



## Presidente

Fasc. Anac n. 378/2020 (da citare nella corrispondenza)

### Oggetto

Regione Basilicata: Procedura aperta per l'affidamento della progettazione e realizzazione degli interventi di messa in sicurezza e bonifica del sito Ex Materit (importo a base d'asta € 2.510.250,73; CIG: 541749417A).

Nota di definizione ai sensi dell'articolo 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Con esposti acquisiti al prot. Ana con i numeri 4177 e 4178 in data 20.01.2020 F.S. s.r.l., aggiudicatario estromesso della procedura in oggetto, segnalava l'illegittima mancata esclusione del RTI S. S.p.a. – L.C.D. s.p.a, risultato successivamente aggiudicatario, a fronte delle false dichiarazioni rilasciate dal mandante in merito all'insussistenza di precedenti penali a proprio carico.

Si trattava, in particolare, della mancata menzione nella dichiarazione sostitutiva di una condanna penale irrogata a carico del rappresentante legale e amministratore unico dell'impresa per la commissione di un reato ambientale che, sebbene risalente, non era stata dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 676 c.p.p. L'Ufficio, ritenendo per una violazione della normativa, ed in particolare dell'articolo 38 D.lgs. 163/2006, ha inoltrato, con nota prot. n. 9381 del 04.02.2020 comunicazione di avvio del procedimento, formulando alla Regione richiesta di chiarimenti ed osservazioni volte a far chiarezza sulle criticità riscontrate, anche in riferimento agli eventuali provvedimenti intrapresi in sede di autotutela.

Con riferimento alle contestazioni avanzate l'amministrazione ha fornito il riscontro a firma del RUP acquisita al prot. ANAC con il numero 1183 del 11.2.2020, rilevando la mancata adozione di atti in autotutela, e segnalando l'impugnazione della determina dirigenziale di aggiudicazione definitiva con ricorso pendente presso il Tar Basilicata con conseguente sospensione della verifica dei requisiti in capo al RTI aggiudicatario.

In particolare in tale nota il RUP dava atto di aver acquisito apposito parere da parte dell'Ufficio legale della Regione (nota prot. 206069/18AA del 09.12.2019), in cui si evidenziava che il caso di specie rientrasse *"nella fattispecie così come disciplinata dall'art. 445 c.p.p. co.2 (Il reato è estinto ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, se nel termine di cinque anni quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole). Ai sensi della normativa sopra citata, nell'ipotesi di che trattasi, in considerazione della natura della sentenza e del reato sottostante (una contravvenzione come si desume dalla pena inflitta), trascorsi due anni si estingue ogni effetto penale ope legis"*.

Per tale motivo con nota prot. n. 27089 del 20.04.2020 l'Ufficio, previa deliberazione del Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 26.02.2020, ha comunicato la sospensione del procedimento di vigilanza ai sensi dell'articolo 10 del vigente Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, stante la pendenza del ricorso giurisdizionale, con invito alla stazione appaltante a comunicare l'esito del medesimo.



A fronte del mancato riscontro, l'Ufficio con nota prot. n. 6034 del 27.01.2022 ha inoltrato alla Regione Basilicata richiesta di aggiornamento, al fine di acquisire notizie in merito all'esito del procedimento giurisdizionale e della procedura di affidamento.

Previo sollecito di cui alla nota prot. n. 13587 del 23.02.2022, con nota acquisita al prot. Anac con il numero 16349 del 4.3.2022, il Rup forniva il riscontro richiesto allegando copia della sentenza n. 2051 del 10.03.2021 emessa dal Consiglio di Stato, adito a riforma dell'intervenuta decisione del Tar Basilicata (sentenza n. 323/2020), con cui è stata confermata la sentenza di primo grado di annullamento dell'aggiudicazione definitiva in favore del RTI S. Spa – L.C.D. s.r.l.

In particolare il Consiglio di Stato, nel confermare la sentenza del giudice territoriale aveva rilevato la falsità della dichiarazione sostitutiva resa dal legale rappresentante e amministratore unico de L.C.D. s.r.l. in merito all'assenza di cause di esclusione e precipuamente di *"non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lett. 3), del D.lgs n. 163/2006"* non riportando *"nella propria offerta una condanna penale irrogata a suo carico per la commissione di un reato ambientale e mai dichiarata estinta ex art. 676 c.p.p"; oltre al fatto che "l'offerta economica dell'A.T.I. S. s.p.a./L.C.D. s.r.l. non recava l'indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale in violazione degli artt. 86 e 87 del D.lgs. n. 163/2006 che sanciscono detto obbligo".*

