

## **Deliberazione n. 2 Adunanza del 12 febbraio 2014**

### **Fascicolo 2273/2012**

**Oggetto** : Concessione di progettazione, realizzazione e gestione dell'ampliamento del cimitero comunale di Ariano Irpino

**Stazione appaltante** : Comune di Ariano Irpino

**Esponente** : Associazione Ariano in Movimento

**Rif. normativi** : : art. 143, comma 8, del d. lgs. 163/2006

### **Il Consiglio**

Vista la relazione della Direzione generale della vigilanza lavori

### **Considerato in fatto**

Con nota del 2/08/2012 pervenuta dal Sig. Giovanni Maraia dell'Associazione Ariano in Movimento, acquisita con prot. 77262 del 6/08/2012, è stato segnalato che, dopo l'aggiudicazione della concessione in oggetto e prima dell'inizio dei lavori, la S.A. ha approvato una variante che appare modificare in modo sostanziale il progetto iniziale posto a base di gara. Inoltre, con successive note n. 51426 del 4/06/2013 e n. 51576 di pari data, l'esponente manifestava perplessità in merito allo svolgimento della gara.

Nel corso dell'istruttoria è emerso quanto segue.

Con delibera di Giunta Comunale n. 154 del 24/05/2010 è stato approvato il progetto preliminare per l'ampliamento del cimitero comunale, che fissava contestualmente le tariffe da praticare all'utenza e che per ciascuna tipologia di loculi ne differenziava il costo in funzione della posizione.

Con determina dirigenziale n.46 del 04/11/2010 è stata indetta la gara d'appalto, ai sensi dell'art. 144 del d.lgs, 163/2006 e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento della "Concessione di lavoro pubblico di progettazione, realizzazione e gestione dell'ampliamento del cimitero comunale" ponendo a base di gara il progetto preliminare. Nel dettaglio nel bando viene stabilito che l'aggiudicatario provvederà alla redazione della progettazione definitiva ed esecutiva, eserciterà i poteri espropriativi, provvederà all'ampliamento del cimitero comunale e alla gestione funzionale ed economica dell'opera realizzata.

L'importo presunto dell'investimento ammonta ad € 6.570.870,00 e la concessione avrà una durata massima di n. 15 anni, decorrenti dalla data di stipula della concessione; inoltre il corrispettivo consisterà nel diritto a gestire funzionalmente e a sfruttare economicamente l'opera realizzata ed il finanziamento dell'intervento è interamente a carico del concessionario. Non è previsto alcun contributo finanziario da parte del comune.

Nel capitolato prestazionale viene dettagliato che la concessione prevede l'ampliamento del cimitero con la costruzione di n. 1.890 loculi, n. 4 cappelle gentilizie, n. 85 edicole funerarie, n. 210 aree per cappelle gentilizie, mq 78 di locali commerciali e mq 73 di locali per servizi. Vengono poi dettagliati tutti i costi e le durate delle cessioni in concessione.

Inoltre viene specificato, tra i criteri di valutazione delle offerte, che per quanto attiene il valore tecnico funzionale ed estetico del progetto sono previsti massimo n. 25 punti per le varianti migliorative. In esito alla pubblicazione del bando sono pervenute alla stazione appaltante n. 5 offerte.

Risulta poi dalle risposte ai quesiti pubblicati sul sito internet della S.A. che l'amministrazione ha fornito ai concorrenti un chiarimento relativamente alle possibili varianti migliorative, che incidono per 25 punti max sulla valutazione; la domanda formulata da uno dei partecipanti era stata la seguente: In ordine al punto "Varianti migliorative al progetto" si chiede se tali varianti possono riguardare gli aspetti plano-volumetrici, quali ad esempio diversa dislocazione dei manufatti, delle aree di inumazione ecc. La risposta della s.a. era stata: "In riferimento alla Vs richiesta di chiarimento del 23/12/2010, acquisita al prot. n°22411 del 24/12/2010, si comunica che, le varianti migliorative sono legittimamente ammesse sempre che siano riconducibili nella sfera delle migliori modalità esecutive del progetto base, da individuare in quelle soluzioni tecniche che consentano di realizzare quanto progettato in modo da garantire una migliore qualità delle lavorazioni, fermo restando le scelte progettuali fondamentali già effettuate dall'Amministrazione".

Sembrerebbe, pertanto che, in sede di gara, la S.A. abbia sostanzialmente escluso modifiche planovolumetriche.

