



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Delibera n.125 del 7 febbraio 2019**

**Fascicolo UVCS n. 560/2018**

**Oggetto: Comune di Napoli - *Project financing* per l'affidamento della concessione del servizio di illuminazione ambientale e votiva e servizi connessi nei cimiteri comunali.**

### **Il Consiglio**

nell'adunanza del 7 febbraio 2019;

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 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi,

### **Considerato in fatto**

Con segnalazione pervenuta il 16.8.2017, acquisita al prot. n. 100426 e reiterata al prot. n. 100427, la Selav S.p.A., aggiudicataria del *project financing* in oggetto, ha sottoposto all'Autorità alcune criticità concernenti l'affidamento della concessione da parte del Comune di Napoli.

Nell'istanza pervenuta la Soc. Selav ha evidenziato che nel 2014 il Comune di Napoli, dopo aver deliberato l'esigenza di indire una procedura di gara per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva cimiteriale (deliberazione n. 504 del 7.7.2014), stimando a tal fine in n. 300.000 i punti luminosi oggetto della concessione stessa, ha poi optato per procedere al suo affidamento in *project financing*, previa dichiarazione di pubblico interesse della proposta *medio tempore* presentata dalla stessa Selav S.p.A. in data 29.10.2014 in veste di promotore (deliberazione n. 358 del 28.5.2015).

Nel corso del presente procedimento di vigilanza, tuttavia, il Comune, con memoria Comune prot. n. 96830 del 26.11.2018 (v. *infra*), ha precisato che nella delibera di G.C. n. 504/2014 non si rinviene alcuna indicazione in ordine alla stima di 300.000 punti luminosi e che tale dato viene indicato solo nella deliberazione di G.C. n. 358 del 28.5.2015 (pag. 7, 2°

capoverso), che però è di gran lunga successiva alla proposta di *project financing*, avvenuta con nota prot. n. 485 del 28.10.2014.

Il Comune, pertanto, ha indetto apposita gara per l'affidamento del servizio in argomento con invito rivolto a Selav in qualità di promotore (determinazione dirigenziale n. 61 del 23.12.2015).

L'aggiudicazione provvisoria del *project financing* è stata poi disposta dalla Commissione aggiudicatrice in data 7.4.2016 in favore di Selav S.p.A. e, successivamente, il servizio è stato affidato in via d'urgenza già con decorrenza 15.7.2016 (provvedimento n. PG/2016/546256 del 29.6.2016). L'aggiudicazione definitiva, invece, è stata formalizzata con determina dirigenziale n. 25 del 1.8.2016.

Stando alle circostanze di fatto riferite dall'esponente, all'interno delle aree cimiteriali cui afferisce il servizio di illuminazione votiva operano alcune arciconfraternite, enti ecclesiastici concessionari del suolo demaniale e titolari del diritto di proprietà superficiale sui manufatti dalle stesse eretti e gestiti sugli spazi loro affidati in concessione dall'amministrazione comunale.

In costanza del rapporto concessorio intercorso tra l'amministrazione comunale ed il precedente gestore del servizio di illuminazione cimiteriale, le suddette arciconfraternite avrebbero, in via di mero fatto, in ragione di accordi intercorsi con il precedente concessionario, autonomamente provveduto all'erogazione del servizio di illuminazione votiva all'interno dei manufatti di relativa pertinenza, traendone un profitto economico, pur configurandosi esse come enti ecclesiastici privi di titoli legittimanti l'erogazione del servizio di illuminazione votiva in ambito cimiteriale.

L'esponente ha precisato che né nella originaria decisione di espletare una procedura di gara (deliberazione n. 504 del 7.7.2014), né nella successiva procedura di *project financing* sono stati previsti eventuali oneri gravanti sul futuro concessionario a fronte di ipotetici diritti delle arciconfraternite presenti nelle aree cimiteriali e che nel conteggio dei 300.000 punti luminosi oggetto di concessione sono stati inclusi, senza alcuna distinzione, tanto gli impianti afferenti a manufatti pubblici quanto gli impianti destinati all'illuminazione di manufatti eretti da privati su suolo demaniale.

Più in dettaglio, la ditta aggiudicataria ha contestato il contegno ostruzionistico delle arciconfraternite, consistente nella formulazione di proposte economiche circostanziate, il cui accoglimento avrebbe costituito condizione per l'accesso degli operatori Selav S.p.A. ai manufatti di pertinenza delle arciconfraternite stesse, in ciò ravvisando anche responsabilità del Comune per omessa vigilanza sulla fase di esecuzione della concessione per l'inerzia dell'ente rispetto alle interferenze illecite delle arciconfraternite.

Nell'assunto di parte esponente, le arciconfraternite hanno anche proposto servizi di assistenza nello svolgimento dei lavori prodromici all'attivazione del servizio, assolutamente non necessari e, comunque, non richiesti dalla concessionaria, già in possesso del *know how* sufficiente all'esecuzione degli interventi indispensabili a garantire la funzionalità degli impianti.

Altre contestazioni sono state riferite, infine, dalla Selav ai ritardi accumulati dall'ente per la stipula della concessione.

