



## DELIBERA N. 423

12 maggio 2021

Fascicolo 1951/2018

### Oggetto

**Concessione per la progettazione definitiva ed esecutiva, la realizzazione e la gestione dell'ampliamento del cimitero Comunale. Contratto di concessione rep. n. 45/2006. Rimodulazione project financing – Realizzazione impianto cremazione – Affidamento gestione servizi cimiteriali – Approvazione perizia di variante n. 3 presentata in data 17.11.2015 al prot. n. 58748 ed integrazione del 27.11.2015 prot. n. 60706.**

### Riferimenti normativi

Articoli 19, 25, 37*bis* della L. 109/1994; articoli 143, 147 e 253 del d.lgs. 163/2006; articoli 161 e 357 del DPR 207/2010; articolo 13 del d.lgs. 276/2000.

### Parole chiave

Concessione – variante - proroga

### Massima

non massimabile

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

VISTA la Legge 109/1994;

VISTO il DPR 554/1999;

VISTO il d.lgs. 163/2006;

VISTO il DPR 207/2010;

VISTO il d.lgs. 50/2016;

VISTO il Regolamento ANAC del 4 luglio 2018 sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 16 ottobre 2018;

VISTA la relazione dell'Ufficio Vigilanza collaborativa e vigilanze;



## CONSIDERATO IN FATTO

In data 30.3.2004, il Comune di omissis approvava il Piano Triennale delle opere pubbliche relative al triennio 2004/2006, tra le quali veniva previsto l'ampliamento del cimitero comunale.

Con una successiva delibera della Giunta comunale (n. 250 del 19.12.2005), l'ente comunale si esprimeva positivamente sulla fattibilità della proposta relativa all'ampliamento cimiteriale presentata *ex art. 37bis* della L. 109/1994 da un'ATI composta da *omissis* srl ed omissis srl, e successivamente procedeva all'indizione di una procedura di gara, alla base del quale era stata posta la predetta proposta progettuale.

In assenza di ulteriori offerte, il Comune aggiudicava l'appalto all'ATI promotrice, con la quale, poi, veniva stipulato il contratto di concessione rep. n. 45 dell'8.7.2006.

L'oggetto del contratto di concessione prevedeva, nello specifico, la progettazione, definitiva ed esecutiva, e realizzazione dell'ampliamento cimiteriale, la manutenzione ordinaria fino al collaudo finale, la gestione dei servizi necessari per l'assegnazione a privati di loculi e cappelle, per la durata di dieci anni a partire dalla data di approvazione del progetto esecutivo (prorogabile di ulteriori cinque anni in caso di mancata allocazione di tutti i loculi o le cappelle), a fronte di un importo di euro 3.264.814,39.

In data 1.12.2006, all'ATI aggiudicataria subentrava la società di progetto *omissis* srl.

In data 9.2.2007, veniva approvato il progetto definitivo e, in data 20.6.2007, il progetto esecutivo che prevedeva la costruzione di 1640 loculi (di cui 240 nelle cappelle gentilizie). Rivenuta una condotta del gas nell'area di cantiere, veniva approvata la variante n. 1 all'originario progetto – approvata in data 9.4.2008 - che, immutato l'importo complessivo della concessione (e conseguentemente rimodulate le singole voce di costo proposte in origine), ha previsto una diversa dislocazione delle aree di cantiere che ha determinato l'incremento della costruzione di ulteriori sei loculi rispetto a quelli inizialmente indicati.

Con la perizia di variante n. 2, approvata in data 13.6.2013, resasi necessaria per rispondere alle nuove esigenze dell'utenza (modificatesi, a dire del Comune, sia per la crisi economica all'epoca in corso, sia per la crescente presenza di popolazione extracomunitaria), è stato aumentato il numero di cappelle gentilizie da realizzare (con un incremento di altri tre loculi rispetto a quelli risultanti dalla variante n. 1), sono stati previsti cinque loculi da cedere gratuitamente al Comune per far fronte alla sepoltura di altrettanti cittadini indigenti ed è stato reinserito un gruppo di servizi igienici. Tutto ciò ha determinato l'incremento di euro 145.147,52.

