



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 1234 del 18 dicembre 2019

Fascicolo 1824/2019

Oggetto: Finanza di progetto cimitero Termoli (CIG 73605126A6). Procedure ristretta per l'affidamento di lavori per la realizzazione di loculi cimiteriali presso il Comune di Termoli (CIG 6931216C60). Procedura negoziata per la realizzazione di 160 loculi prefabbricati (CIG 7831477344).

Riferimenti normativi: art. 30, co. 1 e art. 63 co. 2 lett. c) D.Lgs. 50/2016; art. 21^{quiquies} e art. 21^{nonies} L. 241/90

Parole chiave: buona fede precontrattuale, efficienza, tempestività, correttezza e legittimo affidamento – autotutela – procedura negoziata, ragioni giustificative

Massima *Non massimabile*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e successive modificazioni;
Visto il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 5 ottobre 2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 241 del 16 ottobre 2018;

Considerato in fatto

All'esito di una serie di interlocuzioni preliminari (svolte ai sensi dell'art. 13 del Regolamento di Vigilanza), con comunicazione di avvio il procedimento di vigilanza (nota prot. U. 57252 del 15.7.2019), sono state formulate le seguenti contestazioni nei confronti del Comune di Termoli.

1. In riferimento alla procedura di *project financing* (CIG 73605126A6), nonostante risulti l'aggiudicazione: non è stato stipulato il relativo contratto, in ragione della mancata adozione di atti (quali le occorrenti varianti urbanistiche) normalmente precedenti (e non conseguenti) l'avvio della procedura; non è stato reperito alcun documento di gara (ad eccezione del bando e del disciplinare) nella sezione *amministrazione trasparente* del Comune di Termoli (come invece prescritto dall'art. 37 D.Lgs. 33/2013).
2. In riferimento alla procedura ristretta per l'affidamento di lavori per la realizzazione di loculi cimiteriali presso il Comune di Termoli (CIG 6931216C60), è stato adottato un atto di autotutela (con determinazione n. 3 dell'8.1.2018) il quale: non pare rispettare i presupposti richiesti dagli art. 21^{quiquies} e 21^{nonies} L. 241/90; nell'indicare una preferenza per

l'affidamento in *project financing*, non sembra abbia tenuto conto della contestualità dell'avvio delle citate procedure e dei tempi effettivamente occorrenti alla conclusione dell'affidamento di *project financing*.

3. In riferimento alla procedura negoziata per la realizzazione di 160 loculi prefabbricati (CIG 7831477344), le motivazioni poste a fondamento della stessa traggono origine da circostanze imputabili alla stessa amministrazione comunale (quali il precedente atto di annullamento e il ritardo accumulato nella conclusione del *project financing*), con ciò ponendosi in potenziale contrasto con l'art. 63 co. 2, lett. c) del d.lgs. 50/2016 n. 50.

Il Comune di Termoli ha formulato le seguenti controdeduzioni (con nota prot. I. 62492 del 31.7.2019, operando un sostanziale ed ampio rimando sia alle interlocuzioni preliminari che ad un'interlocuzione dell'8.10.2018, tra il Dirigente del Settore IV e il Sindaco di Termoli).

1. Quanto alla procedura di *project financing* (CIG 73605126A6), il contratto non è stato ancora stipulato perché, nonostante l'avvenuta aggiudicazione, la Regione non ha ancora approvato la variante urbanistica (necessaria all'ampliamento del cimitero), adottata dal Consiglio Comunale di Termoli solo in data 3.5.2019. Inoltre, da fonti aperte, è emerso che in data 10.10.2019, è stato pubblicato un avviso rivolto a tutti gli stakeholder per presentare eventuali osservazioni alla variante urbanistica.
È stato altresì precisato che il contratto sarà pubblicato nella sezione "amministrazione trasparente" non appena stipulato. Al riguardo, nella sezione "amministrazione trasparente", l'Ufficio ha rinvenuto solo una parte dei documenti di gara (i quali, pure richiesti, non sono stati inviati), e tra questi non è presente il suddetto contratto.
2. L'annullamento dell'aggiudicazione della procedura ristretta per l'affidamento di lavori per la realizzazione di loculi cimiteriali (CIG 6931216C60) è stato determinato dall'obiettivo di non pregiudicare l'evoluzione della procedura di *project financing*.
3. La procedura negoziata per la realizzazione di 160 loculi prefabbricati (CIG 7831477344) è stata dettata dalla eccezionale ed urgente necessità, di carattere igienico sanitaria, di provvedere alle nuove sepolture.