A seguito dell'esperimento della gara la concessione è stata aggiudicata all'ATI Spinoza Costruzioni Generali (capogruppo) ed in data 23/01/2012 è stato stipulato il relativo contratto di concessione. In tale contratto viene specificato che la concessione avrà per oggetto, tra l'altro, l'ampliamento del cimitero comunale con la costruzione di un numero minimo di 2.250 loculi, n. 4 cappelle gentilizie, n. 85 edicole funerarie, n. 214 aree per cappelle gentilizie, mq 198 di locali per servizi, collegamento al cimitero esistente, infrastrutture varie e sistemazioni esterne. Viene previsto che, in caso di realizzazione di un maggior numero di manufatti, si procederà alla sottoscrizione di apposito atto integrativo alla convenzione.

Inoltre la concessione avrà durata n. 15 anni e il valore complessivo dell'investimento sarà pari ad € 7.243.260,00 al netto dell'IVA e di eventuali incrementi Istat ed è a totale carico del concessionario. Per chiarezza espositiva si rileva che l'importo presunto dei ricavi coincide con il valore complessivo

dell'investimento (i sopra citati € 7.243.260,00 indicati nel contratto).

E' previsto che la percentuale di corrispettivo da corrispondere al Comune per tutti i beni dati in concessione è pari al 5% di ogni singola vendita; le tariffe indicate nel progetto preliminare sono vincolanti per il concessionario e per il Comune e sono soggette ad adeguamento annuale in base agli incrementi del costo della vita così come rilevati dall'Istat a decorrere dalla fine del secondo anno di concessione. All'art. 14 del citato contratto inerente l'equilibrio economico finanziario viene specificato che "Le variazioni apportate dal Concedente a detti presupposti o condizioni di base, la sopravvenienza di norme legislative e regolamentari che stabiliscono nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, ovvero il verificarsi di condizioni imprevedibili relative alle aree interessate dall'intervento, dovute a causa di forza maggiore, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del Piano, comportano la necessità di una sua revisione. Essa dovrà essere attuata mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza della concessione o aumento delle tariffe".

Successivamente la S.A. ha affermato che durante la redazione del progetto definitivo, a seguito di indagini geologiche, è stato appurato che l'area destinata ad accogliere l'ampliamento cimiteriale è caratterizzata da un assetto litostratigrafico alquanto eterogeneo nelle diverse zone con possibili cedimenti differenziali nell'area dove sono ubicati i blocchi dei loculi 1 e 2. Pertanto, preso atto di questo modificato scenario geologico, si è deciso di modificare l'apparato fondale indicato nel progetto preliminare posto a base di gara; a tale proposito, la S.A. ha affermato "Il modificato scenario geologico ha interferito in maniera sostanziale sull'assetto strutturale e sulle scelte progettuali effettuate nel progetto preliminare. Più specificamente, l'apparato fondale inizialmente ipotizzato come una struttura diretta di tipo a "trave rovescia" si è dovuta sostituire una tipologia a "platea" e ciò al fine di garantire rigidità e uniformità alla struttura dei Blocchi loculi 1 e 2, evitando così qualsiasi tipo di cedimento differenziale".

A seguito di tale situazione è stato richiesto alla ditta Concessionaria "di approfondire le indagini geologiche al fine di ricercare le possibili soluzioni tecniche che consentissero di garantire nel contempo le necessarie condizioni di sicurezza delle strutture portanti e di assicurare l'equilibrio economico - finanziario dell'iniziativa nonché di assicurare le dovute condizioni di fruibilità da parte dei portatori di handicap" ed il concessionario ha proposto, "una soluzione progettuale migliorativa" che prevede una diversa disposizione dei loculi che, partendo da una quota di imposta più bassa del piano di fondazione, comporta un aumento di n. 294 loculi e di due cappelle rispetto a quanto previsto nel progetto preliminare; in sintesi appaiono modificati i blocchi dei loculi 1 e 2 non ripartiti più su due livelli (con 6 e 5 file di loculi) ma su tre livelli con n. 4 file di loculi per livello. A questo proposito la S.A. ha precisato che mentre nel primo caso la 6° fila si trova a 4,5 ml dal pavimento, nella soluzione con 4 file quella più alta si trova a circa 3 ml, "con evidente vantaggio sia per l'accessibilità che per le visite ai defunti". Questa proposta è stata approvata con delibera di G.C. n. 239 del 28/12/2012.

