



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Deliberazione n. 62 del 29 luglio 2015**

**Fasc. 1943/2013**

**Oggetto: Lavori per interventi di polizia mortuaria, trasporti funebri, raccolta e smaltimento rifiuti da attività cimiteriali differenti da pulizia e cura del verde - Importo a base d'asta euro 1.254.920,16.**

**Stazione appaltante: Comune di Messina.**

**Esponente: Servizi Cimiteriali S.r.l.**

### **Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**

nell'adunanza del 29 luglio 2015;

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni;

Vista la relazione dell'Area Vigilanza, Ufficio Vigilanza Lavori,

#### **Considerato in fatto**

Con esposto acquisito al prot. n. 69883 del 25.07.2013, successivamente integrato con note prot. nn. 69901/13, 69904/13 e 2283/14, la Soc. Servizi Cimiteriali S.r.l. ha eccepito la riconducibilità dei "Lavori per interventi di polizia mortuaria, trasporti funebri, raccolta e smaltimento rifiuti da attività cimiteriali differenti da pulizia e cura del verde" nell'ambito dei lavori per i quali è richiesta l'attestazione SOA OG 1, classifica III-*bis*, in quanto, ad avviso di quest'ultima, i lavori di polizia mortuaria che, costituiscono la voce economica prevalente del "computo metrico" redatto dalla stazione appaltante (€ 733.075,20 su un importo complessivo di € 1.254.923,16), riguarderebbero sostanzialmente operazioni di sola tumulazione ed estumulazione salme, in loculi già edificati da altro soggetto estraneo alla procedura di affidamento di che trattasi.

Inoltre, anche la modalità di pagamento prevista (a rate e di importo sempre uguale, indipendentemente dal numero delle operazioni effettuate) costituirebbe un'ulteriore prova che l'appalto in questione attiene all'esecuzione di un servizio e non di un lavoro.

L'esponente ha segnalato, altresì, la mancata indicazione nel bando di gara degli estremi della determina a contrarre e di quelli relativi alla pubblicazione sulla G.U.R.S.

Con comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 54274 del 12.05.2014, è stato chiesto al Comune di Messina di rendere conto, oltre che della criticità segnalate dall'esponente, anche di quanto segue:

- i motivi per cui, considerato l'importo e l'oggetto dichiarato dell'affidamento, la procedura di gara sia stata espletata dall'Amministrazione comunale e non dall'Ufficio Regionale per l'Espletamento di Gare per l'Appalto (UREGA) di Messina, competente per gli appalti di lavori con importo a base d'asta superiore a € 1.250.000,00;
- i motivi della classificazione dell'appalto nella categoria lavori;

- le modalità di definizione, ai fini di una corretta contabilizzazione, degli stati di avanzamento lavori nonché del certificato di ultimazione dei lavori;
- le ragioni per cui, all'art. 4 del Capitolato speciale d'appalto, è prevista un'opzione di proroga del contratto, che non sembra motivata da circostanze speciali né riconducibile ai casi contemplati dall'art. 23 della legge n. 65/2005;
- se l'importo a base d'asta sia stato determinato tenendo conto della possibilità di prorogare la durata contrattuale, fino a triplicarla.

L'Amministrazione, quindi, ha presentato le proprie controdeduzioni (prot. n. 67999 del 13.06.2014) precisando preliminarmente che l'esponente, già precedente affidatario del medesimo appalto, ha partecipato alla procedura classificandosi al secondo posto della graduatoria provvisoria ed è stato escluso per irregolarità del DURC dell'impresa ausiliaria.

Relativamente alla classificazione dell'appalto, l'Amministrazione ha precisato che si tratta di un appalto misto di lavori, servizi e forniture, in cui la componente lavori ha maggiore peso sulla base del valore economico assegnato alla voce, pari a € 1.088.919,96 su un importo a base d'asta di € 1.254.923,16. Per questa stessa ragione la stazione appaltante ha ritenuto di chiedere, tra i requisiti di partecipazione, l'attestazione SOA OG 1 cl. III-*bis*.

Tuttavia, la gara non è stata espletata dall'UREGA, competente sul territorio, come si è detto, per le procedure di affidamento di appalti di lavori con importo a base d'asta superiore a € 1.250.000,00. La stazione appaltante ha proceduto direttamente in ragione dell'importo della sola componente lavori (€ 1.088.919,96), il cui ammontare è al di sotto della soglia di competenza dell'UREGA.

La stazione appaltante ha inoltre sostenuto di aver scelto una modalità di pagamento a rate e di importi sempre uguali, in quanto la componente lavori è stata valutata "a corpo".