Considerato in diritto

Per ragioni di sistematicità si procede ad un esame separato delle tre distinte procedure, ancorché variamente connesse tra di loro.

1. Procedura di *project financing* (CIG 73605126A6)

Con avviso esplorativo dell'1.12.2016 è stato individuato (nel novembre 2017) un progetto per la realizzazione e successiva gestione in concessione di loculi cimiteriali, con promotore il RTI COSVIM SOC. COOP s.r.l. -EMEL ITALIA s.r.l.

La proposta è stata dichiarata di pubblico interesse e, pertanto, nel gennaio 2018 è stata avviata la gara (con bando di gara e disciplinare ritualmente pubblicati) per l'affidamento della costruzione di n. 4.212 loculi funerari e della successiva gestione, per un importo di € 14.498.680,05 (di cui € 11.824.635,11 per i soli lavori).

La gara è stata aggiudicata in via definitiva al citato RTI in data 10.4.2018; tuttavia, il relativo contratto ad oggi non è ancora stato stipulato, in quanto la Regione non avrebbe ancora

approvato la necessaria variante urbanistica, già adottata dal Comune di Termoli (in data 3.5.2019).

I ritardi nella conclusione della procedura sono oggettivamente rilevanti (superiori all'anno e mezzo, rispetto all'avvenuta aggiudicazione definitiva), con importanti riverberi sulla funzionalità del servizio cimiteriale. Al di là della effettiva imputabilità dei ritardi (al Comune o alla Regione), non è emersa alcuna giustificazione all'adozione della variante urbanistica, da parte del Comune, dopo oltre un anno dall'aggiudicazione definitiva. Pertanto, la procedura di gara in esame pare porsi in distonia con i principi di efficienza e tempestività (di cui all'art. 30 co.1 D.Lgs. 50/2016).

A ciò deve aggiungersi che, dalla consultazione della sezione "amministrazione trasparente", non è stato possibile reperire l'integrale documentazione di gara (ad eccezione del bando e del disciplinare). Tale circostanza si pone in contrasto con l'art. 29 D.Lgs. 50/2016 e con gli artt. 2-37 D.Lgs. 33/2013, nella parte in cui impongono un obbligo generalizzato di pubblicazione degli atti di gara.

2. Procedura ristretta "per la realizzazione nuovo blocco di loculi nel cimitero comunale" - (CIG 6931216C60)

Parallelamente all'avvio della procedura di *project financing*, il Comune di Termoli, con determinazione del 29.12.2016, ha avviato una procedura ristretta per la costruzione di 160 loculi, per l'importo di € 450.000,00.

La gara, giunta alla fase di valutazione delle offerte tecnico/economiche (cfr. verbale di gara n. 6 del 19.7.2017), è stata annullata in autotutela, affermandosi che la procedura di *project financing* fosse maggiormente rispondente all'interesse pubblico (rispetto alla gara di lavori). Si è inoltre affermato che l'annullamento non arreca pregiudizio ad alcuno (cfr. determinazione n. 3 dell'8.1.2018).

All'esito dell'istruttoria condotta, il Comune di Termoli ha sostanzialmente confermato le motivazioni che hanno condotto al citato provvedimento di autotutela.

Il provvedimento di autotutela in esame, al di là del *nomen* attribuito, non può costituire un'ipotesi di annullamento (non essendo indicato il vizio invalidante, ex art. 21^{nonies} L. 241/90), né appare qualificabile quale revoca (non essendo stata indicata nessuna delle tre ipotesi richieste dall'art. 21^{quinquies} L. 241/90). Infatti, tenuto conto che le due procedure (quella per l'affidamento del *project financing* e quella per l'affidamento dei soli lavori) sono state avviate contestualmente, l'affidamento del *project financing* non può ritenersi in alcun modo un elemento sopravvenuto, da porre a fondamento di un'autotutela revocatoria.

Pertanto, tale provvedimento si pone in palese contrasto con i consolidati principi giurisprudenziali, in materia di responsabilità precontrattuale nell'ambito degli affidamenti pubblici ("Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede" - Ad.Plen., Consiglio di Stato, n. 5 del 4 maggio 2018).

Al di là delle dedotte illegittimità provvedimentale e comportamentale, devono evidenziarsi gli effetti del provvedimento adottato: infatti, l'illegittima scelta di autotutela, valutata in uno con l'eccessiva durata del procedimento di affidamento del *project financing*, si pone in palese contrasto con i principi tempestività dell'azione amministrativa (di cui all'art. 30 co. 1 D.Lgs. 50/2016).