In data 20.7.2016, con delibera della Giunta comunale n. 48, in accoglimento di una proposta avanzata dal concessionario con nota del 3.11.2014 e rispondente al perseguimento di "*superiori interessi degli utenti cimiteriali*", veniva approvata la perizia di variante n. 3 poi trasfusa nell'atto aggiuntivo rep. n. 21 del 2.2.2017, con la quale, a fronte di un incremento dell'importo contrattuale di euro 940.622,56, veniva prevista, in particolare e tra l'altro, la realizzazione di un impianto crematorio, interventi di



manutenzione straordinaria su alcuni manufatti insistenti nel cimitero e il rifacimento dei viali, lo stralcio di n. 185 loculi e n. 8 cappelle gentilizie, attività di polizia mortuaria. Contestualmente, oltre ad essere stato aumentato del 1% l'aggio a favore del concedente (passato dal 5 al 6%), è stata prorogata la durata della concessione di 20 anni a decorrere dalla data del collaudo dell'impianto crematorio.

In fase di esecuzione dell'atto aggiuntivo, sono state accordate alcune sospensioni dei lavori e una proroga di 150 giorni (cfr. delibera della giunta comunale n. 49 del 23.5.2019). In seguito alla ricezione di diversi esposti (prot. I. ANAC n. 30937 del 10.4.2018 e prot. I. ANAC n. 77155 del 19.9.2018) e comunicazioni da parte dell'Autorità (prot. I. ANAC n. 75327 del 12.9.2018 e prot. I. ANAC n. 65234 del 25.7.2018), sono stati richiesti informazioni e documenti al concedente e al concessionario che, una volta analizzati, hanno portato all'avvio di un procedimento di vigilanza ordinaria comunicato con nota prot. n. 2739 del 14.1.2020.

Nello specifico, nell'ambito del predetto avvio, sono stati contestati:

- la legittimità della perizia di variante n. 3, in quanto, oltre al fatto che i riferimenti normativi posti a base della variante stessa sono inconferenti *ratione temporis* (in quanto al contratto in esame si applicano la L. n. 109/94 e il DPR n. 554/1999) o *ratione materiae* (in quanto l'art. 147 del D.Lgs. n. 163/2006 disciplina situazioni diverse da quelle oggetto della variante, mentre l'art. 19 co. 2bis L. n. 109/94 disciplina le conseguenze di una variante), la predetta perizia era stata assunta in assenza dei presupposti imposti dalla normativa applicabile al caso di specie;
- la mancata evidenza dai documenti agli atti della sussistenza in capo all'aggiudicatario della necessaria qualificazione SOA;
- l'anomalo andamento della quantificazione dei costi della sicurezza, che era variata in modo altalenante di perizia in perizia;
- il ritardo nell'ultimazione dei lavori previsti con la perizia di variante n.3;
- l'illegittimità, per violazione della normativa di settore, della proroga ventennale della concessione;
- la mancata comunicazione all'Autorità dell'adozione della variante n. 3 ai sensi dell'art. 37 D.L. n. 109/2014 e dell'art. 106, co. 14 del d.lgs. 50/2016.

Concedente e concessionario hanno controdedotto ai rilievi formulati con memorie acquisite al protocollo ANAC rispettivamente n. 58091 del 30.7.2020 e n. 58882 del 31.7.2020, richiedendo di essere auditi ai sensi del vigente Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza ordinaria del 4.7.2018.

In accoglimento delle richieste di audizione avanzate dalle parti, concedente e concessionario hanno partecipato, in data 8.10.2020, a due distinte videoconferenze tenutesi, rispettivamente alle ore 10:00 e alle ore 12:00.

Con nota prot. n. 83853 del 9.11.2020, il concessionario trasmetteva, conformemente alla riserva assunta in sede di audizione, ulteriori deduzioni.