In merito alla possibilità di prorogare il contratto alla sua scadenza, secondo quanto disposto con il capitolato speciale, la stazione appaltante ha giustificato tale previsione, nella citata nota del 13 giugno 2015, invocando la peculiarità dell'appalto che, per motivi igienico sanitari, di carattere sociale e di ordine pubblico, non può essere soggetto ad eventuali rischi d'interruzione.

Tuttavia, ha precisato l'Amministrazione, nel definire l'importo a base d'asta si è tenuto conto della sola durata annuale del contratto, non potendosi garantire sul piano economico finanziario un impegno di spesa superiore.

Infine, relativamente alla mancata indicazione nel bando di gara degli estremi della determina a contrarre e di quelli relativi alla pubblicazione sulla G.U.R.S., la stazione appaltante non ha fornito giustificazioni ma ha trasmesso, in allegato alle proprie controdeduzioni, copia della determina n. 58 del 12.06.2013 e copia della comunicazione (protocollo del Comune di Messina n. 157894 del 1° luglio 2013), con la quale ha richiesto all'Amministrazione della Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana la pubblicazione dell'avviso della procedura di che trattasi.

In esito all'esame della documentazione in atti, è stata formalizzata, con prot. n. 3830 del 16.01.2015, la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI), evidenziando specifiche anomalie e/o criticità, meglio esplicitate nel seguito della presente delibera ai punti da 1 a 7, relativamente alla tipologia dell'appalto, agli incentivi di progettazione erogati, ai requisiti di partecipazione, alla prevista opzione di proroga contrattuale, alla mancata menzione della determina a contrarre nel bando, agli obblighi di qualificazione e all'attestato di qualificazione dell'aggiudicatario.

#### 1) Tipologia d'appalto.

La principale questione oggetto di controversia, nel caso di specie, attiene alla definizione, operata dal Comune di Messina, della natura dell'appalto quale appalto misto di lavori, servizi e forniture, in cui la componente lavori è stata considerata prevalente sulla base della rilevanza economica, pari a € 1.088.919,96 su un importo complessivo a base d'asta di € 1.254.923,16.

La materia dei contratti misti è disciplinata dall'art. 14 del d.lgs. 163/2006. La norma prescrive i criteri cui attenersi per stabilire l'oggetto principale per un contratto di questo tipo. Si osserva, al riguardo, che la rilevanza economica delle prestazioni non è l'unico parametro di riferimento indicato dalla legge. Rileva nello specifico considerare che, ai sensi del comma 3 dell'articolo citato, i lavori non costituiscono l'oggetto principale di un contratto misto quando hanno carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, benché la loro rilevanza economica sia superiore al cinquanta per cento del valore contrattuale.

In particolare, all'art. 3.2 del bando di gara, l'appalto in questione è descritto come "lavori per interventi di Polizia mortuaria, trasporti funebri, raccolta e smaltimento rifiuti da attività cimiteriali differenti da pulizia e cura del verde".

Si è osservato in proposito che, per quanto la stazione appaltante abbia definito tali interventi in termini di 'lavori', le attività di polizia mortuaria – così come regolamentate a livello nazionale, con il D.P.R. 10 settembre 1990 n. 285, e a livello locale con il Regolamento comunale di Polizia Mortuaria della città di Messina (Delibera Comunale n. 118 del 28.12.2012) – si esplicano essenzialmente nella erogazione di specifici 'servizi'.

Si è quindi ritenuto che questi possano rientrare nell'ambito più generale dei servizi cimiteriali.

In merito ai servizi cimiteriali e alla loro eventuale commistione con altri servizi e/o lavori, l'Autorità ha già avuto occasione di rilevare la loro riconducibilità alla categoria residuale "altri servizi" dell'allegato II B o ai servizi di manutenzione e riparazione ctg. 1 previsti all'allegato II A del d.lgs. 163/2006 (Parere AVCP - AG n. 24 del 18 luglio 2013).

D'altra parte, anche l'analisi nel dettaglio del prospetto economico relativo ai soli 'lavori' che costituiscono l'appalto di che trattasi, così come è stato elaborato dalla stazione appaltante e di seguito riportato, rivela evidenti forzature nella descrizione delle singole voci che lo compongono e nella loro classificazione nell'ambito della categoria dei lavori.