Il Rup nella suddetta nota di riscontro allegava, altresì, copia della determina dirigenziale n. 23 del 5.11.2020 con cui, dando atto della mancata aggiudicazione definitiva e stipula del contratto per effetto dei ricorsi e delle diverse sentenze intervenute, è stato disposto di non aggiudicare e dichiarare conclusa la procedura, anche a fronte di alcune criticità evidenziate da Ispra e Inail che avrebbero ritenuto *"il progetto acquisito in sede di gara non idoneo alla completa messa in sicurezza e alla definitiva bonifica del sito e, pertanto, non adeguato a soddisfare l'interesse pubblico di tutela della salute e dell'ambiente, né a raggiungere gli obiettivi che la Regione intendeva perseguire con l'appalto in questione".*

Nella determina si richiamava, infatti, la nota prot. n. 81005 del 13.10.2020 con cui il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio aveva trasmesso i contributi istruttori inviati dall'Ispra e dall'Inail con cui erano state rilevate diverse criticità ostative alla conclusione positiva del procedimento. Nello specifico l'Inail aveva espresso parere sfavorevole all'approvazione del progetto definitivo di T. Spa – unico operatore rimasto in graduatoria - in quanto non conforme alle *"Linee Guida Generali da adottare durante le attività di bonifica da amianto nei Siti da bonificare di Interesse Nazionale"* e non completo di alcuni elementi, osservando, altresì, che il bando di gara *"pur previsto per la bonifica di aree in-door e out-door altamente contaminate da amianto compatto e friabile non prevedeva come indicazione minima la realizzazione degli interventi in confinamento statico e dinamico, come previsto dalla normativa vigente (Dm 06/09/1994 e 14/05/1995), né prevedeva: interventi per la bonifica delle aree out-door con rimozione di materiali contenenti amianto ed incapsulamento delle superfici (previsto solo lavaggio piazzali); l'incapsulamento di entrambe le facce delle lastre e tamponature in cemento amianto rimosse, la chiusura di canaline e pozzi aperti (con evidente rischio dei lavoratori); la bonifica del piano interrato; la bonifica di alcune canalizzazioni presenti nell'area in-door, con evidente contaminazione da amianto friabile".*

L'Inail, inoltre, avrebbe rilevato l'obsolescenza del piano di caratterizzazione a base del progetto, in quanto realizzato nel 2007 con *"tecnologie ormai sorpassate"* e l'incompletezza derivante dall'assenza di indagini specifiche sui pannelli di copertura delle strutture e di informazioni sulle reti interrate di allontanamento delle acque reflue e di processo.

Invero già in seguito all'indagine ambientale svolta a novembre 2016 sul sito dello stabilimento ex Materit, l'Istituto Nazionale aveva rilevato *"la mancata previsione del confinamento statico e dinamico ai fini della rimozione delle coperture dei capannoni e la mancata previsione della bonifica dei locali e*



*tubazioni interrato" tali da richiedere "integrazioni al progetto comportanti un notevole incremento di costi e la modifica sostanziale del progetto in termini sia di tecniche di intervento che di modalità esecutive e di impatto economico".*

Per onere di completezza preme rilevare che, a seguito delle ricerche effettuate sul sito internet della stazione appaltante, risulta pubblicato in data 22 giugno 2021 un avviso esplorativo finalizzato all'acquisizione di manifestazioni di interesse per l'affidamento diretto della "*Redazione del Piano di Caratterizzazione - Progettazione e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione degli interventi di caratterizzazione e degli interventi di messa in sicurezza d'emergenza del sito ex Materit ricadente nel SIN Val Basento*" (CIG: 8189436), ai sensi dell'art. 36 comma 2 lett. a) del D. Lgs 50/2016 e dell'art. 1 comma 2, lett a) della Legge n. 120/2020, di cui, purtroppo, non si conosce l'esito.

Orbene, pur a fronte della mancata aggiudicazione della procedura dall'istruttoria sono emerse diverse anomalie addebitabili alla stazione appaltante, ed in primo luogo la mancata esclusione dell'operatore, successivamente risultato aggiudicatario, e conseguentemente alla mancata revoca dell'aggiudicazione in favore dello stesso, nonostante il ricorrere di una falsa dichiarazione in merito all'insussistenza di cause d'esclusione.