### CONSIDERATO IN DIRITTO



Alla luce delle memorie e della documentazione prodotte, deve anzitutto rilevarsi come, nel corso dell'istruttoria, le parti abbiano: chiarito il possesso della qualificazione SOA da parte delle società aggiudicatrici della concessione; specificato le ragioni per le quali la rimodulazione dei costi della sicurezza risultava coerente alle caratteristiche degli interventi di volta in volta previsti; illustrato il motivo per cui il termine utile per l'ultimazione delle opere dovesse ritenersi rispettato; giustificato le ragioni della mancata comunicazione all'Autorità dell'adozione della variante n. 3 ai sensi dell'art. 37 D.L. n. 109/2014 e dell'art. 106, co. 14 del d.lgs. 50/2016.

Se si possono condividere le deduzioni articolate dalle parti per le questioni sopra indicate, non è possibile, invece, aderire alle considerazioni svolte con riguardo alle due restanti criticità: l'illegittimità della perizia di variante n. 3 e la (conseguente) proroga ventennale della concessione, così come radicalmente modificata dall'atto aggiuntivo n. 21 del 2.2.2017 che ha recepito la predetta variante.

Al riguardo deve osservarsi come secondo il concessionario, la giustificazione della variante sia stata ricondotta ai mutamenti demografici sopravvenuti, circostanza peraltro non dimostrata da alcun dato ufficiale e genericamente evincibile dai provvedimenti posti a fondamento della variante stessa.

Anzitutto, deve puntualizzarsi che, in considerazione del fatto che la procedura di gara che ha portato all'aggiudicazione della concessione - stipulata nel 2006 - è stata bandita nel 2005 ai sensi dell'art. 37 *bis* della L. 109/1994, la normativa di riferimento deve essere individuata, anche con riguardo alle vicende che hanno inciso sul rapporto concessione in fase di esecuzione, nella L. 109/1994 e nel DPR 554/1999. Infatti, l'art. 253 del d.lgs. 163/2006 prevedeva che le disposizioni ivi contenute si applicassero alle gare bandite successivamente all'entrata in vigore dello stesso codice e l'art. 357, co. 6 del DPR 207/2010 escludeva l'applicazione di alcuni titoli del Regolamento (tra i quali quello relativo alla fase di esecuzione in cui rientrava la disciplina delle varianti) ai contratti stipulati prima della entrata in vigore del medesimo Regolamento.

Tanto premesso, da un punto di vista oggettivo, consegue che non sia possibile fondare la variante in questione sulle ipotesi tipizzate dal d.lgs. 163/2006 e dal DPR 207/2010, come risulta avvenuto, nel caso di specie, alla luce della delibera del Consiglio comunale n. 2 del 4.2.2016 che espressamente chiarisce che *"la perizia di variante è stata redatta a norma dell'art. 3 del Contratto di Concessione rep. 45/2006, dell'art. 161 del DPR 207/2010 e ai sensi dell'art. 143, co. 8 del D.lgs. 163/2006"* (pag. 4 della delibera in questione), oltre che de *"l'art. 147 del Codice degli appalti (dlgs 163/2006) [che] prevede la possibilità dell'affidamento al concessionario di opere complementari"*. Del resto, è il citato articolo 3 del contratto rep. 45/2006 a specificare che, in caso di varianti progettuali successive all'approvazione, si dovrà rispettare quanto previsto dalla L. 109/1994, ed in particolare dall'art. 19, comma 2 *bis*.



Occorre quindi analizzare la legittimità della modifica all'originario oggetto della concessione determinata dall'atto aggiuntivo n. 21/2017 che recepisce la variante n. 3, alla luce della L. 109/1994 e del relativo regolamento attuativo (il DPR 554/1999).

In proposito, viene in considerazione l'articolo 19 della Legge Merloni che, con i commi 2 e ss., si occupa di definire l'istituto della concessione, dettando alcune specifiche disposizioni al riguardo.