Inoltre, la illegittima scelta di autotutela si è pure rivelata poco efficiente, poiché l'obiettivo di favorire il pronto esito di altra procedura di oggetto similare (*project financing*) non è stato raggiunto, sulla base, peraltro, di circostanze note *ab origine* (e cioè le modifiche urbanistiche necessarie a portare a compimento la procedura di *project financing*).

Il tutto con importanti riverberi negativi sulla fruibilità dei servizi cimiteriali, essendo a tutt'oggi mancanti i loculi cimiteriali e la relativa gestione.

Da ultimo, anche per tale procedura, non è stato possibile reperire la documentazione di gara nella sezione "amministrazione trasparente" del Comune di Termoli. Tale circostanza si pone in contrasto con l'art. 29 D.Lgs. 50/2016 e con gli artt. 2-37 D.Lgs. 33/2013, nella parte in cui impongono un obbligo generalizzato di pubblicazione degli atti di gara.

3. Procedura negoziata "per la realizzazione di 160 loculi prefabbricati" – (CIG 7831477344)

Il Comune di Termoli, con determinazione n. 100 del 15.3.2019, ha avviato una procedura negoziata, ex art. 36 co.2 lett. b) e art. 63 D.Lgs. 50/2016, per l'affidamento di n. 160 loculi cimiteriali prefabbricati. La procedura è stata aggiudicata in data 14.5.2019 e il relativo contratto è stato stipulato in data 7.8.2019 (come appreso dalla comunicazione dell'esito dell'affidamento, pubblicata nella sezione "amministrazione trasparente" – prot. 51197 del 21.8.2019).

La procedura è motivata dall'urgente ed improvvisa necessità di far fronte alle esigenze cimiteriali, anche per ragioni di salute pubblica e igienico-sanitarie ed è stata giustificata proprio in virtù dei ritardi accumulati nell'affidamento del *project financing* (cfr. determina a contrarre n. 562 del 15.3.2019 e nota I ANAC del 7.6.2018 prot. I 46168).

Tale procedura si pone in palese contrasto con l'art. 63 co. 2, lett. c) del d.lgs. 50/2016 n. 50, a mente del quale "*Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici*".

In tal senso "*le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti «nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici»*" (Delibera ANAC 305/2019; nello stesso senso Cons. St., sez. V, 8/8/2019 n. 5628; Cons. St., sez. V, 6 maggio 2015 n. 2272; sez. V, 28 luglio 2014 n. 3997; Delibere Anac n. 30 del 9.3.2011; Parere sulla Normativa del 13.3.2013 - rif. AG28/12).

E' infatti evidente (per stessa ammissione dell'ente comunale) che le giustificazioni poste a base della procedura negoziata, non solo non erano imprevedibili, ma sono state determinate dalle stesse scelte del Comune di Termoli e sono volte a sopperire alle medesime esigenze cui erano destinate le procedure ordinarie (la tumulazione dei defunti). Anzi, l'urgenza dell'affidamento è stata determinata esattamente dal ritardo gravante le procedure ordinarie. Con ciò emerge la

inefficacia, la inefficienza e la diseconomicità dell'attività amministrativa, *sub specie* della gestione delle procedure di gara esaminate.

Tutto ciò premesso e considerato,

Delibera

1. ai sensi dell'art. 12 co. 1 lett. b) del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, invitando la stazione appaltante, di accertare quanto segue.
 - La tardiva stipula del contratto relativo alla procedura di *project financing* (CIG 73605126A6), è contraria ai principi di efficienza e tempestività dell'azione amministrativa (previsti dall'art. 30 co. 1 D.Lgs. 50/2016).
 - Il provvedimento di autotutela adottato nell'ambito della procedura ristretta (CIG 6931216C60) è illegittimo, per violazione degli artt. 21*quinqies* e 21*nonies* L. 241/90, nonché contrario ai principi di efficienza, tempestività, correttezza e legittimo affidamento (previsti dall'art. 30 co. 1 D.Lgs. 50/2016).
 - L'avvio e l'aggiudicazione della procedura negoziata (CIG 7831477344) sono illegittimi, per violazione dell'art. 63 co. 2 lett. c), ultima parte D.Lgs. 50/2016, in quanto le ragioni poste a fondamento della stessa sono state determinate dallo stesso ente comunale.
2. Ai sensi dell'art. 22 co. 1 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, il Comune di Termoli è invitato a valutare l'opportunità di rimuovere le illegittimità riscontrate e ad adottare atti e iniziative volte ad evitare *pro futuro* il ripetersi di queste ultime.

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 f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 gennaio 2020.

Il Segretario

Maria Esposito