

## **Deliberazione n. 60 del 7 giugno 2011**

**Oggetto: affidamento in concessione dei lavori e gestione degli impianti di distribuzione energia elettrica votiva del cimitero comunale di Cicciano (NA).**

### **Il Consiglio**

Visto il D.Lgs. 163/06 ss.mm.ii.;

Visto il Regolamento sull'attività di vigilanza pubblicato sulla G.U. n.80 del 6.04.2009;

Visto l'appunto dell'Ufficio VILA5 del 01.06.2011.

### **Premesso**

Con l'esposto del 11.10.2010, prot. 81784, vertente sulla questione in oggetto, il Sig. Salvatore Napolitano denunciava quanto segue.

Il comune di Cicciano ha appaltato la concessione in oggetto senza che la stessa sia stata prevista negli strumenti di programmazione di cui all'art. 128 del D.lgs. 163/06 ovvero in altro atto fondamentale del Consiglio comunale; lo stesso comune non ha svolto l'analisi dei costi benefici, anche sul piano economico finanziario, così come previsto dall'art. 143 del D.Lgs. 163/06, in violazione della determina Authority n. 2/2010; l'aggiudicatario non ha rispettato il cronoprogramma, 90 giorni, nonostante la consegna sotto riserva di legge avvenuta nel 19/10/2009.

Con nota istruttoria del 05.01.2011, prot. 721, si comunicava al comune di Cicciano l'avvio del procedimento istruttorio, giusta disposizione del DG del 29/12/2010, prot. 98738, ed al contempo si invitava il R.P. a produrre, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, commi 9 e 11, del DLgs. n.163/2006, tutta la documentazione afferente la procedura in esame nonché relazione sullo stato del procedimento.

A riscontro il comune di Cicciano rimetteva, in parziale evasione alla richiesta dell'Ufficio, una nota, assunta in AVCP in data 11.02.2011, prot. 16508, consistente in una mera elencazione della documentazione allegata, segnatamente: deliberazioni approvazione piano triennale ed annuale OO.PP.; Bando di gara; Relazione tecnica-illustrativa preliminare; determina a contrarre n. 113/08; documentazione delle forme di pubblicità; verbali di gara; convenzione; deliberazioni di approvazione della progettazione preliminare; determina approvazione verbali di gara ed aggiudicazione n. 128/2009; deliberazione giunta n. 107/2009, di presa d'atto verbali ed approvazione progetto esecutivo; relazione DL; Piano Economico Finanziario; estratto convenzione.

A fronte di tale omissione l'Ufficio istruttorio ha investito il competente Ufficio sanzioni, con nota di sollecito del 07.03.2011, prot. 26199.

In risposta alla nota di sollecito citata è pervenuta, in data 18.03.2011, una nota della S.A, prot. 30390, a firma del RP, consistente in una breve ricognizione della procedura, ma senza entrare nel merito delle problematiche evidenziate con la nota istruttoria.

Per l'effetto si segnalava l'opportunità di un ulteriore approfondimento in merito alle ragioni per le quali si è pervenuti, in violazione dell'art. 11, comma 9, del D.Lgs. 163/06, alla stipula del contratto dopo circa otto mesi dall'aggiudicazione, nonché le motivazioni dell'allora stato di sospensione dei lavori.

In riscontro a quest'ultima richiesta perveniva nota del Comune di Cicciano, assunta al prot. 50516 del 09.05.2011, con la quale sostanzialmente evidenziava:

- che "nel corso del 2009 il Comune ha avuto in itinere contratti provvisori con una ditta locale per la gestione del servizio manutentivo delle lampade votive del cimitero, nelle more dell'espletamento della gara...";
- che con deliberazione n. 107 del 02.10.2009 la Giunta incaricò "il Responsabile di Settore di procedere alla consegna dei lavori sotto riserva di legge per consentire l'accensione anche delle lampade votive occasionali nella imminenza della commemorazione dei defunti";
- che in data 07.04.2011 "la D.L. ha trasmesso per conoscenza il verbale di ripresa dei lavori in data 04.04.2011 ed il verbale di ultimazione dei lavori in data 05.04.2011."

### **Considerato**

Dalla documentazione prodotta è emerso che l'affidamento in oggetto consta della progettazione esecutiva, direzione lavori e realizzazione di lavori di nuova costruzione e adeguamento funzionale degli impianti di distribuzione di energia elettrica per l'illuminazione votiva eterna ed occasionale a servizio delle strutture funerarie esistenti ed in progetto nel cimitero comunale, opere migliorative di

cui all'offerta (restauro della chiesa, alimentazione da pannelli fotovoltaici) nonché la gestione funzionale ed economica del servizio di illuminazione lampade votive (cfr. art. 2 conv.).