A seguito di queste modifiche è stato presentato un progetto definitivo il cui valore complessivo ammonta ad € 7.992.160,00 al netto dell'IVA con maggiori costi di esecuzione delle opere stimati pari ad € 748.900,00; tali maggiori costi saranno a totale carico del concessionario e, ad essi, dovrebbe fare riscontro, un incremento di pari importo nei ricavi (ottenuti applicando le medesime tariffe di aggiudicazione ad un numero maggiore di elementi) in modo da assicurare il necessario equilibrio del Piano Economico Finanziario. A tale proposito nella delibera di G.C. 239 del 28/12/2012 che approva la soluzione progettuale migliorativa è dichiarato che "la realizzazione di un maggior numero di loculi non dovrà comportare modifiche del costo unitario dei loculi da parte dei cittadini richiedenti e che l'intervento dovrà essere a costo zero per l'Amministrazione".

Successivamente con delibera di G.C. n. 117 del 15/05/2013 è stato approvato il nuovo progetto definitivo che a sua volta determina l'aumento del valore dell'investimento complessivo da € 7.243.260,00 ad € 7.992.160 e la S.A., a questo proposito, ha dichiarato che "Anche alla luce delle modifiche introdotte con la variante migliorativa in argomento non risultano variare le condizioni essenziali poste a base di gara, né l'equilibrio economico - finanziario della concessione, né le tariffe di vendita dei manufatti cimiteriali, fermo restando che l'intervento è a costo zero per l'Amministrazione". In tale delibera viene confermato l'incremento del valore dell'investimento per € 748.900,00 come da differenza tra i due importi citati.

Successivamente l'Autorità ha chiesto alla S.A. alcuni chiarimenti inerenti alle tabelle del piano economico al fine di una più attenta valutazione e comparazione dei dati forniti e, su richiesta della S.A., sono stati auditi in data 6/09/2013 rappresentanti della stessa. Nel corso dell'audizione sono state fornite delle tabelle che hanno consentito un più agevole raffronto tra i dati; la S.A. ha sottolineato, tra l'altro, che "fermo restando l'applicazione delle tariffe previste nel contratto vi è stato un incremento dell'investimento di 748.948,00 € che è a totale carico del concessionario e che determina a favore del Comune un maggiore aggio pari ad € 37.445,00" e che "circa l'eliminazione dei loculi di prezzo inferiore si precisa che trattasi dei loculi posti alla 5° e 6° fila che sono di più difficile accessibilità e che avevano un costo unitario leggermente inferiore, rapportato alla minore richiesta da parte dei cittadini".

L'Autorità ha inviato con nota 114408 del 20/11/2013 le risultanze istruttorie presentate in Consiglio e dallo stesso approvate nell'adunanza del 23 e 24 ottobre 2013 chiedendo alla S.A. di comunicare le proprie valutazioni ed osservazioni in merito, sottolineando la modifica di una delle condizioni dell'offerta, vale a dire l'eliminazione dei loculi a minor prezzo.

La S.A. ha chiesto di essere audita in Consiglio. In data 15/01/2014 si è svolta l'audizione in sede di Consiglio durante la quale il R.U.P., ricordando la necessità di eliminare per problemi strutturali la

fila più alta, ha sottolineato, da una parte, l'assenza di finalità sociale dell'intervento e, dall'altra, che il Comune da sempre, per tutte le situazioni di disagio, adotta la politica di favorire i meno abbienti, eventualmente anche mettendo a disposizione i loculi.

### **Ritenuto in diritto**

In via preliminare si ricordano i tratti salienti del contratto di concessione, riguardo al quale l'Autorità ha già tracciato delle linee guida nella determina 2/2010.

L'art. 3, comma 11 del Codice definisce le concessioni come contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto la progettazione e l'esecuzione dei lavori, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che "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 tale diritto accompagnato da un prezzo".

Caratteristica peculiare di tale istituto è l'assunzione da parte del concessionario del rischio connesso alla gestione dei servizi cui è strumentale l'intervento realizzato, in relazione alla tendenziale capacità dell'opera di autofinanziarsi, ossia di generare un flusso di cassa derivante dalla gestione che consenta di remunerare l'investimento effettuato. Nella concessione di lavori pubblici l'imprenditore, di regola, progetta ed esegue l'opera ed attraverso la gestione e lo sfruttamento economico dell'opera stessa ottiene in cambio i proventi a titolo di corrispettivo per la costruzione, eventualmente accompagnato da un prezzo.

Inoltre la concessione di lavori pubblici, come è stato definitivamente chiarito all'articolo 3, comma 15 *ter*, introdotto nel Codice dal terzo decreto correttivo, ricade tra i contratti di partenariato pubblico privato, nei quali è previsto in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico dei privati.