	Indicazioni delle categorie di lavori componenti l'appalto	Importo lavori
Ap. 01	Lavori di polizia mortuaria (compresi smontaggio lapidi e monumenti ... apertura e chiusura celle e tumuli, tumulazione, esumazione etc.)	€ 733.075,20
Ap. 06	Pronto intervento per lavori di Polizia (finalizzato all'immediata eliminazione di ogni inconveniente connesso alle sepolture ... e richiesto dal DL ... ivi compresa la fornitura di cassette di zinco di dimensioni adeguate allo stato dei resti mortali ... risagomatura, eliminazione asperità, ripristino scrostature intonaco e pulizia disinfezione ove necessario)	€ 20.997,08
Ap. 08	Pulizia e manutenzione camere mortuarie (compresa l'impiantistica elettrica e tutti i relativi adempimenti di legge, incluse le comunicazioni agli enti preposti al controllo dei depositi camere mortuarie del Gran Camposanto e dei Cimiteri Suburbani, in modo da assicurare ... il rispetto della normativa in materia di igiene, abbattimento degli odori, sicurezza e medicina del lavoro ... . Tenuta della documentazione amministrativa prescritta dalla vigente normativa sul lavoro. Esecuzione di pulizie e disinfezione periodica dei locali. Mantenimento ed eventuale adeguamento dell'impiantistica elettro/idraulica. Esecuzione di lavori edili di manutenzione ordinaria ... contemplate nella definizione di cui all'art. 31 L. 457/78)	€ 154.965,72
Ap. 12	Ripristino sepolture (costruzione e ricostruzione dei singoli tumuli e loculi, ripristino delle sepolture comprensivo di ogni onere accessorio, oneri accessori alla detumulazione e tumulazione compresa la tariffa	€ 64.881,96

	per il vigile sanitario, fornitura e sostituzione di rifasci laterali, di parti o dell'intero monumento, lapide con accessori (portafiori, portalume, portafotografie, epigrafi ed incisioni), allargamenti, allontanamento acque d'infiltrazione, intonacatura ed impermeabilizzazione e quant'altro necessario ...)	
	Oneri sicurezza	€ 115.000,00
	Sommano i lavori cat. OG1	€ 1.088.919,00

Nella comunicazione di risultanze istruttorie si è quindi evidenziato che la definizione di 'lavori' appare impropria anche per quanto più specificatamente attiene alle attività di inumazione, tumulazione, esumazione ed estumulazione (Ap. 01), che senz'altro prevedono lavori di scavo, interrimento, apertura, deposizione e chiusura dei tumuli, nonché rimozione di pietre tombali, lapidi, basamenti, monumenti e simili. Tuttavia, tali prestazioni si esercitano di fatto su opere già esistenti e prescindono dalla eventuale costruzione di nuovi loculi.

Valgono, pertanto, al riguardo le considerazioni già espresse dall'Autorità nella Deliberazione n. 7 del 14.02.2008. Per cui "il *discrimen* tra lavori di manutenzione e servizi di manutenzione va individuato nell'oggetto della prestazione: per i servizi consiste in una pluralità di interventi indeterminati, per i lavori in interventi definiti a priori, cui si collega la diversa modalità di definizione del corrispettivo, basato nel primo caso su una stima presuntiva legata al costo organizzativo ed orario della mano d'opera, nel secondo su un computo analitico dei lavori da eseguire. Pertanto, la manutenzione assume le caratteristiche di un appalto di servizi quando comporta una prestazione continuativa di *facere* con interventi periodici e assidui di personale specializzato; costituisce, invece, appalto di lavori quando consiste in attività di modificazione della realtà fisica esistente con utilizzazione ed installazione di materiali aggiuntivi e sostituivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale".

Un riferimento specifico alla "costruzione e ricostruzione dei singoli tumuli e loculi" si riscontra invece alla voce "Ripristino sepolture" (Ap. 12) del prospetto su riportato, che complessivamente ammonta a € 64.881,96 e, pertanto, incide solo in misura ridotta sull'ammontare complessivo dell'importo a base d'asta.

Si è inoltre osservato che il CPV indicato dalla stazione appaltante nel bando (45223220-4), corrispondente a "Lavori di Rustico", risulta del tutto inadeguato.

Da ultimo, è apparso incoerente la condotta della stazione appaltante che, da un lato, ha considerato l'appalto rientrante nell'ambito degli appalti di lavori e quindi nel rispetto della disciplina di riferimento, dall'altro, ha ritenuto di espletare direttamente la procedura di affidamento sottraendola alla competenza dell'UREGA in ragione dell'importo della sola componente lavori e non dell'importo a base d'asta.

## 2) Incentivi di progettazione.

Dalla documentazione agli atti in allegato alle controdeduzioni presentate dalla stazione appaltante (prot. AVCP 67999/14) è risultato che con Determina Dirigenziale del Dipartimento Servizi cimiteriali del Comune di Messina, n. 58 del 12.06.2013, è stato approvato il progetto di "Interventi di Polizia Mortuaria, trasporti funebri, raccolta e smaltimento rifiuti da attività cimiteriali differenti dalla pulizia e cura del verde". L'incarico di progettazione sarebbe stato affidato solo il giorno prima, con Determina dirigenziale n. 57 dell'11.06.2013, ad un geometra dipendente del Comune.