L'importo complessivo dei lavori a carico del concessionario è di € 427.120,00; il termine per la realizzazione dei lavori è, come da offerta, di 90 giorni consecutivi; il corrispettivo del servizio è dato dai ricavi del servizio, di cui alle tariffe dell'art. 4 della convenzione; la durata della gestione del servizio (28 anni); il canone annuo da corrispondere alla S.A. è pari al 15% degli introiti derivanti dai canoni delle lampade votive.

Nel merito delle questioni vale osservare che la doglianza della mancata approvazione dell'elenco triennale da parte del Consiglio Comunale non appare fondata, atteso che la Giunta comunale ha adottato, con delibera nr. 65 del 16.05.2008, le schede del programma annuale e triennale 2008-2010 che sono state al loro volta approvate dal Consiglio comunale in data 03.06.2008, con delibera nr. 26, assieme al bilancio di previsione.

A tal fine si deve tuttavia evidenziare la violazione del comma 2, ultimo periodo, dell'art. 128 del D.Lgs. 163/06 che impone la pubblicazione, per almeno sessanta giorni consecutivi, degli elenchi predetti prima dell'approvazione definitiva.

Inoltre dalla documentazione agli atti sono emerse una serie di anomalie nella procedura in esame che vanno, senza soluzione di continuità, dalla fase della programmazione alla fase di esecuzione.

Infatti, agli atti non risulta essere stata effettuata, in violazione del combinato disposto degli articoli 29, comma 1, e 143, comma 7, del D.Lgs. 163/2006, la valutazione economico-finanziaria, gestionale e tecnica, tesa a chiarire i termini dell'opera da realizzare, delle modalità di realizzazione, della fattibilità dell'operazione e della redditività della stessa, atteso che la relazione progettuale allegata in luogo di quella richiesta e prevista dall'art. 15 del D.P.R. 554/99, consta, semplicemente, in una breve ricognizione degli interventi da attuare.

Ciò si desume anche dalla inesatta individuazione nel bando de quo del "valore della concessione", in violazione dell'art. 29 del D.Lgs. 163/06, posto che in pubblicità si è indicato solo l'importo dei lavori, trascurando il valore della gestione.

A tal proposito vale osservare che la divulgazione dell'importo corretto è di capitale importanza, sia ai fini della ponderazione della congruità dei requisiti speciali di partecipazione (specie di fatturato), sia ai fini della valutazione del livello di pubblicità del bando/avviso di gara.

Inoltre dagli atti emerge che nel caso di specie si è omessa, in deroga all'art. 93 del D.Lgs. 163/06, la progettazione definitiva senza alcuna indicazione nel documento preliminare all'avvio della progettazione (DPR n. 554/99, Art. 15, comma 5, lettera l). Invero con la Determinazione AVCP n. 9, del 23 novembre 2005, si è ribadita la facoltà del RP di modificare i contenuti dei singoli livelli progettuali e, laddove lo stesso lo ritenga necessario in rapporto alla specifica tipologia e dimensione dei lavori da progettare, contenerne come nel caso di specie il numero dei livelli progettuali, nel senso di una unificazione di più livelli, tuttavia, tale scelta deve essere sorretta da adeguata motivazione.

Altra anomalia si ravvisa nella presa d'atto dei verbali di gara e nell'approvazione dell'aggiudicazione (intervenuta con determina dirigenziale n. 128 del 30.06.2009) da parte della Giunta comunale (cfr. delibera di Giunta n. 107 del 02.10.2009), in violazione dell'art. 107 del D.Lgs. 267/2000, che affida tale incombenza agli organi tecnico/amministrativi della S.A.

Inoltre, vale evidenziare come la stipula del contratto di concessione in data 01.03.2010, a circa 8 mesi dall'aggiudicazione, intervenuta in data 30.06.2009, integra la violazione dell'art. 11, comma 9, del D.Lgs. 163/06 nonché dell'art. 109 del D.P.R. 554/99, che prescrivono la stipula del contratto entro 60 giorni dall'aggiudicazione definitiva.

Si deve altresì osservare come la consegna dei lavori sotto riserva di legge intervenuta in data 19.10.2009, ovvero cinque mesi prima della stipula del contratto, e disposta con la delibera giuntale sopra citata, al fine di consentire "l'accensione delle lampade votive ed occasionali per la prossima ricorrenza dei defunti", appare arbitraria ed illegittima alla luce dell'art. 11, comma 12, del D.Lgs. 163/06, nonché dell'art. 129, comma 1, del D.P.R. 554/99, laddove prescrivono che "qualora vi siano ragioni di urgenza, subito dopo l'aggiudicazione definitiva, il responsabile del procedimento autorizza il direttore dei lavori alla consegna dei lavori", ma deve trattarsi di "un'urgenza qualificata e non generica tale da potersi fundamentalmente ritenere che il rinvio dell'intervento per il tempo necessario all'approvazione del contratto comprometterebbe, con grave pregiudizio dell'interesse pubblico, la tempestività o l'efficacia dell'intervento stesso" (in tal senso determina AVCP n. 2/2005).

