

DELIBERA N. 318

13 aprile 2021

Fascicolo 540/2016

Oggetto

Project Financing per l'ampliamento del cimitero comunale di omissis

Riferimenti normativi

Legge 109/94 – DPR 554/1999 – D.lgs 163/2006 – DPR 207/2010 – D.lgs 50/2016

Parole chiave

Project financing – Adeguamento ISTAT- Parametri della concessione – Tempestività dell'azione amministrativa - Prezzari - Appalti simili – Costi Standard – Progettazione - Variante

Massima

- Nell'ambito della contrattualistica pubblica, con riferimento ad un contratto di *project financing*, eventuali adeguamenti dell'importo della concessione prima della gara, fuori dai casi previsti dalla norma, hanno l'effetto di beneficiare il promotore in presenza del diritto di prelazione. L'attività amministrativa deve essere improntata alla efficienza e all'efficacia secondo procedure ispirate alla tempestività così come previsto nei principi generali di cui all'art. 1 della legge 109/94 e successivamente dall'art. 2 comma 1 del D.lgs. 163/2006, nonostante la presenza di eventuali contenziosi. Le varianti redatte al fine di prevenire ipotesi di squilibrio del PEF non deve modificare il perimetro della concessione e dei relativi parametri a vantaggio del Concessionario. Eventuali clausole regolante i rapporti tra Concedente e soggetti terzi non devono essere inserite nella convenzione di concessione che disciplina i rapporti tra concedente e concessionario.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



VISTO il Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 recante "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*";

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 22 gennaio 2016 prot. ANAC 11413 è pervenuta copia di un esposto/denuncia da parte dell'Amministratore unico della società *omissis* con il quale è stato segnalato "l'occultamento/omissione di atti" da parte della dott.ssa *omissis*, Segretario Generale del Comune di *omissis*. Il predetto esposto/denuncia è stato trasmesso in pari data alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di *omissis* e alla Legione Carabinieri PUGLIA Stazione di *omissis*. In particolare, l'esponente evidenziava le irregolarità concernenti la procedura di ampliamento del cimitero del Comune di *omissis* dove sarebbe stata utilizzata una superficie di proprietà della *omissis*; in quanto area cimiteriale idonea per realizzare l'opera, occupata ed "indennizzata" con un deposito di euro 11.000,00 come area agricola. Sempre secondo l'esponente, l'ampliamento del cimitero di *omissis*, si starebbe realizzando con procedura di *Project Financing* a seguito di convenzione con l'Impresa *omissis*, modificata nella parte relativa ai termini di cessione dei loculi, loculetti, cappelle ed edicole, sostituendo il termine "a concedere" con il termine "commercializzare", oltre che "saranno venduti innanzi al notaio" invece che con atto del Segretario Generale. Inoltre, si evidenziava altresì che: le "vendite e gli incassi" ammonterebbero ad € 17.469.255.30 (risultato della moltiplicazione dei prezzi per il numero delle opere a vendere), giusta delibera di giunta comunale del 17.11.2015, e che tale somma sarebbe comprensiva del valore/prezzo del terreno; il numero dei decessi annui nel Comune di *omissis*, come media, risulterebbe essere di circa 190 e che nell'attuale cimitero esistono già circa 300 cappelle private con una media di 20 loculi, utilizzate solo per il 50% circa; che nell'attuale cimitero sussisterebbero circa 15 cappelle sociali e/o comunali dove vi sarebbero circa 5500 loculi e salme, loculi assegnati per venti anni e che allo scadere dei termini non vengono liberati. Inoltre, sempre secondo quanto rappresentato nell'esposto/denuncia in argomento, l'opera sarebbe inutile e gravosa per la collettività e la Società *omissis*: in quanto sarebbe stata pianificata l'ennesima "truffa" milionaria, in quanto tutto l'inventuto (cappelle, loculi, etc.), così come previsto dall'art. 7 della convenzione, sarebbe soggetto a riscatto gravoso da addossare allo stesso Comune di *omissis*. L'esponente riferiva altresì che l'ampliamento cimiteriale con procedura di *Project Financing*, ancor prima del 15.01.2016 (termine per presentare le Istanze per la formazione delle graduatorie di assegnazione), sarebbe già in utilizzo e si riscontrerebbero addirittura anche defunti del 2014.

In data 25.11.2019, prot. ANAC 94461, è stato richiesto alla Stazione Appaltante di fornire informazioni e documentazione sulla questione oggetto di segnalazione. In data 25.06.2020, prot. ANAC 38046, è stata richiesta una relazione integrativa.



Successivamente, in relazione a quanto rilevato dall'analisi della documentazione pervenuta dalla Stazione Appaltante, si è proceduto all'apertura di un procedimento ai sensi dell'art. 13 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici pubblicato sulla GU n.241 del 16-10-2018, volto all'accertamento dei principali rilievi emersi dall'analisi della documentazione ricevuta anche mediante integrazione istruttoria.

Le risultanze istruttorie venivano trasmesse con nota prot. ANAC 85412 in data 12.11.2020 al Comune di *omissis* e al Legale Rappresentante e Amministratore Unico del concessionario *omissis*, invitando altresì i medesimi a fornire chiarimenti in relazione a quanto rilevato.

In particolare, venivano contestate:

- la tempistica relativa al lungo lasso di tempo trascorso tra la proposta di finanza di progetto e l'approvazione della medesima proposta;
- la tempistica della fase progettuale relativamente al superamento dei 60 gg previsti nell'atto di convenzione;
- le lungaggini nelle procedure di espropriazione dall'approvazione del progetto esecutivo nonché della consegna lavori;
- la percentuale dei lavori, tra il progetto originario e la perizia di variante, è aumentata del 47% circa modificando il perimetro della concessione. L'adeguamento ISTAT concesso dal Comune nel 2008 di € 1.463.774,90 è stato riconosciuto in violazione di quanto stabilito dall'art. 133, comma 3, del d. lgs 163/2006.
- il trasferimento del rischio di domanda sul concedente a seguito della redazione della perizia di variante (per il riequilibrio del P.E.F.) in relazione alla mancata allocazione di un numero rilevante di manufatti;
- la clausola per la quale la durata della concessione per i loculi delle cappelle sociali, fissata in anni 30 decorrenti dalla data di stipula del contratto consente il rinnovo per un uguale periodo di tempo dietro pagamento della tariffa revisionata ed applicata al momento del rinnovo. Pertanto, il concessionario, indipendentemente dalla scadenza della concessione, con detta clausola rivenderebbe nuovamente il manufatto senza che di ciò se ne sia tenuto conto nel Piano Economico finanziario.

Controdeduzioni del comune di *omissis*

In data 14.12.2020, prot. ANAC 94637, il Responsabile del Procedimento del comune di *omissis* forniva i chiarimenti richiesti in ordine alle risultanze istruttorie riferendo in sintesi quanto di seguito riportato:



- con riferimento alla tempistica, riferisce che *“l’iter procedurale della concessione è stato caratterizzato da un consistente contenzioso nonché da spiccata conflittualità da parte di alcuni cittadini titolari della proprietà delle aree oggetto di esproprio nell’ambito della realizzazione dell’impianto cimiteriale. Un primo ricorso al TAR Lecce (n.423/2003) avverso l’esito della procedura di gara per la valutazione dei progetti di finanza presentati, è stato presentato da una delle partecipanti non risultata aggiudicataria. Il citato TAR con sentenza n. 4601 del 31/07/2003 dispose l’annullamento degli atti. La sentenza fu appellata al consiglio di stato che successivamente dichiarò inammissibile il ricorso in I Grado Con ricorso TAR LECCE 2183/2004 il sig. omissis ha inoltre impugnato la variante urbanistica connessa alla realizzazione dell’impianto cimiteriale, disposta dal Consiglio Comunale con Deliberazione n. 65 del 20/07/2004. Ricorso dichiarato inammissibile con sentenza n. 317/2007 in data 06/02/2007. Successivamente vi sono stati ulteriori 2 ricorsi al TAR Lecce relativi alla procedura affidamento della concessione, proposti dalla Società omissis e da omissis, decisi in via definitiva con sentenze 6701 e 6702 del 2007. Avverso la Deliberazione del C.C. n.113 in data 27/10/2009 che ha approvato l’intera procedura di gara esperita, è stato nuovamente presentato ricorso al TAR Lecce (n. 1943/2009) dal sig. omissis, anche in qualità di legale rappresentante della omissis, ricorso dichiarato in parte inammissibile ed in parte respinto con sentenza n. 2761/2010. Con ricorso n. 1847/2011 R.G. il sig. omissis ha nuovamente impugnato innanzi al TAR la delibera di C.C. n. 28/2011 (approvazione definitiva della variante urbanistica per ampliamento Cimitero Comunale) e, con motivi aggiunti, il Decreto di Esproprio n.1 del 2016 (relativo ad aree del progetto di ampliamento di proprietà omissis). Ricorso rigettato con sentenza 16 del 20/10/2017, gravata in appello (RG 725/2018), rigettato dal Consiglio di Stato con sentenza 4482 del 01/07/2019. Ulteriore ricorso al TAR (n. 811/2014) del proprietario delle aree espropriate è stato dichiarato inammissibile con Sentenza n. 1915/2017. Inoltre, in fase di esproprio e cantierizzazione dell’opera il suddetto proprietario ha più volte ostacolato l’accesso all’area d’intervento da parte del soggetto aggiudicatario dell’intervento, come testimoniato dalle allegate note prot. 4035 del 22/06/2010, 4437 del 27/07/2010, verbale del 29/10/2010 della Polizia Locale del Comune di omissis e verbale di Arresto dei Carabinieri della Stazione di omissis del 04/10/2010. Ritardi nella procedura sono derivati anche dalle tempistiche di rilascio dei c.d. pareri endoprocedimentali da parte di Amministrazioni Terze. Al tal fine si evidenzia, che a valle della redazione del progetto definitivo tale fase, concretizzata da una conferenza di servizi avviata il 18/01/2011 e conclusasi il 19/09/2011, oltre che da ulteriori pareri rilasciati a latere rispetto alla Conferenza dei Servizi (Parere V.IN.CA Provincia di omissis, declassificazione di strada da provinciale a comunale) si è conclusa in data 30/03/2012. Parimenti per quanto attiene la Variante progettuale approvata in data 10/07/2017, il Parere circa la Valutazione d’Incidenza Ambientale, richiesto dalla Provincia di omissis in data 29/04/2016, è stato da questi rilasciato solo in data 07/11/2016, mentre l’Autorizzazione Paesaggistica richiesta dall’Unione dei Comuni “omissis” in data 02/05/2016, è stata rilasciata in data 01/03/2017.*”



