

# COMUNE DI CAPACI

## CITTA METROPOLITANA DI PALERMO

P.IVA C.F. 80019740820

C.C. P. N° 13823901

**Procedura negoziata** per l'affidamento in concessione dell'impianto sportivo "CAMPO DA CALCIO" denominato A. nino Cardinale, appartenente al patrimonio del Comune di Capaci, per la gestione con l'obbligo della valorizzazione, da espletarsi mediante procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera b) del D.Lgs. 50/2016 e dell'art. 1, comma 2, lettera b), del D.L. 76/2020, come convertito dalla legge n.120/2020 e modificato dalla legge 108/2021, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95 del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm. e ii. CIG : 96909400AE

### VERBALE DI GARA Seduta n.2

L'anno **duemilaventitre**, il giorno **17 del mese di Aprile** presso i locali dell'Area IV – Urbanistica, in Via Umberto I alle ore 10.00 si procede alla celebrazione della Procedura negoziata per l'affidamento in concessione dell'impianto sportivo "CAMPO DA CALCIO" denominato A. nino Cardinale, appartenente al patrimonio del Comune di Capaci, per la gestione con l'obbligo della valorizzazione, da espletarsi mediante procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera b) del D.Lgs. 50/2016 e dell'art. 1, comma 2, lettera b), del D.L. 76/2020, come convertito dalla legge n.120/2020 e modificato dalla legge 108/2021, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95 del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm. e ii. CIG : 96909400AE

La procedura è presieduta dal Responsabile dell'Area IV Urbanistica e V Lavori Pubblici, alla presenza dei dipendenti comunali Di Maggio Francesco Paolo e Com. Baiamonte Giovanni, giusta determina n. 332/2023 di costituzione commissione di gara, quest'ultimo anche quale verbalizzante.

Visto il verbale della seduta precedente n.1 del 11.04.2023, si aggiorna la seduta e la commissione si riunisce per pronunciarsi sulla comunicazione inviata dal CUS Palermo inviata a mezzo pec in data 14.04.2023 relativamente al mancato pagamento del contributo ANAC.

Si ritiene opportuno fare una premessa relativamente a ciò che viene richiesto nella manifestazione di interesse e nel relativo invito di gara inoltrato da questa stazione appaltante alle ditte/associazioni che si trovano in regola con i requisiti richiesti.

L'articolo 90, comma 25, della l. 289/2002, pur mostrando il *favor* del legislatore per l'affidamento degli impianti sportivi ai soggetti operanti nel settore dello sport, non consente tuttavia un affidamento diretto degli stessi ma, in conformità alle norme ed ai principi derivanti dal Trattato, occorre procedere ad un confronto concorrenziale tra i soggetti indicati nella stessa disposizione normativa. Detto confronto concorrenziale, secondo le considerazioni svolte, deve essere effettuato nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 30 del d.lgs. 163/2006, posto che la gestione degli impianti sportivi è qualificabile come concessione di servizi.

In via preliminare si osserva che quanto alla natura del bene "impianto sportivo", la giurisprudenza più recente (Consiglio di Stato sez. V 26/7/2016 n. 3380) conferma il consolidato orientamento a tenore del quale gli impianti sportivi di proprietà comunale appartengono al patrimonio indisponibile dell'ente, ai sensi dell'art. 826, ultimo comma, c.c., essendo destinati al soddisfacimento dell'interesse della collettività allo svolgimento delle attività sportive.



La gestione di tali impianti può essere effettuata dall'amministrazione competente in forma diretta oppure indiretta, mediante affidamento a terzi individuati con procedura selettiva.

A tal riguardo, in ordine alle modalità di affidamento di tale gestione, alla luce delle intervenute disposizioni del d.lgs. 50/2016, occorre distinguere tra impianti con rilevanza economica ed impianti privi di rilevanza economica. Laddove gli impianti sportivi con rilevanza economica sono quelli la cui gestione è remunerativa e quindi in grado di produrre reddito, mentre gli impianti sportivi privi di rilevanza economica sono quelli la cui gestione non ha tali caratteristiche e va quindi assistita dall'ente. Più in particolare «ai fini della definizione della rilevanza economica del servizio sportivo è necessario distinguere tra servizi che si ritiene debbano essere resi alla collettività anche al di fuori di una logica di profitto d'impresa, cioè quelli che il mercato privato non è in grado o non è interessato a fornire, da quelli che, pur essendo di pubblica utilità, rientrano in una situazione di mercato appetibile per gli imprenditori in quanto la loro gestione consente una remunerazione dei fattori di produzione e del capitale e permette all'impresa di trarre dalla gestione la fonte della remunerazione, con esclusione di interventi pubblici» (TAR Lazio, 22 marzo 2011 n. 2538).

Nel settore sportivo sussistono diverse tipologie di impianti, distinte per bacino d'utenza, per grandezza, per attività alle quali sono deputati; pertanto, la redditività di un impianto sportivo deve essere valutata caso per caso, con riferimento ad elementi quali i costi e le modalità di gestione, le tariffe per l'utenza, le attività praticate.

In ragione di ciò la gestione dei predetti impianti può essere ascritta alla categoria delle concessioni di servizi se ricorrono gli elementi a tal fine indicati dal legislatore.

Si osserva al riguardo che il d.lgs. 50/2016 definisce la concessione di servizi all'art. 3, comma 1, lett. vv) come «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll).

Va ricordato che questa Stazione appaltante, nell'invito di gara, ha anche richiesto l'esecuzione dei lavori, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi». Il rischio operativo, come precisato alla successiva lett. zz) è «il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario e il rischio di costruzione, come precisato alla lettera aaa) il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera.

Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

Si ritiene pertanto, che a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice, che ha dettato una specifica disciplina per le concessioni di servizi e che ha incluso la "gestione degli impianti sportivi" nell'Allegato IX del Codice, quale appalto di servizi, debba ritenersi superata e non più applicabile la previsione di cui all'art. 90, comma 25 della l. 289/2002, sopra richiamato, dettata in un differente contesto normativo.

Relativamente al contributo ANAC, a mente del comma 67 art. 1 della legge 266/2005 "L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, cui è riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento di cui al comma 65 determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza". Tra i soggetti privati rientrano anche le ONLUS, che restano sottoposte alla "vigilanza" dell'ANAC nel momento in cui partecipano



ad un affidamento pubblico (di qualsiasi natura). La partecipazione ad un appalto pubblico deve, quindi, essere accompagnato dal pagamento del contributo ANAC.

Il **termine di pagamento della contribuzione** è quello della scadenza del bollettino MAV, emesso dall'Anac, ogni quadrimestre per le stazioni appaltanti. Il pagamento per gli operatori economici avviene attraverso il Portale dei pagamenti dell'Autorità, ed è condizione di ammissibilità alla procedura di selezione del contraente. La mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento è causa di esclusione dalla procedura di scelta del contraente stesso.

Nello specifico si veda la delibera ANAC n.713 del 28/06/2016 nella quale in premessa viene contestata la presunta illegittimità della procedura svolta da un EE.LL. in violazione delle disposizioni dell'articolo 84, per la mancata nomina della commissione aggiudicatrice, dell'articolo 30, per mancata predeterminazione dei criteri di selezione e mancata presentazione del piano economico finanziario, nonché delle disposizioni relative all'obbligo del possesso dei requisiti di partecipazione e quelle inerenti il versamento del contributo all'Autorità.

Il pagamento del contributo ANAC è condizione necessaria per essere ammessi alla gara per le opere pubbliche (art. 1, co. 67 della L. n. 266/2005). L'omesso pagamento del contributo non si può sanare dopo la scadenza del termine delle offerte (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, n. 1572/2018; TAR di Bari sez. I, n. 1065/2018).

Diverso è il discorso di un pagamento effettuato in modo errato o incompleto. In tal caso, il pagamento in più si può sanare grazie all'istituto del **soccorso istruttorio** (TRGA Trento sentenza n 44/2018). Quindi se per esempio effettui il pagamento del contributo ANAC, ma ne paghi meno di quanto avresti dovuto, appena ravvedutoti dell'errore puoi sanare il versamento.

Tuttavia Con la recente pronuncia dello scorso 3 febbraio, il Consiglio di Stato ha affermato che in caso di tardivo versamento del contributo ANAC l'esclusione non è legittima. Il Consiglio di Stato ha precisato che *"i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizione a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal codice e dal altre disposizioni vigenti"* nonché con l'art. 1, comma 67 della l. 266/2005, il quale contempla *"l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche"*.

Pertanto, quantunque la giurisprudenza, nel merito appare alquanto contraddittoria, nel rispetto del **principio comunitario della massima partecipazione** alle gare d'appalto, **questa stazione appaltante è del parere che non costituisce causa di esclusione la sua regolarizzazione fuori termine.**

**Considerato** quanto sopra argomentato, e presc atto della sentenza del **Consiglio di Stato, Sezione quinta, del 24 gennaio 2020 n. 607, in cui** afferma che l'interpretazione di una clausola di gara, qualora la stessa può essere interpretata in senso escludente o in senso non escludente, deve favorire la massima partecipazione dei concorrenti;

**Si assegna**, quindi, all' Ass. Sportiva Cus Palermo, l'**ulteriore termine del 26 Aprile 2023** per trasmettere a mezzo pec a [urbanistica.comunecapaci@pec.it](mailto:urbanistica.comunecapaci@pec.it):

1. Attestazione di pagamento del contributo ANAC dovuto e qualora esistessero degli impedimenti oggettivi a carico del CUS Palermo, lo stesso potrà essere versato anche dalla ditta ausiliaria;
2. Altresi, tenuto conto che l'affidamento riguarderà, come già espresso sia nell'avviso manifestazione d'interesse che nel bando di gara- lettera invito, la gestione in concessione dell'impianto sportivo con obbligo di valorizzazione attraverso la realizzazione di lavori, qualora la S.V. non potrà svolgere i lavori in forma individuale, questa stazione appaltante **resta in attesa di ricevere apposita dichiarazione** (a firma della S.V. e della ditta ausiliaria) **attestante l'impegno a costituire una forma giuridica associata** (raggruppamenti temporanei o aggregazioni di imprese, costituiti o costituendi, società di



progetto, società di scopo, consorzi, etc.) **con la ditta** che ha dichiarato l'abilitazione ai requisiti inerenti la esecuzione dei lavori.

Infine si rappresenta che il mancato riscontro di quanto richiesto costituirà l'esclusione dalla gara.

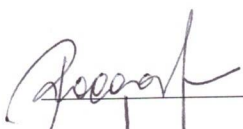
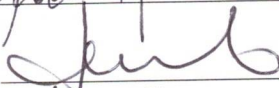
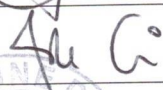
Alle ore 13,00 il Presidente, dispone la richiesta della documentazione attraverso l'istituzione del soccorso istruttorio. Pertanto chiude la seduta odierna e si rimanda al giorno 27.04.2023 ore 10,00.

Letto, confermato e sottoscritto.

Il Presidente: Geom. Rocco Virga

Il testimone: Rag. F.P. Di Maggio

Il testimone e verbalizzante: Giovanni Baiamonte

  
\_\_\_\_\_  
  
\_\_\_\_\_  
  
\_\_\_\_\_  
