

## **Delibera numero CP- 16 del 12 novembre 2014**

**Contratto di affidamento servizi integrati di ingegneria, nonche gestionali e finanziari per la realizzazione del nuovo cimitero in Loc. Cancelliera.**

### **Fascicolo 1598/2012**

**Oggetto :** Contratto di affidamento servizi integrati di ingegneria, nonche gestionali e finanziari per la realizzazione del nuovo cimitero in Loc. Cancelliera.

**Stazione appaltante :** Comune di Albano Laziale

**Esponente :** segnalazione del Comune di Albano Laziale

**Rif. normativi :** art. 3, comma 3,11 e 12, del d.lgs. 163/2006

### **Il Consiglio**

**Vista la relazione della Direzione generale della vigilanza lavori, servizi e forniture**

### **Considerato in fatto**

Con nota del Comune di Albano Laziale n. 510024/SGO158 del 14.11.2012 acquisita con prot. 110217 del 16.11.2012, e stato portato all'attenzione dell'Autorita il contratto in oggetto.

Il Direttore Generale VI.CO., con nota prot.118573 del 7.12.2012, ha disposto l'apertura d'ufficio dell'istruttoria per la verifica della legittimita dell'affidamento di cui trattasi e delle modalita di esecuzione dell'appalto.

Nel corso dell'istruttoria e emerso quanto segue.

La S.A., con determina dirigenziale n. 92 del 14.07.2008 del Dirigente del Settore V Tecnico LL.PP., ha disposto l'avvio delle procedure di affidamento dei Servizi Integrati di ingegneria, gestionali e finanziari per la realizzazione del nuovo cimitero comunale in localita Cancelliera tramite procedura aperta e con l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente piu vantaggiosa.

Con determinazione dirigenziale n. 105 del 31.07.2008 e stata approvata la documentazione di gara, tra cui il bando ed il capitolato di gara, per l'affidamento dei "servizi integrati di ingegneria nonche gestionali e finanziari per la realizzazione del nuovo cimitero comunale in localita Cancelliera con onere finanziario a carico dell'appaltatore che avra il proprio ristoro economico dalla percentuale dei ricavi delle concessioni delle aree attrezzate e delle strutture realizzate".

L'importo dell'intervento e valutato nel seguente modo: l'importo "dell'anticipazione finanziaria ai fini del computo della valutazione dell'offerta economica, complessivamente considerando l'intervento del concorrente anche comprensivo dell'onere per la realizzazione dei lavori delle strutture cimiteriali (...) e stimato dalla Amministrazione aggiudicatrice in EUR 22.232.009,08".

E' stato stabilito di procedere all'affidamento attraverso l'esperimento di una procedura aperta ex art. 3, comma 37, del d.lgs. 163/2006, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente piu vantaggiosa, sulla base dei criteri di valutazione dell'offerta contenuti nel bando.

E stato previsto per l'offerta tecnica un massimo di 60 punti su 100, suddivisi tra la valutazione per soluzioni migliorative ed integrative, il piano amministrativo e procedurale comprensivo dell'attivita espropriativa, le modalita di gestione e un punteggio massimo di 40 punti su 100 per l'offerta inerente il prezzo.

E' stato posto a base di gara il progetto preliminare ed e stata prevista una durata massima del contratto pari a 30 anni.

Nel capitolato speciale d'appalto e stato stabilito che l'aggiudicatario dovra rispettare alcune fasi attuative:

- Fase programmatica comprendente la redazione di "un piano programma generale per la costruzione del nuovo cimitero comunale" in cui e prevista la realizzazione dei manufatti cimiteriali con i relativi servizi ed infrastrutture, con relativo programma esecutivo temporale e modalita di finanziamento degli interventi, nonche la redazione di un progetto preliminare di un primo lotto funzionale;
- Fase esecutiva comprendente la realizzazione del progetto definitivo e di quello esecutivo nonche la consegna di tutta la documentazione per consentire l'avvio delle procedure di gara per l'affidamento dei lavori.

Inoltre sono stati specificati gli adempimenti ed obblighi dell'aggiudicatario, tra cui si riportano i piu rilevanti:

- redigere la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva integrale e/o divisa per lotti;
- redigere i disciplinari tecnici ed amministrativi propedeutici ai lavori;
- fornire al comune tutti gli atti per le procedure di appalto dei lavori;
- effettuare la D.L., la contabilita delle opere;
- svolgere l'incarico di responsabile della sicurezza;
- redigere il piano di sicurezza;
- assicurare le disponibilita finanziarie per la realizzazione degli interventi.

E' stato previsto come corrispettivo per l'aggiudicatario una quota (pari al 100% meno la percentuale

offerta in sede di offerta) degli importi derivanti dalla vendita in concessione delle opere e delle aree, incassati direttamente dall'aggiudicatario che trasferirà al Comune le quote percentuali di competenza. Tra gli atti posti a base di gara non è stato previsto uno schema di contratto.

Il bando ha richiesto quali "condizioni minime per la partecipazione" i seguenti requisiti:

a) "l'aver eseguito o avere in corso di esecuzione, negli ultimi 3 anni, appalti di servizi integrati con prestazione di anticipazione finanziaria con fondi propri a favore di Enti Pubblici per la copertura dei costi di realizzazione di opere di pubblica utilità, con esclusiva remunerazione nella gestione o nella vendita delle opere stesse, per un importo complessivo non inferiore a EUR23.000.000,00; vale anche in alternativa, aver eseguito, o avere in corso di esecuzione, Project financing negli ultimi tre anni per un importo complessivo pari a EUR23.000.000,00";

b) "l'aver eseguito, negli ultimi tre anni, progetti definitivi o esecutivi nel settore cimiteriale per un importo di opere non inferiore a EUR 13.475.000,00".