- con riferimento all'aumento ISTAT dell'importo mediante " *condivisione da parte del Comune relativa alla maggiorazione dell'importo dei lavori nella misura del 20,5%* " il R.U.P. evidenziava che il d.lgs. 163/2006 è entrato in vigore 60 giorni dopo la data di pubblicazione sulla G.U. (2 maggio 2006), e pertanto le procedure previste dall'art. 133 del d.lgs. 163/2006 non potevano essere applicate retroattivamente. Inoltre, evidenziava che se pure l'art. 26 della Legge 109/1994 prevedeva disposizioni analoghe (commi 3 e 4 septies), con riferimento esplicito solo ai lavori (già) affidati e non alle fasi che intercorrono tra presentazione di proposta di concessione ed indizione della relativa procedura di gara. Inoltre, dall'esame della nota del proponente del 22.05.2008 rilevava che nella stessa, pur essendovi esplicito richiamo dell'art. 133 del d.lgs. 163/2006, si sosteneva la tesi secondo cui, non essendosi perfezionato il rapporto contrattuale, per motivi non imputabili al promotore, non sarebbe stata applicabile l'alea del 10% fissata dai commi 4 e 5 dell'art. 133, ed inoltre nello stesso arco temporale sarebbero intervenute modifiche legislative e normative (O.P.C.M. n. 3274 del 02.03.2004, Delibera della Giunta Regionale n. 153 del 02.03.2004), tali da comportare aumenti delle quantità di particolari lavorazioni. Inoltre, veniva proposto dal promotore di considerare nell'aggiornamento dei costi l'indice ISTAT, al fine di tenere in debito conto l'andamento dell'inflazione per quel che riguardava l'incidenza sul costo di costruzione. Tali modificazioni erano state proposte al fine di operare una revisione delle condizioni contrattuali onde procedere al riequilibrio del piano economico-finanziario dell'intervento. La citata proposta veniva ritenuta condivisibile dal Dirigente della Ripartizione dei Lavori Pubblici per quanto riguarda le maggiorazioni di quantità derivanti da nuove disposizioni legislative, oltre che per l'aumento percentuale dei prezzi a base dei computi estimativi delle opere da realizzare, con un aumento complessivo percentuale dei costi dell'intervento del 20,50%, (nota del 27.05.2008). Pertanto, sottoponeva all'attenzione dell'Autorità il fatto che la previsione dell'art. 133 comma 3 del Codice riguardano espressamente momenti post-contrattuali, mentre la fattispecie di che trattasi è riconducibile all'adeguamento del progetto (preliminare) da porre a base di gara in base a sopravvenute previsioni normative ed a mutate condizioni economiche. Il RUP condivideva il fatto che detto aggiornamento, poteva essere effettuato utilizzando prezzi di listino aggiornati piuttosto che tramite indicizzazione ISTAT, sostenendo che tale previsione (e comunque stima) economica era stata, poi, sottoposta alla valutazione del mercato tramite la successiva procedura di gara, ed è stata cristallizzata nella convenzione di concessione. Peraltro, l'art. 16 della Legge 109/1994 (ma anche l'art. 93 del d.lgs. 163/2006), non prevedeva per il livello di progettazione preliminare la redazione di un computo metrico estimativo. Al progetto preliminare presentato dal promotore risultava allegata una "stima sommaria dei lavori" (Art. 18 DPR 554/1999), per la cui elaborazione non risultava indicata l'applicazione di un determinato listino prezzi. In base all'art. 23 del DPR 554/1999 la stessa poteva alternativamente essere realizzata applicando alle quantità caratteristiche delle lavorazioni, alternativamente: costi standardizzati determinati dall'Osservatorio dei lavori pubblici; parametri desunti da interventi similari realizzati; redigendo un computo metrico-estimativo di massima con prezzi unitari ricavati dai prezziari o dai listini ufficiali vigenti nell'area interessata. Sempre secondo il RUP, le normative succitate non forniscono



indicazione sulle modalità di aggiornamento di costi standardizzati o parametrici, né in fase pre-contrattuale, né post-contrattuale;

- con riferimento all'aumento dell'importo lavori riguardante la perizia di Variante approvata con determinazione n. 1037 del 10.07.2017, il RUP osservava che l'importo al netto dell'adeguamento ISTAT operato nell'anno 2008, determinato in sede di stipula della convenzione in data 6.5.2010, era pari ad € 7.140.365,35. Pertanto, sempre secondo il RUP, l'incremento tra importo lavori di Perizia ed importo originario a base di convenzione risulta essere del 45%, al netto degli incrementi ISTAT e quindi rispettoso della condizione di cui al comma 2 dell'art. 147 del D.lgs. 163/2006;
- con riferimento all'art. 7 della Concessione di Convenzione il R.U.P. osservava che la formulazione contenuta nell'art. 7 (Corrispettivi) della Concessione appariva in linea con quanto stabilito dall'art. 143 comma 4 del D.lgs. 163/2006: "*Tuttavia, il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo nonché, eventualmente, la gestione funzionale ed economica, anche anticipata, di opere o parti di opere già realizzate, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare. Nella determinazione del prezzo si tiene conto della eventuale prestazione di beni e servizi da parte del concessionario allo stesso soggetto aggiudicatore, relativamente all'opera concessa, secondo le previsioni del bando di gara. In altri termini la normativa non esclude la possibilità che una parte dell'investimento sia remunerata mediante la corresponsione di un prezzo da parte del Concedente al Concessionario, prezzo che può essere costituito dall'importo del prezzo di concessione dei manufatti cimiteriali invenduti determinato a fine del periodo di concessione. A tal fine si osserva che il Piano Economico Finanziario contrattualizzato, prevede la cessione (in regime di concessione) di tutti i manufatti cimiteriali realizzati nell'arco del periodo quindicennale di convenzione, determinando conseguentemente il costo di concessione degli stessi. Pertanto la mancata allocazione di parte dei manufatti, a fine concessione, determinerebbe uno squilibrio del P.E.F., che l'art. 7 del contratto provvede a riequilibrare mediante la corresponsione di un prezzo da parte del Concedente. Parimenti, l'eventuale proroga del periodo di concessione, prevista dall'art. 7 della convenzione, in luogo della corresponsione del prezzo di cessione dell'invenduto, non appare in contrasto con quanto stabilito dal comma 6 (La concessione ha di regola durata non superiore a trenta anni) e dal comma 8 dell'art. 143 del D.lgs. 163/2006: "La stazione appaltante, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire che la concessione abbia una durata superiore a trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo di cui ai commi 4 e 5 rispetto all'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni di mercato.-I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dalla stazione*



appaltante a detti presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario, previa verifica del CIPE sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni.[..]" Inoltre, sul concetto di "rischio di domanda" il R.U.P. ha rappresentato che è stato introdotto dal Legislatore solo con gli art. 3 e 180 del D.lgs. 50/2016 e quindi non appare applicabile al caso di specie. Peraltro il comma 6 di tale art. 180 prevede espressamente: "[...]eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione[...]" ai fini del perseguimento dell'equilibrio economico finanziario del contratto. Peraltro anche la statuizione in merito del comma 15 ter dell'art. 3 del d.lgs. 163/2006 (decisione Eurostat 2004) è stata introdotta con Legge n. 27/2012, in data pertanto successiva all'approvazione da parte dell'Amministrazione Comunale del Progetto di Finanza ed alla stipula della relativa convenzione. A latere di tale analisi, ritiene che la Stazione Appaltante, al fine di evitare il concreto realizzarsi di tale fattispecie, dovrà eseguire in corso di esecuzione della convenzione un puntuale monitoraggio del reale assorbimento di manufatti cimiteriali da parte del mercato, in maniera tale da valutare per tempo l'emissione nei confronti del Concessionario di eventuali ordini di riduzione del programma costruttivo;

- con riferimento alla mancata previsione di penali nella Concessione di Convenzione il RUP osservava che l'elaborato "Tav. 17 Capitolato speciale prestazionale" è richiamato nell'art. 3 della Convenzione di Concessione e ritiene che le penali ivi previste siano applicabili in sede di esecuzione della concessione".

