuminazione S.c.a.r.l.”;
- Alla Società Assicurativa Elba Assicurazioni S.p.A. Via Mecenate n. 90 – 20138 Milano (MI);
- Al RUP;

7) Di comunicare all’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ed all’Osservatorio Regionale sui Contratti Pubblici il presente provvedimento di risoluzione per grave inadempimento affinché si provveda all’iscrizione nel Casellario Informatico delle Imprese delle Società “Angri Illuminazione S.c.a.r.l.”, “Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l.” e Mirca S.r.L. di Carmine Mirante;

8) Di dare atto altresì, che avverso il presente provvedimento è possibile ricorrere presso il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania Sez. di Salerno entro 60 giorni dalla notifica del presente atto;

9) Di attestare la regolarità e la correttezza del presente atto ai sensi e per gli effetti di quanto dispone l’art. 147 bis del D.Lgs. n. 267/2000;

10) Di trasmettere copia della presente determinazione, per opportuna conoscenza, al Commissario Prefettizio nonché al Segretario Generale quale autorità anticorruzione;

11) Di dare atto che a norma dell’art. 8 della Legge n. 241/1990, il Responsabile del presente procedimento è l’ing. Flavia Atorino;

12) Di trasmettere alla Procura della Repubblica per le valutazioni di competenza;

13) Di disporre la registrazione e la pubblicazione della presente all’Albo Pretorio *on-line* e nella sezione “Amministrazione Trasparente”.

Documento informatico firmato digitalmente ai sensi del T.U. 445/2000 e del D.Lgs 82/2005 e rispettive norme collegate, il quale sostituisce il documento cartaceo e la firma autografa; il documento informatico è memorizzato digitalmente ed è rintracciabile sul sito istituzionale per il periodo della pubblicazione.