Al riguardo è da evidenziare come già nel 2007 la S.A. avesse bandito analogo procedura d'appalto per i servizi in questione, prevedendo i medesimi requisiti sopra indicati alle lettere a) e b), senza però contemplare, con riferimento alla lettera a), l'alternativa dell'esecuzione di project financing. Questa prima procedura del 2007 aveva visto due soli offerenti; entrambi i concorrenti erano stati esclusi, l'ATI Progeca - Itolgeco (attuale aggiudicatario) perché priva dei requisiti minimi sopra indicati e l'altro partecipante per non aver prodotto i bilanci in copia autentica.

Successivamente la S.A. ha rielaborato il bando, introducendo la possibilità di dimostrare i requisiti di cui alla lett. a) anche con l'esecuzione di project financing.

In esito alla procedura nuovamente avviata e pervenuta una sola offerta, quella dell'ATI con capogruppo Progeca s.r.l., che è risultata aggiudicataria.

In data 16 luglio 2009, la S.A. ha stipulato con la predetta ATI il contratto n. 5322 del 16.07.2009 di "affidamento dei servizi integrati di ingegneria, nonché gestionali e finanziari per la realizzazione del nuovo cimitero comunale in località Cancelliera".

Il contratto prevede che l'ATI Progeca-Itolgeco preli in favore dell'Amministrazione sia servizi di progettazione sia, più in generale, servizi di "facility management" necessari e funzionali all'esecuzione dell'opera, con intero onere finanziario a carico dell'aggiudicatario che avrà il proprio ristoro economico dalle percentuali dei ricavi delle concessioni delle aree attrezzate e delle strutture realizzate.

All'art. 1 - "Oggetto del contratto di appalto" - si specifica che "I servizi appaltati con il presente atto, consistono in prestazioni interdisciplinari, prevalentemente nel campo ingegneristico, di gestione amministrativa e di anticipazione e gestione finanziaria" e all'art. 2 - "Fasi attuative dell'intervento" - viene stabilito che "al perfezionamento degli atti d'appalto relativi alla costruzione dei singoli lotti la Società sarà tenuta a predisporre la provvista finanziaria, occorrente per l'esecuzione dell'intervento approvato".

Nel contratto viene stabilito che l'Amministrazione conservi la funzione di stazione appaltante in relazione all'affidamento del contratto di appalto dei lavori di esecuzione del nuovo cimitero.

L'importo del contratto stipulato, come da art. 15 dello stesso, inteso come servizio di anticipazione finanziaria necessario per l'esecuzione delle opere ammonta ad EUR 13.474.178,55 oltre IVA a cui si aggiungono gli oneri espropriativi e di occupazione per EUR 1.080.395,00 per complessivi EUR 15.901.991,41.

Per quanto attiene le modalità di gestione dell'anticipazione finanziaria viene stabilito all'art. 15 del citato contratto che "I fondi per la copertura dei quadri economici degli appalti (.....) saranno messi a disposizione dalla Società e verranno resi disponibili in ragione dell'avanzamento dei lavori. Il Comune, dopo aver redatto (...) gli atti amministrativi di liquidazione ed erogazione della spesa, comunicherà l'ordine di pagamento alla Società, la quale, nel termine di 90 giorni (...) corrisponderà in nome e per conto del Comune, le somme dovute all'Appaltatore dei lavori".

In caso di ritardo nei pagamenti da parte della Società questa sarà tenuta al pagamento degli interessi e viene stabilito che, in caso di riserve riconosciute fondate in sede amministrativa e contenziosa, l'aggiudicatario se ne farà carico nel limite del 5% dell'importo dei lavori.

Il corrispettivo spettante all'aggiudicatario consiste in una quota pari al 98,5% degli importi derivanti dalla concessione delle tipologie di sepoltura e la quota restante dell'1,5% spetterà al Comune; tale ultimo importo verrà incassato direttamente dall'aggiudicatario che provvederà semestralmente a corrisponderlo al Comune.

Il contratto prevede dunque che l'aggiudicatario rientrerà nelle somme anticipate incassando direttamente le tariffe comunali previste per la concessione delle opere cimiteriali realizzate. L'art. 17 del contratto stabilisce anche che l'aggiudicatario "avrà diritto a provvedere, in nome e per conto del Comune, alla preconcessione o alla concessione definitiva delle sepolture richieste dal momento della firma fino al termine della durata del presente contratto"; al riguardo è da evidenziare come tale statuizione abbia modificato le previsioni del Capitolato Speciale che contemplavano che l'attività di preconcessione o concessione diretta delle opere ed aree potesse essere effettuata esclusivamente per le opere comprese nei lotti funzionali, la cui progettazione esecutiva fosse stata approvata ed i cui lavori fossero stati appaltati, consentendo, pertanto, all'ATI aggiudicataria un'anticipazione della remunerazione prevista.

L'art. 5 impone al Comune di non realizzare nuove aree cimiteriali o ampliare quelle esistenti nell'ambito del proprio territorio comunale se non avvalendosi della Società o con il suo espresso consenso, tranne che per straordinarie ed imprevedibili esigenze legate alla tutela della salute e alla incolumità pubblica; nel Capitolato speciale d'appalto (all'art. 14) veniva indicata solo la necessità dell'espresso consenso dell'aggiudicataria.