- Con riferimento alla Clausola della Concessione aggiuntiva del 27 ottobre 2015 osservava che l'art. 2 dell'"Addendum" alla Concessione stipulato in data 27.10.2015, prevede a definire la durata della concessione dei manufatti cimiteriali, con la finalità precipua di semplice regolamentazione nei confronti dei cittadini/concessionari, ritenendo che la previsione di durata trentennale del periodo di concessione dei loculi cimiteriali dalla data di stipula del contratto, sia da intendersi riferita alla data di stipula del contratto di concessione con il cittadino/acquirente/concessionario. Tale lettura è suffragata:

- dalle finalità dell'articolo, deducibili da una lettura completa dello stesso, puramente regolatorie e non modificative dell'equilibrio economico e finanziario della concessione;

- dal confronto con quanto stabilito al punto 1 dello stesso articolo "affidamento dei loculi in concessione per anni 30 dal decesso [...]";



- dal fatto che a pag. 7 dell'addendum tale periodo di concessione trentennale viene poi correlato alla possibilità di rinnovo per eguale periodo, ovviamente operata su richiesta del cittadino concessionario.

- dalla circostanza che non è stato prevista una consequenziale revisione del Piano Economico e Finanziario.

- **Controdeduzioni dell'Amministratore Unico e Legale Rappresentante della società omissis elettivamente domiciliata in omissis presso lo Studio Legale Associato dell'Avv. omissis.**

In data 14.12.2020 prot. ANAC 94682, pervenivano le controdeduzioni da parte dell'amministratore Unico della società omissis con le quali veniva ricostruito l'iter procedurale e giudiziale del procedimento di affidamento della concessione in argomento.

Il Concessionario rappresentava altresì che risulta evidente come l'intero iter di approvazione ed esecuzione di tutti gli atti e provvedimenti comunali finalizzati all'ampliamento del cimitero comunale sia stato costantemente ostacolato e condizionato da una molteplicità di iniziative, giurisdizionali e stragiudiziali, poste in essere dalla società omissis che hanno rallentato i relativi procedimenti amministrativi, obbligando il comune e la società concessionaria del progetto ad impegnare una parte delle proprie risorse ed attività per far fronte a tali iniziative avversarie, al fine di garantire e difendere la legittimità del proprio operato.

Relativamente alle osservazioni di merito formulate in sede di risultanze istruttorie il concessionario deduceva quanto segue ritenendo necessaria una breve ma importante premessa in ordine all'iter che ha caratterizzato tutto il procedimento amministrativo *riguardante l'ampliamento del cimitero comunale di omissis, affidato nel 2004 mediante Project Financing all'ATI omissis e omissis., nei cui lavori è subentrata soltanto nell'anno 2013 (con Determina Dirigenziale n. 1381 del 26/7/2013) la scrivente Società omissis, costituita come Società di progetto nell'anno 2014 congiuntamente alla Società omissis, controllata da omissis. Ed invero, sin dall'origine della procedura di evidenza pubblica in questione e nel corso di tutto il suo iter amministrativo, la Società omissis, ed il suo Amministratore Unico Sig. omissis, proprietari di terreni sottoposti alla procedura espropriativa, hanno proposto, innanzi al Tar di Lecce, al Consiglio di Stato ed al Capo dello Stato, una lunga ed estenuante serie di impugnative giurisdizionali, volte a contestare tutti i provvedimenti adottati dal Comune di omissis ai fini dell'avvio, della prosecuzione e della definizione dei lavori di ampliamento del Cimitero comunale secondo le previsioni contenute nei progetti approvati. Tutte le anzidette iniziative giurisdizionali, che hanno registrato la costante e puntuale difesa in giudizio sia del Comune che della Ditta omissis (e di quelle affidatarie del progetto originario), si sono risolte in senso negativo per i ricorrenti, in quanto, all'esito dei giudizi amministrativi innanzi citati, sia il Tar di Lecce che il Consiglio di Stato hanno*



dichiarato, di volta in volta, l'inammissibilità ovvero la radicale infondatezza delle impugnative proposte, riconoscendo la piena legittimità dei procedimenti posti in essere dall'Amministrazione appaltante, anche con riferimento ai presunti ritardi od omissioni nell'adozione dei relativi atti, pretestuosamente sollevati dalla Società omissis e dal suo legale rappresentante.

La medesima concessionaria descriveva altresì, *in estrema sintesi le circostanze di fatto ed i giudizi intentati da omissis e dal suo amministratore unico, e gli esiti che ne sono conseguiti.*

Con la deliberazione n° 14 in data 23/2/2002 il Consiglio Comunale di omissis approvò il Piano triennale delle Opere pubbliche che gli anni 2002-2004. Nell'ambito di tale piano era anche previsto, al fine di far fronte alla crescente domanda di spazi cimiteriali ed al totale esaurimento di quelli esistenti, l'ampliamento del cimitero comunale, il cui progetto preliminare fu poi approvato con la deliberazione della G.M n° 223 del 29/7/2004.

Espletata la pubblica gara per la valutazione dei progetti, l'apposita commissione, con i verbali n°8,9 e 10 rispettivamente del 19,26 e 29 ottobre 2002, ritenne meritevole di accoglimento la proposta della costituenda omissis capogruppo di omissis mandante di omissis, e ciò fu comunicato all'interessata con le note comunali prot. 39633 e 39635 in data 19/12/2002. A seguito di ricorso al Tar di Lecce (n° 423/2003), proposto dalla omissis con omissis, i suddetti atti furono annullati con sentenza n°4601/2003, ma il Consiglio di Stato, accogliendo l'appello proposto nell'interesse dell'ATI omissis e omissis, con sentenza in data 3/2/2004 dichiarò inammissibile il ricorso di primo grado, confermando la legittimità dell'individuazione dell'appellante quale impresa che aveva formulato la migliore proposta progettuale per l'ampliamento del cimitero, sicché i verbali della commissione furono definitivamente approvati con delibera G.M n° 223 del 29/7/2004.

La stessa sorte hanno subito altri ricorsi proposti al TAR dalla società omissis e da omissis, decisi in via definitiva dal consiglio di Stato con le sentenze n°6702 e 6701 del 2007, che hanno ulteriormente confermato la illegittimità delle procedure di evidenza pubblica per l'individuazione dell'impresa cui affidare la progettazione e l'esecuzione delle opere del previsto ampliamento cimiteriale. Con la deliberazione n°65 del 20/7/2004 il C.C di omissis ha approvato la variante urbanistica relativa all'ampliamento del cimitero comunale. Anche attraverso tale provvedimento è insorto innanzi al Tar di Lecce il sig. omissis con ricorso n° 2183/2004, proprietario di alcuni terreni e di un fabbricato abusivo (all'epoca) sottoposto ad istanza di condono, interessati dal progetto in esame.

Il TAR adito, con la sentenza n°317/2007 in data 6/2/2007, accogliendo integralmente la tesi difensiva degli interventori ad opponendum imprese omissis e omissis anche a nome della costituenda ATI, ha dichiarato inammissibile detto ricorso per assoluta carenza di interesse, in quanto il manufatto abusivamente realizzato dal ricorrente ricade per intero nella zona di rispetto cimiteriale,



sui cui esiste un vincolo di inedificabilità assoluta, sicché alcun concreto vantaggio egli avrebbe potuto ritrarre dall'ipotetico annullamento degli atti impugnati.

Con determina dirigenziale LL.PP. del Comune n°163 in data 6/7/2009 sono stati approvati i verbali della commissione di gara per la realizzazione dell'ampliamento cimiteriale, e nominata aggiudicataria l'ATI omissis e omissis, già prescelta quale promotrice del progetto. Svoltasi la conferenza di servizi ad esaminare le osservazioni dei privati espropriandi, tutta la procedura di affidamento concessione per la realizzazione delle opere in oggetto è stata approvata con la deliberazione del C.C di omissis n°113 in data 27/10/2009, che ha pure confermato il pubblico interesse delle opere medesime, già dichiarato con la citata Delibera della G.M. n° 223 del 2004.