Tra queste, il comma 2bis dell'articolo in commento prevedeva la revisione dell'equilibrio economico finanziario in caso di modifica dei presupposti e delle condizioni di base da parte dell'amministrazione ovvero in caso di sopravvenienza di nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per lo svolgimento del servizio.

Dalla lettura della norma in questione, che definisce le conseguenze di un'eventuale modifica dei presupposti e delle condizioni poste a base di gara, non può trarsi la conclusione che l'Amministrazione potesse discrezionalmente e liberamente procedere a modificare l'oggetto della concessione, dovendo, comunque, trovare applicazione l'art. 25, co. 1 della L. 109/1994 che circoscriveva la possibilità di introdurre varianti in corso d'opera alle ipotesi tassativamente previste.

In via generale, l'articolo in commento consentiva di introdurre una variante in corso d'opera:

- "a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;*
- b) per cause impreviste e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento di cui all'art. 3, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale;*
- b-bis) per la presenza di eventi inerenti la natura e specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale;*
- c) nei casi previsti dall'articolo 1664, secondo comma del codice civile;*
- d) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione".*

Prima di verificare la riconducibilità della variante in questione a una delle ipotesi sopra descritte, è opportuno evidenziare come l'attribuzione all'aggiudicatario, mediante variante, di interventi non previsti nell'originario assetto contrattuale configura una deroga del tutto eccezionale al principio dell'affidamento di lavori mediante gara pubblica.

L'eccezionalità di questa evenienza, che di fatto determina una deroga al principio della concorrenza, comporta una rigorosa valutazione della sussistenza delle condizioni previste dalla legge e di una adeguata motivazione che deve essere esplicitata nei provvedimenti assunti dalla stazione appaltante. Queste considerazioni sono state



condivise dalla giurisprudenza venutasi a creare nella vigenza della Legge Merloni, che ha avuto modo di precisare che *"costituisce principio comune, in tema di gare pubbliche, il fatto che, per ricorrere alla trattativa privata, peraltro senza gara informale, è necessario l'accertamento rigoroso dei presupposti per procedere in deroga all'evidenza pubblica, motivi che devono risultare chiaramente dagli atti determinativi della stazione appaltante"* (TAR Lombardia, Milano, 3 novembre 2004, n. 5575).

Tanto premesso, le considerazioni che verranno svolte non potranno non prendere le mosse anzitutto dal contenuto dei provvedimenti agli atti che hanno condotto all'approvazione della variante in esame. Escluso che la variante n. 3 possa fondarsi sulle ipotesi di sopravvenienza di materiali, componenti o tecnologie nuovi (di cui alla seconda parte della citata lett. b), di rinvenimenti imprevisi o imprevedibili in fase di progettazione (seconda parte della lett. b-bis), di onerosità o difficoltà dell'esecuzione imputabili a sorprese geologiche o idriche (lett. c) o di errori o omissioni progettuali (lett. d), ci si deve soffermare sulle residue ipotesi, richiamate anche dal concessionario nella relazione prot. n. 58882 del 31.7.2020.

Anzitutto, non ricorre l'ipotesi di cui alla lettera a) dell'art. 25, co. 1 della L. Merloni in quanto, nonostante il riferimento compiuto dal concessionario al regolamento di polizia mortuaria, non è ravvisabile alcuna disposizione sopravvenuta di fonte primaria o secondaria che imponesse al concedente di modificare l'originario assetto concessorio addivenendo alla costruzione di un tempio crematorio e alla realizzazione di tutti gli ulteriori interventi previsti nella variante in contestazione.

Parimenti non sono nemmeno ravvisabili le cause impreviste ed imprevedibili di cui all'art. 25, co. 1 lett. b) prima parte, né tanto meno gli eventi, verificatisi in corso d'opera, inerenti la natura e specificità dei beni oggetto di concessione indicati all'art. 25, co. 1, lett. b-bis), prima parte.