Tra i servizi oggetto di affidamento al privato e stata ricompresa, come indicato sia nel Capitolato Speciale che nel Contratto, l'attuazione della procedura espropriativa volta all'acquisizione dei terreni necessari alla realizzazione delle opere; tuttavia, in ragione delle criticita sottese a detta procedura, in data 1 luglio 2011, le parti hanno sottoscritto un "Atto di concordamento delle competenze nel procedimento espropriativo" con il quale, fra l'altro, e stato disposto che "ai fini del procedimento espropriativo relativo all'appalto le funzioni di "autorita espropriante", cosi come definito nell'art.3, comma 1, lett. b), del D.P.R. n.327/01, saranno svolte dall'Amministrazione comunale".

Risulta agli atti che in data 24.3.2011 l'ATI ha trasmesso al Comune il progetto definitivo relativo al 1deg lotto, approvato con deliberazione di G.C. 113 del 8.06.2011. In data 7.10.2011 l'ATI ha presentato il progetto esecutivo relativo al 1deg lotto, approvato con deliberazione di G.C. 206 del 19.11.2012.

In data 13 gennaio 2012 le imprese aggiudicatrici dell'appalto (Progeca S.r.l. e Italgeco S.r.l.) hanno costituito la societa Service Albano Laziale s.r.l. per l'esecuzione del contratto stesso.

Nella nota esplicativa della S.A. inviata all'Autorita (prot. Autorita n. 27477 del 12.3.2013) viene spiegato che il Consiglio comunale, con la procedura posta in atto, ha previsto due distinti e successivi contratti di appalto: il primo per assicurare all'Amministrazione una serie di servizi interdisciplinari "inclusa la prestazione di servizi finanziari volti a garantire la "copertura finanziaria dell'opera" finalizzata quindi all'acquisizione di una fonte di finanziamento direttamente in favore del Comune", ed il secondo per la sottoscrizione di un distinto contratto di appalto di lavori tra il comune ed un soggetto diverso dal prestatore di servizi avente ad oggetto la costruzione del nuovo cimitero, "investimento realizzato dall'amministrazione comunale grazie al finanziamento erogato in favore della medesima amministrazione dal privato prestatore di servizi".

Successivamente all'apertura dell'istruttoria sia il Comune che l'ATI aggiudicataria hanno chiesto di essere auditi. In data 21 ottobre 2013, con audizioni separate, sono stati sentiti i rappresentanti del Comune e della Societa Service Albano Laziale.

I rappresentanti del Comune hanno sottolineato la situazione di criticita igienico sanitaria determinata dalla mancanza di idonee sepolture, pertanto la massima urgenza di realizzare il nuovo cimitero.

Hanno evidenziato, tuttavia, come il contratto stipulato presenti effettivamente degli aspetti particolari in relazione: 1) alla dubbia compatibilita con il d.p.r. 285/90 c.d. "Regolamento di Polizia Mortuaria", 2) alla dubbia compatibilita con la disciplina della procedura di finanziamento degli enti locali, 3) all'incoerenza col meccanismo di provvista a base delle procedure per l'affidamento dei lavori di realizzazione dell'opera (artt.162, comma 4, 199, 202 e 222 del d.l. 267/2000 c.d. T.U.E.L.), 4) alla incoerenza del meccanismo di acquisizione della provvista necessaria alle procedure espropriative, 5) all'aggravamento dei citati aspetti di criticita dovuto alla durata del contratto pari a n. 30 anni e caratterizzato dal carattere di esclusivita che impedirebbe al comune il ricorso ad altri strumenti per il soddisfacimento di analoghe necessita.

Gli intervenuti hanno poi precisato che e stata effettuata l'occupazione di urgenza del terreno per pubblica utilita da parte del Comune, nonostante le previsioni contrattuali che ponevano in capo della Societa tale attivita.

E' stato approvato il progetto esecutivo per il primo stralcio dell'opera ed i lavori non sono stati ancora appaltati. I rappresentanti del Comune hanno infine precisato che e stata formulata una richiesta delle somme dovute per gli espropri (con Ordine di Servizio n.1 del 17.09.2012), richiesta che il Comune afferma respinta dalla Societa con la motivazione che l'iter espropriativo e condizionato dalle definizioni delle problematiche pendenti, impedendo conseguentemente il perfezionamento delle procedure espropriative e quindi la piena disponibilita dell'area ed il successivo appalto dei lavori.

D'altra parte gli intervenuti per la Service Albano Laziale hanno evidenziato di ritenere che il contratto posto in essere "possa classificarsi, nella sostanza, nell'ambito di una concessione di lavori pubblici in ragione sia delle modalita di finanziamento posto a carico del concessionario che dell'alea ad esso accollata in termini di recupero dell'investimento".

Hanno sottolineato che non c'e un canone da versare al concessionario e hanno evidenziato come il problema di qualificazione del contratto crei anche incertezza ai fini del finanziamento dell'opera e della proficua esecuzione dell'intervento nonche nei rapporti tra concedente, concessionario ed appaltatore dei lavori.

Inoltre gli intervenuti hanno manifestato la possibilita che, ai fini della prosecuzione del rapporto, sia possibile modificare la convenzione nel senso di renderla compatibile con i connotati tipici della concessione di lavori pubblici, ivi inclusa la possibilita di esecuzione diretta dei lavori da parte del concessionario stesso.

