

DELIBERA N. 174

17 febbraio 2021

Fascicolo 2188/2019

Oggetto

Segnalazione sulla presunta illegittimità della Delibera di Giunta Comunale n. 10/2019 dei Consiglieri Comunali di *omissis* sullo stato di attuazione dei lavori relativi alla concessione per l'ampliamento del cimitero comunale e sulla gestione dei servizi cimiteriali, sullo stato del rapporto contrattuale e dei contenziosi con il concessionario *omissis*.

Riferimenti normativi

Artt. 142 ss. d.lgs. 163/2006

Parole chiave

Concessione – modifiche al progetto iniziale – interferenze – revisione del PEF

Massima

Non massimabile

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

VISTO il decreto legislativo 12 aprile 2006 recante "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*";

VISTO il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante "*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*";

VISTO il Regolamento ANAC del 4 luglio 2018 sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n.241 del 16 ottobre 2018;

VISTI il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla Legge 24 aprile 2020, n. 27, e il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla Legge 5 giugno 2020, n. 40, con riguardo alla sospensione dei termini procedurali;

VISTA la relazione dell'Ufficio Vigilanza collaborativa e vigilanze speciali,

Considerato in fatto



Con un esposto trasmesso a questa Autorità in data 13 maggio 2019, acquisita al protocollo n. 37579, alcuni consiglieri del Comune di *omissis* segnalavano talune criticità concernenti uno schema di protocollo d'intesa, approvato con delibera della Giunta comunale n. 10 dell'11.2.2019, che apportava alcune modifiche al contratto stipulato tra il Comune e la società *omissis* all'esito dell'espletamento di una procedura di gara bandita per l'aggiudicazione della concessione per l'ampliamento del cimitero comunale e sulla gestione dei servizi cimiteriali.

Sulla base della segnalazione ricevuta, l'Autorità ha chiesto alla stazione appaltante, con nota prot. n. 48794 del 17.6.2019, di ricevere una relazione dettagliata, poi, fornita dal Comune con nota prot. n. 57720 del 16.7.2019.

Analizzata la documentazione ricevuta, è stato disposto l'avvio di un procedimento di vigilanza ex art. 13, co. 1 del Regolamento ANAC di vigilanza dei contratti pubblici in relazione, nello specifico, ai ritardi maturati nella predisposizione del progetto esecutivo nonché alle modifiche del Piano Economico Finanziario (PEF) e all'incremento del numero dei loculi mediante variante progettuale.

Dell'avvio del procedimento è stata data comunicazione al Comune, con nota prot. 77974 del 4.10.2019, ed è stato trasmesso altresì alla società di progetto, sulla base di una espressa richiesta da questa avanzata per poter far parte del procedimento.

Ricevute, nell'ambito del procedimento avviato, le deduzioni dell'ente comunale (prot. 87119 del 4.11.2009) e del concessionario (prot ANAC 3761 del 17.01.2020), e all'esito di alcune richieste di integrazioni documentali, riscontrate dal Comune con nota prot. 19646 del 9.3.2020, l'Autorità ha trasmesso alle parti risultanze istruttorie relative ad alcuni rilievi emersi dalla documentazione prodotta dalle parti, alle quali hanno fatto seguito solo le controdeduzioni del concedente (nota prot. 45035 del 16.6.2020) e del concessionario (nota prot. n. 53676 del 15.7.2020).

Dall'analisi delle relazioni e della documentazione inviata dal Comune di *omissis* e dal concessionario è emerso che l'intenzione di procedere con l'ampliamento del cimitero del Comune di *omissis* risale all'inizio degli anni 1980, quando con delibera comunale n. 61 del 20.12.1982 veniva approvato un progetto di ampliamento poi modificato prima nel 1987 e poi nel 1993 per rispondere all'esigenza, rispettivamente, di costruzione della strada provinciale comunemente chiamata "asse perimetrale di *omissis*" e di dedicare una area più vasta di quella originariamente prevista per la realizzazione di cappelle gentilizie.

A fronte di queste modifiche, tuttavia, il progetto definitivo dei lavori di ampliamento del cimitero del Comune di *omissis* per un importo complessivo di € 4.371.103,84 veniva approvato solo nel 2008, con delibera di Giunta comunale n. 41 del 9.09.2008, e la decisione di procedere alla realizzazione dell'opera avvalendosi dello strumento della Concessione di opere pubbliche di cui agli art. 142 ss. del d.lgs. n. 163/2006, veniva assunta con delibera n. 114 del 27.4.2011.