Sul punto si è pronunciato il Consiglio di Stato rilevando che l'omissione dichiarativa relativa a un precedente penale dovesse comportare in primo luogo "*la riedizione doverosa del potere da parte della stazione appaltante, ai fini della valutazione della rilevanza del fatto storico ai fini della permanenza dell'affidabilità del concorrente*" ed in mancanza di questo, l'effetto espulsivo.

Essendo oggetto di giudizio non si ritiene opportuno svolgere ulteriori considerazioni al riguardo.

In merito all'onere dichiarativo in capo all'operatore, invece, preme chiarire che, pur dando atto dell'attuale interpretazione della norma di cui all'art. 80 comma 5 D.Lgs. 50/2016 che limita al triennio la rilevanza degli illeciti da comunicare (ovvero i comportamenti contrari a norme giuridiche di natura civile, penale o amministrativa) gravi e idonei ad intaccare l'integrità o l'affidabilità professionale del concorrente, ai sensi dell'art. 38 comma 2 D.Lg. 163/2006 (applicabile *ratione temporis*), gravava sui concorrenti l'onere di dichiarare tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali avessero beneficiato della non menzione, ad eccezione di quelle aventi ad oggetto reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, condanne revocate o quelle per le quali fosse intervenuta la riabilitazione.

In particolare non si ravvisava in capo all'operatore alcuna valutazione discrezionale circa l'ambito applicativo oggetto della dichiarazione, sussistendo tale discrezionalità solo in capo alla stazione appaltante, la quale, deve essere edotta di tutte le circostanze del caso concreto che possano consentire di valutare l'affidabilità e serietà del soggetto con cui, eventualmente, andrà a contrarre.

Come anche chiarito da una giurisprudenza consolidata "*la disposizione rimette non all'operatore economico che compete, ma alla pubblica amministrazione o stazione appaltante di vagliare, secondo la propria valutazione, i precedenti professionali dei concorrenti: e non opera una limitazione a fatti che abbiano necessariamente causato risoluzioni contrattuali o escludano dal vaglio particolari tipologie di condanne penali*" (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 novembre 2019 n. 7749).

Come chiarito anche dal Tar prima e dal Consiglio di Stato nelle sentenze sopra riportate, appare di tutta evidenza che i reati oggetto del caso di specie, già verificatesi alla data di partecipazione alla gara, avrebbero dovuti essere comunicati dall'operatore nella dichiarazione sostitutiva, secondo quanto previsto dalla normativa in materia di dichiarazioni sostitutive.

Né assume efficacia dirimente la successiva dichiarazione di estinzione del reato ex art. 445 c. 2 c.p.p. avvenuta con ordinanza del Tribunale di Matera in data 12.01.2016, poiché l'onere comunicativo deve



essere adempiuto dall'operatore in fase di partecipazione alla gara. La dichiarazione di estinzione esplica, infatti, efficacia solo pro futuro, non rilevando per le comunicazioni antecedenti alla stessa.

Stante, dunque, il termine ultimo fissato per la presentazione delle offerte nel giorno 20.10.2014, appare di tutta evidenza che i reati a quella data fossero ancora non estinti e dunque necessariamente da comunicare alla stazione appaltante da parte dell'operatore economico.

La conoscenza dei precedenti penali, avrebbe, infatti, consentito all'amministrazione le valutazioni di competenza ai sensi dell'art. 38 comma 1 D.lgs. 163/2006, trattandosi di reato incidente sulla moralità professionale dell'operatore, poi risultato aggiudicatario.

Al precipuo scopo di garantire l'equilibrio nella formazione del contratto, l'individuazione e valutazione della concreta incidenza della singola condanna penale sulla complessiva moralità professionale dell'interessato deve essere rimessa alla valutazione unilaterale della stazione appaltante.

In particolare, secondo quanto rilevato dalla giurisprudenza, nella valutazione della moralità professionale assume rilevante importanza l'oggetto del contratto stesso cui si riferisce la gara; ebbene tale incidenza rileverebbe maggiormente proprio nel caso di specie in quanto i reati commessi dal legale rappresentante dell'impresa facente parte del RTI aggiudicatario attengono allo smaltimento di rifiuti tossici (nello specifico policlorodifenili e policlorotrifenili), risultando l'oggetto contrattuale de quo afferire ai lavori di bonifica del sito ex Materit e allo smaltimento dell'amianto ivi depositato (in tal senso Consiglio di Stato Sez. III, 27 marzo 2018 n. 1915).

Tale valutazione, invero, sembrerebbe essere stata al vaglio della Regione Basilicata, che tuttavia, ha, ritenuto il reato estinto ope legis, senza necessità di un provvedimento dichiarativo, che, a parere della stazione appaltante, avrebbe solo funzione meramente ricognitiva, così da ritenere idonea la dichiarazione presentata dal RTI in sede di gara.

Tale impostazione, tuttavia, non può ritenersi condivisibile, in quanto, secondo quanto previsto da una costante giurisprudenza, l'estinzione del reato non può avvenire mai ope legis, necessitando, pur sempre di un provvedimento del giudice penale, nello specifico del giudice dell'esecuzione che ha emesso il provvedimento ex art. 657 c.p.p., l'unico soggetto adibito all'accertamento di tutte le sopravvenienze rispetto alla sentenza di condanna.

In una risalente pronuncia, esplicante un principio fondamentale, il giudice penale ha rilevato che *"In caso di applicazione della pena su richiesta, la successiva estinzione del reato, ai sensi dell'art. 445, comma 2, c.p.p., pur operando ope legis, in presenza dei presupposti di legge, richiede comunque che la sussistenza di tali presupposti sia accertata con pronuncia giudiziale, da adottarsi previa acquisizione, se necessario, anche d'ufficio, degli elementi atti a dimostrarla o ad escluderla. (Nella specie, in applicazione di tale principio, la Corte, su ricorso dell'interessato, ha annullato con rinvio l'ordinanza del giudice dell'esecuzione che aveva respinto la richiesta di declaratoria di estinzione del reato, ritenendo che essa non fosse necessaria e che, comunque, non fosse possibile accertare l'avvenuta commissione o meno di reati nel quinquennio, non essendo all'uopo sufficienti le mere risultanze del certificato penale)"* (Cassazione penale Sez. I sentenza n. 32801 del 30.09.2005).

Parimenti e più recentemente il Supremo Consesso Amministrativo ha affermato che *"l'estinzione del reato, che consente di non dichiarare l'emanazione del relativo provvedimento di condanna, secondo la prevalente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che merita convinta adesione, non è automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, che è l'unico soggetto al quale l'ordinamento attribuisce il compito di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, fino a quando non intervenga tale provvedimento giurisdizionale, non può legittimamente parlarsi di "reato estinto" e il concorrente non è esonerato dalla dichiarazione dell'intervenuta condanna"* (Consiglio di



Stato, 13 maggio 2019, n. 3059; ex multis C.d.S. III Sez., 29 maggio 2017, n.2548, n. 4118/2016; V, n. 3105/2015, n. 3092/2014 e n. 4528/2014).

Pur dando atto di un possibile contrasto giurisprudenziale, così come specificato nel parere legale acquisito dalla Regione Basilicata, secondo cui l'estinzione del reato avverrebbe *ope legis* senza necessità di alcuna declaratoria da parte del giudice, si ritiene, purtuttavia di doversi allineare alla giurisprudenza, ribadita, ulteriormente dal Supremo Consesso, il quale confermando *"la validità dell'orientamento maggioritario (ex multis, Cons. Stato, V, 12 dicembre 2018, n. 7025; III, 29 maggio 2017, n. 2548)"* secondo cui già dalle disposizioni di cui all'art. 38, commi 1, lett. c), e 2 del d.lgs. n. 163 del 2006 — i cui principi sono stati poi trasfusi nell'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 — si ricava che *"l'estinzione del reato (che consente di non dichiarare l'emaneazione del relativo provvedimento di condanna in occasione di una procedura di evidenza pubblica) non è automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale"* (Cons. St., Sez. V, sent. n. 1527 del 05.03.2019).

Ulteriore anomalia venuta in rilievo ha riguardato la mancata separata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, nell'offerta economica dell'aggiudicatario.

Come chiarito dal giudice di prime cure, e confermato dal Consiglio di Stato, fermo restando l'obbligo di attivazione del soccorso istruttorio da parte dell'amministrazione, la mancata attivazione della stessa avrebbe dovuto comportare l'annullamento dell'aggiudicazione ai fini dell'attivazione del soccorso istruttorio.

In particolare l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato aveva rilevato che *"Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio"* (Ad. Plen. 27 luglio 2016 n. 19).

Tale illegittimità, sebbene non sia stata oggetto di contestazione nella comunicazione di avvio, evidenzia, ulteriormente, un'attività amministrativa non conforme ai criteri di correttezza, come acclarato dalle Corti interessate.

Conclusivamente, sotto altro profilo sorgono perplessità in merito all'operato dell'amministrazione in relazione alla gestione dell'intera procedura. Preme ribadire che la gara, bandita nel 2014, dopo quasi sette anni è stata dichiarata non aggiudicabile a fronte delle motivazioni sopra riportate.