L'Autorità, esaminato l'esposto e rilevata la sussistenza di margini per l'avvio di un'apposita istruttoria, ha comunicato l'avvio del procedimento con nota prot. n. 28424 del 29.3.2018, nei confronti del Comune di Napoli, al fine di acquisire ulteriori elementi di valutazione relativamente a determinati motivi di doglianza, in quanto:

- a) dalla segnalazione sono emerse significative perplessità sulla liceità delle interferenze delle arciconfraternite, traducendosi esse in una forma di ostruzionismo all'espletamento di servizi in concessione e dell'attività commerciale che esse sembrano esercitare nelle cappelle sepolcrali, rendendosi così affidatarie di fatto di un servizio pubblico di rilevanza economica, anziché dedicarsi in via esclusiva alle attività di "religione e di culto" e di "cura delle anime", come previsto dalla L. n. 222/1985, peraltro in contrasto con l'art. 44, comma 5, del Regolamento di Polizia mortuaria del Comune di Napoli, ai sensi del quale "non può essere fatta concessione di aree per sepolture private a persone o ad enti che mirino a farne oggetto di lucro o di speculazione";
- b) da quanto dedotto nell'esposto si è reso opportuno accertare eventuali condotte omissive da parte dei competenti organi del Comune di Napoli rispetto alla vigilanza che l'amministrazione deve esercitare sui livelli prestazionali del concessionario, intervenendo, ove possibile, alla rimozione di impedimenti che rendono difficoltosa, eccessivamente onerosa o impossibile la prestazione della ditta esecutrice per cause ad essa non imputabili;
- c) alla luce delle condotte sopra descritte è emerso *prima facie* il rischio che esse possano impattare sui livelli di rendimento della concessione, alterandone l'equilibrio economico-finanziario e, per tale via, incidere negativamente sui livelli di profitto stimati, con possibili ripercussioni negative non solo sulla ditta esecutrice ma anche sul bilancio comunale a seguito dell'operatività di misure finalizzate al perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario;

d) nella prima fase istruttoria, altro profilo di ordine finanziario, non scevro da possibili responsabilità dell'ente comunale per ipotesi di danno erariale, è stato rinvenuto nei mancati introiti del Comune derivanti dall'omessa stipula della convenzione/contratto con Selav S.p.A. (canone concessorio, tariffe di servizi aggiuntivi, ecc.).

In riscontro alla comunicazione di avvio del procedimento è pervenuta una memoria di controdeduzioni del Comune di Napoli, acquisita al prot. n. 37201 del 2.5.2018, nella quale l'ente ha fornito informazioni ed aggiornamenti sullo stato della concessione, come di seguito sintetizzato.

In passato il servizio in oggetto è stato svolto dalla ditta E.A.V. S.r.l. (Ente Autonomo Volturmo S.r.l.) in forza di una convenzione scaduta nel luglio del 2007 e successivamente da Selav S.p.A. limitatamente al cimitero di S. Maria del Pianto con un contratto scaduto il 31.1.2011.

Entrambi gli affidamenti sopra richiamati sono stati prorogati fino al subentro di Selav in qualità di aggiudicatario del *project financing* in oggetto.

Con nota in data 29.10.2014 Selav S.p.A. ha presentato al Comune la proposta di *project financing* per la gestione dell'illuminazione cimiteriale rispetto alla quale, stando al riscontro comunale di cui alla nota prot. n. 372011/18, l'ente avrebbe condotto apposita istruttoria tramite il Servizio Cimiteri Cittadini, come da verbali sottoscritti in contraddittorio con il promotore (pag. 2/14 nota prot. n. 372011/18).

L'esito dell'istruttoria comunale è confluito in apposito rapporto del 26.1.2015 a firma del dirigente p.t. del Servizio Cimiteri Cittadini (*Rapporto di verifica della proposta di finanza di progetto*), cui ha fatto seguito formale validazione del progetto in data 28.1.2015.

Con delibera n. 358 del 28.5.2015 il Comune ha dichiarato di pubblico interesse la proposta Selav ai sensi dell'art. 278 D.P.R. n. 207/2010, "*attesa la sua fattibilità sotto i profili tecnici e finanziari e stante l'assenza di condizioni ostative alla sua realizzazione*", disponendone l'approvazione per un importo complessivo di progetto di euro 18.613.760 oltre IVA, dando contestualmente mandato ai competenti uffici comunali di indire la gara.

Con delibera comunale n. 61 del 23.12.2015 è stata, quindi, indetta la gara per l'affidamento in concessione del servizio. La commissione giudicatrice è stata nominata con determinazione dirigenziale del Servizio Cimiteri Cittadini n. 6 del 1.3.2016 concludendo le operazioni di gara con verbale di aggiudicazione provvisoria in favore dell'unica partecipante Selav in data 7.4.2016. L'aggiudicazione definitiva è stata disposta il 1.8.2016 (Det. dirig. 25 del 1.8.2016) per un valore della concessione di euro 187.209.984 (IVA esclusa) per la durata di 20 anni.