A seguito dell'espletamento della gara, e della successiva aggiudicazione definitiva in favore della costituita A.T.I. tra *omissis* e *omissis*, in data 07.06.2011 veniva stipulato il contratto di concessione tra l'aggiudicataria ed il Comune di *omissis* (rep. 551/2011) e, in data 30.10.2011, veniva pubblicato un bando di assegnazione in concessione d'uso di nuovi loculi, colombaie e lotti per cappelle gentilizie.



Dando seguito al contratto, la società di progetto subentrata all'aggiudicatario dava corso alle attività necessarie alla **predisposizione del progetto definitivo**, con il coinvolgimento, ai sensi dell'art. 5 del contratto, della competente Soprintendenza speciale per i beni archeologici di *omissis*.

Tuttavia, poiché le aree oggetto di indagine risultavano occupate da circa 27.000 piante, il concessionario, su incarico del RUP, procedeva alla loro rimozione, custodia e manutenzione.

Il progetto esecutivo veniva trasmesso, in data 20.12.2012, dal concessionario al Comune, ed approvato da quest'ultimo con determinazione R.G. n. 153 dell'11.2.2013.

In data 5.4.2013, il concessionario trasmetteva il **verbale di inizio lavori**, al quale faceva seguito, in data 30.7.2013, la notifica di un decreto ingiuntivo nei confronti del Comune per ottenere il pagamento del corrispettivo delle attività connesse alla rimozione, custodia e manutenzione delle piante e in data 2.8.2013 la promozione di un giudizio innanzi al Tribunale di *omissis* per l'accertamento del presunto anomalo andamento della concessione (conclusosi con la sentenza n. 6094 del 13.06.2019 con la quale il giudice di *prime cure* ha rigettato le domande formulate in giudizio dal concessionario).

In data 2.3.2015, la Concessionaria e la direzione lavori chiedevano la presa in consegna parziale e messa in esercizio di una prima parte del cimitero in ampliamento, che il RUP chiariva, in data 7.4.2015, dovesse intendersi come stralcio funzionale.

Successivamente in data 18.11.2015, veniva sottoscritto un **primo protocollo di intesa** tra concedente e Concessionaria, approvato con delibera della Giunta Comunale n. 122 del 30.10.2015 (che però non veniva trasfuso in un atto integrativo del contratto), che aveva ad oggetto i seguenti interventi: realizzazione di opere di ripristino e messa in sicurezza dell'impianto elettrico del vecchio cimitero esistente; redazione del catasto e dell'anagrafe del cimitero esistente da compensare con l'aggio dovuto al concedente per la gestione delle lampade votive già installate; una parziale liquidazione del corrispettivo dovuto al concessionario per l'attività relativa alla rimozione e manutenzione delle piante; redazione del progetto esecutivo della messa a norma del cimitero esistente.

In data 5.1.2016, la Concessionaria trasmetteva al Comune un PEF aggiornato nel quale la stessa evidenziava una perdita per un importo di euro 2.064.844; in seguito alla trasmissione in data 28.3.2018 del verbale di ultimazione e stato di consistenza redatti dal D.L. relativi al secondo lotto funzionale (da ritenersi, ad avviso del RUP, quale stralcio funzionale), al Comune veniva inoltrato da parte del concessionario, in data 26.10.2018, il secondo aggiornamento al PEF dal quale si evidenziava un presunto aggravamento delle perdite, quantificate in euro 6.244.965.

Nel frattempo, in data 5.11.2018, il concessionario trasmetteva al Comune un report nel quale dava conto dell'impossibilità di soddisfare tutte le richieste di concessione dei loculi, in quanto i manufatti risultavano insufficienti rispetto alle istanze avanzate.

In data 17.12.2018, la Concessionaria trasmetteva una proposta di definizione bonaria delle proprie pretese che riguardava l'incremento del diritto di godimento di ulteriori 1.100 loculi e del tempo di concessione, nonché il riconoscimento di euro 500.000, a tacitazione di ogni richiesta risarcitoria.

In data 25.01.2019 la Giunta comunale approvava, con la delibera n. 10, lo schema di **secondo protocollo di intesa** con il quale il Comune si impegnava ad accettare la proposta di riequilibrio del PEF attraverso la concessione dei diritti di sfruttamento su ulteriori 1.100 loculi di nuova costruzione,



a fronte della rinuncia al contenzioso radicato innanzi il Tribunale di *omissis* e alla pretesa di ricevere euro 500.000.