Ferma restando la discrezionalità di cui gode la stazione appaltante nella determinazione di non procedere ad aggiudicazione, si ravvisa la necessità di una congrua motivazione *"in ordine alla valutazione circa il bilanciamento degli interessi in gioco, che merita l'attenzione approfondita della stazione appaltante che, bandendo la gara, ha coinvolto nell'avventura procedimentale operatori di mercato nel settore cui si riferisce l'oggetto del contratto da appaltarsi, i quali ben potrebbero aver investito risorse ovvero rinunciato ad operazioni fruttuose per poter partecipare alla gara"* (TAR Friuli Venezia Giulia, 29 settembre 2011, n. 382 ; in tal senso anche Tar Lazio, Roma, II, n. 8975/2010).

Invero l'articolo 81 comma 3 del D.lgs. n. 163/2006 attribuiva alla stazione appaltante la facoltà di non aggiudicare la gara qualora nessuna offerta fosse ritenuta, a giudizio discrezionale dell'amministrazione *"conveniente o idonea"*, purché tale facoltà fosse indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera d'invito.



Orbene, nel caso di specie lo *ius poenitendi* della Regione sembra dettato da considerazioni diverse dalla mancata convenienza delle offerte, in quanto, come riportato nella determina di non aggiudicazione, *"l'Inail ritiene il bando non congruo e non esaustivo per garantire la bonifica definitiva dell'area ex Materit, né adeguato alle condizioni di degrado generatosi con il passare del tempo successivamente agli interventi di MISE, sia per le porzioni in-door che out-door e i progetti acquisiti in sede di gara, ad oggi, non in grado di assicurare un adeguato livello di sicurezza sia per gli operatori addetti alle attività di bonifica che per la popolazione residente nelle aree limitrofe"*, con l'ulteriore precisazione che *"il progetto acquisito in sede di gara non risulta idoneo alla completa messa in sicurezza e alla definitiva bonifica del sito e, pertanto, non adeguato a soddisfare l'interesse pubblico di tutela della salute e dell'ambiente, né a raggiungere gli obiettivi che la Regione intendeva perseguire con l'appalto in questione"*.

Orbene, pur prendendo atto dell'obsolescenza delle indagini effettuate, tali disposizioni alluderebbero ad errori nella fase di progettazione preliminare, addebitabili all'Amministrazione, e non all'incongruità del contratto.

Sul punto preme ribadire che già nel 2016 l'Inail, in seguito ad un'ispezione aveva rilevato l'assenza di alcune indagini tale da richiedere una modifica sostanziale del progetto, e pertanto desta perplessità la scelta dell'amministrazione di non aggiudicare la procedura sulla base di motivazione già conosciute cinque anni prima.

Tale situazione integra una violazione dei principi di tempestività e non aggravamento dell'agere amministrativo sanciti all'articolo 30 D.lgs. 50/2016 in quanto un'azione non tardiva dell'amministrazione avrebbe evitato le spese e le lungaggini procedurali derivanti dal protrarsi infruttuoso della procedura.

Una celere attivazione della stazione appaltante, inoltre, si ritiene fondamentale proprio in riferimento all'appalto in oggetto riguardante la bonifica di un sito di interesse nazionale altamente inquinato – in quanto trattasi dell'ultimo stabilimento di produzione di eternit – in riferimento al quale già nel 2008 il Ministero dell'Ambiente aveva rilevato la necessità della messa in sicurezza dell'area al fine di evitare l'inquinamento della falda acquifera.

In base a quanto esposto nella presente nota, oggetto di deliberazione dell'adunanza consiliare del 3 maggio 2022, e tenuto conto dell'intervenuta conclusione della procedura, si comunica la definizione del procedimento ai sensi dell'articolo 21 del Regolamento sull'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, con invito a voler tener conto per il futuro di quanto specificatamente dedotto e rilevato nella presente comunicazione in vista di un adeguato e puntuale rispetto della normativa di settore, con particolare riferimento al rispetto dei principi di tempestività e non aggravamento dell'azione amministrativa.

Si invita, altresì, la stazione appaltante a comunicare entro sessanta giorni dal ricevimento della medesima gli esiti della manifestazione d'interesse per la redazione del piano di caratterizzazione e a voler aggiornare l'Autorità in merito agli sviluppi della procedura di affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori.



*Il Presidente*

*Avv. Giuseppe Busia*

Firmato digitalmente il 10 maggio 2022