Il regime di proroga dei servizi di illuminazione cimiteriale è terminato, tuttavia, il 15.7.2016, data di avvio della nuova gestione Selav (v. pag. 5/14 nota prot. 37201/18; provvedimento n. PG/2016/546256 del 29.6.2016).

Passando al dettaglio dei riscontri comunali forniti in risposta a quanto richiesto con comunicazione di avvio del procedimento, il Comune (pag. 9 nota prot. 37201/2018) ha comunicato che:

- a) la precedente convenzione EAV del 9.6.1987 rep. 58569 (art. 13), nella parte in cui disciplina la riconsegna degli impianti alla cessazione, ha escluso gli impianti installati nei locali delle arciconfraternite e delle congreghe in quanto non di pertinenza del Comune;
- b) il 21.9.2017, dopo l'istanza di Selav ad ANAC del 16.8.2017 (prot. n. 100426), è stato sottoscritto un verbale di precisazione interpretativa sul testo contrattuale testualmente riportato a pag. 9 della memoria prot. 37201 del 2.5.2018 che -in sostanza- ribadisce l'obbligo del Comune di vigilare negli ambienti in cui deve essere eseguito il servizio, contemplando altresì altre garanzie a tutela del corretto espletamento delle prestazioni del concessionario;
- c) la Soc. Selav ha, tuttavia, proposto ricorso al TAR Napoli il 16.10.2017 (R.G. 4041/2017) per l'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia comunale stante la mancata sottoscrizione del contratto pur dopo l'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva del p.f., ricorso poi respinto con sentenza del T.A.R. Napoli n. 75 del 4.1.2018 (pag. 11/14 nota prot. n. 37201/18);
- d) nelle more della stipula del contratto il Comune ha accertato che l'offerta di Selav non conteneva tutti gli elementi previsti a pena di esclusione e pertanto ha avviato il procedimento in autotutela per il ritiro dell'aggiudicazione definitiva e/o della *lex specialis* di gara (nota PG/2017/931972 del 30.11.2017; pag. 10/14 nota);
- e) successivamente il Comune ha appreso dell'emissione di avvisi di garanzia da parte della Procura della Repubblica di Napoli per falso e turbativa d'asta riguardante la procedura di affidamento del servizio in esame (pag. 12/14 nota prot. n. 37201/18, all. 27); tra gli indagati figura anche il legale rappresentante della società aggiudicataria;
- f) il Comune, preso atto delle indagini di polizia giudiziaria, ha quindi avviato un nuovo procedimento in autotutela per il ritiro dell'aggiudicazione definitiva e/o della procedura di p.f. di cui alla det. n. 61 del 23.12.2015, in esito al quale è pervenuto alla revoca dell'aggiudicazione e della gara di p.f. con det. n. 1 del 23.3.2018;
- g) avverso la revoca disposta con det. n. 1 del 23.3.2018 SELAV S.p.A. ha presentato

ricorso al T.A.R Napoli in data 23.4.2018.

Successivamente alle controdeduzioni comunali, è pervenuta all'Autorità una nuova memoria Selav, anticipata da preavviso prot. n. 38228 del 4.5.2018 ed acquisita al prot. n. 41717 del 16.5.2018, integrata in pari data al prot. n. 41735, nella quale la ditta ha meglio precisato i fatti originariamente segnalati fornendo altresì ulteriori aggiornamenti ed elementi di dettaglio.

Con successiva memoria Selav, acquisita al prot. n. 45769 del 29.5.2018, è stato precisato, per quanto qui di interesse, che il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva è stato impugnato al T.A.R. Napoli, il quale (ord. 763/218) ha rigettato l'istanza cautelare di sospensiva e fissato l'udienza di merito al 24 ottobre 2018.

È poi pervenuta memoria Selav di aggiornamento, acquisita al prot. n. 61255 dell'11.7.2018 (e doc al prot. n. 61256 dell'11.7.2018), con la quale Selav ha riferito che il Consiglio di Stato, su appello proposto l'11.7.2018 (R.G. 4706/18) avverso l'ordinanza cautelare di rigetto del T.A.R Napoli (ord. n. 763/18), all'esito della camera di consiglio del 28.6.2018 ha disposto, nella fase cautelare di appello, con ordinanza n. 2980/2018, l'accoglimento dell'istanza stabilendo che *“pur a fronte della obiettiva necessità di sottoporre a verifica le situazioni fattuali oggetto di accertamento in sede penale – appare prevalente, nelle more della imminente definizione della controversia nel merito, l'interesse dell'impresa appellante a conservare, con garanzia di interinale continuità, il servizio (che, tra l'altro, è in essere da circa un biennio), senza immediata riconsegna dei locali e riversione di canoni concessori”*.

Alla luce di quanto deciso dal Consiglio di Stato con la citata ordinanza n. 2980/2018, la revoca dell'aggiudicazione definitiva disposta con determinazione n. 1 del 23.3.2018 è stata quindi sospesa in attesa della decisione di merito da ultimo assunta con sentenza del T.A.R. Campania, Sez. I, n. 7005 del 7.12.2018.

Peraltro, con nota informativa del Nucleo Anticorruzione della Guardia di Finanza, pervenuta al prot. n. 82662 dell'8.10.2018, l'Autorità ha appreso della richiesta di rinvio a giudizio nell'ambito del procedimento penale presso il Tribunale di Napoli n. 30764/16 che, oltre ad assumere rilievo per l'eventuale applicazione delle misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa per fatti corruttivi ex art. 32 del D.L. n. 90/2014, convertito il L. n. 114/14, ove il processo penale approdi all'accertamento dei reati contestati, presenta, in ragione dei soggetti coinvolti e dei fatti trattati, particolare interesse anche nell'ambito del presente procedimento di vigilanza.

Il P.M. ha contestato il reato di cui all'art. 353 commi 1 e 2 del cod. pen., rubricato *“Turbata libertà degli incanti”* (in concorso ex art. 110 cod. pen.) nei confronti del legale rappresentante di Selav S.p.A. di intesa con alcuni dirigenti comunali responsabili di uffici

competenti allo svolgimento di attività amministrative inerenti il *project financing*, nonché di membri della Commissione di gara all'uopo nominata e del responsabile unico del procedimento.

Nella ricostruzione accusatoria il legale rappresentante di Selav S.p.A. avrebbe falsamente indicato nella proposta di p.f. un numero complessivo di lampade votive artatamente sovradimensionato rispetto al dato reale, quantificando in n. 275.000 i punti luce da gestire nell'ambito della (futura) concessione, anziché in n. 187.169 effettivamente esistenti ed attivi, in modo da alterare il rendiconto economico finanziario del progetto di finanza.

Il dato numerico così falsato sarebbe stato quindi formalizzato nella proposta di Selav e validato dall'ente, per il tramite delle condotte poste in essere dagli impiegati comunali indagati che, da quanto riportato nell'atto del P.M., non hanno effettuato alcuna attività istruttoria idonea a far emergere le gravi incongruenze relative al numero complessivo di lampade dichiarato, con conseguenziale turbativa della procedura di gara, inducendo in errore gli operatori del settore potenzialmente interessati alla partecipazione.

Altre anomalie riferite dal P.M. aventi interesse nel presente procedimento riguardano le attività della Commissione di gara relative all'attestazione circa la regolarità della procedura nonostante il plico presentato da Selav contenesse solo due buste invece delle tre prescritte a pena di esclusione ("Busta A documentazione amministrativa" e "Busta B offerta tecnica" e non anche "Busta C offerta economica").

In attuazione del deliberato reso dal Consiglio nell'Adunanza del 24 ottobre 2018, l'Ufficio, con prot. n. 88127 del 25.10.2018, ha inoltrato al Nucleo Anticorruzione della Guardia di Finanza la relazione istruttoria UVCS prot. n. 86894/2018, per eventuale utilità nell'ambito dei compiti di istituto sul vaglio *ex art.* 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014, convertito in L. 114/2014.

L'Autorità, esaminate le memorie pervenute in risposta alla comunicazione di avvio del procedimento e ritenuta la sussistenza di anomalie nella procedura contrattuale in oggetto, ha formalizzato specifiche contestazioni con comunicazione di risultanze istruttorie trasmessa al Comune di Napoli con nota prot. n. 88012 del 25.10.2018, relative sia alla fase di gestione amministrativa della procedura di gara, che a quella di esecuzione del contratto, nonché alle interferenze delle Arciconfraternite nella gestione del servizio.

Successivamente alla CRI, su richiesta di Selav S.p.A., è stata espletata un'audizione dinanzi all'Autorità in data 19.11.2018, giusta verbale prot. n. 94832 in pari data, e sono pervenute memorie di replica con allegata documentazione sia da parte del Comune di Napoli (prot. n. 96830 del 26.11.2016), sia da parte di Selav S.p.A. (prot. n. 96889 del 26.11.2018, prott. nn. 97027, 97118, 97119, 97120, 97125 e 97126 del 26.11.2018).

Il Comune ha poi fornito ulteriori precisazioni chiedendo nel contempo audizione con prot. n. 99166 del 3.12.2018 (tenutasi il 18 gennaio 2019), integrando la documentazione in atti con prot. n. 101401 del 7.12.2018 (trasmissione della sentenza del T.A.R. Campania, Sez. I, n. 7005 pubblicata il 7.12.2018), di definizione del giudizio di primo grado instaurato da Selav S.p.A.

Da ultimo, infine, la Soc. Selav ha trasmesso l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 6271 del 21.12.2018, con la quale il giudice d'appello dispone in sede cautelare la sospensione dell'esecutività della citata sentenza del T.A.R. Campania n. 7005/2018, nel frattempo appellata da Selav, *“ritenuta l'opportunità di accogliere nel frattempo la domanda cautelare ai fini della continuazione del rapporto di affidamento anche ai fini di non privare i cimiteri napoletani di un servizio assolutamente rilevante e comunque iniziato da oltre due anni e fissare in ogni caso la trattazione del merito nei tempi brevi”*, che l'impresa comunica calendarizzato per il giorno 28.2.2019 (nota Selav prot. n. 105681 del 24.12.2018).