In seguito a diverse interlocuzioni, concedente e concessionario sono addivenuti in data 31.07.2019 a concludere un **atto integrativo** al contratto originario avente ad oggetto due stralci: a) il primo che recepiva il primo protocollo di intesa del 18.11.2015 concernente: il Catasto cimiteriale; l'Anagrafe cimiteriale; la Progettazione esecutiva, esecuzione dei lavori di adeguamento normativo e funzionale vecchio cimitero conformemente al progetto, e il relativo studio di fattibilità validato; b) il secondo stralcio che riprendeva il Protocollo d'intesa del 12.02.2019, relativo alla concessione, in via esclusiva da parte del concedente della progettazione esecutiva, realizzazione delle opere e gestione del servizio di nuovi loculi conformemente al progetto studio di fattibilità validato.

Considerato in diritto

Sulla base della ricostruzione della vicenda come riportata nei fatti, e così come emersa dalle relazioni inviate e dai documenti trasmessi dalle parti, appaiono confermate alcune delle criticità esposte dall'Autorità in fase di istruttoria.

In proposito, infatti, se, per un verso, deve osservarsi come i ritardi nella predisposizione dell'originario progetto esecutivo non possano essere imputabili alla Concessionaria quanto piuttosto alla necessità di espletare le attività disposte dalla Soprintendenza, e, per l'altro, deve puntualizzarsi che l'applicazione di penali è rimessa alla valutazione del concedente che ha l'obbligo di vigilare sull'operato della Concessionaria, potendole comminare in caso di ritardi o di inadempienze secondo quanto previsto dal contratto, trovano conferma gli ulteriori rilievi formulati secondo quanto di seguito rilevato.

1) Anzitutto devono compiersi alcune considerazioni preliminari in merito alle **attività di rimozione, trasporto, custodia e manutenzione delle piante e delle essenze arboree** che occupavano l'area oggetto di concessione. Come specificato in narrativa, l'incarico di effettuare dette attività è stato conferito dal Comune in data 9.3.2012 (n. 4805/2012) al concessionario. Al riguardo, si è pertanto perpetrato un affidamento diretto che, a seconda dell'importo, potrebbe configurarsi come illegittimo. Infatti, fermo restando che l'oggetto dell'incarico esulava dal rapporto concessorio tra il Comune e il concessionario, per poter procedere allo svolgimento delle attività in questione, sarebbe stato necessario rispettare le regole dettate dal d.lgs. 163/2006 (applicabile al caso di specie in ragione del momento in cui è stata pubblicata la procedura di gara).

Nello specifico, infatti, fermo restando che non si rinviene agli atti alcuna puntuale e specifica quantificazione dei corrispettivi spettanti per le attività in questione, deve confermarsi che, se l'incarico in argomento fosse stato di importo superiore ad euro 40.000, si sarebbe dovuto affidare all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, e non già – come avvento – tramite un affidamento diretto.



2) Con riguardo alle **varianti contrattuali** e alle **modifiche apportate al Piano economico finanziario**, è stata messa in dubbio, nel corso dell'istruttoria, sia in occasione dell'avvio del procedimento che in sede di comunicazione delle risultanze istruttorie, la legittimità delle iniziative intraprese tanto dal concedente quanto dal concessionario.

Nello specifico, l'Ufficio ha rilevato che:

- a. alcune attività previste nell'Atto aggiuntivo sarebbero state in realtà già incluse nel contratto originario, come l'attività di manutenzione ordinaria e straordinaria del vecchio cimitero;
- b. con riguardo alle modifiche del PEF, l'aggio previsto a favore dell'Amministrazione viene imputato ad attività non originariamente previste come la redazione del catasto cimiteriale, comportando tra l'altro un possibile trasferimento in capo al concedente del rischio di gestione proprio del concessionario, non essendo stata data evidenza dell'equivalenza tra costo del servizio e aggio;
- c. l'affidamento dei nuovi 1.1000 loculi sarebbe avvenuto in spregio alla disciplina dettata dal d.lgs. n. 163/2006, oltre che contrattuale.

Prima di affrontare nel merito le criticità evidenziate, occorre anzitutto rilevare come, al caso di specie, trovi applicazione *ratione temporis* il d.lgs. n. 163/2006, in quanto la procedura di gara che ha portato alla conclusione della concessione in esame è stata bandita nell'anno 2010.