L'Autorita ha inviato le risultanze istruttorie esaminate dal Consiglio nell'adunanza del 18 dicembre 2013 chiedendo agli interessati di comunicare le proprie valutazioni ed osservazioni in merito. Nelle citate risultanze istruttorie si rilevava la non conformita del contratto posto in essere dal Comune alle previsioni del Codice dei contratti pubblici, in quanto non riconducibile ne al contratto di appalto ne alla concessione, pur presentando tratti comuni ad entrambe le tipologie; veniva inoltre rilevato come tale atipicita nonche la richiesta, ai fini della partecipazione, di requisiti non usualmente posseduti da soggetti operanti nel campo dei contratti pubblici, potesse aver determinato un ostacolo ad una piu ampia partecipazione degli operatori economici; infine si evidenziavano criticita che, in ragione della non conformita del contratto alle previsioni del Codice dei Contratti, potevano emergere in sede di esecuzione del contratto e si rilevava come la modifica, in sede di stipula del contratto, di

alcune condizioni poste a base di gara (in particolare la possibilità introdotta di provvedere alla precessione o alla concessione definitiva delle sepolture richieste già dal momento della firma del contratto) avessero alterato le condizioni economiche poste a base di gara e ampliato le criticità che possono emergere in sede di esecuzione del contratto stesso.

Con prot. 21671 in data 14.2.2014 sono pervenute le controdeduzioni da parte del Comune di Albano Laziale. La S.A. ha evidenziato come, a proprio dire, le maggiori criticità amministrative e di gestione del contratto si riscontrino:

1 - "nelle modifiche introdotte in sede di Contratto rispetto a quanto previsto negli atti a base di gara. In particolare, in occasione della formazione del vincolo negoziale, è stata introdotta ex novo una disposizione di netto favore per l'Impresa aggiudicataria e mai prevista in alcun atto di gara, riguardante l'obbligo per il Comune di "non realizzare alcuna nuova area cimiteriale o ampliamento di preesistenti cimiteri nell'ambito del proprio territorio comunale se non avvalendosi della Società o con il suo espresso consenso" (v. art. 5 del Contratto rubricato "Obblighi specifici del Comune") [in realtà l'art. 14 del Capitolato Speciale conteneva l'indicazione secondo cui "il Comune ha l'obbligo di non realizzare alcun nuovo impianto se non previo espresso consenso della società" ndr]. Ed ancora, fra le disposizioni di carattere novativo rispetto alle previsioni di gara, si ricorda l'introduzione della facoltà per la Società di procedere alla precessione o alla concessione definitiva delle sepolture a decorrere dalla sottoscrizione del contratto, in tal modo disattendendo la previsione del Capitolato Speciale posta a base di gara che individuava nell'approvazione della progettazione esecutiva e nel perfezionamento del contratto di appalto per la costruzione del Nuovo Cimitero il momento di inizio delle attività di precessione o di concessione diretta delle opere e/o aree (art. 6 del Capitolato Speciale)";

2 - "nella revisione, anche in questo caso oggettivamente a favore dell'Impresa sotto il profilo economico ed esecutivo (e a cui l'Amministrazione comunale si è vista costretta a causa dell'inerzia e/o incapacità della Società ad adempiere ai compiti originariamente assunti in materia espropriativa), del regolamento pattizio in corso di esecuzione del Contratto; detta revisione è stata attuata in data 14 luglio 2011 mediante sottoscrizione fra le parti di un "Atto di concordamento delle competenze nel procedimento espropriativo".

I sopra citati due aspetti costituirebbero, secondo la S.A., circostanze contrastanti con il generale divieto di rinegoziazione concretizzatesi nell'acquisizione da parte del privato di oggettive condizioni di vantaggio rispetto alle condizioni poste a base di gara e "tali da inficiare in radice il vincolo negoziale".

Si rileva inoltre che è pervenuta nota prot. 25493 del 24/02/2014 dell'arch. Michela Pucci, che ha ricoperto tra il 2009 ed il 2011 l'incarico di Dirigente del Settore LL.PP. del Comune, contenente alcune osservazioni in merito alla comunicazione di risultanze istruttorie dell'AVCP.

Con nota prot. 19963 del 12/02/2014 sono pervenute, invece, le osservazioni da parte della Service Albano Laziale s.r.l.

La società non ritiene condivisibile la classificazione, indicata dall'AVCP, della fattispecie negoziale come contratto atipico in quanto "è assolutamente fuori di dubbio che il corrispettivo spettante all'ATI affidataria e rappresentato dalla gestione delle opere e, dunque, del servizio di precessione e di concessione delle sepolture", specificando che l'Autorità non ha in alcun modo considerato l'ipotesi della concessione di servizi.

Sempre nella citata nota ha evidenziato di non ravvisare alcun contrasto tra l'art. 17 del Contratto e l'art. 6 del Capitolato speciale "laddove la disposizione capitolare si pone in rapporto di specialità rispetto a quella prevista dal contratto e reca, pertanto, una mera specificazione del contenuto del primo", ritenendo che "le due disposizioni vadano lette in combinato disposto tra loro, come è logico che sia".

La Service Albano Laziale s.r.l. ha contestato, inoltre, i presunti contrasti con le disposizioni del regolamento di polizia mortuaria sopra citati (art. 92, comma 4, del D.P.R. 285/90), in quanto, afferma, "il concessionario, lungi dal poter seriamente porre in essere le paventate azioni speculative rispetto alla collocazione dei manufatti a realizzarsi, e, rispetto all'iter di collocazione di tali manufatti, vincolato alle procedure ad evidenza pubblica meglio descritte nel contratto di concessione e all'applicazione delle tariffe concessorie contrattualmente previste e predeterminate che non possono mutare se non nei limiti e nelle forme prescritte dal contratto di concessione. È evidente come la controversia sull'esatta qualificazione del contratto e sull'assetto voluto dalle parti determini una situazione di incertezza tale da "frenare", per evidenti ragioni di prudenza imprenditoriale, l'attività produttiva dell'affidataria".