Anche avverso tale provvedimento il Sig. omissis, in proprio e quale legale rappresentate di omissis, ha proposto ricorso (n°1943/2009) al Tar di Lecce, che, con sentenza n°2761/2010, passata in giudicato, lo ha in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto, riconoscendo ancora una volta la piena legittimità degli atti di affidamento dell'esecuzione del progetto in questione.

Con la deliberazione n°28 in data 12/8/2011 il C.C di omissis, acquisiti i pareri di legge, compresi quelli favorevoli dell'ASL e della commissione urbanistica, ha quindi approvato il progetto di ampliamento del cimitero comunale all'interno della fascia di rispetto, precisando, in particolare, che in ogni punto dell'ampliamento la fascia di rispetto residua non avrà mai una distanza inferiore di metri 50 dal centro abitato, in considerazione della particolare conformazione orografica dei terreni adiacenti la zona di rispetto cimiteriale (art. 338 T.U.L.S), e verificando inoltre, sempre in applicazione del predetto art.338 T.U., che per le particolari condizioni locali, obiettive ed orografiche, non è possibile procedere ad ampliamenti ubicati in modo diverso da quello proposto.

Con D.D n.328 del 15/05/2012, acquisiti tutti i pareri degli Enti competenti di tutele dei vincoli insistenti nell'area cimiteriale, è stato approvato il progetto definitivo per la realizzazione dell'ampliamento del cimitero comunale di omissis.

Con D.D. n.1446 del 07/12/2012 è stato approvato il progetto esecutivo per la realizzazione dell'ampliamento del cimitero, contenente tutte le prescrizioni date dai vari enti in fase di approvazione del progetto definitivo.

L'Amministrazione Comunale di omissis, con nota del responsabile del procedimento prot. 25965 in data 12/8/2013 ha comunicato alla ditta omissis, che con delibera del C.C n°328 del 15/5/2012, resa nota con la determina dirigenziale comunale Rep. Gen . N° 1446 in data 7/12/2012, è stata data efficacia in pari data al provvedimento di approvazione definitiva del progetto esecutivo dei lavori in oggetto, che comporta la dichiarazione di p.u. degli stessi, e che il decreto definitivo di esproprio deve essere emanato entro la data del 7/12/2017. Con la stessa determina è stato approvato il piano



particellare di esproprio delle aree da acquisire. Con decreti del Dirigente dell'Ufficio comunale espropriazioni n°1 in data 23/4/2014 e n°3 in data 78/2014, sono state determinate le indennità provvisorie di esproprio da corrispondere agli interessati e, considerato che l'avvio dei lavori per l'ampliamento del cimitero riveste carattere di estrema urgenza soprattutto per far fronte all'assoluta indisponibilità di nuove cappelle comunali (tanto che con ordinanza sindacale n°72/2014 si era reso necessario imporre ai proprietari il rilascio al comune di n°80 loculi, nelle more della realizzazione dei nuovi spazi previsti dal progetto di ampliamento), è stata disposta l'occupazione anticipata degli immobili necessari all'ampliamento comprese le particelle di proprietà della omissis, indicate nel decreto n°3/2014, alla cui immissione in possesso si è preceduto nelle date 26/6/2014 e del 30/09/2014.

Nelle more, essendo state rigettate dal comune le due istanze di sanatoria dei fabbricati abusivi realizzati dal Sig. omissis, per violazione dell'art.338 del R.D n°1265/1934 (perché ricadenti in zona cimiteriale sottoposta a vincolo di inedificabilità assoluta), con provvedimento prot. n. 10340 in data 26/3/2015 il dirigente dell'U.T.C all'Urbanistica ha richiesto, tramite la segreteria comunale, all'agenzia delle entrate di omissis la trascrizione nei registri immobiliari del fabbricato abusivo eseguito dal sig. omissis e delle relative aree di sedime, ai fini della loro acquisizione al patrimonio comunale, in applicazione dell'art.31, comma 4, del DPR n° 380 del 2001.

Infine, con Decreto n°1 in data 18/4/2016, l'ufficio comunale espropri ha disposto la definitiva espropriazione a favore del comune di omissis degli immobili concorrenti per l'ampliamento del cimitero compresi quelli di proprietà di omissis.

Con il ricorso n°1847/2011 R.G., il omissis ha nuovamente impugnato innanzi al Tar sia la citata delibera del C.C di omissis n°28 del 2011 (di approvazione dell'ampliamento del cimitero comunale all'interno della fascia di rispetto), che (con motivi aggiunti) il Decreto dirigenziale di esproprio n°1 del 2016, per i motivi che ivi si leggono.

Il Tar Puglia- sezione III di Lecce, accogliendo le eccezioni difensive sollevate dalla difesa del comune e della società omissis, subentrata alla omissis nei rapporti relativi alla concessione per l'esecuzione del progetto di ampliamento cimiteriale, con la sentenza n°1644 in data 20/10/2017:

a) ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto avverso la Delibera comunale n°28/2011, sia in quanto la stessa sezione del Tar, con precedenza sentenza n°2761/2010, resa inter partes e passata in giudicato, aveva dichiarato inammissibile l'impugnazione dello stesso ricorrente avverso la delibera del C.C di omissis n°113 del 2009, statuendo testualmente che "con riferimento all'interesse ad opporsi alla procedura espropriativa, vi è da dire che gli atti urbanistici relativi all'affidamento in questione... si pongono come atti meramente consequenziali ed esecutivi dei provvedimenti di



localizzazione delle aree da espropriarsi e della volontà di procedere al provvedimento medesimo; e sia perché l'impugnata deliberazione del C.C n°28 del 2011 " si limita ad approvare il progetto esecutivo di ampliamento del cimitero comunale predisposto dal soggetto promotore, prevedendo espressamente che l'ampliamento del cimitero non può avvenire in altro modo se non come individuato con il progetto approvato con la delibera del C.C n° 113/2009".

Appare pertanto evidente- conclude il Tar di Lecce- " che la gravata deliberazione consiliare n°28 del 12/8/2011 costituisca un atto meramente consequenziale ed esecutive delle scelte localizzative operate con precedenti provvedimenti amministrativi adottati dal comune di omissis (divenuti, ormai, inoppugnabili)...."

b) ha dichiarato che le doglianze dei motivi aggiunti "si appalesano infondate ed, in parte, anche inammissibili, ove si consideri che: - il decreto dirigenziale di esproprio n°1 del 18/4/2016 è stato emanato dall'Autorità comunale resistente entro il termine di scadenza dell'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità (cinque anni, dall'intervenuta esecutività della determinazione dirigenziale del comune di omissis n°328 del 15/5/2012, avvenuta....; - tutte le questioni (comunque) inerenti la determinazione e la quantificazione dell'indennità di esproprio esulano dalla giurisdizione dell'adito TAR, rientrando, invece, nella giurisdizione dell'AGO".

Inoltre, con la sentenza n°1915/2017 in data 4/12/2017, lo stesso Tar di Lecce ha dichiarato inammissibile, nel contraddittorio delle parti, altro ricorso (n°811/2018) proposto all'odierno denunciante avverso la Nota dirigenziale del Comune prot. 25965 in data 12/8/2013, recante la comunicazione che " in data 7/12/2012, è divenuto efficace l'atto di approvazione del progetto esecutivo dei lavori in oggetto, che comporta la dichiarazione di pubblica utilità degli stessi", e che " il decreto di esproprio dovrà essere emanato entro il 7/12/2017". E ciò, sia a ragione del contenuto non provvedimentale dell'atto impugnato, sia perché trattavasi di un atto meramente consequenziale ed esecutivo delle scelte localizzative e di affidamento in concessione in project financing, operate dall'Amministrazione con precedenti provvedimenti inoppugnabili, validate anche dallo stesso tribunale con la citata sentenza n°2761/2010, ormai divenuta cosa giudicata.

Infine il Consiglio di Stato in S.G., con la sentenza della Sez. II n°4482/2019 in data 1/7/2019, ha respinto anche il ricorso in appello (n°725/2018) proposto dalla omissis avverso la succitata sentenza del Tar di Lecce n°1644/2017, accogliendo per l'ennesima volta le difese del Comune di omissis e della società omissis.

Da ultimo, un ulteriore ricorso al Capo dello Stato è stato proposto da omissis e omissis nel corrente anno avverso la determinazione dirigenziale del comune di omissis n°789 in data 11/11/2019, avente ad oggetto l'approvazione del Collaudo Tecnico Amministrativo del I lotto dell'intervento per



l'ampliamento del cimitero comunale, nel quale la Società omissis ha formulato rituale Opposizione, chiedendone la trasposizione dinanzi al Tar di Lecce.