Ai fini che qui interessano, e riprendendo altresì le controdeduzioni della stazione appaltante e del concessionario, vengono in rilievo gli articoli 143 e 147 del citato decreto, oltre alle previsioni contrattuali previste nella convenzione di concessione stipulata *inter partes*.

Nello specifico, l'articolo 143 rileva in quanto contempla al comma 8 la possibilità di procedere alla revisione dei piani economici finanziari in presenza di ipotesi tipizzate: allorquando vengano modificati i presupposti e le condizioni di base indicate nella premessa dal contratto, ovvero intervengano modifiche alla normativa di settore che abbiano inciso sui meccanismi tariffari o comunque sull'equilibrio finanziario.

Per quanto riguarda, invece, l'art. 147 d.lgs. 163/2006, lo stesso rileva in quanto prescrive una specifica disciplina in tema di lavori complementari, prevedendo, nel dettaglio, che "*i 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*" possano essere affidati al concessionario a condizione che:

- a) gli stessi lavori 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.

Fermo quanto si dirà oltre, in via generale, deve anticiparsi come gli articoli in questione non possano trovare applicazione in quanto non sono ravvisabili le condizioni e i presupposti previsti dagli articoli 143 e 147 del codice degli appalti. Infatti, nel caso di specie, si è in presenza di un nuovo PEF riferito ad un atto aggiuntivo che, modificando (in parte) l'assetto originario della concessione, per un verso, introduce nuovi interventi, non qualificabili come meri lavori complementari resisi necessari, a seguito di eventi imprevisti, per l'esecuzione dell'opera e, per l'altro, contempla, come nuove, attività che in realtà erano già incluse nell'iniziale concessione.



Giova poi osservare come l'art. 175 del d.lgs. 50/2016 non possa trovare applicazione al caso di specie in quanto, ai sensi dell'art. 216 del medesimo decreto, lo stesso è riferibile solo ai bandi pubblicati dopo l'entrata in vigore del predetto decreto.

Le valutazioni che verranno di seguito compiute non possono, quindi, non tenere in considerazione le predette disposizioni che rappresentano il quadro di riferimento entro il quale deve essere analizzata la concessione in esame.

Inoltre, sempre in via generale e preliminare, deve osservarsi come i Protocolli d'intesa conclusi tra il concedente e il concessionario non sono uno strumento idoneo a creare obbligazioni tra le parti, anche al di là del loro contenuto oggettivo non conforme al Codice degli appalti.

Tanto premesso, appare opportuno procedere ad approfondire i rilevati formulati con la comunicazione di risultanze istruttorie di cui si è accennato prima, alle quali il concedente ha controdedotto con nota prot. n. 45035 del 16.6.2020 e il concessionario con nota prot. n. 53673 del 15.7.2020.

2.a. Con riguardo alle attività aggiuntive previste nell'atto rep. 657/2019, e **segnatamente all'attività di manutenzione**, il concessionario ha affermato anzitutto che, pur a fronte dell'inclusione nell'oggetto della concessione, della gestione e dell'attività di manutenzione, ordinaria e straordinaria, "*dell'intero cimitero comunale come risultante dal progetto definitivo posto a base di gara, nonché dal Piano Economico Finanziario ...il progetto definitivo e il computo metrico posto a base di gara non prevedevano interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria*" (pag. 1 delle controdeduzioni di cui al prot. n. 53673 del 15.7.2020). In secondo luogo, la Concessionaria ha aggiunto che la voce di costo prevista nella *lex specialis* per la manutenzione sarebbe stata molto esigua, e, per tale ragione, l'atto aggiuntivo avrebbe previsto attività di manutenzione, ordinaria e straordinaria, "*sui manufatti cimiteriali di cui sopra e, quindi, a quelli oggetto dell'atto aggiuntivo di tutta evidenza ... non compresi nella concessione originaria*" (pag. 2 delle controdeduzioni prot. n. 53673 del 15.7.2020).

Le argomentazioni difensive del concessionario non possono essere integralmente condivise.

Infatti, fermo restando che, per stessa ammissione del concessionario, era fin dall'origine chiaro che nell'oggetto della concessione rientrasse anche l'attività di manutenzione (tant'è che era stata prevista una specifica voce di costo in proposito), deve comunque osservarsi che, analizzando puntualmente le opere previste nell'atto aggiuntivo sulle quali, pertanto, il concessionario dovrà compiere, ai sensi dell'art. 2, interventi manutentivi ordinari e straordinari, rientrano anche manufatti insistenti nel "cimitero vecchio".

Sul punto, basti rilevare, a titolo esemplificativo e non esaustivo, come l'intervento relativo alla TAV. 17A riguardi il portale di ingresso del vecchio cimitero.

Da tanto, pare confermata la circostanza che, come osservato da questa Autorità nel corso dell'istruttoria condotta, l'atto aggiuntivo in questione prevede attività di manutenzione anche su manufatti insistenti sul vecchio cimitero, con ciò sovrapponendosi, almeno in parte, al contratto originariamente stipulato.

Dal canto proprio il concedente ha rilevato, sul punto, che gli interventi di manutenzione previsti nell'atto aggiuntivo (per un importo di euro 858.695,32) si differenziano da quelli previsti



nell'originario contratto (per un importo annuo di euro 3.000) in quanto attengono a lavori ben più sostanziali, tesi all'adeguamento normativo e funzionale del vecchio cimitero.

Al riguardo, deve osservarsi come, anche qualora volesse ritenersi come non duplicativa delle attività già previsti in origine, la previsione di interventi manutentivi del tutto nuovi nell'atto aggiuntivo si sostanzierebbe in un affidamento diretto, disposto al di fuori delle previsioni presenti del codice degli appalti. Fermo quanto si dirà oltre in merito alla previsione contenuta all'art. 7 del contratto, si deve rilevare come detti interventi aggiuntivi non potrebbero essere ascritti ai lavori complementari di cui all'art. 147 del d.lgs. 163/2006, difettando il presupposto della imprevedibilità della circostanza che la norma richiede.

2.b. Con il secondo rilievo, l'Autorità ha osservato che, con l'ultimo protocollo di intesa concluso *inter partes*, **l'aggio originariamente previsto in contratto a favore del concedente è stato imputato alla redazione da parte del concessionario del catasto cimiteriale (attività non prevista inizialmente)**, senza che fosse stata data evidenza dell'equivalenza tra costo della prestazione e aggio, con la conseguente riduzione del rischio di gestione incombente in capo al concessionario.

Sul punto, il concedente ha affermato che il catasto cimiteriale sarebbe dovuto essere obbligatoriamente presente già in origine. Grazie alle modifiche apportate al PEF, sarebbe stato possibile porre rimedio a questo errore iniziale.

, il concessionario ha affermato che la responsabilità della mancata presenza del catasto cimiteriale sarebbe stata imputabile esclusivamente al Comune concedente che avrebbe posto a base di gara la gestione del vecchio cimitero pur in assenza del predetto catasto cimiteriale; documento senza il quale "il concessionario non avrebbe potuto avere contezza nemmeno dei loculi e dei defunti che prendeva in carico" (pag. 3 delle controdeduzioni prot. n. 53673 del 15.7.2020).

A fronte di questa significativa mancanza, secondo la ricostruzione offerta dal concessionario, sarebbe stato il Comune a disporre, con il protocollo di intesa del 2015, che il concessionario procedesse alla redazione del catasto cimiteriale e all'aggiornamento della anagrafe.

A dire del concessionario, l'affidamento di queste ulteriori attività non avrebbe determinato alcuna alterazione del rischio in capo al concessionario, sulla scorta dell'argomentazione secondo la quale, se l'aggio per la gestione delle lampade votive è pari ad euro 105.000,00, il compenso per la redazione del catasto e dell'anagrafe ammonterebbe complessivamente ad euro 185.000,00 (ossia, nello specifico, 50.000 euro per il catasto e 135.000 euro per l'aggiornamento dell'anagrafe).

Le controdeduzioni del concessionario e del concedente, anche in questo caso, non possono essere condivise. Al di là del fatto che avallando le deduzioni del concedente – secondo cui il catasto cimiteriale era un documento obbligatorio a corredo della gara iniziale- e l'argomentazione del concessionario – secondo cui in assenza del catasto cimiteriale non sarebbe stato possibile conoscere nemmeno il numero dei loculi – ci si domanda sulla base di quali parametri sia stata sviluppata l'offerta presentata in fase di gara dal concessionario aggiudicatario, deve osservarsi, ad ogni buon conto, come l'inserimento nell'atto aggiuntivo delle predette prestazioni, per un valore quantificato dal concessionario in complessivi euro 185.000, integri un affidamento diretto a favore dell'originario aggiudicatario, disposto in spregio alle norme in tema di contratti pubblici e che non può essere ricondotto, stante la sua obbligatorietà (ammessa dallo stesso concedente), ad un



emendamento di un mero errore. Infatti, onde affidare queste nuove attività sarebbe stato necessario - anche in questo caso - un raffronto comparativo rivolto al mercato, dal quale sarebbe potuto conseguire, tra l'altro, l'affidamento dei predetti servizi a prezzi inferiori rispetto a quelli poi concordati con il concessionario.

Inoltre, al di là delle quantificazioni del corrispettivo spettante al concessionario per le suddette attività comunicate in sede di istruttoria, la possibilità di compensare l'aggio contrattualmente previsto a favore del concedente con il compenso spettante per la predisposizione del catasto cimiteriale e dell'aggiornamento anagrafico è idoneo, come rilevato in sede istruttoria, ad incidere sull'allocazione dei rischi, in quanto esonera il concessionario dal versamento dell'aggio previsto in contratto, pretesamente compensato dalla realizzazione di ulteriori attività concordate direttamente tra concedente e concessionario.

Al riguardo, giova ricordare che, come tra l'altro chiarito in più occasioni da questa Autorità, in caso di modifiche che intervengono sull'originario assetto concessorio, il concedente è tenuto a verificare, tra l'altro, che venga garantita la corretta allocazione dei rischi secondo le prescrizioni normative in materia di concessioni, dovendosi al contrario procedere a bandire una nuova procedura di gara (al riguardo, tra gli altri, giova ricordare i pareri ANAC del 17.11.2014, il n. 206 del 25.11.2015 e ancora il n. 738 del 6.7.2016).

Nel caso di specie, tuttavia, non risulta che l'Amministrazione concedente abbia compiuto una siffatta valutazione, che peraltro è alla stessa rimessa in via esclusiva.

2.c. Con riguardo al terzo rilievo (**l'affidamento diretto della realizzazione e gestione di nuovi ed ulteriori n. 1.100 loculi** rispetto a quelli previsti), è stato osservato che l'ampliamento in questione non sarebbe stato supportato da adeguate previsioni contrattuali, né dalle norme contenute nel codice degli appalti.

Se, nelle proprie controdeduzioni, il Comune ha affermato, prima, che l'affidamento della realizzazione dei nuovi loculi non potesse che essere disposto se non a favore del concessionario in ragioni di pretese interferenze, è stato poi aggiungere che, nel caso di specie, lo schema di contratto allegato alla documentazione di gara contenesse previsioni (quali ,all'art. 17, un diritto di esclusiva, all'art. 12, un diritto di superficie, all'art. 8 la facoltà del concedente di richiedere lavori aggiuntivi non originariamente previsti) che avrebbe legittimato il concedente a richiedere al concessionario la realizzazione dei nuovi loculi anche alla luce della protocollazione dei numerose istanze per l'assegnazione di locali alle quali non si sarebbero potute dare seguito in ragione dell'assenza di loculi disponibili.

Per contro, il concessionario ha rilevato che gli interventi in questione sarebbero stati a questi legittimamente affidati, tanto in quanto:

- i. la possibilità che il Comune richiedesse attività aggiuntive (tra cui rientrerebbe la costruzione dei nuovi loculi) sarebbe stata prevista prima che nel contratto (all'art. 7), già nello schema di convenzione pubblicato tra la documentazione di gara (all'art. 8), che come tale è stata conosciuta ed accettata da tutti i concorrenti;



- ii. la necessità di realizzare i loculi *de quibus* sarebbe stata imposta da eventi imprevedibili ed imprevisti, quali la protocollazione di oltre mille istanze di loculi non disponibili;
- iii. i lavori in questione non sarebbero potuti essere affidati ad altri se non al concessionario in quanto, anche per la connessione funzionale e strutturale con gli impianti e i manufatti esistenti, i nuovi loculi sarebbero dovuti essere necessariamente realizzati nel cimitero in parola, sul quale, tra l'altro, era stato costituito a favore dell'aggiudicatario un diritto di superficie.

Sul punto, è stato osservato dall'Autorità che una clausola che consenta al concedente di richiedere liberamente al concessionario prestazioni aggiuntive non previste in origine – com'è quella di cui all'art. 7 del contratto concluso tra le parti - desta perplessità, anzitutto perché, non individuando i presupposti al verificarsi dei quali il concedente è legittimato a richiedere prestazioni aggiuntive, la predetta previsione si traduce in una clausola "in bianco" che consentirebbe discrezionalmente e arbitrariamente all'Amministrazione di sottrarre al confronto competitivo l'affidamento di nuove attività.