L'ATI affidataria evidenzia anche l'intenzione di proseguire e dare regolare esecuzione al rapporto negoziale in essere risolvendo le criticità come sono state rilevate dalla stessa Autorità. Al riguardo viene evidenziato come, secondo l'affidataria, al proseguimento del rapporto non osterebbe neppure l'illegittimità evidenziata dall'AVCP in quanto "il potere di autotutela non si può esprimere in modo illimitato, ma, anzi, va esercitato entro limiti ben precisi, secondo quanto delimitato dalla legge 15/2005 (che ha introdotto l'articolo 21-bis della legge 241 del 1990). Si tratta di limiti notevoli che rappresentano una contrazione del potere amministrativo di rivedere le decisioni già assunte. Come rilevato dalla giurisprudenza, l'annullamento in autotutela di un provvedimento amministrativo impone la precisa individuazione delle ragioni di pubblico interesse che giustificano l'adozione del provvedimento di secondo grado. Gli atti posti in essere dall'Amministrazione nell'esercizio del potere di autotutela non possono basarsi solo sull'illegittimità riscontrata, bensì devono fondarsi anche su un'accurata indagine delle circostanze da cui emergono le ragioni di interesse pubblico che consigliano il loro ritiro, senza, tra l'altro, trascurare il tempo eventualmente trascorso e le posizioni

giuridiche ormai consolidate per effetto del provvedimento da annullare, ai sensi dell'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990".

Successivamente e pervenuta una ulteriore nota del Comune di Albano Laziale, assunta al prot. dell'Autorita n. 104229 del 25.9.2014, con cui la S.A. ha inviato una bozza di Atto Aggiuntivo al contratto in essere "in forza delle indicazioni espresse dall'AVCP (...), al fine di superare le criticità emerse in fase di esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento". In tale atto le parti rilevano che "è necessario apportare al suddetto Contratto le necessarie modifiche finalizzate a renderlo conforme a tutti gli effetti a un appalto di servizi, nonché a tener conto dei rilievi espressi dall'AVCP nella "Comunicazione delle risultanze istruttorie" del 14 gennaio 2014 evitando il possibile contenzioso tra le Parti".

Si elencano di seguito brevemente alcune delle modifiche più rilevanti proposte:

1. le parti ritengono di configurare un appalto pubblico di servizi consistenti in "in prestazioni interdisciplinari, prevalentemente nel campo ingegneristico di gestione amministrativa e di anticipazione e gestione finanziaria";
2. per quanto attiene al procedimento espropriativo sono precisati a carico della Società gli oneri economico/finanziari per i pagamenti delle indennità, nel rispetto della normativa vigente in materia di espropriazione per pubblica utilità, e per i pagamenti delle spese di qualsiasi natura derivante da eventuali contenziosi che dovessero verificarsi nel corso della procedura espropriativa; la Società si impegna a provvedere alla costituzione della provvista finanziaria necessaria per il pagamento dell'indennità di espropriazione e ciò costituisce condizione necessaria e imprescindibile affinché l'Amministrazione proceda all'indizione della gara per l'affidamento dei lavori; in caso di mancata costituzione della provvista la S.A. può risolvere il contratto;
3. è stabilito che il Comune ha facoltà di procedere ad interventi sui preesistenti cimiteri nell'ambito del proprio territorio Comunale nei limiti delle esigenze legate alla tutela salute e alla incolumità pubblica;
4. sono inserite precisazioni circa le attività tecniche da fornire (progettazione e direzione dei lavori) nonché sull'attività di controllo del Comune;
5. l'art. 15 (servizio finanziario) e 17 (corrispettivo) del contratto in essere sono integralmente sostituiti da un nuovo articolo che disciplina l'attività di prenotazione delle tipologie cimiteriali, la stipula dei relativi atti concessori e le modalità di pagamento; a questo proposito viene stabilito che "tutti gli importi delle rate di acconti e di saldo, (...) saranno versati direttamente dagli utenti su un conto corrente postale dedicato in via esclusiva a tale attività intestato all'Amministrazione comunale; i) l'amministrazione comunale provvederà a corrispondere, con cadenza trimestrale alla Società la percentuale ad essa spettante, nella misura del 98,5% di quanto incassato nel medesimo periodo sul conto corrente postale dedicato, al netto di quanto eventualmente necessario ad assicurare i pagamenti per i lavori di costruzione del nuovo Cimitero da effettuare in base al piano di pagamenti relativo a detta opera; j) ogni qualvolta la somma accantonata per il pagamento dei lavori di costruzione del nuovo Cimitero non sia sufficiente ad assicurare i pagamenti medesimi, la Service Albano s.r.l. sarà tenuta ad integrare/assicurare la provvista necessaria con versamento mediante bonifico bancario sul c/c bancario entro i termini di seguito indicati";
6. la costituzione della provvista finanziaria per il pagamento degli acconti costituisce condizione necessaria e imprescindibile affinché l'amministrazione proceda all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva dei lavori di realizzazione del cimitero; sono maggiormente dettagliate le modalità di pagamento dei S.A.L. e viene specificato che "la Società e comunque tenuta ad assicurare il reperimento della complessiva provvista finanziaria necessaria per l'esecuzione delle opere, ammontanti ad EUR13.474.178,55 nette (oltre IVA EUR1.347.417,86), oltre gli oneri espropriativi e di occupazione"; sono, infine, indicati come interamente a carico della Società i maggiori oneri economici derivanti da riserve dell'appaltatore o da errori, imprecisioni o omissioni proprie della progettazione, mentre i maggiori costi di varianti in corso d'opera disposte ai sensi dell'art. 132 del d.lgs. 163/2006, lett. a), b), c) e d) saranno ripartiti tra amministrazione comunale e Società nelle percentuali rispettivamente del 30% e del 70%.

### **Ritenuto in diritto**

I contratti contemplati dal Codice dei contratti pubblici sono quelli indicati all'art. 3, comma 3, del Codice stesso, vale a dire l'appalto e la concessione.

Gli appalti pubblici sono contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi.

Le concessioni di lavori presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in un tale diritto accompagnato da un prezzo.

L'art. 3, comma 12, del Codice definisce la concessione di servizi come quel contratto che ha le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ma il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo. La concessione di servizi è in parte svincolata dal Codice tranne per quanto stabilito dall'art. 30 che richiama come la scelta del concessionario debba avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non

discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti.

La S.A. ha inteso affidare servizi di ingegneria, gestionali e finanziari tramite un'unica procedura prevedendo come compenso per l'aggiudicatario l'incasso degli importi derivanti dalla concessione delle tipologie di sepoltura, vale a dire permettendo all'aggiudicatario di incassare direttamente le tariffe comunali.

Appare chiaro che il servizio finanziario assume rilievo preponderante e consiste in una anticipazione finanziaria da parte dell'aggiudicatario a favore della S.A. per poter provvedere al corrispettivo dei lavori di costruzione del nuovo cimitero; infatti dal contratto risulta che l'Amministrazione provvederà a bandire la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori del nuovo cimitero, sottoscriverà direttamente il contratto con l'appaltatore, mentre la Società di servizi (cui ha dato vita l'ATI aggiudicataria) provvederà a corrispondere all'appaltatore l'importo dovuto in base all'avanzamento dei lavori in nome e per conto del Comune.

L'amministrazione, da quanto risulta dalla documentazione di gara, ha inteso porre in essere un appalto di servizi, tuttavia il rapporto contrattuale tra le parti non ne contiene alcuni elementi tipici. Infatti la S.A. non è tenuta al pagamento di alcun corrispettivo all'aggiudicatario, avendo individuato il compenso negli introiti derivanti dalla concessione di tipologie di sepoltura a privati. Tale compenso appare soggetto all'alea della vendita e, come è noto, gli elementi rischio ed alea del corrispettivo non sono previsti nei contratti di appalto. Gli appalti infatti non possono essere banditi senza la necessaria copertura finanziaria in quanto l'esborso di denaro da parte della S.A. è "certo". Di contro, si rileva come, secondo la procedura posta in essere, la S.A. verrebbe a bandire una gara di appalto di lavori facendo affidamento su future provviste economiche provenienti da un privato; tale modalità di gestione finanziaria appare in contrasto con quanto disposto dall'art. 162, comma 4, del T.U.E.L. che vieta le gestioni di entrate e di spese che non siano iscritte in bilancio.

A ciò si aggiunge la dubbia compatibilità della modalità di acquisizione dei fondi necessari per la realizzazione delle opere, vale a dire un'anticipazione finanziaria rimborsata dall'incasso di tariffe comunali, con l'art. 199 del T.U.E.L. che stabilisce quali siano le fonti di finanziamento degli enti locali. Tale articolo alla lettera g) indica le "altre forme di ricorso al mercato finanziario consentite dalla legge" intendendo, chiaramente, contratti di finanziamento espressamente disciplinati dal legislatore.

Si rileva, inoltre, che la S.A., nella nota esplicativa inviata all'Ufficio istruttore, ha espresso perplessità in merito alla compatibilità tra il contratto posto in essere e la normativa di cui al D.P.R. 285/1990 (Regolamento di Polizia Mortuaria) secondo cui viene previsto all'art. 92, comma 4, che "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", avanzando il dubbio che, in merito all'interpretazione del contratto, sia possibile per la Società Service Albano Laziale cedere liberamente il diritto di sepolcro in favore di terzi, facendone oggetto di uno specifico business.

Si sottolinea, al riguardo, che la concessione cimiteriale, essendo i cimiteri soggetti al regime dei beni demaniali ex art. 824 c.c., attribuisce al concessionario il diritto d'uso temporaneo di una sepoltura o di un'area, lasciando integro il diritto di proprietà del Comune.

La individuazione del concessionario, dovrebbe essere innanzitutto trasparente e fondata su criteri di massima obiettività; dovrebbero essere, pertanto, stabiliti adeguati criteri per evitare un uso speculativo delle concessione.

Pertanto è stato evidenziato nella comunicazione delle risultanze istruttorie alle parti come le perplessità espresse dalla stessa stazione appaltante potessero rivelarsi fondate, non essendo state indicate nel contratto adeguate modalità di controllo pubblico sulla commerciabilità dei manufatti cimiteriali, né sul trasferimento del diritto d'uso della sepoltura.

L'ATI affidataria nelle controdeduzioni ha sottolineato come nella relazione pervenuta dall'AVCP non sia stata considerata l'ipotesi di concessione di servizi.

A questo proposito si sottolinea che dalla definizione precedentemente citata (art.3 del Codice) si evince che tra gli elementi principali della fattispecie "concessione di servizi" vi è il diritto di gestire i servizi e, in questo caso specifico, il compenso per l'aggiudicatario proviene dalla precessione e concessione delle opere cimiteriali.