Infatti, né la modifica della composizione demografica e sociale della popolazione comunale, né l'interesse a forme di sepolture diverse e più economiche rispetto a quelle più tradizionali (peraltro aspetti semplicemente dedotti, ma indimostrati) possono rappresentare quelle circostanze impreviste richieste dalla legge che avrebbero legittimato la stazione appaltante a procedere con l'adozione di una variante in corso d'opera; né possono comunque ritenersi direttamente connessi alla natura o specificità dei loculi o delle cappelle gentilizie oggetto degli interventi oggetto di concessione e la relativa gestione.

Le predette circostanze infatti non riguardano propriamente vicende che attengono all'esecuzione dell'opera oggetto di concessione, ma concernono la presunta modifica dell'interesse pubblico distinto ed ulteriore rispetto a quello sotteso all'originaria



concessione e connesso alla costruzione di loculi e cappelle gentilizie e ai relativi servizi cimiteriali.

In questo senso, per poter rispondere al meglio alle nuove esigenze emerse pochi anni dopo l'aggiudicazione della concessione (decennale) in questione avvenuta nel 2006, il Comune avrebbe dovuto procedere all'indizione di una nuova procedura di gara, e non già a modificare significativamente, nel 2017, l'oggetto della concessione. Tanto più se si pone mente al fatto che con la variante n. 3, recepita nell'atto aggiuntivo n. 21/2017, come già specificato nella parte in fatto, sono state inclusi, oltre alla realizzazione e gestione del più volte citato tempio crematorio, interventi di manutenzione straordinaria e di attività di polizia mortuaria che hanno contribuito a delineare una concessione ben più complessa di quella che invece era stata ipotizzata a base della procedura indetta nel 2005.

Sul punto, valga precisare che non si sarebbe giunti ad una diversa conclusione nemmeno qualora si fosse applicato l'art. 147 del d.lgs. 163/2006.

Infatti, fermo quanto detto in precedenza in merito all'inapplicabilità al caso di specie del d.lgs. 163/2006, gli interventi previsti nell'atto aggiuntivo n. 21/2017 non si sarebbero potuti comunque qualificare come lavori complementari ex art. 147 del d.lgs. 163/2006. Quest'ultimo articolo, infatti, consente l'affidamento diretto al concessionario dell'esecuzione di *"lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente previsto della concessione né nel contratto iniziale e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l'esecuzione dell'opera"* a condizione che: a) detti interventi complementari non possano essere *"tecnicamente o economicamente separati dall'appalto iniziale senza gravi inconvenienti per la stazione appaltante"*, oppure b) quando i lavori siano separabili ma strettamente necessari al suo perfezionamento.

Nel caso di specie, al di là del difetto dell'esplicitazione negli atti in esame della presenza delle condizioni richieste dall'art. 147, co. 1, lett. a) e b), il riferimento alla modifica della composizione demografica e sociale della popolazione comunale e delle relative esigenze non possono integrare quella circostanza imprevista richiesta dall'art. 147 d.lgs. 163/2006, nella misura in cui la stessa non comporta la necessaria esecuzione di lavori complementari ai fini del perfezionamento dell'opera oggetto dell'originaria concessione. In altri termini, la realizzazione dell'impianto crematorio non rappresenta un intervento necessario ai fini della costruzione dei loculi e delle cappelle gentilizie previste nell'originario assetto concessorio, né della relativa gestione dei servizi cimiteriali.

Peraltro, deve osservarsi che la realizzazione di un impianto crematorio si pone in oggettiva e materiale alterità rispetto alla realizzazione dei loculi cimiteriali, non potendo quindi definirsi quale opera complementare di quella originaria, oggetto della



concessione. Pertanto, se l'opera complementare, per sua natura, ha la funzione di completare l'opera principale (loculi), la realizzazione di un manufatto per caratteristiche, funzione e destinazione del tutto diversi (impianto crematorio), non può ricondursi alla casistica della complementarità.

Sotto diverso profilo, con argomentazioni sostanzialmente convergenti, le parti rilevano che l'indotto determinato dalla costruzione e gestione del nuovo impianto crematorio avrebbe, come vantaggio, quello di determinare per il Comune un introito che diversamente non potrebbe avere; introito che dovrebbe essere destinato a incrementarsi tenuto conto del bacino di utenza del forno crematorio e delle previsioni dei decessi nella Regione *omissis*.