Orbene, alla luce di tutte le circostanze fattuali che precedono, risulta evidente come l'intero iter di approvazione ed esecuzione di tutti gli atti e provvedimenti comunali finalizzati all'ampliamento del cimitero comunale sia stato costantemente ostacolato e condizionato da una molteplicità di iniziative, giurisdizionali e stragiudiziali, poste in essere dalla società omissis e dal suo Amministratore unico, che si sono rivelate completamente pretestuose ed infondate- come hanno di volta in volta accertato e dichiarato i giudici amministrativi- ma che hanno, necessariamente, rallentato i relativi procedimenti amministrativi, obbligano il comune e la società concessionaria del progetto ad impegnare una parte delle proprio risorse ed attività per far fronte a tali iniziative avversarie, al fine di garantire e difendere la legittimità del proprio operato. Di conseguenza, già in via preliminare, appare evidente che qualche ritardo nella conclusione dei procedimenti (peraltro assai complessi) relativi al progetto di ampliamento del Cimitero comunale, sia da addebitare all'attività di ostacolo e defatigatoria posta in essere proprio dai soggetti che oggi, paradossalmente, lamentano ipotetici ritardi o addirittura omissioni nel disbrigo delle pratiche relative.

Fatta questa premessa, il Concessionario controdeduceva le risultanze istruttorie come di seguito riportato.

- *In ordine al fatto che la proposta di finanza di progetto, presentata dal proponente nel giugno del 2002, fosse stata approvata dal comune nel luglio del 2004. In proposito si richiama, l'analitica descrizione delle circostanze di fatto compiuta nelle premesse, da cui emerge in particolare : a) dopo l'approvazione da parte del C.C omissis (con deliberazione n°14 del 23/2/2020 del piano triennale delle opere pubbliche, che contemplava anche l'ampliamento del cimitero comunale, venne espletata la pubblica gara per la valutazione dei progetti presentati, e quindi l'apposita commissione, con i verbali approvati nel mese di ottobre 2002, accolse la proposta della costituenda ATI omissis capogruppo di omissis mandante di omissis. Ciò fu comunicato all'interessato con le note comunali prot. 39633 e 39635 in data 19/12/2002;*
b) per effetto dell'accoglimento del ricorso al Tar di Lecce (n° 423/2003) proposto dalla omissis con omissis i suddetti atti furono annullati con sentenza 4601/2003, e soltanto con la sentenza in data 3.2.2004 il Consiglio di Stato, accogliendo l'appello proposto nell'interesse dell'ATI omissis e omissis e dichiarando inammissibile il ricorso di primo grado, confermò la legittimità dell'individuazione dell'appellante quale impresa che aveva formulato la migliore proposta progettuale per l'ampliamento del cimitero. Ciò, consentì l'approvazione dei verbali della commissione con delibera di G.M. n. 223 del 29.7.2004. Alcuni ritardo può essere addebitato pertanto all'A.C. di omissis né



tantomeno alle Società proponenti, atteso che il pedissequo rispetto del termine di 4 mesi previsto dall'art. 37-ter della legge 109/94 (peraltro di natura meramente ordinatoria), sarebbe stato nel caso in esame praticamente impossibile, considerata la particolare complessità delle procedure di evidenza pubblica, e quella di attendere gli esiti del contenzioso instaurato da altre imprese interessate al progetto medesimo. In presenza di tali circostanze, singolarmente e complessivamente considerate il periodo di circa 2 anni trascorso dalla presentazione della proposta sino alla sua definitiva approvazione risulta addirittura irrisorio e comunque decisamente congruo e non meritevole di rilievi o contestazioni.

- *Con un secondo rilievo, si contestano le tempistiche relative ai provvedimenti adottati, e i presunti ritardi nell'espletamento delle procedure di gara (sino al 2009), nell'approvazione dei progetti esecutivo e definitivo (nel 2012), nell'acquisizione delle aree da espropriare (iniziata nel 2014) e nella consegna dei lavori (avvenuta nel 2015), con ultimazione dei medesimi prevista dapprima alla data del 12/5/2020, poi prorogata all'1/3/2021. Occorre, in proposito, ancora una volta rimarcare che tutte le procedure suddette sono state ripetutamente e pervicacemente ostacolate, rallentate e procrastinate dai diversi contenziosi attivati dalla Società odierna denunciante, che hanno costretto per molti anni (e tutt'ora) l'A.C. di omissis e la Società deducente a predisporre le opportune difese giudiziali, nonché, il Comune, a porre in essere un'intensa attività amministrativa aggiuntiva in relazione ad altri procedimenti ex adverso avviati, come quello, dei primi anni del 2010 relativo alle pratiche di condono edilizio presentate da omissis e dal Sig. omissis in relazione a terreni limitrofi all'area in cui è in corso di realizzazione il progetto di ampliamento cimiteriale. A parte ciò, in maniera più particolareggiata, giova ricordare, che, espletate e procedure di gara, le stesse sono state approvate in data 6.7.2009 con l'aggiudicazione in favore dell'ATI proponente e l'atto convenzionale (contratto d'appalto) è stato sottoscritto in data 6.5.2010. Prima della redazione del progetto definitivo era necessario eseguire le indagini geotecniche, geognostiche, idrologiche e sismiche, come previsto dall'art. 93 del d.lgs. 163/2006, e nonostante la comunicazione del 11.6.2010 prot. n. 19501 inviata alla Società omissis dal dirigente del Settore Lavori Pubblici del comune di omissis, di accesso nel terreno di proprietà della predetta società per l'inizio delle operazioni di dette indagini, l'esponente negò l'accesso alla società incaricata dell'esecuzione delle indagini e ai tecnici incaricati, tanto che lo stesso esponente a seguito di una colluttazione con un vigile urbano, trasportato in ospedale per un forte trauma cranico, fu arrestato e trattenuto per due giorni in caserma. Ciò ha comportato naturalmente lo slittamento dell'esecuzione delle indagini. La società aggiudicataria, una volta eseguite le indagini geotecniche, geognostiche idrologiche e sismiche, ha tempestivamente presentato sia il progetto definitivo che quello esecutivo, il primo approvato con la Determina*



dirigenziale comunale n 328 in data 15.5.2012 ed il secondo con la determina 1446 del 7.12.2012. In proposito, va evidenziato che l'apparente ritardo di circa due anni tra la presentazione dei progetti e la loro approvazione, è dipeso essenzialmente, oltre dal ritardo incolpevole della esecuzione delle predette indagini, anche e soprattutto dalla necessità di espletare una Conferenza di servizi, e di acquisire i pareri tecnici e i nulla osta di altre autorità come la provincia di omissis, l'Autorità di Bacino per la Puglia e Basilicata e il Dipartimento di prevenzione dell'ASL per quanto di loro competenza nonché l'autorizzazione paesaggistica e l'approvazione del Consiglio Comunale relativamente alla riduzione della fascia di rispetto cimiteriale. Successivamente, a distanza di circa un anno, necessario per l'espletamento di tutte le procedure e formalità richieste, in data 20.1.2014 hanno avuto inizio le procedure di acquisizione delle aree necessarie, e, nel giro di pochissimi mesi, tra maggio e giungo del 2014, si è addivenuti all'acquisizione, mediante cessione bonaria, della quasi totalità delle aree interessate dal progetto. Solo la società omissis non ha accettato l'indennità di espropriazione e l'immissione in possesso dei terreni della predetta società è avvenuta in data 30.9.2014. I lavori sono stati quindi consegnati in data 29.1.2015, con la previsione contrattuale della loro esecuzione ed ultimazione entro 60 mesi, vale a dire entro il 28.1.2020. E' tuttavia avvenuto che nel corso dell'esecuzione dei lavori, in data 29.4.2016, il concessionario omissis, su richiesta del Comune prot. n. 9758 in data 11.3.2016 è stata costretta a presentare un progetto di variante al fine di prevenire ipotesi di squilibrio del piano economico finanziario derivanti dalla mancata allocazione di un numero rilevante di manufatti ed al fine di assecondare le esigenze della cittadinanza in relazione alla tipologia di manufatto da rendere disponibili.

Inoltre, con la nota n. 14250 in data 12.4.2016 l'A.C. di omissis ha chiesto di acquisire nella loro intera consistenza (compreso quindi anche il relitto terreno privo di alcun accesso) delle particelle di proprietà degli eredi omissis e omissis, necessarie per la realizzare altre edicole e cappelle funerarie private da dieci loculi ciascuna, che sono state poi – per inciso – quelle più richieste dalle famiglie di omissis all'esito delle risultanze del bando per l'assegnazione dei manufatti cimiteriali pubblicato dal Comune. Orbene, la Società omissis ha trasmesso con estrema tempestività già in data 29.4.2016, il progetto di variante, ottemperando a quanto richiesto ai fini dell'approvazione da parte del Comune. Naturalmente, anche ai fini suddetti son dovuti decorrere in tempi tecnici necessari per l'acquisizione dei pareri di competenza, considerato che la zona di intervento è sottoposta a diversi vincoli ambientali e di altra natura. In data 7.11.2016 il Comune ha acquisito il parere di competenza della Provincia di omissis, Servizio valutazione Incidenza ambientale; in data 29.11.2016 quello rilasciato dall'ASL di omissis ai sensi dell'art. 220 TULS; in data 1.3.2017 l'autorizzazione paesaggistica ex art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004. Non può in alcun modo stupire, pertanto, se tra la data di



predisposizione del progetto di variante e quella di approvazione del medesimo da parte del Comune, avvenuta in data 10.7.2017 siano decorsi 14 mesi. E' poi avvenuto che, nel corso dei lavori appaltati in data 6.5.2019, (istanza acquisita al prot del Comune n, 21949 in pari data), la Società omissis ha dovuto (necessariamente) richiedere una proroga del termine di ultimazione delle opere fino alla data del 30.7.2021, proprio a causa dell'avvenuta sospensione dei lavori per il periodo necessario all'approvazione della variante, quindi dell'impossibilità materiale di realizzare tutte le opere previste nelle aree di ampliamento del cimitero recentemente acquisite entro il termine originariamente previsto dal contratto (29.1.2020) e, successivamente, anche a causa della sospensione obbligatoria dei lavori pubblici e privati imposta dall'emergenza COVID.