L'affidamento della concessione di lavori pubblici, indipendentemente dalla specificità dell'oggetto del contratto, è regolato dalle disposizioni previste dagli articoli 142 e ss. del Codice dei Contratti. Alla luce delle suddette disposizioni, nel caso di specie, è da valutare la legittimità di quanto previsto nel nuovo atto integrativo stipulato tra il concedente ed il concessionario allo scopo di verificare che non vi siano state modifiche sostanziali tali da stravolgere le condizioni poste a base di gara.

In particolare l'art. 143, comma 8, del d. lgs. 163/2006, stabilisce nel dettaglio quali sono le situazioni che consentono di modificare il PEF per ripristinare il necessario equilibrio fra le prestazioni richieste al concessionario ed i ricavi conseguibili. La ratio di tale norma è palese: i termini economici del rapporto di regola non possono essere modificati nel corso del suo svolgimento in quanto, così facendo, verrebbe del tutto vanificato lo scopo del meccanismo concorrenziale di scelta del contraente (a questo proposito cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n.113/2011).

In primo luogo va sottolineato che, per quanto sopra esposto, desumibile dagli atti e da quanto dichiarato dalla S.A. non risultano modificate né la durata della concessione né le tariffe da applicare ai clienti. Inoltre l'intervento continua ad essere a costo zero per l'amministrazione e vengono realizzati svariati loculi in più.

Sono state effettuate delle modifiche plano volumetriche, che la stazione appaltante riconduce all'esigenza di modifica della fondazione (quota di imposta e tipologia) a fronte di possibili cedimenti differenziali nell'area dove sono ubicati i blocchi dei loculi 1 e 2; l'incremento del contratto (importo dei lavori da eseguire) supera di poco il 10% del valore dell'intervento.

Si rileva che tale problematica geologica, che deve essere opportunamente verificata e attestata dalla stazione appaltante, potrebbe essere inquadrata tra le circostanze ritenute non previste e non prevedibili in base alla relazione geologica preliminare allegata al progetto posto a base di gara, riconducibili all'art. 132, comma 1, lett. d) del Codice dei Contratti a proposito dell'ammissibilità delle varianti.

Si rileva, inoltre, che non risultano introdotti oneri economici per il Comune, restando a totale carico del concessionario la realizzazione dell'opera, risulta confermata la percentuale di aggio a favore del Comune, non risulta modificata la durata della concessione, né le tariffe praticate in relazione alla collocazione dei loculi nelle file 1<sup>^</sup>, 2<sup>^</sup>, 3<sup>^</sup> e 4<sup>^</sup> da terra.

Tuttavia, risulta che, pur con la previsione di un maggior numero di loculi, sono stati eliminati quelli della 5<sup>^</sup> e 6<sup>^</sup> fila, certamente di più difficile accessibilità, in quanto collocati a notevole altezza da terra, ma, comunque di minore costo rispetto a quelli immediatamente sottostanti della 4<sup>^</sup> fila. Tali loculi erano stabiliti in numero di 535 in sede di offerta (rispettivamente 335 collocati nella 5<sup>^</sup> fila e 200 collocati nella 6<sup>^</sup> fila); tra l'altro i loculi della 5<sup>^</sup> fila erano previsti anche nel progetto preliminare posto a base di gara dal Comune.

Tale eliminazione, restando ferme le tariffe di vendita dei manufatti cimiteriali in relazione alla collocazione degli stessi dal piano di calpestio, elimina la disponibilità di quei manufatti di costo inferiore e, di fatto, introduce una modifica delle tariffe di vendita; l'impossibilità per i cittadini di acquistare alle previste condizioni più economiche appare, infatti, modificare una delle condizioni dell'offerta.

In sede di audizione presso il Consiglio dell'Autorità non sono stati apportati nuovi argomenti idonei a superare la predetta criticità da parte del Responsabile del Procedimento, essendosi lo stesso limitato ad assicurare adeguata attenzione alle esigenze sociali dei cittadini meno abbienti.

In base a quanto sopra considerato,

### **il Consiglio**

- rileva come l'eliminazione dei loculi di minor costo abbia modificato una delle condizioni poste a base di gara, cioè le tariffe di vendita dei manufatti cimiteriali, introducendo di fatto una modifica, sia pure contenuta, della Convenzione;
- incarica la Direzione Generale Vigilanza Contratti di inviare la presente deliberazione alla S.A., nelle persone del Commissario Straordinario e del Responsabile del Procedimento, nonché all'esponente.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 5 marzo 2014

Il Segretario: Maria Esposito