Al riguardo, poi, la mera conoscenza da parte dei possibili concorrenti della clausola in questione per il sol fatto di essere stata inserita nello schema di convezione non pare consentire il superamento delle evidenziate perplessità. Tanto, non solo perché il d.lgs. 163/2006 (come detto, applicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie) non legittima l'inserimento di una siffatta previsione in contratto, ma anche perché una clausola come quella in esame, dal tenore estremamente generico, si traduce ove applicata in una deroga ai principi che devono orientare l'azione amministrativa anche nell'ambito dei contratti pubblici. Infatti, come già rilevato, la predetta disposizione contrattuale andrebbe a riconoscere al concedente la facoltà di ricorrere alla trattativa privata per la realizzazione di interventi non previsti nell'originaria documentazione, con potenziali riverberi anche su elementi essenziali della concessione originaria, come ad esempio la sua durata.

A tal ultimo proposito, e senza considerare che in assenza tanto di una anagrafica aggiornata quanto di un catasto cimiteriale non ci si può non interrogare sull'effettiva assenza di loculi disponibili o di prossima disponibilità, si deve osservare che l'atto aggiuntivo ha inciso anche sulla durata della concessione originaria. Infatti, l'art. 3 dell'atto aggiuntivo rep. n. 657 del 31.7.2019 – ricalcando quanto disposto nel contratto rep. n. 551 del 7.6.2011 - prevedeva che *"la gestione dei servizi cimiteriali ha la stessa durata prevista dal contratto originario e cioè ha durata di 158 mesi a partire dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio"*; con ciò di fatto estendendo la durata della gestione della concessione a far data dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio per le nuove opere da realizzare, superando la tempistica prevista con il contratto originariamente sottoscritto.

Sotto diverso profilo, il concessionario assume come legittimo l'affidamento diretto dei lavori per la realizzazione dei nuovi loculi in quanto: per un verso, non sarebbe stato possibile procedere alla loro realizzazione in aree differenti da quelle oggetto di concessione, per l'altro, dovendo essere realizzati nel cimitero esistente, non sarebbe stato possibile affidare a terzi i lavori in ragione delle interferenze di cantiere che si sarebbero verificate.

Al riguardo, fermo restando che non si comprende la ragione per la quale non sarebbe stato possibile procedere all'edificazione di nuovi loculi se non sull'area oggetto di concessione (magari estendendo il perimetro del cimitero in aree attigue a quelle oggetto della concessione di cui si



discute), il semplice riferimento a possibili interferenze tra manufatti esistenti e nuovo cantiere non appare di per sé idoneo a legittimare l'applicabilità dell'art. 147 del d.lgs. 163/2006. Quest'ultimo articolo, infatti, consente, come detto, l'esecuzione di lavori supplementari non previsti nel progetto originario qualora questi ultimi *"sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l'esecuzione dell'opera"*. Al riguardo, fermo quanto rilevato in precedenza in merito all'assenza di catasto cimiteriale e dell'anagrafe, e dovendosi comunque interrogare sull'effettiva necessità di questi ulteriori loculi ai fini dell'esecuzione dell'opera, si deve non di meno osservare come non possano essere condivise le argomentazioni svolte, in via generale, dal concessionario secondo il quale non sarebbe possibile affidare a terzi la realizzazione dei loculi in questione perché *"tecnicamente impossibile, se non altro sul piano della buona esecuzione dei lavori, delle interferenze di cantiere e della sicurezza del personale"* (pag. 8 delle controdeduzioni prot. n. 53673 del 15.7.2020). Infatti, la possibilità di derogare al principio dell'affidamento di lavori mediante gara pubblica, attribuendo direttamente al concessionario interventi non previsti nell'originario bando, è del tutto eccezionale e, come tale, deve essere adeguatamente motivata negli atti con i quali si procede all'ulteriore affidamento. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, infatti, *"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).

L'eccezionalità dell'affidamento diretto al concessionario di lavori supplementari è del resto ben chiarita nella stessa giurisprudenza richiamata dal concessionario stesso (peraltro con riguardo alla L. 109/1994). Infatti, nella sentenza n. 826/1996, il Tar Puglia puntualizza che *"l'interconnessione dei lavori può assumere eventualmente rilievo - sotto il profilo della deroga alla pubblica gara - nel solo caso di c.d. "interferenza di cantiere", ovvero quando il contemporaneo affidamento di più lavori a diverse imprese, in uno stesso contesto di luogo, sia suscettibile di pregiudicare la buona esecuzione; quando, invece, l'appalto degli ulteriori lavori sopraggiunge in un momento distinto, la sola circostanza che le nuove opere siano collegate alle precedenti, per rappresentarne la prosecuzione o il completamento, non comporta in linea di principio alcuna preclusione a che vi provveda un diverso imprenditore, a meno che non si tratti naturalmente di prestazioni infungibili o riservate ad una determinata impresa, o comunque non sussistano eccezionali ragioni tecniche di cui l'amministrazione deve dare adeguatamente conto"*.

Nel caso di specie, non è stata allegato alcun concreto elemento – nemmeno nell'atto aggiuntivo – che consenta di concludere per la sussistenza di un'effettiva e concreta interferenza di cantiere che potrebbe venire eventualmente in rilievo per legittimare l'affidamento diretto della realizzazione dei nuovi loculi al concessionario, posto che la loro realizzazione potrebbe essere eseguita da altre imprese senza che possa ritenersi compromessa la buona esecuzione dei lavori. Del resto, secondo un orientamento venutosi a creare nella vigenza del d.lgs. n. 406/1991 – che ai fini che qui interessano prevedeva una disposizione che non presentava differenze rispetto alla versione attuale della norma – l'Amministrazione non può giustificare il ricorso alla trattativa privata, facendo un mero riferimento a *"presunte difficoltà derivanti dalla sostituzione dell'appaltatore in corso d'opera o dalla*



contemporanea esistenza di due cantieri nel medesimo luogo" (Corte conti, sez. contr. Stato, 22 novembre 1993, n. 152).

In senso analogo, poi, non si comprende in quale modo l'affidamento dei lavori ad una impresa individuata tramite una gara pubblica possa determinare di per sé problemi sui livelli di sicurezza del concessionario e dei suoi preposti, né come la realizzazione di nuovi loculi possa in qualche modo incidere sull'equilibrio di un piano economico-finanziario predisposto sulla base di una situazione di fatto che non contemplava i manufatti di cui all'atto aggiuntivo. Del resto, volendo richiamare la clausola di "esclusiva" (art. 17 dello schema di contratto e art. 16 del contratto poi successivamente stipulato) invocata dal concedente, i manufatti oggetto dell'atto aggiuntivo nemmeno sarebbero potuti essere realizzati né dal concessionario né da terzi, in quanto, al fine di assicurare la remuneratività della concessione, l'articolo in questione statuisce che, *"per tutto il periodo della durata della Concessione, il Concedente si impegna a non realizzare alcuna nuova opera nell'ambito del cimitero comunale"*. Non può che darsi una interpretazione letterale dell'impegno assunto dal concedente, in quanto una diversa lettura della previsione - che consentisse al concedente, ad esempio, di richiedere liberamente al concessionario la realizzazione di nuove opere purché venisse modificato l'originario PEF - condurrebbe a riconoscere la facoltà del Comune di procedere ad affidamenti diretti a favore del concessionario, in spregio ai principi comunitari, tra gli altri della concorrenza, e della disciplina codicistica applicabile.

Per le ragioni su esposte, quindi, trovano conferma, per quanto attiene anche all'ulteriore ampliamento del cimitero, le criticità evidenziate da questa Autorità.

Tutto ciò premesso e considerato,

DELIBERA

- l'affidamento in via diretta dell'attività di rimozione, trasporto, custodia e manutenzione delle piante e delle essenze arboree, qualora comporti una spesa superiore ai 40.000 euro, si pone in contrasto con il d.lgs. 163/2016, per le ragioni tutte esposte nella parte motiva;
- le modifiche apportate all'oggetto originario della concessione con l'atto aggiuntivo 657/2019 per come specificato nella parte motiva e la revisione del Piano economico-finanziario non appaiono conformi al d.lgs. 163/2006.

Fermo restando che non è possibile incidere sull'allocazione dei rischi con modifiche che intervengano sull'originario accesso concessionario, il concedente è invitato a comunicare all'A.N.AC. le eventuali determinazioni al riguardo assunte, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente delibera, indicando, con l'occasione, l'esatto importo dell'incarico relativo all'affidamento in via diretta dell'attività di rimozione, trasporto, custodia e manutenzione delle piante e delle essenze arboree.

La presente delibera è pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22 del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 5.10.2018.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 04.03.2021

Per Il Segretario

Maria Esposito

Rosetta Greco