Senonché, siccome tale proroga era stata in un primo tempo negata dall'A.C. di omissis, la Società deducente ha dovuto proporre ricorso dinanzi al TAR di Lecce (n. 52/2020) con udienza di sospensiva fissata per la data del 13.5.2020, alla cui deliberazione la omissis ha rinunciato a seguito della determinazione comunale n.346 del 12.5.2020 con la quale il Comune ha concesso la richiesta proroga del termine di ultimazione dei lavori fino alla data del 16.4.2021. Nelle more, tuttavia, e nonostante le numerose e notevoli difficoltà oggettive che la procedura in questione ha dovuto registrare, la Società omissis ha potuto ultimare i lavori in data 2.5.2019, l'esecuzione delle opere relative al 1° lotto dell'intervento programmato, come risulta dal certificato di ultimazione dei lavori firma del direttore dei lavori in data 16.7.2019, con l'emissione dei relativi stati di avanzamento e certificati di pagamento. Alla luce di tutto quanto precede è pacifico che nessuna forma di responsabilità da ritardo colpevole può essere ascritta all'attività ed al comportamento delle parti del rapporto convenzionale in oggetto e tantomeno della società deducente.

- *Per le stesse ragioni, risulta evidente come la pretesa " mancata previsione o applicazione di penali per il caso di ritardi" risulterebbe in ogni caso irrilevante nel caso in esame, stante l'assenza di qualsivoglia responsabilità con riguardo alla tempistica delle procedure amministrative, ovvero nell'esecuzione dei lavori commissionati alla Società omissis. Ad ogni buon fine, occorre pure evidenziare che l'art. 3 della convenzione stipulata, richiama espressamente la tavola 17 del capitolato speciale dell'appalto dove sono previste le penali, applicabili anche in fase di esecuzione del contratto.*
- *In merito al lamentato aumento eccessivo dell'importo dei lavori rispetto alle originarie previsioni contrattuali, occorre specificare che la revisione dei prezzi discende de plano dalla previsione di opere quantitativamente e qualitativamente superiori ed aggiuntive rispetto a quelle originarie del progetto (come appunto quelle relative all'acquisizione delle nuove aree ed alla realizzazione dei manufatti aggiuntivi), la cui esecuzione è dipesa dalla richiesta ed approvazione della*



più volte citata variante di progetto. Rispetto alla effettiva consistenza ed incidenza di tali lavori aggiuntivi sulle previsioni originarie, non poteva certamente applicarsi il solo adeguamenti ISTAT previsto in via ordinaria dalle norme sulla revisione dei prezzi per aumento dei costi dei materiali, ma si è dovuto ricorrere necessariamente ad una diversa e più consistente revisione dei prezzi delle opere in rapporto al loro aumenti sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo soprattutto conseguente all'acquisizione in corso d'opera di altre aree da espropriare e destinare all'ampliamento del Cimitero comunale ed all'aumento di spesa oggettivamente riveniente dalla loro trasformazione ai fini della specifica destinazione prevista nel progetto. Il complesso di tali variazioni in aumento rispetto al progetto originario, risulta ben descritto e specificato con i costi di impresa e le variazioni di natura economica che hanno comportato, nella perizia di variante e nei correlati documenti del Piano Economico Finanziario presentati dalla omissis all'Amministrazione comunale e da questa regolarmente approvati. Più in particolare, occorre distinguere tra la maggiorazione dell'importo originario dei lavori, pari al 20,5%, intervenuta nell'anno 2008, e quella ulteriore pari ad una percentuale complessiva del 45% al netto degli incremento ISTAT intervenuta a seguito dell'approvazione della Perizia di variante approvata dal Comune del 2017. Con riguardo alla prima evidenza che alla fattispecie in esame non potesse applicarsi l'art. 26 della legge quadro sui LL.PP. n. 109/94 in quanto essa si riferisce esplicitamente ai lavori già affidati, e non invece, come era nel caso in esame, alle variazioni dei prezzi intercorse nelle fasi antecedenti l'indizione della gara d'appalto e la stipula della convenzione. Per le stesse ragioni, l'incremento contrattuale non poteva nemmeno essere contenuto entro i ristretti limiti di cui all'art. 133 del d.lgs. n. 163/2006 commi 2 e seguenti che vietano la revisione dei prezzi e l'applicazione dell'art. 1664 del Codice civile, in quanto tali disposizioni si riferiscono testualmente ai "lavori pubblici già affidati dalle stazioni appaltanti". Nel caso in esame, viceversa, non essendosi ancora pervenuti all'approvazione del progetto né alla stipula della convenzione alla data di richiesta di revisione da parte della Ditta proponente (Maggio 2008) la richiesta di incremento economico avanzata dall'impresa, intervenuta nelle fasi precontrattuali e giustificata dalle sopravvenute modifiche normative introdotte a livello statale e regionale (in particolare con l'OPCM n. 3274 del 2004 e con la DGR pugliese n. 153 del 2004, e dal considerevole aumento dei costi di costruzione, non poteva incontrare i limiti (parametri Istat stabiliti annualmente dal Ministero della Infrastrutture) imposti dal citato art. 133 del d.lgs. n. 163 del 2006. Pertanto, la richiesta di revisione di prezzi, pari al 20,5% rispetto a quello originario del 2002, condivisa dal dirigente della ripartizione dei LL.PP. del Comune di omissis in data 27.5.2008 risultava legittima e ampiamente giustificata. Anche l'esito delle procedure di gara successivamente espletate ha confermato la congruità delle suddette previsioni di stima economica, poiché l'appalto è stato



aggiudicato alla Ditta proponente, con la quale è poi intervenuta in data 6.5.2010 la stipula della convenzione. Peraltro, ed in via dirimente, osserva che la modifica dell'importo contrattuale del 2008 non ha compromesso in alcun modo gli inderogabili principi di trasparenza e par condicio, atteso che è intervenuta ben prima dell'espletamento della procedura di gara per l'individuazione del concessionario. Sicché di quella modifica hanno potuto beneficiare tutti i concorrenti e, quindi, neanche in tesi, la stessa ha potuto rappresentare un vantaggio per la deducente;

- *per ciò che concerne, invece, l'aumento dell'importo dei lavori conseguente all'approvazione della Perizia di variante al progetto originario, avvenuta nell'anno 2017 evidenzia che l'incremento pari al 45%, al netto delle variazioni Istat, rispetta pedissequamente le previsioni e condizioni di cui all' art. 147, comma 2°, del d.lgs. 163 del 2006, poiché non supera il 50% dell'importo dell'opera iniziale oggetto della concessione. Come già rilevato, l'aumento suddetto trova piena giustificazione nel complesso dei lavori aggiuntivi oggetto della perizia di variante, così come analiticamente descritti nella richiesta di integrazioni avanzata dalla Stazione appaltante, nei documenti progettuali e finanziari presentati dal Proponente e, infine, negli atti di approvazione della variante in oggetto, corredata da tutti i pareri (favorevoli) rilasciati dalle Autorità competenti. Anche a tal proposito, evidenzia che l'aumento percentuale, dell'importo dei lavori appaltati, non può e non deve essere rapportato alle originarie previsioni della proposta economica risalenti all'anno 2002, bensì a quelle della convenzione definitivamente approvata nel 2010, a nulla rilevando - come già osservato - gli incrementi intervenuti anteriormente alla stipula del contratto e all'affidamento di lavori in concessione. Così correttamente operando, l'importo dei lavori conseguente alla variante risulta nettamente inferiore al limite percentuale massimo dell'aumento previsto dagli artt. 147 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dall'art. 175 del D.L. n. 50 del 2016 (50%), che infatti lo ricollegano espressamente al "valore della concessione iniziale risultante a seguito dell'aggiudicazione delle opere o dei servizi o delle forniture oggetto di concessione";*
- *Infine, con riferimento alla contestazione secondo cui, con l'approvazione della variante, resasi necessaria al fine di riequilibrare il PEF in relazione alla mancata allocazione di un numero rilevante di manufatti, per cui sarebbe stato trasferito di fatto sul concedente il rischio di domanda, rischio sui cui si fonda la realizzazione dell'opera mediante finanza di progetto, si rileva quanto segue. Innanzitutto il concetto al c.d. "rischio di domanda" in capo al concessionario è stato introdotto dal legislatore italiano soltanto con gli artt. 3 ("definizioni") e 180 (Partenariato Pubblico Privato) del Codice degli Appalti (d.lgs. 50/2016) e, di conseguenza, non può trovare applicazione retroattiva, tantomeno ad un rapporto convenzionale, come quello in oggetto, stipulato nell'anno 2010. Peraltro, lo stesso art. 180, al comma 6°, consente espressamente che possa intervenire un "eventuale*