Al riguardo si osserva che:

- 1) dalla documentazione agli atti, tra cui Bando, Capitolato Speciale e Contratto, l'obiettivo principale della S.A. appare quello di ottenere una copertura finanziaria, costituendo l'affidamento all'esterno di alcune attività come parte residuale del contratto;
- 2) nel bando vengono indicati come servizi in appalto i servizi finanziari, i servizi di ingegneria integrata, i servizi di consulenza gestionale ed affini ed i servizi legali; non vi è menzione di alcun tipo di altro servizio;
- 3) l'ATI indica come "gestione delle opere" l'attività di concessione o precessione delle sepolture, ma tale tipologia non è indicata tra i servizi oggetto dell'appalto ed appare più precisamente costituire una modalità di rientro dal finanziamento.

Si rileva, pertanto, che i servizi indicati nel bando non sono rivolti a terzi ma al Comune, infatti è il Comune il destinatario dei servizi finanziari, di ingegneria, di consulenza gestionale e dei servizi legali.

Si sottolinea ulteriormente che la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio; ciò in quanto la concessione di servizi rappresenta lo strumento attraverso cui l'amministrazione organizza l'erogazione di servizi di pubblica utilità, tipicamente servizi pubblici locali, a favore di terzi,

riservando i proventi della gestione al concessionario gestore. Nel caso di specie gli obblighi di *facere*, a parte la gestione della concessione delle aree e dei manufatti per la sepoltura, riguardano servizi da erogarsi in favore dell'amministrazione. A ben vedere, dunque, il corrispettivo derivante dalla gestione della concessione delle opere realizzate e volto a remunerare non solo (e non tanto) il servizio stesso erogato dal privato nei confronti degli utenti terzi, quanto piuttosto i servizi di progettazione (e gli altri servizi di supporto) e di finanziamento e quindi, indirettamente, anche i lavori di realizzazione delle opere.

Alla luce di quanto sopra, al fine del corretto inquadramento della fattispecie, si ritiene che occorra avere riguardo all'intera operazione nel suo complesso e allo scopo pratico che l'amministrazione con essa ha inteso perseguire.

In quest'ottica emerge che il Comune ha inteso ottenere, senza oneri a carico dell'amministrazione, la progettazione (e altri servizi di supporto) e la realizzazione del nuovo cimitero comunale la cui gestione, almeno per ciò che concerne la vendita in concessione, è affidata ai privati.

Lo scopo finale, ovvero l'assetto di interessi così realizzato, pare, pertanto, corrispondere alla causa concreta della concessione di lavori perseguita però, in questo caso, attraverso due contratti funzionalmente collegati.

La soluzione adottata dal Comune di Albano appare invero atipica e reca una deviazione rispetto allo schema della concessione di lavori che consente all'amministrazione di imporre al concessionario di affidare a terzi almeno il 30% dei lavori (art. 146 del Codice) mentre, nel caso di specie, l'espletamento delle funzioni di stazione appaltante da parte del Comune, di fatto, determina l'affidamento a terzi del 100% dei lavori.

In conclusione tale contratto presenta degli elementi di atipicità rispetto alle tipologie previste dal Codice che insieme alla richiesta, per la partecipazione, di requisiti evidentemente non facilmente reperibili sul mercato, può aver determinato un ostacolo alla partecipazione.

Infatti, alla prima gara espletata nel 2007 hanno partecipato solo due operatori economici, entrambi esclusi; alla seconda procedura, in relazione alla quale è stata ampliata la possibilità di soddisfare uno dei requisiti richiesti, ha partecipato la sola ATI Progeca-Italgeco, precedentemente esclusa per carenza di requisiti, risultata poi aggiudicataria.

Circa le statuizioni contrattuali che potrebbero aver modificato le condizioni poste a base di gara l'ATI affidataria, nelle controdeduzioni come sopra riportate, non ravvisa alcun contrasto tra l'art. 17 del Contratto e l'art. 6 del Capitolato speciale. Riguardo a questo aspetto si sottolinea che l'art. 17 del contratto cita testualmente "(...)La società avrà diritto a provvedere, in nome e per conto del Comune, alla preconcessione o alla concessione definitiva delle sepolture richieste dal momento della firma fino al termine della durata del presente contratto (...)" mentre l'art. 6 del Capitolato Speciale ha il seguente contenuto: "(...) La Società avrà diritto a provvedere, alla preconcessione o concessione diretta delle sopraccitate disponibilità di colombari (...). La preconcessione o concessione diretta delle opere ed aree potrà essere effettuata esclusivamente per le opere comprese nei lotti funzionali la cui progettazione esecutiva sia stata approvata ed i cui lavori siano stati appaltati. La Società potrà procedere alla preconcessione o alla concessione di opere solo a seguito della preventiva approvazione, da parte dell'Amministrazione Comunale, di specifici piani di vendita che saranno trasmessi dalla Società al Comune e da questo valutati ed approvati, se ritenuti congrui e nei limiti delle garanzie fornite (...)". Nel contratto, pertanto, non appare alcun richiamo esplicito all'art. 6 del Capitolato speciale che vincola la preconcessione o la concessione ai lotti la cui progettazione esecutiva sia stata approvata ed i cui lavori siano stati appaltati. Per quanto esposto, stante la diversità dei contenuti dei due articoli, sebbene il capitolato sia un allegato del contratto (allegato B) e l'art. 26 del contratto contenga una previsione di rinvio stabilendo che "qualsiasi altra previsione del capitolato, non esplicitamente trasfusa in questo contratto o oggetto di specificazione implementativa, si intende a tutti gli effetti vincolante", si rileva l'assenza di una puntuale specificazione al riguardo, che confermi la tempistica di svolgimento delle attività di preconcessione o concessione prevista in sede di gara.