Più in dettaglio, con memoria di replica del Comune di Napoli prot. n. 96830 del 26.11.2016 sono state fornite controdeduzioni difensive alla CRI, come di seguito sintetizzate:

- a) diversamente da quanto dedotto da Selav in atti, nella delibera di G.C. n. 504/2014 non si rinviene alcuna indicazione in ordine alla stima di 300.000 punti luminosi; tale dato viene indicato solo nella deliberazione di G.C. n. 358 del 28.5.2015 (pag. 7, 2° capoverso), successiva alla proposta di *project financing* del 28.10.2014, con la conseguenza che il *quantum* di 300.000 punti luminosi non può aver influenzato i conteggi Selav dello studio di fattibilità<sup>1</sup>;
- b) diversamente dalle prime risultanze istruttorie, il primo procedimento di ritiro in autotutela dell'aggiudicazione definitiva -avviato con nota PG/931972 del 30.11.2017- non è stato motivato sull'argomentazione che l'offerta Selav *“non conteneva tutti gli elementi previsti a pena di esclusione”*; invero gli elementi non desumibili dall'offerta Selav non comportavano un'esclusione automatica del concorrente, né da parte della commissione giudicatrice in sede di gara, né nella fase di approvazione dell'aggiudicazione definitiva, in quanto non contemplata dalla *lex specialis*; ne deriva che, nell'assunto del Comune, *il procedimento di ritiro è stato avviato anche per poter acquisire ufficialmente i necessari chiarimenti sulla definizione di alcuni aspetti non prescritti dalla lex specialis, al fine di dare trasparenza alla genesi di alcuni valori da inserire nel contratto che non determinavano modifiche sostanziali allo schema convenzione d cui agli atti di gara;*

---

<sup>1</sup> *“...il numero di 275.000 utenze è stato rilevato all'interno dei cimiteri oggetto di concessione mediante verifiche effettuate sia sugli impianti attualmente gestiti da SELAV che su quelli gestiti da E.A.V. ed ispezioni visive sulle strutture esistenti”.*

- c) per quanto riguarda il rilievo concernente la carenza di istruttoria da parte del Comune sul numero di lampade oggetto di concessione, l'ente comunale ritiene condivisibili le considerazioni dell'ANAC sull'importanza del dato informativo, idoneo ad incidere in modo determinante sulla remuneratività della commessa e, conseguentemente, fuorviante con impatto negativo sul principio di concorrenza (pag. 3, memoria prot. n. 96830/2018); tuttavia, precisa il Comune, pur essendo vero che dall'istruttoria comunale approvata alla validazione del numero di lampade votive indicate dal promotore (275.000) non emerge un puntuale riscontro del numero di lampade, tale circostanza potrebbe essere dipesa dalla convinzione da parte del redattore che il canone di concessione, determinato nella misura di € 3.600.000,00 annui (oltre IVA), fosse totalmente svincolato da rischi di mercato;
- d) in merito ai criteri di quantificazione delle lampade votive, la convenzione col precedente gestore del servizio EAV S.r.l. prevedeva un canone di concessione trimestrale posticipato e commisurato non al numero di lampade contrattualizzate con l'utenza ma ai relativi consumi di energia elettrica rilevati dai misuratori installati; da ciò è dipesa l'assenza di interesse dell'amministrazione di conoscere il numero di lampade votive;
- e) il criterio basato sui consumi di energia elettrica non ha una attendibilità assoluta, ma i valori così determinati condurrebbero a risultati che già nel 2012 appaiono molto prossimi alle previsioni poste a base di gara di n. 275.000 accensioni (pag. 4, memoria prot. n. 96830/2018);
- f) in ordine ai ritardi accumulati dall'ente per la stipula del contratto di concessione, l'anomala protrazione dei tempi è dipesa anche e soprattutto dalla scarsa collaborazione di Selav; la sentenza del di rigetto T.A.R. Campania n 75/2018, sul ricorso promosso da Selav per l'illegittima inerzia serbata dal Comune di Napoli rispetto alla sottoscrizione del contratto, ha escluso una condotta omissiva dell'amministrazione, mentre anche il Consiglio di Stato, con la decisione n. 6189/2018, ha dato atto della rinuncia da parte di Selav al relativo appello;
- g) per quanto riguarda le interferenze delle arciconfraternite operanti *in loco*, il Comune, nel confermare l'omessa vigilanza sui servizi di illuminazione votiva, ha richiamato l'impegno assunto con verbale del 21.9.2017 di garantire la corretta esecuzione degli stessi, pur palesando al tempo stesso che Selav era a conoscenza delle pratiche poste in essere congreghe;
- h) relativamente a possibili profili di danno erariale connessi ai mancati introiti dei canoni per l'omessa stipula della concessione, l'ente avverte che con nota PG/2018/509681 del 5.6.2018 il Servizio Cimiteri Cittadini ha chiesto a Selav di corrispondere l'importo di €

5.907.945,21 (oltre IVA, interessi moratori ed importi incassati in assenza di titolo), poi impugnata da Selav nell'ambito del ricorso al T.A.R. n. R.G. 1797/2018, definito in primo grado con rigetto del ricorso introduttivo ma con accoglimento dei motivi aggiunti e consequenziale caducazione dell'ordine comunale di restituire tali somme, derivanti da compensi percepiti per l'esecuzione del servizio.

Selav S.p.A., dal canto suo, con memoria di replica prot. n. 96889 del 26.11.2018, corredata da allegati (prott. nn. 97027, 97118, 97119, 97120, 97125 e 97126 del 26.11.2018), ha replicato alla CRI deducendo le argomentazioni che, per quanto qui di interesse, si riportano in estrema sintesi di seguito:

- a) in ordine all'istruttoria svolta dal Comune per la validazione dei dati inerenti il numero di lampade oggetto di concessione, viene messa in evidenza l'assenza di una banca dati cimiteriale quale negligenza comunale a fronte, invece, della attendibilità della stima effettuata da Selav nella proposta di p.f., definita come "*risultato di una istruttoria empiricamente verificata e verificabile*"; al riguardo la società precisa che il Comune inserì nel disciplinare di gara una stima pari a 300.000 punti luce senza disporre di una anagrafe cimiteriale, desumendone il numero in base ai dati di consumo in proprio possesso e pervenendo a conclusioni numeriche molto vicine a quelle di Selav;
- b) modalità di calcolo seguite da Selav per il computo delle lampade, basate *in primis* sul conteggio capillare *in loco* per un totale di n. 249.324 luci votive sicuramente attive e, secondariamente, la parte residua sulla base di una stima previsionale coerente con i contenuti che doveva avere la proposta di p.f., per una quantificazione complessiva di n. 287.000 lampade nei cimiteri di Napoli;
- c) l'ente ha pienamente ponderato ed apprezzato la stima offerta da Selav, come può evincersi anche dal contenuto di atti difensivi processuali (memoria depositata in data 8.2.2016 nel giudizio n.r.g. 478/16 proposto da EAV avverso il bando di gara), nei quali il Comune reputa congruo il numero di 280.000 utenze;
- d) sulla illegittimità del provvedimento di revoca incentrata sulla carente istruttoria comunale che, invece, ad avviso di Selav, avrebbe dovuto coinvolgere e sottoporre a verifica le situazioni fattuali oggetto di accertamento in sede penale.

Con prot. n. 101401 del 7.12.2018, infine, il Comune di Napoli ha trasmesso all'Autorità la sentenza del T.A.R. Campania n. 7005/2018 che ha respinto il ricorso Selav avverso la revoca dell'aggiudicazione definitiva (determinazione n. 1 del 23.3.2018) e della citata nota comunale PG/2018/509681 del 5.6.2018. La sentenza, tuttavia, accoglie i motivi aggiunti formulati da Selav

limitatamente alle parti con cui il provvedimento del Comune del 5.6.2018 ordina alla ricorrente la restituzione dell'importo di euro 5.907.945,21.

Come sopra anticipato, infine, la Soc. Selav con prot. n. 105681 del 24.12.2018 ha trasmesso l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 6271 del 21.12.2018, di sospensione cautelare dell'esecutività della citata sentenza del T.A.R. Campania n. 7005/2018, avendo "ritenuto l'opportunità di accogliere nel frattempo la domanda cautelare ai fini della continuazione del rapporto di affidamento anche ai fini di non privare i cimiteri napoletani di un servizio assolutamente rilevante e comunque iniziato da oltre due anni e fissare in ogni caso la trattazione del merito nei tempi brevi", che l'impresa comunica calendarizzato per il giorno 28.2.2019.

### **Ritenuto in diritto**

L'Autorità ha avviato il procedimento di vigilanza specificatamente sui profili attinenti la procedura di *project financing*, con specifica analisi delle attività amministrative prodromiche all'approvazione della proposta del promotore, nonché delle fasi successive alla valutazione dell'offerta, sia per ciò che concerne la completezza della stessa in relazione a quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara, sia per ciò che attiene la rilevazione di eventuali irregolarità della stessa.

L'istruttoria si è incentrata altresì sulle interferenze di soggetti terzi, nella specie le arciconfraternite operanti *in loco*, le quali gestivano *de facto* il servizio di illuminazione votiva.

Alla luce degli atti e documenti acquisiti, esaminate da ultimo le controdeduzioni di parte in risposta alla comunicazione di risultanze istruttorie e preso atto che le memorie da ultimo pervenute non aggiungono ulteriori elementi di valutazione rispetto a quelli già vagliati nella prima fase istruttoria, ma, al contrario, in diversi passaggi, confermano espressamente i rilievi contestati dall'Autorità, si ritiene di poter confermare integralmente in questa sede i rilievi e le contestazioni formalizzate nella suddetta comunicazione di risultanze istruttorie.

Ad avviso dell'Autorità, con riferimento alla gestione amministrativa della procedura di p.f., si riscontrano innanzitutto delle criticità rinvenute nelle carenze risultanti *per tabulas* in ordine al computo del numero di lampade votive indicato dal promotore (275.000) e validato dal Comune senza adeguata istruttoria.

Pertanto, tale criticità è stata esplicitamente ammessa dal Comune, in sede di controdeduzioni alla CRI, il quale ha ammesso di non disporre di alcuna banca dati attendibile, né di aver avviato attività tese a censire le lampade votive contrattualizzate con l'utenza.

L'indicazione di 300.000 lampade nel bando di *project financing*, pertanto, non è stata preceduta da conteggi effettivi basati sulla concreta esistenza di utenze attive *in loco*, bensì è stata desunta dai dati relativi al consumo di energia elettrica, di per sé non attendibili, con la

conseguente erronea indicazione di un dato essenziale su cui strutturare l'offerta di potenziali imprese interessate al servizio, con possibile disincentivazione alla partecipazione degli operatori economici del settore.

La verifica amministrativa sui contenuti della proposta Selav, soprattutto per la parte che riguarda la consistenza degli impianti destinati alla futura gestione, risponde alla esigenza di fornire in piena trasparenza al mercato indicazioni attendibili sulla gestione del servizio e al tempo stesso consente di valutare la sostenibilità del piano economico e finanziario presentato dal promotore.

È evidente, dunque, che la remuneratività della commessa pubblica, quindi l'interesse degli operatori di mercato, dipende dal numero di impianti illuminanti da gestire a prescindere dalla previsione di un canone fisso a carico del concessionario, rinvenibile nel caso *de quo* e più volte rimarcato dal Comune, il quale si dimostrerà effettivamente remunerativo solo se i proventi derivanti dalla gestione superano la misura del detto canone.

Per tali motivi l'erronea indicazione del dato in argomento, a fronte di un importo a base d'asta prefissato nella *lex specialis* di gara, è di per sé idonea ad impattare negativamente sul principio della concorrenza.

Per quanto riguarda invece le iniziative amministrative del Comune volte a ritirare in autotutela l'aggiudicazione definitiva, l'Autorità ha rilevato ulteriori anomalie che concernono l'iter amministrativo di verifica dei contenuti delle offerte presentate dal promotore, atteso che l'accertamento delle carenze riscontrate nell'offerta risulta effettuato in una fase successiva allo svolgimento delle operazioni di gara, addirittura ben oltre l'aggiudicazione definitiva.

In ciò nella CRI è stata stigmatizzata una grave deviazione dall'iter ordinario di svolgimento di qualsiasi procedura ad evidenza pubblica, atteso che eventuali vizi o carenze riferiti alle offerte devono essere di norma rilevati dalla Commissione di Gara o al più tardi in sede di approvazione dell'aggiudicazione definitiva, mentre nel caso di specie tale verifica si ritrova in prossimità della stipula del contratto.

Peraltro le disfunzioni sopra descritte alimentano il rischio di coinvolgimento dei livelli di rendimento della concessione, alterandone l'equilibrio economico-finanziario, incidendo per tale via sui livelli di profitto stimati, con possibili ripercussioni negative non solo sulla ditta esecutrice ma anche sul bilancio comunale a seguito dell'operatività di misure finalizzate al perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario.

Al riguardo, le precisazioni comunali da ultimo pervenute che evidenziano il carattere non escludente delle carenze riscontrate dal Comune a valle della stipula del contratto, poste a

fondamento del (primo) ritiro in autotutela dell'aggiudicazione definitiva, non sono di per sé idonee ad esonerare l'Amministrazione dai rilievi di tardività delle verifiche di rito sull'offerta.

Il Comune, infatti, ritiene che le presunte carenze da cui è scaturito il procedimento di ritiro in autotutela non sarebbero desumibili dall'offerta e comunque non avrebbero comportato l'esclusione automatica del concorrente, né da parte della Commissione giudicatrice, né nella fase di aggiudicazione definitiva, bensì si sarebbe trattato di *acquisire ufficialmente chiarimenti necessari sulla definizione di alcuni aspetti non prescritti dalla lex specialis, al fine di dare trasparenza alla genesi di alcuni valori da inserire nel contratto che non determinavano modifiche sostanziali allo schema convenzione di cui agli atti di gara.*

In sostanza, ad avviso dell'Autorità, deve constatarsi un uso distorto del procedimento di ritiro in autotutela dell'aggiudicazione definitiva, dichiaratamente volto a pervenire ad una modifica (non sostanziale) della concessione, mediante l'instaurazione di un contraddittorio con l'aggiudicatario finalizzato ad acquisire non meglio precisati chiarimenti su aspetti non prescritti dalla *lex specialis*.

Pertanto, oltre a palesarsi nella specie il ricorso improprio all'autotutela, permane il rilievo già formalizzato in CRI sulla tardività delle iniziative comunali, assunte nell'ambito del medesimo procedimento di autotutela, in quanto espletato a valle della stipula del contratto, dopo che la Commissione di gara ne aveva disposto l'aggiudicazione.

Peraltro, si prende atto delle ragioni sottese all'avvio del procedimento in autotutela, comunicate con memoria comunale acquisita al prot. n. 96830 del 26.11.2018, consistenti nella esigenza di *"calibrare opportunamente le soglie di attivazione dei meccanismi di riequilibrio del p.f."* (vedi art. 143, comma 7 e ss., del D.Lgs 163/2016), quindi volte ad ottenere dalla ditta il modello economico-finanziario a ciò finalizzato.

Tuttavia, tale iniziativa, che rivela una carenza contenutistica della *lex specialis* di gara, non può essere perseguita onerando l'aggiudicatario della concessione, in sede di autotutela, di incumbenti che rientrano nella sfera esclusiva di attribuzioni della stazione appaltante.

Altre anomalie contestate attengono alle interferenze di alcune arciconfraternite operanti *in loco* che, stando alle risultanze documentali, sono state oggetto di valutazione da parte del Comune, *giusta* verbale del 21.9.2017 prodotto in allegato (n. 18) alla nota comunale prot. n. 37201 del 2.5.2018, rispetto alle quali l'ente si è impegnato ad intervenire con misure volte a garantire il corretto espletamento del servizio, contrastando per tale via le condotte di terzi denunciate da Selav.

Sebbene il Comune abbia ribadito l'impegno a contrastare tali interferenze, assunto con citato verbale del 21.9.2017, deve confermarsi sia la tardività di tale iniziativa perché assunta ad oltre un anno dall'avvio d'urgenza delle prestazioni, nonché la condotta omissiva dell'ente sul dovuto controllo della fase di esecuzione del contratto

Difatti l'intervento del Comune teso a ripristinare il normale espletamento del servizio deve assumersi tardivo rispetto all'avvio d'urgenza delle prestazioni Selav in quanto quest'ultime hanno invece decorrenza 15.7.2016; peraltro, detto impegno comunale è stato formalizzato soltanto dopo la denuncia inoltrata all'Anac dal concessionario datata 16.8.2017 (prot. 100426).

Alla luce di tali considerazioni, si contesta al Comune di Napoli l'omessa vigilanza sull'effettiva gestione dei servizi in argomento, che dimostra una singolare tolleranza del concedente rispetto a pratiche che non trovano legittimazione in alcuna norma di legge, né nella *lex specialis* del *project financing*.

Ad avviso dell'Autorità, tali condotte integrano una forma di ostruzionismo all'espletamento dei servizi in concessione finalizzata a trarre profitto da un servizio pubblico di rilevanza economica, estranea alle attività proprie delle Arciconfraternite, che devono sovrintendere a funzioni religiose e di culto e di cura delle anime, come previsto dalla L. n. 222/1985.

Si ritiene inoltre che tali interferenze siano in contrasto con l'art. 44, comma 5, del Regolamento di Polizia mortuaria del Comune di Napoli, ai sensi del quale "*non può essere fatta concessione di aree per sepolture private a persone o ad enti che mirino a farne oggetto di lucro o di speculazione*".

Infine, tenuto conto della pendenza di contenzioso amministrativo e visto l'art. 9 del previgente regolamento di vigilanza qui applicabile *ratione temporis* (ora art. 10 regolamento vig. in vigore dal 31.10.2018), si deve soprassedere da ogni valutazione in merito alle questioni sottoposte al vaglio del giudice amministrativo, e nello specifico:

a) impugnazione della determinazione dirigenziale n. 1 del 23.3.2018, recante la revoca dell'aggiudicazione definitiva e della procedura di p.f. dell'affidamento in questione;

b) impugnazione della nota PG/2018/509/681 del 5.6.2018 del Comune di Napoli, ampiamente sopra citata in premessa.

Tutto ciò considerato e ritenuto

## DELIBERA

■ di confermare i rilievi e le criticità contestate con comunicazione di risultanze istruttorie prot. n. 90784 del 6.11.2018 nei limiti di cui in motivazione, atteso che dall'analisi dei documenti e delle controdeduzioni prodotte in atti si evincono le seguenti anomalie:

- a) carenze amministrative nella gestione della procedura di *project financing*, riguardanti l'assenza di un'adeguata istruttoria in ordine al computo del numero di lampade votive in fase di approvazione della proposta di p.f., nonché la tardività nella verifica di anomalie delle offerte in prossimità della stipula del contratto;
- b) tardività dell'intervento teso a ripristinare il corretto svolgimento del servizio a causa delle interferenze di Arciconfraternite presenti in loco (21.9.2017) rispetto all'avvio d'urgenza delle prestazioni di Selav S.p.A. (15.7.2016).

■ di invitare il Comune di Napoli, nei limiti delle proprie competenze istituzionali, a comunicare all'Autorità le iniziative e/o gli atti che intendono adottare per rimuovere le criticità rilevate nella presente delibera, mediante sintetica informativa da trasmettere entro il termine di 45 giorni dalla ricezione della stessa;

■ di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera:

- al Comune di Napoli, Servizio Cimiteri Cittadini, in persona del Responsabile p.t.;
- a Selav S.p.A., in persona del Legale rappresentante p.t.;
- alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli;
- alla Procura della Corte dei Conti, per eventuali profili di interesse.

Il Presidente  
*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 19 febbraio 2019

Il Segretario Maria Esposito