riconoscimento del prezzo (consistente in un contributo pubblico) sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della P.A.” ai fini del raggiungimento dell’equilibrio economico finanziario della concessione, sia pure entro determinati limiti percentuali, che non sono stati affatto superati nel caso in esame. Ciò era peraltro consentito anche dall’art. 143 comma 4 del d.lgs. 163/2006 in base al quale l’Autorità concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo ovvero la gestione funzionale ed economica di opere o parti di esse già realizzate “qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell’ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell’equilibrio economico finanziario degli investimenti e la connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare”. Orbene, nulla esclude che tale prezzo da corrispondere al concessionario sia rappresentato dal valore dei manufatti invenduti come determinato al fine del periodo della concessione, quindi tenendo nel debito conto anche le variazioni economiche sopravvenute. Ed invero, siccome il Piano Economico e Finanziario originariamente approvato contemplava la cessione della totalità dei manufatti cimiteriali realizzati entro il periodo della concessione, la mancata concessione ai privati di una parte dei medesimi, al termine della concessione comporta, naturalmente, uno squilibrio delle previsioni economiche e finanziarie, che appunto l’art. 7 della Convenzione approvata tende a colmare mediante la previsione di un prezzo a favore del concessionario.

A parte ciò, va osservato come risultino conformi alle norme vigenti, oltre che agli interessi dell’Amministrazione (e dei privati cittadini) le previsioni contrattuali relative sia alla “possibilità di riscatto” da parte del Comune dei manufatti non allocati ai privati entro il termine della convenzione, e sia alla durata trentennale del periodo di concessione ai privati dei Loculi cimiteriali, prevista dalla convenzione aggiuntiva del 27/10/2015. In proposito si evidenzia che, sulla base delle previsioni della convenzione, il c.d. “riscatto” dei loculi da parte del Comune costituisce una mera facoltà e non un obbligo a carico della stessa Amministrazione, la quale, al termine del rapporto, potrà valutare la convenienza, sotto il profilo sia amministrativo che economico, delle scelte da operare. Fermo restando l’onere di ricomporre eventuali squilibri di natura finanziaria sopravvenuti, non imputabili al soggetto concessionario del servizio (tenendo conto, ovviamente, del fenomeno inflazionistico) e restando salva la possibilità di rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza della concessione”. Tali possibilità, infatti, risultano espressamente previste e consentite dai commi 6 e 8 dell’art. 143 del d.lgs. 163/2006. Il primo di essi, prevede la durata trentennale delle convenzioni, mentre il comma 8 consente una durata superiore, proprio al



"fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti del concessionario, anche tenendo conto del rendimento della concessione e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni di mercato;

- *infine, in ordine alla legittimità della "clausola" introdotta con la "Convenzione aggiuntiva" in data 27.10.2015, risulta evidente come quest'ultima non contempli alcun vantaggio per il soggetto concessionario del rapporto convenzionale. Appare chiaro dalla formulazione della clausola in oggetto che la possibilità del rinnovo trentennale della concessione del manufatto (art. 2 dell'addendum alla concessione), operi esclusivamente in favore del cittadino, che infatti, al termine del trentennio, potrà concordare con l'Amministrazione un rinnovo della (sua) concessione cimiteriale per un altro trentennio. È decisamente da escludere, viceversa, che di tale ulteriore rinnovo possa avvantaggiarsi la ditta concessionaria, poiché, considerato che il trentennio della concessione del loculo al privato decorre dalla stipula del contratto con il medesimo, anche nell'ipotesi di rinnovo del rapporto concessorio per un ulteriore periodo quindicennale, previsto e consentito dalla convenzione aggiornata, il primo trentennio (di concessione del manufatto al privato cittadino) verrà in ogni caso a scadere dopo la scadenza massima (trentennale) del rapporto concessorio con l'impresa. Di conseguenza, sarebbe in ogni caso l'Amministrazione Comunale, e non l'impresa omissis, chiamata a rinegoziare l'affidamento al privato del loculo con i vantaggi di natura economica che ne derivano per le finanze pubbliche.*

CONSIDERATO IN DIRITTO

Sulla base dalle controdeduzioni pervenute dalla Stazione Appaltante e dal Concessionario omissis l'Ufficio ritiene di formulare le osservazioni di seguito riportate.

In relazione a quanto riportato circa le tempistiche, nonostante il contenzioso insorto, l'Ufficio ritiene che l'attività amministrativa del Comune non sia stata improntata alla efficienza e all'efficacia secondo procedure ispirate alla tempestività così come previsto nei principi generali di cui all'art. 1 della legge 109/94 e successivamente dall'art. 2 comma 1 del D.lgs. 163/2006. Infatti, anche volendo considerare gli innumerevoli ricorsi alla giustizia amministrativa, tenuto conto che gli stessi (prima fase della procedura) si sono esauriti nel 2007 con le sentenze in via definitiva dal Consiglio di Stato 6701 e 6702 e con sentenza TAR 317/2007 del 6/2/2007, la gara e l'approvazione della procedura di gara si sono esplicitate in circa due anni e mezzo (deliberazione di C.C. in data 06/10/2009) dalle sentenze citate. Inoltre, la durata della progettazione e del relativo iter approvativo non sono stati improntati nel rispetto dei medesimi principi: il progetto definitivo, corredato da tutti i pareri degli Enti competenti di tutela dei vincoli insistenti nell'area cimiteriale, è stato approvato il 15/05/2012 *i.e.* dopo due anni dalla stipula della convenzione



avvenuta in data 6/5/2010. Il progetto definitivo, ai sensi dell'art. 3 del contratto di concessione doveva essere presentato al Comune di *omissis* entro 60 giorni dalla data di stipula della concessione (cioè entro il 05/07/2010) e nel medesimo termine di 60 giorni l'ATI aggiudicataria avrebbe dovuto avviare le pratiche relative all'acquisizione dei prescritti pareri e/o nulla osta da parte degli Enti preposti. Orbene, poiché come riferisce il Comune di *omissis*, l'avvio delle pratiche per l'acquisizione dei prescritti pareri e/o nulla osta mediante Conferenza dei Servizi è avvenuta il 18/01/2011, la fase in questione è avvenuta con circa quattro mesi di ritardo. Ancora, nonostante fosse stabilito all'art. 3 della convenzione che " *Il progetto esecutivo verrà presentato entro 60 giorni dall'acquisizione di tutti i prescritti pareri e/o nulla osta da parte degli Enti interessati*", lo stesso è stato presentato con cinque mesi di ritardo.

L'adeguamento ISTAT concesso dal Comune nel 2008 di € 1.463.774,90 non è stato effettuato secondo le norme al tempo vigenti. Infatti, anche volendo sostenere la tesi dell'Amministrazione, secondo cui il calcolo sommario del progetto poteva essere effettuato, ai sensi dell'art. 23 del DPR 554/1999, alternativamente applicando alle quantità caratteristiche i costi standardizzati determinati dall'Osservatorio dei lavori pubblici, ai parametri desunti da interventi similari realizzati o redigendo un computo metrico estimativo di massima con prezzi unitari ricavati dai prezziari o dai listini ufficiali vigenti nell'area interessata, l'adeguamento ISTAT non corrisponde a nessuna modalità prevista dalla norma citata. Inoltre, sebbene nelle controdeduzioni formulate dal Concessionario si evidenzia *che la richiesta di incremento avanzata dall'Impresa, intervenuta nelle fasi precontrattuali e giustificata dalle sopravvenute modifiche normative introdotte a livello statale e regionale (in particolare con l'OPCM n. 3274 del 2004 e con la DGR pugliese n. 153 del 2004, e dal considerevole aumento dei costi di costruzione, non poteva incontrare i limiti (parametri Istat stabiliti annualmente dal Ministero delle Infrastrutture) imposti dal citato art. 133 del d.lgs. n. 163 del 2006. Pertanto, la richiesta di revisione di prezzi, pari al 20,5% rispetto a quello originario del 2002, condivisa da dirigente della ripartizione dei LL.PP. del Comune di omissis in data 27.5.2008, risultava legittima e ampiamente giustificata*, l'introduzione di nuove disposizioni normative che ha comportato le maggiorazioni di quantità avrebbe richiesto l'individuazione del nuovo importo mediante l'applicazione dell'art. 23 del citato DPR 554/1999 e non mediante l'adeguamento ISTAT che ha operato su quantità/importi del progetto iniziale. Infine, la tesi secondo cui con l'importo così modificato, sottoposto alla valutazione del mercato tramite la successiva procedura di gara, cristallizzata nella convenzione di concessione, ne avrebbero beneficiato tutti i partecipanti non è condivisibile in presenza del diritto di prelazione come nel caso di specie. Infatti, il promotore potendo esercitare il diritto di prelazione è certamente il soggetto beneficiario dell'aumento dell'importo della concessione anche nel caso in cui non lo eserciti, avendo comunque diritto al compenso nella misura massima del 2,5% dell'investimento (commi 9 e 19 dell'art.153 del D.lgs 163/2006).