In definitiva, ferma restando l'autonomia politico-amministrativa del Comune nella organizzazione delle proprie funzioni istituzionali, si rileva la inidoneità dello strumento contrattuale prescelto. Il contratto sottoposto all'Autorità, infatti, si fonda su un modello che comporta la totale copertura dei costi di costruzione e di gestione del servizio da parte del contraente privato, in cambio della possibilità di conseguire adeguati ricavi economici. In tal modo, però, il Comune rischia di perdere in larga misura il controllo sulla corretta, economica ed efficace gestione del servizio, che non può che ispirarsi a criteri di socialità e universalità.

Si prende comunque atto che il Comune ha predisposto, tenendo conto delle osservazioni emerse all'esito dell'attività istruttoria svolta dall'AVCP (attualmente ANAC - Vigilanza Contratti Pubblici), una bozza di addendum al contratto, al fine di superare le criticità emerse in fase di esecuzione.

In particolare con tale addendum, ancora da sottoscrivere, le parti convengono di configurare più chiaramente l'appalto quale di servizi consistenti in "prestazioni interdisciplinari, prevalentemente nel campo ingegneristico di gestione amministrativa e di anticipazione e gestione finanziaria".

Quindi, tra i servizi affidati, sono meglio specificate le attività prestate dall'affidatario per progettazione e direzione dei lavori e per la prenotazione delle tipologie cimiteriali, la stipula dei relativi atti concessori sottoscritti con l'amministrazione comunale e le modalità di pagamento, assicurando una maggiore possibilità di controllo del Comune su tali attività.

Sono inoltre previste statuizioni per garantire maggiormente la copertura finanziaria da parte dell'affidatario delle somme necessarie per espropri e lavori.

Tali previsioni, che appaiono coerenti con la finalità di limitare e controllare maggiormente criticità

che potrebbero rivelarsi nell'esecuzione, quali evidenziatesi nell'istruttoria, presentano tuttavia il limite di intervenire su un contratto già in essere; più puntuali previsioni già nella fase d'appalto avrebbero consentito maggiore correttezza e trasparenza del procedimento ed evitato preventivamente alcune criticità già manifestatesi, quali quelle relative al procedimento espropriativo.

In base a quanto sopra considerato,

### **il Consiglio**

- rileva l'atipicità del contratto posto in essere rispetto alle tipologie previste dal Codice ed evidenzia alcune criticità che potrebbero emergere nell'esecuzione del contratto, quale attualmente sottoscritto:
  - a. non sono previste modalità per un effettivo controllo del Comune sull'attività del privato attinente alle concessioni cimiteriali e, pertanto, il Comune potrebbe non essere in grado di esercitare adeguatamente i controlli sul rispetto dei criteri di assegnazione ai sensi del d.P.R. 285/90;
  - b. il Comune si trova ad esplicare attività che ricadono nelle sue competenze, in particolare l'appalto dei lavori per le opere cimiteriali, senza previa copertura finanziaria, atteso che, per quanto indicato nel contratto, i fondi saranno disponibili in ragione dell'avanzamento dei lavori e la Società corrisponderà direttamente le somme dovute all'appaltatore dei lavori; ad oggi si sono già concretizzate criticità inerenti il pagamento delle somme dovute per quanto attiene all'esproprio, il cui onere è posto a carico dell'aggiudicatario; dalla documentazione fornita risulta, infatti, che il Comune ha richiesto tramite Ordine di Servizio n.1 del 17/09/2012, il pagamento di somme da corrispondere a soggetti espropriati; la richiesta risulterebbe a tutt'oggi inevasa, esponendo la S.A. a possibili azioni da parte degli espropriati;
  - c. l'aggiudicatario, ex art. 17 del contratto, in assenza di opportune specificazioni che confermino le prescrizioni del Capitolato, potrebbe provvedere alla prevendita o concessione diretta delle opere e/o aree a fronte di una oggettiva incertezza sulla realizzazione dei lavori; tra l'altro, le statuizioni in tal senso nel contratto, consentendo all'ATI un'anticipazione degli introiti, modificherebbero in modo sensibile le condizioni economiche della gara, riducendo l'onere finanziario per la Società che costituisce l'oggetto principale del contratto;
  - d. l'aver stabilito l'impossibilità per il Comune di ricorrere ad altri strumenti per risolvere le problematiche connesse alle sepolture in assenza di un espresso consenso dell'aggiudicatario costituisce un ulteriore elemento di criticità, sebbene, in sede di contratto, siano escluse straordinarie ed imprevedibili esigenze legate alla tutela della salute e alla incolumità pubblica;
- rileva, pertanto, l'inidoneità dello strumento contrattuale prescelto;
- prende atto, ferma restando l'autonomia politico-amministrativa del Comune nella organizzazione delle proprie funzioni istituzionali, che lo stesso ha predisposto una bozza di addendum al contratto, contenente modifiche ed integrazioni finalizzate a limitare e controllare maggiormente le criticità che potrebbero rivelarsi nell'esecuzione, tenendo conto di quanto evidenziato nella comunicazione delle risultanze istruttorie;
- dispone l'invio da parte della Direzione Generale Vigilanza della presente deliberazione alla S.A. ed alla Società affidataria;
- invita la stazione appaltante a pubblicare la presente deliberazione sul proprio sito istituzionale.

### **Il Presidente f.f.: Francesco Merloni**

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 novembre 2014

Il Segretario: Maria Esposito