Pur non entrando nel merito dei tempi ristretti impiegati per l'attività di progettazione, come attestato dalle date degli atti di determinazione citati, sono emerse perplessità relativamente all'importo erogato a titolo di incentivo per la progettazione nella misura non superiore al 2% del valore del progetto, a favore dei dipendenti pubblici incaricati di redigere progetti di opere pubbliche, ai sensi dell'art. 92, co. 5, del d.lgs. 163/2006, recentemente abrogato dall'art. 13, co. 1, del d.l. n. 90/2014, convertito in legge n. 114 l'11.08.2014, ma vigente ai tempi delle determinazioni citate.

Si è ritenuto, infatti, che trattandosi di un appalto di servizi, con al più una parte minoritaria di lavori, l'incentivo per la progettazione dovesse essere dimensionato sul valore economico di quest'ultima componente. Tuttavia, prendendo a base di calcolo un importo dei lavori sovrastimato, come detto in precedenza, la stazione appaltante ha, conseguentemente, sopravvalutato anche l'incentivo spettante all'incaricato della progettazione. Ha quindi riconosciuto, in tal modo, come si evince dalla Determinazione dirigenziale n. 58 del 12.06.2013, una somma di € 25.098,40 che risulta, almeno in parte, non dovuta.

### 3) Requisiti di partecipazione.

Per quanto attiene alla richiesta della qualificazione SOA, non escludendo a priori che l'appalto in questione sia un appalto misto di lavori servizi e forniture, è apparsa legittima in linea di principio la richiesta da parte del Comune di Messina di una qualificazione SOA. In caso di contratti misti, infatti, le stazioni appaltanti sono tenute, ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 163/2006, a richiedere agli operatori economici le qualificazioni necessarie all'esecuzione di ciascuna delle prestazioni contrattuali previste. Relativamente al possesso dell'attestazione SOA, si è osservato che tale qualificazione deve essere corrispondente all'importo e alla tipologia dei lavori da eseguire, ancorché accessori.

Nel caso di specie, quindi, dall'errata valutazione dell'importo della componente lavori ne è verosimilmente conseguita una erronea parametrizzazione quantomeno della classificazione dell'attestazione SOA richiesta, se non la categoria stessa.

Viceversa, per quanto riguarda la prestazione dei servizi contemplati nell'appalto, l'Amministrazione, ai fini della partecipazione alla procedura di selezione, non ha richiesto alcun requisito speciale di capacità tecnico professionale, sebbene per l'esecuzione di alcuni di questi servizi sia la normativa di settore a prevedere l'obbligo di possesso di particolari certificazioni e/o attrezzature. Si è fatto esplicito riferimento, per esempio, ai servizi indicati nell'oggetto stesso dell'appalto: al "servizio per la raccolta e smaltimento dei rifiuti derivanti direttamente dai feretri ed il loro smaltimento" che può essere espletato solo da imprese iscritte all'Albo Gestori Ambientali, ai sensi dell'art. 212 del d.lgs. 152/2006; e al servizio di "trasporti funebri", che può essere esercitato solo con carri funebri dalle caratteristiche sancite all'art. 20 del DPR 285/1990.

Si è osservato in linea di principio che la richiesta di una qualificazione calibrata su una diversa tipologia di prestazione, rispetto a quelle effettivamente previste dall'appalto, non garantisce la selezione dell'operatore economico più adeguato alla futura esecuzione del contratto. D'altra parte, con particolare riferimento a quanto sopra detto in merito alla qualificazione SOA richiesta, la fissazione di requisiti di partecipazione non connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto, ha effetti restrittivi e discriminatori sui potenziali concorrenti, in contrasto con i principi di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006.

### 4) Proroga.

Nella citata nota di risultanze istruttorie è stato altresì rilevato che l'opzione di proroga prevista all'art. 4 del Capitolato speciale d'appalto della procedura di che trattasi, che consentirebbe di raddoppiare o anche triplicare la durata annuale del contratto, non è motivata da circostanze speciali o d'urgenza né tanto meno rientra nei casi contemplati al riguardo dall'art. 23 della legge n. 62/2005.

Si è quindi ritenuto di non condividere, al riguardo, la giustificazione addotta dalla stazione appaltante in base alla quale tale previsione si motiva con l'obbligo di garantire la continuità del servizio di polizia mortuaria che, per motivi igienico sanitari, di carattere sociale e di ordine pubblico, non può essere interrotto.

Senza dubbio, l'Amministrazione ha il dovere di prevenire l'eventuale rischio d'interruzione del servizio, soprattutto in considerazione, nel caso di specie, della sua rilevanza sanitaria e sociale. Tuttavia, non per questo le è consentito di ricorrere a soluzioni confliggenti con la normativa in vigore. Piuttosto,

è tenuta a dotarsi di una tempestiva ed adeguata programmazione delle procedure di affidamento, unico strumento adeguato a scongiurare il rischio di una interruzione del servizio.

La giustificazione addotta è risultata viepiù incomprensibile dal momento che la stazione appaltante ha fatto rientrare l'appalto in questione, seppur impropriamente, nell'ambito dei lavori, per i quali le Amministrazioni comunali sono obbligate dalla legge ad una doppia programmazione, annuale e triennale.

Quanto all'importanza della programmazione negli appalti di servizi e forniture, l'Autorità si è pronunciata evidenziando proprio come il ricorso a proroghe contrattuali illegittime e l'avvio di procedure negoziate senza bando, motivate dalla mera urgenza di provvedere, siano tra le criticità più spesso conseguenti ad una carente programmazione annuale per l'acquisizione di beni e servizi (Determinazione AVCP n. 5 del 6.11.2013, "Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture"). Si richiama al riguardo anche quanto disposto dal d.P.R. n. 207/2010, all'art. 27.

Lo spostamento in avanti del termine contrattuale (proroga tecnica) deve essere causato, infatti, da fattori del tutto limitati, che non coinvolgano la responsabilità e l'inerzia dell'amministrazione aggiudicatrice. Il ricorso all'istituto della proroga è, infatti, ammissibile solo in circostanze del tutto eccezionali atte ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro. In previsione della scadenza contrattuale, la stazione appaltante deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, programmare in tempi utili una nuova procedura ad evidenza pubblica, pena la violazione dei principi di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 ed, in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza; nonché del citato articolo 23 della legge n. 62/2005.

Inoltre, anche nell'ipotesi di una proroga programmata o opzionale, manca nel caso concreto la quantificazione del relativo importo nel bando di gara. In tal caso, nel quantificare l'importo a base d'asta la stazione appaltante avrebbe dovuto tener conto della durata dell'appalto comprensiva della proroga, che nel caso di specie arriva a triplicarne il valore.

Difatti, ai sensi dell'articolo 29 del d.lgs. 163/2006, "il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto".

A nulla vale in contrario, pertanto, la motivazione della stazione appaltante di non aver indicato l'importo comprensivo della proroga per l'impossibilità di garantire, al momento della pubblicazione del bando, un impegno di spesa superiore a quella riferita alla durata annuale dell'appalto.

5) Mancata menzione della determina a contrarre nel bando.

Per quanto attiene alla mancata indicazione degli estremi della determina a contrarre negli atti di gara, si è rilevato che l'obbligo di farne menzione è espressamente sancito al comma 3, art. 55, del d.lgs. 163/2006.

6) Obblighi di pubblicazione del bando di gara.

L'errata identificazione dell'appalto di che trattasi nell'ambito della categoria dei lavori ha comportato anche gravi inadempimenti degli obblighi di pubblicazione del bando di gara.

In quanto appalto di servizi e forniture, infatti, l'entità dell'importo a base d'asta, comporta, ai sensi dell'art. 66 del d.lgs. 163/2006, obblighi di pubblicazione di rilievo nazionale e comunitario non ottemperati dalla stazione appaltante.

Tuttavia, anche nell'ipotesi che si fosse correttamente trattato di un appalto di lavori sotto soglia (e d'importo superiore a € 500.000), così come la stazione appaltante ha ritenuto, non sembra siano stati adempiuti gli obblighi di pubblicazione sanciti dalla legge. Non risulta, infatti, che la stazione appaltante abbia provveduto, ai sensi dell'art. 122, co. 5, del d.lgs. 163/2006, alla pubblicazione del bando di gara

sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana - serie speciale - relativa ai contratti pubblici, sul "profilo di committente" della stazione appaltante, e, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sul sito informatico presso l'Osservatorio, con l'indicazione degli estremi di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale; nonché, alla pubblicazione, cinque giorni lavorativi dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, per estratto, su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale ovvero su almeno uno dei quotidiani a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i lavori.

7) Attestato di qualificazione.

È stato poi evidenziato in sede di comunicazione delle risultanze istruttorie che nell'arco temporale tra la pubblicazione del bando (1.7.2013) e la stipula del contratto (29.11.2013) l'attestato SOA della capogruppo Elettrica Gover era scaduto e l'attestazione è stata rinnovata dalla Soa Nord Alpi solo l'8.5.2014.

Si è posto quindi il problema di stabilire se il periodo intercorrente tra la data di scadenza della precedente autorizzazione e quella di rilascio della nuova sia coperto dalla presentazione dell'istanza di nuova attestazione SOA nel rispetto del termine normativamente imposto. Infatti, ai sensi dell'art. 76, comma 5, secondo periodo, d.P.R. n. 207/2010, l'impresa, che intende conseguire il rinnovo dell'attestazione, deve stipulare un nuovo contratto con la medesima SOA o con altra autorizzata "almeno 90 giorni prima della scadenza del termine" triennale o quinquennale (con l'art. 7, comma 1, L. n. 166/2002 e l'art. 1 d.P.R. n. 93/2004 l'efficacia dell'attestazione SOA è stata aumentata da 3 a 5 anni).

Come chiarito dall'Avcp -anche con la Deliberazione n. 234/07 - il requisito della qualificazione deve sussistere al momento della scadenza per la presentazione delle offerte, permanere per tutta la durata del procedimento di gara e, nel caso in cui l'impresa risulti aggiudicataria, persistere per tutta la durata dell'appalto (cfr. Parere n.16 del 30.01.2014).

In sede di audizione consiliare, tenutasi il 1° aprile 2015, il Comune di Messina ha prodotto una sintetica memoria (prot. 75828), insistendo nel corretto operato dell'ente comunale sia con riguardo alla natura giuridica del contratto in termini di appalto misto ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 163/2006, con prevalenza dei lavori rispetto ai servizi e alle forniture, soprattutto sotto il profilo economico, sia con riferimento alla caratterizzazione delle lavorazioni di polizia mortuaria quali "lavori" perché implicano sempre la modificazione della realtà fisica esistente.

Tale assunto risulterebbe confermato, nell'impianto difensivo del Comune, dalla decisione dello stesso UREGA di dichiarare la propria incompetenza ai fini della predisposizione della gara de qua per la natura di contratto misto con valore della componente lavori al di sotto della soglia di € 1.250.000,00, fissata quale valore minimo per sottrarre la gara alle competenze della stazione Appaltante.

Ad avviso del Comune, ne deriverebbe anche la correttezza dell'affidamento dell'incarico di progettazione e di direzione lavori, stante la quantificazione della quota parte dei lavori prevista negli atti di gara, nonché la legittimità dei requisiti di partecipazione, e segnatamente di quelli relativi alla qualificazione SOA.

Relativamente alla proroga, invece, la stazione Appaltante ha precisato che non sussiste la possibilità di proroga, in quanto nel capitolato d'appalto è cassato in maniera inequivocabile ogni riferimento a proroghe e che la parte cassata è un refuso della prima stesura di un progetto redatto considerando un periodo di esecuzione triennale che non si è potuto finanziare. L'art. 4 del contratto di appalto rep. n. 3998 del 15.11.2013 riporta un inciso perimetrato dal seguente tenore: ".....estensibili a 24 (ventiquattro) mesi e 36 (trentasei). Nel caso in cui l'Amministrazione non intenda effettuare prosecuzioni dell'appalto le obbligazioni discendenti dal contratto spireranno alla naturale prima scadenza fissata in mesi 12 (dodici)."

Relativamente agli obblighi di pubblicità, poi, l'ente sostiene di aver adempiuto alle prescrizioni di legge, fornendo al riguardo gli estremi delle disposte pubblicazioni, tra le quali non è dato evincere tuttavia la pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana ai sensi dell'art. 122 del d.lgs. n. 163/2006.

Infine, sulla validità dell'attestato di qualificazione della capogruppo Elettrica Gover, anche qui il Comune di Messina ha ribadito la correttezza del proprio operato nell'assunto che se è vero che tale attestato è scaduto in data 11.09.2013, è pur vero che in pari data la medesima impresa ha affittato il ramo d'azienda nel quale rientrava l'appalto di che trattasi all'impresa Giservice S.r.l., quest'ultima in possesso di attestazione SOA cat. OG1, classifica IV-*bis*, con scadenza quinquennale fissata al 10.09.2016. Da ciò la stipulazione del contratto di appalto in data 29.11.2013 con l'A.T.I. Giservice S.r.l. – Lutiviem S.r.l., che ha mantenuto i requisiti fino alla data di fine lavori.

### **Ritenuto in diritto**

L'intera istruttoria è incentrata sulla natura giuridica delle prestazioni dedotte in contratto, atteso che dal corretto inquadramento dell'appalto deriva la disciplina in concreto applicabile al caso di specie, con ricadute immediate sugli esiti dell'istruttoria condotta dall'Autorità.

Nel caso di specie l'appalto è riconducibile a contratti misti di lavori, servizi e forniture, con la conseguenza che il corretto inquadramento della fattispecie non può prescindere dall'applicazione dei criteri previsti dall'art. 14 del d.lgs. n. 163/2006.

La norma distingue a seconda che si tratti di contratti misti di soli servizi e forniture ovvero di contratti di lavori misti a servizi e/o forniture:

- ove si tratti di un contratto misto di servizi e forniture, opera il solo criterio quantitativo, e quindi la disciplina applicabile sarà individuata in ragione del valore economico della componente servizi e di quella forniture;
- ove si tratti, invece, di un contratto misto di lavori, servizi e/o forniture, opera un duplice criterio: quantitativo, ossia fondato sulla prevalenza del valore economico di una prestazione rispetto ad un'altra, e qualitativo, detto anche dell'accessorietà, che si basa invece sulla strumentalità/accessorietà della prestazione secondaria rispetto a quella principale, con prevalenza comunque del criterio qualitativo su quello quantitativo (cfr., fra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 3.02.2013, n. 630).

Nel ribadire i rilievi espressi nella comunicazione di risultanze istruttorie, come descritti nella parte in fatto della presente deliberazione, va quindi evidenziato che dall'analisi delle componenti dell'appalto in esame emergono significative distorsioni nell'inquadramento delle prestazioni dedotte in contratto, catalogate in atti dalla stazione appaltante in termini di "lavori" ancorché caratterizzate da una spiccata ed oggettiva natura di "servizi", con conseguente alterazione dei requisiti di partecipazione alla gara, più gravosi perché implicanti la qualificazione in SOA OG 1 (classifica III-*bis*) e, correlativamente, dei parametri su cui è stato commisurato l'incentivo per la progettazione ai sensi dell'art. 92, co. 5, del d.lgs. 163/2006, ora abrogato dall'art. 13, co. 1, del d.l. n. 90/2014, convertito in legge n. 114 l'11.08.2014, ma vigente al tempo di indizione della gara.

L'appalto consiste, infatti, in interventi di polizia mortuaria, trasporti funebri, raccolta e smaltimento rifiuti da attività cimiteriali (differenti da pulizia e cura del verde), relativamente ai quali, seppure è dato riscontrare attività che implicano scavi ed opere di adattamento/ricondizionamento delle singole sepolture, non altrettanto adeguata risulta essere la qualificazione di "lavori" attribuita dalla stazione appaltante.

Il ricondizionamento delle sepolture, inteso in senso ampio, implica il più delle volte non un'attività di modificazione della realtà fisica esistente, bensì la fornitura e posa in opera di nuovi materiali in sostituzione degli esistenti, peraltro su scavi già esistenti.

I lavori di polizia mortuaria, che costituiscono la voce economica prevalente del “computo metrico” redatto dalla stazione appaltante (€ 733.075,20 su un importo complessivo di € 1.254.923,16), comprendono lo smontaggio di lapidi e monumenti, l’apertura e chiusura delle celle e dei tumuli, la collocazione dei resti moriali in ossario comune, la dispersione delle ceneri, la tumulazione, lo smontaggio delle lapidi, ed altre analoghe attività che difficilmente possono essere considerate “lavori”, dovendosi per la maggior parte di esse registrare la natura di “servizi cimiteriali”.

Né può farsi discendere, come deduce la stazione appaltante in atti, la natura di “lavori” dalla dichiarata incompetenza dell’UREGA in relazione all’importo riferito ai soli lavori (€ 1.088.919,16), desunto dallo stesso UREGA acriticamente dagli atti di gara, ed in ogni caso non spetta all’UREGA riconoscere la componente maggioritaria dei lavori nell’appalto misto portato alla sua attenzione dal Comune di Messina.

Per quanto riguarda gli altri profili oggetto di accertamento, anche per essi devono rilevarsi criticità che stridono con la legittimità della procedura seguita dalla stazione appaltante.

Ed infatti, l’importo erogato a titolo di incentivo per la progettazione (€ 25.098,40) è stato dimensionato al valore economico complessivo dell’appalto che, come sopra anticipato, hanno una spiccata natura di “servizi”, e quindi risulta sovrastimato.

In merito, poi, ai requisiti di partecipazione, devono ribadirsi i rilievi anticipati nella comunicazione delle risultanze istruttorie, posto che dall’errata valutazione dell’importo della componente lavori ne è conseguita un’erronea parametrizzazione quantomeno della classificazione dell’attestazione SOA richiesta, se non la categoria stessa, con la conseguente fissazione di requisiti di partecipazione non connessi e non proporzionati all’oggetto dell’appalto.

Ciò ha determinato effetti restrittivi e discriminatori sui potenziali concorrenti, in contrasto con i principi di cui all’art. 2 del d.lgs. n. 163/2006.

Per quanto riguarda l’opzione di proroga prevista all’art. 4 del Capitolato speciale d’appalto della procedura di che trattasi, che consentirebbe di raddoppiare o anche triplicare la durata annuale del contratto, si prende atto delle controdeduzioni, radicalmente innovative rispetto alla difesa iniziale, contenute nella memoria depositata dalla stazione appaltante in sede di audizione consiliare del 1 aprile 2015, ed in particolare alla dedotta circostanza che ogni riferimento a proroghe, frutto di refusi della prima stesura di un progetto tarato su un’esecuzione triennale dell’appalto poi non finanziato, deve considerarsi cassato in maniera inequivocabile.

Relativamente, poi, alla mancata menzione della determina a contrarre nel bando, menzione questa prescritta dall’art. 55, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, deve constatarsi la detta omissione, non potendosi neppure evincere nelle note difensive dell’ente comunale adeguate giustificazioni al riguardo.

Per quanto attiene all’intervenuta scadenza dell’attestato SOA della capogruppo Elettrica Gover in corso di gara, e precisamente in data 11.09.2013, prima della stipula del contratto di appalto del 29.11.2013, si prende atto di quanto comunicato sul punto dalla stazione appaltante nella memoria difensiva del 31 marzo u.s. in ordine all’affitto del ramo d’azienda nel quale rientrava l’appalto di che trattasi, con subentro già in data 11.09.2013 di Giservice S.r.l., in possesso di attestazione SOA OG1 cl. IV-*bis*, effettiva firmataria del contratto medesimo in qualità di capogruppo dell’A.T.I. con Lutiviem S.r.l. (mandante).

Da rilevare, infine, la violazione dell’obbligo di pubblicazione della gara sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana - serie speciale - relativa ai contratti pubblici, previsto dall’art. 122, comma 5, d.lgs. n. 163/2006, pur dovendosi rilevare l’avvenuta pubblicazione in GURS n. 27 del 5.07.2013.

In conclusione, dall’istruttoria condotta sono emerse significative anomalie nella procedura di gara espletata dal Comune di Messina, determinate prevalentemente dalla errata qualificazione delle prestazioni dedotte in contratto, pur dovendosi tuttavia riconoscere difficoltà, quantomeno in parte, di

catalogare i numerosi e complessi servizi cimiteriali, eterogenei e comprensivi di prestazioni non sempre facilmente ascrivibili ai “servizi” piuttosto che ai “lavori”.

Considerato che il Comune di Messina ha di recente indetto nuova gara d'appalto di analogo contenuto avente ad oggetto “lavori di investimento per il servizio necroscopico cimiteriale finalizzato all'esecuzione di lavori di polizia mortuaria, raccolta e smaltimento rifiuti da attività cimiteriale differenti da pulizia e cura del verde” (CIG 5888402F09), relativamente alla quale è pervenuta altra segnalazione da parte della Servizi Cimiteriali S.r.l., acquisita al prot. n. 15293 dell'11.02.2015, in cui sono reiterate le medesime censure già prospettate per la gara in epigrafe, si invita il Comune di Messina allo scrupoloso rispetto delle disposizioni vigenti, avendo cura di valutare i rilievi formulati al riguardo dall'Autorità nella presente deliberazione, anche al fine di considerare l'opportunità di un intervento in autotutela a scopo correttivo.

Tutto ciò considerato e ritenuto

### **DELIBERA**

- che nella procedura di gara espletata dalla stazione appaltante sono riscontrabili significative distorsioni nell'inquadramento delle prestazioni dedotte in contratto, catalogate negli atti di gara in termini di “lavori” ancorché caratterizzate da una spiccata ed oggettiva natura di “servizi”, con conseguente alterazione dei requisiti di partecipazione alla gara, più gravosi perché implicanti la qualificazione in SOA OG 1 (classifica III-*bis*) e, correlativamente, dei parametri su cui è stato commisurato l'incentivo per la progettazione ai sensi dell'art. 92, co. 5, del d.lgs. 163/2006, vigente al tempo di indizione della gara medesima, che deve ritenersi quindi sovrastimato;
- che nel caso di specie la mancata menzione della determina a contrarre nel bando di gara configura la violazione dell'art. 55, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006;
- che nel caso di specie l'omessa pubblicazione della gara nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, serie speciale - relativa ai contratti pubblici, configura la violazione degli obblighi di pubblicità di cui dall'art. 122, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006;
- invita la stazione appaltante, relativamente alla nuova gara d'appalto avente ad oggetto “lavori di investimento per il servizio necroscopico cimiteriale finalizzato all'esecuzione di lavori di polizia mortuaria, raccolta e smaltimento rifiuti da attività cimiteriale differenti da pulizia e cura del verde” (CIG 5888402F09), allo scrupoloso rispetto delle disposizioni vigenti, avendo cura di valutare i rilievi formulati al riguardo dall'Autorità nella presente deliberazione, anche al fine di considerare l'opportunità di un intervento in autotutela a scopo correttivo;
- dispone l'invio della presente deliberazione al Comune di Messina, in persona del Sindaco p.t., nonché al competente responsabile del procedimento, alla società esponente Servizi Cimiteriali S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., alla Procura regionale della Corte dei Conti ai sensi dell'art. 6, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006, per eventuali iniziative di competenza.

Il Presidente  
*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 4 agosto 2015  
Il Segretario, *Maria Esposito*