Inoltre, secondo il Comune, la perizia di variante è stata approvata, in data 10.7.2017 con determina dirigenziale nr. 1037, al fine di prevenire ipotesi di squilibrio del PEF derivanti dalla mancata allocazione di un numero rilevante di manufatti ed al fine di assecondare le esigenze della cittadinanza in relazione alle tipologie di manufatti cimiteriali di rendere disponibili. L'importo dei lavori, a seguito dell'approvazione della citata perizia di variante è passato a € 12.416.762,44 più oneri per la sicurezza per un importo di € 250.437,69 per un totale di € 12.667.200,02, con un incremento del 45%. Peraltro, la variante redatta al fine di prevenire ipotesi di squilibrio del PEF derivante dalla mancata allocazione di un numero rilevante di manufatti ed al fine di assecondare le esigenze della cittadinanza in relazione alla tipologia di manufatto da rendere disponibile, ha modificato, di fatto, il perimetro della concessione, cambiando significativamente il numero delle tipologie di manufatti da realizzare. Infatti, il numero di loculi tra il primo P.E.F. di convenzione ed il P.E.F. della variante è passato da 1535 loculi a 2280 loculi; il numero di loculetti è diminuito passando da 2597 a 1016, mentre le cappelle da 20 loculi sono passate da 242 a 106 e sono aumentate sensibilmente il numero di cappelle da 10, 6 e 4, passando rispettivamente da 13 a 252, da 21 a 106 e da 18 a 80. Il numero complessivo relativo alla disponibilità di tumulazioni dei defunti è passato da 9.300 posti a 15.012 posti con una modifica rilevante dei parametri della concessione (manufatti, importi dei lavori e degli introiti). Pertanto, si rileva che la modifica dei posti tumulativi non doveva modificare significativamente i parametri della concessione in ragione anche del fatto che le previsioni del contratto di concessione prevedono l'acquisizione da parte del Comune dei manufatti invenduti. Una modifica così rilevante apportata con la perizia di variante, con possibili ricadute negative sulle finanze comunali, avrebbe dovuto essere attentamente vagliata. Ciò in violazione delle previsioni dell'art. 143 comma 8, penultimo periodo che recita: *"Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente"*. Peraltro, una precedente pronuncia dell'Autorità ha evidenziato che *"La revisione del PEF di cui agli articoli 165, comma 6, e 182, comma 3, del codice dei contratti pubblici non può essere parziale e deve riguardare tutti gli scostamenti dai valori indicati dell'equilibrio economico e finanziario. Gli eventuali scostamenti rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono riequilibrati con oneri e/o compensazioni a carico della stessa. I valori degli indicatori economici e finanziari di progetto rappresentano un utile strumento di monitoraggio delle revisioni del piano. Le variazioni di detti valori, rilevati nel corso dell'esecuzione del contratto, potrebbero segnalare casi in cui la revisione del PEF ha modificato le condizioni di equilibrio iniziale a vantaggio della parte privata"*.

Con riferimento al trasferimento del rischio di domanda al concedente, si osserva che l'art. 6 della concessione prevede una durata della stessa di quindici anni dalla sottoscrizione. Lo stesso articolo prevede poi che *"al termine del periodo quindicennale di efficacia del presente affidamento in concessione nell'ipotesi di presenza di loculi, di loculetti, di cappelle e di edicole non*



*affidati in concessione ai privati cittadini istanti, è data facoltà all'Amministrazione Comunale di omissis di procedere alla risoluzione della presente convenzione a mezzo di "riscatto" dei loculi, dei loculetti, delle cappelle e delle edicole liberi con il pagamento in favore del concessionario di un corrispettivo forfettario derivante dall'attualizzazione con indici ISTAT del valore di affidamento in concessione di cui all'art. 5 con detrazione di un importo pari al 5% del valore attualizzato". La previsione della durata non è certa (15 anni) essendo la stessa, in presenza di manufatti non assegnati in concessione ai privati cittadini, subordinata alla richiesta da parte del Comune di risoluzione contrattuale con il pagamento dei manufatti non allocati. In altre parole, l'atto contrattuale in parola di fatto trasferisce sull'Amministrazione Comunale il rischio dell'operazione di *Project Financing* anche portando *sine die* la data di scadenza della concessione.*

Si osserva inoltre che la clausola inserita nella convenzione aggiuntiva del 27 ottobre 2015 prevede che *"la durata della concessione per i loculi delle cappelle sociali è fissata in anni 30 decorrenti dalla data di stipula del contratto. Alla scadenza è consentito il rinnovo una sola volta per un uguale periodo di tempo dietro pagamento della tariffa revisionata ed applicata al momento del rinnovo"*. Sebbene il Comune riferisce che la clausola in questione ha la finalità precipua di semplice regolamentazione nei confronti dei cittadini/concessione e la concessionaria evidenzia che detta previsione sarebbe a vantaggio del Comune in quanto incrementerebbe gli introiti relativi al rinnovo, non risultano chiare le motivazioni per le quali una siffatta previsione sia stata inserita nella convenzione, essendo i manufatti, alla scadenza del periodo di concessione ai cittadini, di proprietà del Comune.

Tutto ciò premesso e considerato,

Delibera

quanto segue ai sensi dell'art. 12 co. 1 lett. b) del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici:

- L'attività amministrativa del Comune non è stata improntata alla efficienza e all'efficacia secondo procedure ispirate alla tempestività così come previsto nei principi generali di cui all'art. 1 della legge 109/94 e successivamente dall'art. 2 comma 1 del D.lgs. 163/2006;
- L'adeguamento ISTAT concesso dal Comune nel 2008 di € 1.463.774,90 non è stato effettuato secondo le norme al tempo vigenti (art. 23 D.P.R.554/1999). L'introduzione di nuove disposizioni normative invocate per l'adeguamento dell'importo avrebbe richiesto l'individuazione dell'importo con le modalità indicate dall'art.23 del DPR 554/1999 e non mediante l'adeguamento ISTAT in quanto, tra l'altro, ha operato su quantità non più attuali a seguito delle modifiche progettuali effettuate per le sopravvenienze normative. Inoltre, sebbene l'affidamento sia stato preceduto da una gara e l'importo così



determinato sia stato vagliato dal mercato, del beneficio dell'adeguamento ISTAT ne ha fruito certamente il promotore in presenza del diritto di prelazione come nel caso di specie; il promotore potendo esercitare il diritto di prelazione è certamente il soggetto beneficiario dell'aumento dell'importo della concessione anche nel caso in cui non venga esercitato il citato diritto di prelazione, avendo diritto comunque al compenso fino alla percentuale del 2,5% dell'investimento come da importo modificato (commi 9 e 19 dell'art.153 del D.lgs 163/2006);

- la variante redatta nel 2017, al fine di prevenire ipotesi di squilibrio del PEF derivante dalla mancata allocazione di un numero rilevante di manufatti ed al fine di assecondare le esigenze della cittadinanza in relazione alle tipologie di manufatto da rendere disponibili, ha modificato, di fatto, il perimetro della concessione, cambiando significativamente i parametri della concessione a vantaggio del Concessionario in violazione delle previsioni dell'art. 143 comma 8, penultimo periodo del D.lgs 163/06. Ciò in ragione anche del fatto che le previsioni del contratto di concessione prevedono l'acquisizione da parte del Comune dei manufatti invenduti;
- la clausola inserita nella convenzione aggiuntiva del 27 ottobre 2015, con riferimento alla durata della concessione per i loculi delle cappelle sociali fissata in anni 30 decorrenti dalla data di stipula del contratto che ne consente il rinnovo per una sola volta per un uguale periodo di tempo dietro pagamento della tariffa revisionata ed applicata al momento del rinnovo, non doveva essere riportata nella convenzione riguardando un rapporto tra Amministrazione Comunale e cittadini dopo la scadenza della concessione con i cittadini.

La stazione appaltante è altresì invitata a comunicare all'A.N.AC. le determinazioni al riguardo assunte, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente delibera, ai sensi dell'art. 22 co. 2-3 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici. La richiesta è formulata ai sensi dell'art. 213, co. 13 del d.lgs. 50/2016. Il presente provvedimento è pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

(firmato digitalmente)

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 23 aprile 2021

Il Segretario

Maria Esposito