In merito alla fase di esecuzione, segnatamente ai ritardi sul crono-programma dei lavori, dalla relazione della D.L. emerge che gli stessi hanno origine da una gestione poco attenta dell'appalto nonché da carenza progettuale, ossia erronea valutazione dello stato dei luoghi, con conseguente responsabilità in capo all'aggiudicatario, incaricato della progettazione esecutiva sulla base della sola progettazione preliminare, ed in capo alla S.A. per la parte gestionale e per il fatto che non ha

riscontrato le carenze progettuali in fase di verifica ai sensi dell'art. 112 del codice dei contratti.

Quanto sopra è confermato dalla relazione della D.L. nella parte in cui motiva la prima sospensione dei lavori, disposta in data 11.11.2009, come segue: "a seguito di tempo avverso e nell'attesa della formalizzazione del contratto di concessione"; in aperta violazione del combinato disposto di cui agli artt. 133 del D.P.R. 554/99 e art. 24 del D.M. 145/2000, il quale prescrive che la sospensione è ammessa nei casi di avverse condizioni climatiche, di forza maggiore, o di altre circostanze speciali che impediscono la esecuzione o la realizzazione a regola d'arte dei lavori stessi. A tal fine giova specificare che tra le circostanze speciali rientrano le situazioni che determinano la necessità di procedere alla redazione di una variante in corso d'opera, purché dipendano da fatti non prevedibili al momento della conclusione del contratto.

Inoltre, tale prima sospensione, pari a oltre sette mesi sui tre mesi contrattualmente previsti per l'ultimazione dei lavori, non risulta comunicata dal R.P. all'osservatorio dell'Autorità, come disposto dal comma 9 dell'art. 133 del D.P.R. 554/99.

Infine, la D.L. nella relazione citata rappresenta, alla data del 30.06.2010, che il ritardo nella ripresa dei lavori è dipeso da "una serie di problematiche tecniche a cui si è dovuto dare soluzione: impossibilità oggettiva a poter scavare... per mancanza di spessore di terreno... presenza di materiali cementizi... che... porteranno a modificare l'andamento dei lavori...", ovvero si giustifica una ulteriore sospensione dei lavori in data 24.08.2010 per effetto delle "lamentele... relativamente al posizionamento delle cabine di trasformazione... necessità di adeguare la prevista rampa per l'abbattimento delle barriere architettoniche della chiesa per una migliore fruibilità da parte di persone portatori di handicap".

Non si può non ravvisare nelle circostanze riportate, la fattispecie dell'erronea valutazione dello stato di fatto, ossia dell'errore di progetto di cui all'art. 132, commi 1, lett. e), e 6 del codice dei contratti.

A tale ingiustificata proroga dei termini contrattuali per l'esecuzione dell'opera, va associata la mancanza di solerzia del RP, che in violazione dell'art. 10, comma 2, e 3, lett. b) e d) del D.Lgs. 163/06, e dell'art. 7, comma 1, lett. r) e w), del D.P.R. 557/99, non ha sollevato alcuna contestazione al riguardo, men che meno ha proceduto all'applicazione delle penali contemplate all'art. 28 della convenzione di concessione: "€ 100 per ogni giorno di ritardo nell'ultimazione dei lavori".

E' bene evidenziare, così come risultante nella relazione del R.P. del 05.05.2011, che in data 04.04.2011 è intervenuta la ripresa dei lavori, i quali sono stati ultimati in data 05.04.2011; allo stato non è noto se i lavori siano stati collaudati.

Per quanto sopra si rileva lo scostamento diffuso dell'operato del comune di Cicciano dal dettato normativo di riferimento e - per esso - dei soggetti preposti alla conduzione dell'appalto ed investiti della sua gestione.

Tutto ciò premesso e considerato,

## **Il Consiglio**

1) date le anomalie evidenziate in narrativa, richiama il Responsabile del procedimento ad una rigorosa osservanza del D.Lgs. 163/2006 e del suo Regolamento di attuazione;

2) invita il responsabile del procedimento a procedere alle contestazioni sul ritardo nei lavori e all'applicazione delle penali contemplate all'art. 28 della convenzione di concessione, segnalando gli esiti motivati alla Direzione Vigilanza nonché ad informare se, per l'effetto, dovessero sorgere contenziosi con l'operatore economico;

3) invita il RP ad effettuare le debite segnalazioni all'osservatorio dell'Autorità, ai sensi dell'art. 133 del D.P.R. 554/99;

4) invita la S.A. a procedere ai sensi dell'art. 8, comma 7, del D.P.R. 554/99 ad escludere il R.P. dalla ripartizione dell'incentivo di cui all'art. 92, comma 5, del D.lgs. 163/06;

5) segnala, per quanto di competenza, la fattispecie all'Ufficio di controllo interno della S.A.

Il Consigliere Relatore: Piero Calandra

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria il 19 luglio 2011