Al di là del fatto che le considerazioni da ultimo svolte in merito al bacino di utenza e alle previsioni dei decessi regionali non sono contenute nei provvedimenti connessi alla variante in questione, deve comunque rilevarsi come la redditività per il Comune conseguente alla gestione del forno crematorio non è rilevante ai fini della legittimità della variante in questione.

Infatti, fermo restando che tra le finalità istituzionali primarie degli enti comunali non rientra quella di svolgere attività lucrative, spettando agli stessi *"tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale"* (art. 13 del d.lgs. 276/2000), deve comunque osservarsi come non possa escludersi che l'aggio che il Comune avrebbe potuto conseguire all'esito di una nuova procedura di gara per la realizzazione dell'impianto crematorio sarebbe potuto essere maggiore di quello effettivamente percepito.

A definitiva conferma di quanto sopra può, infine, osservarsi che la iniziativa volta a realizzare l'opera è pervenuta dal concessionario (cfr. nota del 3.11.2014), a dimostrazione che l'interesse alla realizzazione della stessa, fosse di natura più privata che non pubblica.

Dalle argomentazioni che precedono, deve quindi ritenersi illegittima la variante n. 3 recepita nell'atto aggiuntivo n. 21/2017 e, conseguentemente, deve ritenersi illegittima anche la proroga ventennale della concessione accordata.

Illegittimità che appare ancora più evidente se si pone mente al fatto che con il predetto atto aggiuntivo, oltre all'introduzione della realizzazione e gestione del forno crematorio, sono state inserite ulteriori prestazioni non previste in origine, quali interventi di manutenzione straordinaria o la gestione del servizio di polizia mortuaria. Tutte prestazioni, queste ultime, idonee ad alterare significativamente l'oggetto dell'originaria





concessione.

A quanto detto, deve aggiungersi che la proroga, anche nell'ambito della concessione prevista dall'art. 19 della L. 109/1994, conserva la sua connotazione di istituto al quale è possibile ricorrere in via del tutto eccezionale, in caso di alterazione dell'equilibrio economico-finanziario e nel rispetto delle stringenti ipotesi previste dalla legge. Ipotesi, queste ultime, che, come detto in precedenza, non ricorrono nel caso di specie.

Non può quindi avallarsi l'argomentazione del concedente secondo cui alla proroga ventennale accordata con la perizia di variante n. 3 dovrebbero riconoscersi finalità "ristoratrici" connesse al presunto mancato rispetto delle dinamiche concessorie, atteso che il concedente avrebbe consentito agli utenti di acquistare loculi insistenti nel vecchio cimitero, invece di quelli di nuova costruzione (pag. 9 della relazione dello stesso concedente prot. n. 58091 del 30.7.2020). Tanto più che, per ovviare all'eventualità in cui, allo scadere della concessione, non fossero stati assegnati tutti i nuovi loculi e cappelle gentilizie, già l'art. 7 del contratto rep. 45/2006 prevedeva la possibilità di estendere la durata della concessione di altri cinque anni (e non venti), rispetto ai dieci originariamente previsti.

\*\*\*

Tutto ciò considerato e ritenuto, in esito all'istruttoria espletata nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 12 maggio 2021

## DELIBERA

ai sensi dell'art. 12 co. 1 lett. b) del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 4.7.2018, che la perizia di variante n. 3, recepita nell'atto aggiuntivo 21/2017, così come la proroga ventennale della concessione contestualmente accordata, non risultano conformi alla normativa applicabile al caso di specie, per le motivazioni esposte in narrativa.

La stazione appaltante è invitata a comunicare all'A.N.AC. le eventuali determinazioni al riguardo assunte, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22, co. 1, del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 4.7.2018.



*Il Presidente*

*Avv. Giuseppe Busia*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 4 giugno 2021

*Per il Segretario verbalizzante  
Maria Esposito*

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente