



DELIBERA N. 142

del 20 marzo 2024

Oggetto

Fascicolo UVLA 4882-2022 - Appalto integrato complesso avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva e la realizzazione dell'intervento P3062 "Realizzazione della Nuova Diga Foranea – Ambito Bacini di Sanpierdarena - Porto di Genova". Importo a base di gara per lavori e progettazione euro 910.984.651,19, oltre 17.662.276,19 per oneri per la sicurezza, per un totale di euro 928.646.927,38 - CUP C39B180000 600006 - CIG 9432266822 – Aggiudicatario: Consorzio W. - Stazione appaltante: Autorità Portuale di Sistema del Mar Ligure Occidentale.

Riferimenti normativi

D. L. 28 settembre 2018, n. 109, conv. in l. 16 novembre 2018, n. 130;

D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

D. L. 18 aprile 2019 n. 32, conv. in l. 14 giugno 2019 n. 55;

D. L. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. L. 29 luglio 2021 n. 108

VISTO

l'articolo 213 del d. lgs. 50/2016, secondo cui ANAC vigila sui contratti pubblici;

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 adottato con delibera n. 270 del 20 giugno 2023;

VISTA

la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori

INDICE

Premessa.....	pag. 3
Considerato in fatto	
Il quadro normativo.....	pag. 5
Il DL 28 settembre 2018 n. 109 conv. in l. 16 novembre 2018 n. 130 (cd. Decreto Genova)...	pag. 5
Il DL 18 aprile 2019 n. 32 conv. in l. 14 giugno 2019 n. 55 (cd. Sbloccacantieri)	pag. 6
Il DPCM 16 aprile 2021 (Nomina del Commissario Straordinario per la Diga).....	pag. 6

Il DL 6 maggio 2021, n. 59, conv. in l. 1 luglio 2021, n. 101 (Piano Nazionale per gli investimenti complementari – PNC).....	pag. 6
Il DL 31 maggio 2021 n. 77 conv. in l. 29 luglio 2021 n. 108 (Governance del PNRR).....	pag. 6
L’art. 32 della Direttiva 2014/24/UE	pag. 7
I decreti del Commissario Straordinario per la Ricostruzione del viadotto Polcevera di approvazione del Programma Straordinario e dei Piani Procedurali proposti dall’Autorità Portuale di Sistema del Mar Ligure Occidentale, soggetto attuatore.....	pag. 7
Approvazione del Progetto di Fattibilità Tecnico Economica della Nuova Diga Foranea.....	pag.11
La procedura di affidamento dell’appalto integrato.....	pag.11
Prima fase – avviso esplorativo.....	pag.11
Seconda fase - lettera di invito - procedura deserta.....	pag.12
Terza fase – convocazione dei soggetti interessati.....	pag.12
Quarta fase – presentazione proposte tecnico-economiche dei soggetti interessati.....	pag.13
Quinta fase – determina a contrarre – nomina collegio degli esperti – richiesta rimodulazione offerte.....	pag.14
Sesta fase - negoziazione con W. (omissis) – aggiudicazione.....	pag.15
Sentenza TAR Liguria e contenzioso successivo.....	pag.16
Considerato in diritto	
a) Sulla preliminare richiesta di archiviazione del procedimento.....	pag. 16
b) Sulla subordinata richiesta di sospensione del procedimento.....	pag. 17
c) Sul potere di vigilanza dell’ANAC.....	pag. 19
d) Sulla sindacabilità della scelta di inserire l’opera nel Programma Straordinario.....	pag. 23
1) Sulla prima criticità: Assenza delle motivazioni sottese alla procedura negoziata senza bando.....	pag 26
2) Sulla seconda criticità: mancato rinnovo della procedura a seguito di gara andata deserta.....	pag. 31
3) Sulla terza criticità: Prezziario non aggiornato alla luce del DL 50/2022.....	pag. 33
4) Sulla quarta criticità: Assenza di criteri per attribuzione dei punteggi per la formazione di una graduatoria e alterazione delle condizioni iniziali di gara – ulteriori criticità in relazione alla non ottemperanza al voto del CSLP.....	pag. 34
5) Sulla quinta criticità: Decreto n. 729 del 29 luglio 2022 e nomina del secondo collegio di esperti a buste aperte.....	pag.46



6 e 7) Sulla sesta e settima criticità: Mancanza dei requisiti tecnico professionali di W. (omissis) e risarcimento del danno ad RTI E.(omissis). Presunto conflitto di interessi ai sensi dell'art. 42 comma 2 del d.lgs. 50/2016 dell'Ing. (omissis)pag.48

Premessa

In via del tutto preliminare, si rammenta che la Nuova Diga Foranea del Porto di Genova, oggetto del presente procedimento di vigilanza, rientra tra le dieci opere pubbliche nazionali di particolare complessità e di rilevante impatto e finanziate con risorse PNRR.

Con nota prot. ANAC n. 96503 del 21 novembre 2022, l'Autorità chiedeva alla stazione appaltante una relazione circa le procedure poste in essere per l'aggiudicazione dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva e la realizzazione della Nuova Diga Foranea di Genova, specificando le ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili non imputabili all'Amministrazione che non avevano consentito l'adozione di procedure ordinarie quali aperte, ristrette o competitive con negoziazione.

Con nota assunta a prot. ANAC n. 102962 del 7 dicembre 2022, il Commissario Straordinario per la Diga riscontrava la richiesta di informazioni chiarendo che *"La nuova Diga Foranea è inserita nel "Programma Straordinario di investimenti urgenti per la ripresa e lo sviluppo del porto e delle relative infrastrutture di accessibilità e per il collegamento intermodale dell'aeroporto Cristoforo Colombo con la città di Genova nonché per la messa in sicurezza idraulica e l'adeguamento alle norme in materia di sicurezza sul lavoro" previsto dall'art. 9 bis, D.L. n. 109/2018, conv. con Legge n. 130/2018 (cd. "Decreto Genova").*

Si tratta di un complesso programma di interventi ed investimenti qualificati dalla legge come "urgenti" che, ai sensi del richiamato articolo 9 bis, DL 109/2018, è stato adottato e poi aggiornato dal Commissario Straordinario per la Ricostruzione del Viadotto Polcevera in seguito al tragico evento del crollo del ponte Morandi ed alle gravi ripercussioni che lo stesso ha causato al contesto economico di tutta la città di Genova ed in particolare al suo porto".

La stazione appaltante precisava inoltre che il Commissario Straordinario per la Ricostruzione del Viadotto Polcevera - su proposta dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, soggetto attuatore - con decreto n. 2 del 15 gennaio 2019 aveva approvato il **Programma Straordinario**, successivamente integrato ed aggiornato, nel quale era stata inserita la realizzazione della Nuova Diga Foranea del Porto di Genova. Gli ulteriori aggiornamenti del Programma Straordinario, adottati con i successivi decreti commissariali, n. 5 del 15 luglio 2021 e n. 5 del 15 agosto 2022, avrebbero mantenuto ferma la scelta del Commissario di includere tra le opere del Programma la Nuova Diga Foranea del Porto di Genova.

Proseguiva la stazione appaltante chiarendo che, unitamente al Programma Straordinario ed ai suoi aggiornamenti, il Commissario per la Ricostruzione aveva, altresì, adottato i c.d. **Piani Procedurali**, ovvero l'insieme delle previsioni che, per le ragioni d'urgenza ivi meglio esplicitate, disciplinavano le procedure accelerate, in deroga alla normativa vigente per l'approvazione e l'affidamento degli appalti necessari alla realizzazione delle opere del Programma Straordinario. Si tratta, nello specifico, dei Piani Procedurali adottati ed approvati dal Commissario Straordinario con Decreto n. 19 del 3 maggio 2019, con Decreto n. 1 del 28 febbraio 2020, con Decreto n. 5 del 15 luglio 2021, e, da ultimo, con Decreto n. 5 del 15 agosto 2022.

Specificava la stazione appaltante che il carattere dell'estrema urgenza e le motivazioni a supporto del Piano Procedurale e le deroghe infra previste erano pertanto strettamente connesse con quelle già riportate nei suddetti Decreti del Commissario Straordinario per la Ricostruzione, sostanzialmente riconducibili alla normativa straordinaria ed al contesto emergenziale sotteso all'adozione del Programma

Straordinario e agli stringenti termini di realizzazione fissati dal Legislatore. Ciò veniva ulteriormente rafforzato anche dalla scelta del Legislatore effettuata con l'art. 4 della Legge 14 giugno 2019, n. 55 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 di individuare commissari straordinari con poteri in deroga per determinati interventi infrastrutturali ed il conseguente inserimento tra gli stessi, ad opera del Governo, della Nuova Diga Foranea di Genova.

Prosegue la stazione appaltante rammentando che la Nuova Diga Foranea del Porto di Genova veniva inclusa tra gli interventi di cui all'art. 1, comma 2 (punto c. 7), del DL 6 maggio 2021, n. 59, conv. in l. 1 luglio 2021, n. 101, recante "Misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti".

Infine la Committente ribadiva che ulteriore finanziamento per 100 milioni di euro per l'intervento di realizzazione della Nuova Diga Foranea era stato disposto a seguito dell'approvazione del programma del "Fondo per le infrastrutture portuali", destinato a finanziare le opere infrastrutturali nei porti di rilevanza nazionale, di cui al decreto del MIMS, di concerto con il MEF n. 52 del 10 marzo 2022, registrato alla Corte dei conti in data 7 aprile 2022 al n. 851.

Con nota prot. ANAC n. 52931 del 4 luglio 2023 è stato comunicato alla stazione appaltante l'avvio del procedimento di vigilanza finalizzato alla verifica circa la sussistenza dei presupposti necessari per il legittimo espletamento della procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento dell'appalto integrato in oggetto ai sensi dell'art. 213, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016. Veniva quindi ricompresa negli accertamenti la verifica della conformità della procedura di gara alla normativa contenuta dall'art. 1 e 9 bis del DL 109/2018 (cd decreto Genova), dall'art. 4 comma 3 del DL 55/2019 e del DL 77/2021 nonché dell'art. 32, comma 2 lett. a) e c) della Direttiva al fine di indagare circa la correttezza della procedura negoziata senza bando utilizzata per l'affidamento dell'appalto integrato in questione. Al contempo, si è proceduto a verificare anche la conformità alla norma del mancato rinnovo della procedura di gara a fronte di una prima procedura negoziata senza bando andata deserta che potrebbe aver leso i principi di apertura al mercato e par condicio con conseguente restrizione della concorrenza. Ulteriormente, si è proceduto ad analizzare il corretto adempimento dell'obbligo imposto dall'art. 26 del DL 17 maggio 2022 n. 50 conv in l. 15 luglio 2022 n. 91 (cd decreto Aiuti) consistente nel porre a base di gara un prezzario aggiornato che tenesse conto degli incrementi dei prezzi verificatisi nella prima parte dell'anno 2022 a causa della guerra in Ucraina, circostanza questa che, se non ottemperata, avrebbe potuto restringere la concorrenza. Successivamente, è stata oggetto di verifica, l'alterazione delle condizioni iniziali di gara determinata dalla richiesta di modifica dello schema di contratto e del capitolato di gara non controbilanciata da una apertura alla concorrenza. Infine, è stato esaminato il decreto di nomina del secondo collegio di esperti che ha valutato l'offerta tecnica a buste aperte nonché il presunto conflitto di interessi dell'Ing. (omissis), già responsabile dell'attuazione del Programma Straordinario.

A riscontro dell'avvio dell'istruttoria di cui alla nota prot. 52931 del 4 luglio 2023, risulta acquisita dalla stazione appaltante la nota prot. ANAC n. 32764 del 3 agosto 2023 e relativa documentazione allegata, volta a controdedurre in ordine ai rilievi formulati dall'Autorità, con la produzione di documentazione di gara allegata riferibile alla procedura in esame. La Stazione appaltante sosteneva la piena legittimità del proprio operato e chiedeva l'archiviazione del procedimento. Nelle more, ritenendo l'identità dell'oggetto tra il procedimento di vigilanza e il contenzioso giurisdizionale, chiedeva la sospensione del procedimento, in attesa della definizione del contenzioso innanzi al TAR.

A seguito dell'istruttoria, venivano in evidenza ulteriori criticità inerenti la verifica e validazione del progetto posto a base di gara relative all'attività di verifica del progetto che determinavano la necessità di estendere il procedimento di vigilanza anche alla società R. (omissis), verificatore, al fine di assicurare un



completo confronto su ogni elemento in contestazione. Nell'ottica di massimizzare il contraddittorio, si riteneva dunque di dover formulare al Consiglio dell'Autorità anche la proposta di estensione dell'attività di vigilanza al soggetto verificatore del progetto R. (omissis).

Pertanto, gli esiti istruttori venivano portati all'evidenza del Consiglio dell'Autorità, il quale nell'adunanza del 8 novembre 2023, deliberava l'invio alla stazione appaltante e al verificatore R. (omissis) (quale atto di avvio del procedimento) della comunicazione delle risultanze istruttorie (di seguito CRI), che veniva inoltrata con nota prot. 100030 del 9 novembre 2023, nella quale si assegnava il termine di 30 giorni per l'acquisizione delle controdeduzioni e degli elementi documentali richiesti.

Tale comunicazione veniva riscontrata dapprima dalla stazione appaltante, con nota acquisita al prot. n. 110423 dell'11 dicembre 2023, con la quale venivano formulate specifiche controdeduzioni, nell'ambito delle quali si ribadiva la legittimità e correttezza dell'operato della stazione appaltante nell'affidamento oggetto del procedimento in epigrafe.

Successivamente, pervenivano con nota prot. n. 10170 del 22 gennaio 2024, le controdeduzioni del verificatore R. (omissis) il quale sosteneva la correttezza del proprio operato.

Considerato in fatto

Il quadro normativo

Al fine di consentire una migliore comprensione delle circostanze di fatto di seguito esposte, si ritiene necessario premettere una breve sintesi del quadro normativo di riferimento.

Il DL 28 settembre 2018 n. 109 conv. in l. 16 novembre 2018 n. 130 (cd. Decreto Genova)

L'art. 1, comma 5 del DL 28 settembre 2018 n. 109 citato prevedeva che «Per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l'affidamento e la ricostruzione dell'infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario" *il Commissario Straordinario per la Ricostruzione del Viadotto Polcevera* "opera in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea».

Il successivo comma 7 stabiliva che «Il Commissario Straordinario affida, ai sensi dell'art. 32 della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, la realizzazione delle attività concernenti il ripristino del sistema viario, nonché quelle connesse, ad uno o più operatori economici diversi dal concessionario del tratto autostradale alla data dell'intervento.....».

Di seguito, l'articolo 9 bis del medesimo D.L. 10/2018, introdotto dalla legge di conversione 16 novembre 2018, n. 130, rubricato "Semplificazione delle procedure di intervento dell'Autorità Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale", stabiliva che il Commissario Straordinario per la Ricostruzione del Viadotto Polcevera avrebbe dovuto adottare «**entro il 15 gennaio 2019**, con propri provvedimenti, su proposta dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure occidentale, un **programma straordinario di investimenti urgenti** per la ripresa e lo sviluppo del porto e delle relative infrastrutture di accessibilità e per il collegamento intermodale dell'aeroporto Cristoforo Colombo con la città di Genova, da realizzare a cura della stessa Autorità di Sistema Portuale **entro trentasei mesi** dalla data di adozione del provvedimento commissariale, con l'applicazione delle **deroghe di cui all'articolo 1, nei limiti delle risorse finalizzate allo scopo**, ivi comprese le risorse previste nel bilancio della citata Autorità di sistema portuale e da altri soggetti ».

Detto articolo 9 bis è stato successivamente integrato ad opera della legge 160/2019 - finanziaria 2020 che autorizzava tra l'altro l'aggiornamento del programma straordinario entro il **28 febbraio 2020**.

Il DL 18 aprile 2019 n. 32 conv. in l. 14 giugno 2019 n. 55 (cd. Sbloccacantieri)

L'art. 4, comma 1 del DL 18 aprile 2019 n. 32, conv. in l. 14 giugno 2019 n. 55 (cd. Sbloccacantieri) prevedeva che «Con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro il 31 dicembre 2020, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono individuati gli interventi infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico - amministrative ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio - economico a livello nazionale, regionale o locale, per la cui realizzazione o il cui completamento si rende necessaria la nomina di uno o più Commissari straordinari che è disposta con i medesimi decreti».

Il successivo comma 3 del DL 55/2019 citato prevede che «Per l'esecuzione degli interventi, i **Commissari straordinari** possono essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e **operano in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, e delle disposizioni in materia di subappalto**».

Il DPCM 16 aprile 2021 (Nomina del Commissario Straordinario per la Diga)

Pertanto con DPCM 16 aprile 2021, il Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale veniva nominato Commissario Straordinario per la Diga; inoltre, la Nuova Diga Foranea di Genova veniva individuata tra «gli interventi infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico - amministrative ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio - economico a livello nazionale, regionale o locale». Il Commissario Straordinario per la Diga, a seguito dell'entrata in vigore della legge 9 ottobre 2013 n. 136, di conversione del DL 104/2013, cessava le proprie funzioni.

Il DL 6 maggio 2021, n. 59, conv. in l. 1 luglio 2021, n. 101 (Piano Nazionale per gli investimenti complementari –PNC)

Con l'art. 1, comma 1 e comma 2 lett. c) punto 7 del d.l. 6 maggio 2021, n. 59, conv. in l. 1 luglio 2021, n. 101 *"Misure urgenti relative al Fondo Complementare al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti"* veniva approvato il Piano nazionale per gli investimenti complementari finalizzato ad integrare, con risorse nazionali, per complessivi 30.622,46 milioni di euro per gli anni dal 2021 al 2026, gli interventi del PNRR, tra cui lo sviluppo dell'accessibilità marittima e della resilienza delle infrastrutture portuali ai cambiamenti climatici (comma 2, lett. c) punto 7).

Il DL 31 maggio 2021 n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021 n. 108 (Governance del PNRR)

Con il DL 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108 *"Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure"* (cd Decreto semplificazioni bis), **nell'Allegato IV punto 10**, il Legislatore inseriva la Diga Foranea di Genova **tra le dieci opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto e finanziate con risorse PNRR.**

Ad essa dunque si applicano anche le procedure speciali previste per alcuni progetti PNRR dal Titolo III del DL 77/2021 ossia l'art. 44 del DL 77/2021 rubricato *"Semplificazioni procedurali in materia di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto"* di cui all'art. 44 del DL 77/2021 citato nonché *"le*



semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC” di cui all’art. 48 del DL 77/2021, che al comma 3 prevede che «Le stazioni appaltanti possono altresì ricorrere alla procedura di cui all’art. 63 del decreto legislativo 50/2016 per i settori ordinari **nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l’applicazione dei termini anche abbreviati previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell’Unione Europea.** Al solo scopo di assicurare la trasparenza, le stazioni appaltanti danno evidenza dell’avvio delle procedure negoziate di cui al presente comma mediante i rispettivi siti istituzionali».

L’art. 32 della Direttiva 2014/24/UE: utilizzo della procedura negoziata senza bando.

Infine l’art. 32 della Direttiva 2014/24/UE stabilisce al comma 2 che «Nel caso degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata nei casi seguenti:

a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all’esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell’appalto non siano sostanzialmente modificate e purché una relazione sia trasmessa alla Commissione a richiesta di quest’ultima

b) (omissis)

c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti 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 per giustificare l’estrema urgenza non sono in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici».

I decreti del Commissario Straordinario per la Ricostruzione del viadotto Polcevera di approvazione del Programma Straordinario e dei Piani Procedurali proposti dall’Autorità Portuale di Sistema del Mar Ligure Occidentale, soggetto attuatore.

A seguito della entrata in vigore del d.l. 28 settembre 2018 n. 109, conv. in l. 16 novembre 2018 n. 130, (cd Decreto Genova), con DPCM del 4 ottobre 2018 il Sindaco di Genova veniva nominato Commissario Straordinario per la Ricostruzione del Viadotto Polcevera (di seguito anche Commissario per la Ricostruzione).

1) Con il **decreto n. 3 del 15 novembre 2018**, il Commissario Straordinario per la Ricostruzione disponeva che «le attività per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l’affidamento e la ricostruzione dell’infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario — compresa la direzione dei lavori, le procedure per la sicurezza dei lavori ed il collaudo ed ogni attività propedeutica e connessa relativa anche a servizi e forniture — vengano aggiudicate, ai sensi dell’art. 32 della direttiva 2014/24/UE, mediante una o più procedure negoziate senza previa pubblicazione di bandi o avvisi» e che «la stipulazione dei contratti avvenga nel rispetto delle norme previste dalla legge di conversione del decreto-legge n. 109 del 2018, nonché delle eventuali ulteriori indicazioni in tema di anticorruzione, che l’Autorità Nazionale Anticorruzione intenderà fornire nell’ambito dello stipulando protocollo di collaborazione», poi sottoscritto in data 7 dicembre 2018 tra l’Autorità Nazionale Anticorruzione e il Commissario Straordinario.

2) Con decreto n. **2 del 15 gennaio 2019**, il Commissario Straordinario per la Ricostruzione adottava il *"Programma straordinario di investimenti urgenti per la ripresa e lo sviluppo del porto e delle relative infrastrutture di accessibilità e per il collegamento intermodale dell'aeroporto Cristoforo Colombo con la città di Genova"* del 14 gennaio 2019, proposto dall'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, soggetto attuatore degli interventi, ai sensi dell'art. 9 bis del D.L. n. 109/2018, conv. in l. n. 130/2018, ad esso allegato.

In detto Programma Straordinario si elencavano le varie categorie di interventi da attuare (ultimo miglio stradale e ferroviario, infrastrutture portuali, progetti porto – città, aeroporto); nella categoria delle infrastrutture portuali veniva inserita (pag. 12) la Nuova Diga Genova – prima fase, pari a 300 milioni di euro. L'intervento riguardava la prima fase operativa dell'opera di protezione relativa all'imboccatura di ponente del bacino di Sanpierdarena.

Sul punto si afferma che (pag. 5) «Per quanto concerne le infrastrutture portuali, il Piano prevede un insieme di interventi indispensabili per supportare **una migliore accessibilità via mare** e per accelerare il completamento di opere strategiche di potenziamento dell'offerta commerciale del porto di Sampierdarena (compendio Bettolo).

Al di là di quanto già attivato per lo spostamento della diga foranea di Sampierdarena, la cui prima fase operativa potrà riguardare l'imboccatura di ponente, l'urgenza è rappresentata dalla realizzazione di un piano di dragaggi che consenta di accogliere e manovrare in massima sicurezza anche le navi di prossima generazione e già programmate per lo scalo genovese sia nel comparto passeggeri che in quello delle merci». **In tale contesto, la stessa Autorità Portuale chiarisce che "estrema urgenza" era riferibile al solo piano dragaggi e non alla costruzione della Nuova Diga Foranea, solo parzialmente finanziata (soli 300 milioni di euro) e non ancora entrata nella fase operativa, vista anche la mancanza del progetto – PFTE- che veniva approvato dopo ben tre anni, ossia a maggio 2022.**

3) Con **decreti nn. 6 e 15 del 15 febbraio e 11 aprile 2019**, il Commissario Straordinario per la ricostruzione nominava il Responsabile dell'attuazione del Programma Straordinario, nella persona dell'Ing. (omissis), e individuava nell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale il soggetto attuatore degli interventi inseriti nel Programma straordinario.

4) Successivamente, **con decreto n. 19 del 3 maggio 2019, il Commissario Straordinario** confermava l'Autorità Portuale come soggetto attuatore degli interventi previsti nel Programma Straordinario e prendeva atto del fatto che l'Autorità Portuale avrebbe proceduto alla attuazione degli interventi previsti nel Programma straordinario «applicando, nella propria autonomia amministrativa e negoziale, le deroghe previste dall'art. 1 della L. 130/2018 con le modalità definite nel "Piano Procedurale».

Al decreto commissariale in questione era allegato il Piano Procedurale del 30 aprile 2019, redatto dal Responsabile per l'attuazione del Programma Straordinario, in cui venivano individuate, all'interno del Programma Straordinario, le opere da considerarsi prioritarie - ed in particolare gli specifici interventi, riferiti alle infrastrutture viarie e ferroviarie relative alla logistica portuale, - in cui non rientrava come si è visto la Nuova Diga Foranea - per le quali avrebbero potuto essere utilizzate le deroghe concesse dal combinato disposto degli artt. 9 bis e 1 della L. 130/2018. A tale fine si afferma che «La ratio del programma è quella di realizzare accorpamenti delle **singole opere stradali e ferroviarie**, al fine di conseguire benefici in termini di tempo, di soluzione strutturale e sinergie di interventiL'obiettivo è quello di realizzare le singole opere come unico intervento, in un arco temporale di tre anni, come per altro indicato dalla normativa citata. Tale esigenza nasce dall'urgenza di creare una viabilità alternativa al "Ponte Morandi", capace di sopperire alle esigenze di traffico veicolare che giornalmente si snoda lungo l'asse ponente/levante, e di creare un efficace collegamento tra il porto e il tessuto urbano "il dilatamento della durata delle procedure ordinarie –



peraltro non imputabile alla amministrazione precedente - costituirebbe un ostacolo oggettivo ed ineludibile al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di rete, fortemente compromessi dal tragico evento occorso il 14 agosto 2018 **rendendo impossibile la realizzazione del programma straordinario nei 36 mesi previsto dall'art. 9 bis della l. 109/130/2018».**

Pertanto, la **ratio dell'urgenza** delle opere inserite nel Programma Straordinario e individuate quali opere prioritarie - da realizzare entro **36 mesi** dalla data di approvazione del programma ai sensi dell'art. 9 bis della l. 109/2018 - è stata ravvisata dalla stessa Autorità Portuale nella necessità «di creare una viabilità alternativa al "Ponte Morandi", capace di sopperire alle esigenze di traffico veicolare che giornalmente si snoda lungo l'asse ponente/levante, e di creare un efficace collegamento tra il porto e il tessuto urbano» ratio dunque pacificamente del tutto estranea alla realizzazione della Nuova Diga Foranea.

5) Con **decreto n. 1 del 28 febbraio 2020**, il Commissario per la Ricostruzione adottava l'aggiornamento del "Programma straordinario" nonché il Piano Procedurale per l'attuazione di detto Programma proposti dall'Autorità Portuale il 21 febbraio 2020, in conformità con quanto previsto dall'art. 1, comma 72, lett. a) della l. 160/2019 (finanziaria 2020) che aveva esteso il dettato dell'art. 9 bis del DL 109/2018 anche alla *"messa in sicurezza idraulica e l'adeguamento alle norme in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro"*. Per tali finalità, si autorizzava la spesa di 480 milioni di euro per gli anni dal 2020 al 2024. Il Programma straordinario veniva quindi esteso agli interventi di messa in sicurezza e di adeguamento idraulico del rio Molinassi e del rio Cantarena, nonché all'adeguamento alle norme di sicurezza dei luoghi di lavoro e alla «razionalizzazione dell'accessibilità dell'area Portuale industriale di Genova Sestri Ponente». Tra questi interventi veniva inserita anche la Nuova Diga Foranea di Genova (pag. 8). Allegata al decreto commissariale era la relazione di monitoraggio del Piano straordinario, a firma del Responsabile per l'attuazione del Programma straordinario, nella quale (pag. 4) i progettisti, nell'ambito della redazione del PFTE della Diga, fornivano una indicazione di massima rispetto ai costi della sola prima fase dell'opera pari a 600 milioni di euro. Ecco dunque che emerge con chiarezza che, ancora a febbraio 2020, in sede di aggiornamento del Programma Straordinario, la Nuova Diga Foranea non era ancora stata neppure progettata. È dunque evidente che il richiamo contenuto nel Programma Straordinario aggiornato (pag. 4) al fatto che alcuni degli interventi individuati come prioritari sarebbero divenuti estremamente urgenti, **non potesse essere riferito alla Nuova Diga Foranea, ancora in fase iniziale di progettazione e non ancora finanziata.**

In aggiunta, si legge nel Programma straordinario aggiornato (pag. 8) che, in conflitto con l'asserita estrema urgenza causata dal crollo del Ponte Morandi, l'intervento (Nuova Diga Foranea) consiste nella creazione di percorsi più agevoli, sicuri e protetti, migliorando l'accessibilità nautica del Porto di Genova al fine di incrementarne l'operatività e migliorarne la sicurezza. Infatti, l'attuale protezione foranea del bacino commerciale di Sanpierdarena realizzata a cavallo degli anni 20-30 del secolo scorso, in relazione al progressivo e sensibile aumento delle dimensioni delle navi ha un disegno ormai inadeguato a garantire sia le manovre di evoluzione sia il transito per l'accosto alle banchine commerciali. **Scopo dell'intervento è pertanto quello di individuare una nuova configurazione portuale che garantisca adeguatamente la protezione dei bacini interni e assicuri i transiti delle navi in ingresso ed in uscita dal porto.**

Dunque nulla a che vedere con gli interventi previsti dal Legislatore del Decreto Genova riferiti alla viabilità alternativa al "Ponte Morandi", capace di creare un efficace collegamento tra il porto e il tessuto urbano ed alle strutture viarie e ferroviarie relative alla logistica portuale e con le attività di ottimizzazione dei flussi veicolari logistici nel Porto di Genova, per i quali potevano essere utilizzate le deroghe previste dall'art. 1 della l. 130/2018 e dunque la procedura negoziata senza bando.

Nel Piano Procedurale allegato, inoltre, si stabiliva che l'affidamento dell'appalto integrato complesso sarebbe dovuto avvenire tramite «procedura negoziata ex art. 63, comma 2, lett. c) d. lgs. 50/2016» (punto 3.1 pag. 6).

6) Con **decreto n. 5 del 15 luglio 2021**, il Commissario straordinario per la ricostruzione approvava il nuovo aggiornamento del "*Programma Straordinario*" nonché il "*Piano Procedurale per l'attuazione del programma straordinario*" proposti dall'Autorità Portuale, soggetto attuatore. L'ammontare di detto Piano si assestava a 2,29 miliardi di euro.

Detto Piano Procedurale, diversamente da quanto prescritto nel precedente Piano Procedurale del 2020 sopracitato, che imponeva la procedura negoziata senza bando di cui all'art. 63, comma 2, lett. c) del d.lgs. 50/2016 per l'appalto integrato complesso, stabiliva che «La normativa richiamata in premessa a fondamento del Programma Straordinario ed il contesto emergenziale allo stesso sotteso, unito agli stringenti termini di realizzazione fissati dal legislatore, evidenziano la sussistenza delle circostanze di estrema urgenza, non imputabili all'amministrazione, che non consentono il rispetto dei termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione giustificando o meglio imponendo il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione prevista dall'art. 32 della Direttiva UE del 26 febbraio 2014 n. 24 per gli affidamenti di valore superiore alle soglie comunitarie nonché le ulteriori deroghe alle disposizioni di legge come appresso indicate».

7) Con **decreto n. 10 del 18 ottobre 2021**, il Commissario Straordinario per la ricostruzione approvava le nuove integrazioni al Piano Procedurale, autorizzando l'Autorità Portuale, nelle more delle procedure di affidamento, ad avviare le conferenze di servizi decisorie per l'approvazione dei progetti di fattibilità tecnico economica degli interventi.

8) Infine, con **decreto n. 5 del 12 agosto 2022**, il Commissario Straordinario per la ricostruzione approvava un nuovo aggiornamento del "*Programma straordinario*" proposto dall'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale ed il relativo Piano Procedurale. In detto aggiornamento del Programma Straordinario (pag. 5): «sono indicati gli interventi che vengono inclusi nel Programma Straordinario o che non vengono confermati rispetto al Decreto n. 5/2021». Nello specifico, non vengono confermati quattro interventi mentre vengono aggiunti tre nuovi interventi per un importo complessivo di euro 758.000.000,00.

Si afferma infine che «Per effetto delle modifiche descritte il valore del Programma Straordinario di cui al Decreto n. 5/2021 - pari a euro 2.296.728.717,32 - si incrementa di euro 735.932.957,45, facendo attestare il valore del Programma Straordinario aggiornato ad euro 3.032.661.674,77».

Approvazione del Progetto di Fattibilità Tecnico Economica della Nuova Diga Foranea

Successivamente al Dibattito pubblico conclusosi in data 19 febbraio 2021, l'Assemblea Generale del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici nell'Adunanza del 13 ottobre 2021 con voto n. 86/2021 rendeva il parere di competenza con prescrizioni sul Progetto di Fattibilità Tecnico Economica dell'opera, ai sensi del richiamato art. 44, comma 1/bis D.L. 31 maggio 2021 n. 77 convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021 - n. 108.

Con comunicazione prot. 02/11/2021 0033640.U è stata indetta dall'Autorità Portuale la conferenza dei servizi decisorie ex art. 14 comma 2 e 14 bis legge n. 241/1990 - forma semplificata in modalità asincrona per l'approvazione del progetto, conclusasi con decreto Commissario Straordinario n. 432 del 13 maggio 2022.

Con determinazione motivata n. 1/22 del 27 maggio 2022, il Comitato Speciale del Consiglio Superiore dei LLPP del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili (Mims) deliberava che «il progetto di fattibilità tecnica ed economica prosegue, sulla base di quanto sopra esposto, nel successivo iter previsto



dall'art.44 del D.L. 31 maggio 2021, n.77 così come convertito dalla Legge 29 luglio 2021 n.108; la verifica di adempimento alle prescrizioni afferenti all'intero procedimento autorizzativo sin qui condotto è ascritta al Soggetto verificatore ex art. 26 del vigente Codice dei Contratti. Ciò ai sensi del comma 7 dell'art. 44 del D.L. n. 77/2021». Il PFTE della Nuova Diga Foranea di Genova da porre a base di gara riceveva dal Consiglio Superiore parere positivo con prescrizioni e raccomandazioni.

In data 31 maggio 2022 R. (omissis) effettuava la verifica preventiva del PFTE e, avendo ritenuto rispettato l'adempimento alle prescrizioni afferenti all'intero procedimento autorizzativo, lo riteneva conforme.

Con verbale prot. 18919 del 31 maggio 2022, il RUP validava il PFTE.

Con decreto n. 502 del 31 maggio 2022, il Commissario Straordinario per la Diga approvava il PFTE e il relativo quadro economico dell'intervento per un importo complessivo di euro 950.000.0000,00 di cui euro 928.646.927,38 – per lavori e progettazione (di cui oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso pari ad euro 17.662.276,19) ed euro 21.353.072,62 quali somme a disposizione.

Detto decreto richiamava il prezziario delle opere edili ed impiantistiche annualità 2022 della regione Liguria alla data del 11 febbraio 2022.

La procedura di affidamento dell'appalto integrato

Nel seguito si riporta la procedura di affidamento dell'appalto integrato utilizzata dall'Autorità Portuale che, vista anche la singolarità della stessa, per chiarezza di narrazione, è stata suddivisa in più fasi.

Prima fase – avviso esplorativo

Nell'avviso esplorativo prot. n. 36323 del 22 novembre 2021 (pubblicato sulla GUCE S230 del 26.11.2021, sulla GURI 5° Serie Speciale - Contratti Pubblici n.138 del 29 novembre 2021, sul sito del Commissario Straordinario per la Diga, sul sito dell'Autorità di Sistema, sul sito del Commissario Straordinario per la Ricostruzione), si afferma che «In ragione dell'estrema urgenza sottesa alla realizzazione del Programma Straordinario, i Piani Procedurali per l'attuazione dello stesso, adottati dall'Autorità e dal Commissario Straordinario, prevedono l'affidamento **dell'appalto integrato complesso** l'individuazione dell'operatore economico avvenga tramite **procedura negoziata**. Il presente avviso, regolato dalle disposizioni sopra evidenziate, è finalizzato a ricevere manifestazioni di interesse da parte di operatori in possesso dei requisiti infra indicati ed interessati ad essere invitati a presentare proposta nella successiva procedura negoziata che l'ente si riserva di avviare».

L'importo complessivo stimato dell'appalto di servizi di progettazione per le fasi a) e b) e dei lavori ed oneri della sicurezza per la fase a) – indicato in detto avviso, era pari a complessivi Euro 892.648.339,38 esente IVA, ai sensi dell'art. 9, 1° comma p. 6 del D.P.R. n. 633/72.

Si precisava inoltre che l'importo complessivo stimato dei lavori e degli oneri della sicurezza - fase b) - era pari a Euro 317.701.350,24 esente IVA.

Detto avviso chiariva tra l'altro che «**L'Appalto Integrato Complesso**, avente ad oggetto l'elaborazione della progettazione definitiva, esecutiva e la realizzazione delle opere, sarà affidato tramite procedura negoziata. Alla procedura negoziata potranno partecipare solo gli operatori economici che avranno manifestato interesse a partecipare secondo le modalità indicate nel presente avviso e che avranno ricevuto invito a presentare proposta da parte della Stazione Appaltante; in ogni caso non saranno invitati più di dieci operatori economici».

Detto avviso precisava altresì che avrebbero potuto presentare la manifestazione di interesse i soggetti di cui all'art. 45 del d. lgs. 50/2016, che avrebbero dovuto associare ovvero indicare il soggetto incaricato delle attività di progettazione nonché essere in possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del D.Lgs. 50/2016.

Entro il termine stabilito del 30 dicembre 2021, manifestavano interesse a partecipare soltanto due Operatori Economici (Consorzio W. omissis e RTI E. omissis).

A seguito della verifica della documentazione amministrativa presentata per l'ammissione alla procedura negoziata ed al riscontro del possesso dei requisiti, come risulta dai due verbali prot. n. 9 del 4/1/2022 e prot. n. 17158 del 18/5/2022, venivano selezionati i due Operatori Economici prequalificati da invitare.

Con determina a contrarre n. 503 del 31 maggio 2022, l'Autorità di Sistema portuale del Mar Ligure Occidentale avviava la procedura per l'aggiudicazione dell'appalto, stabilendo di acquisire proposte tecnico economiche per l'aggiudicazione dell'appalto integrato complesso tramite piattaforma informatica di e-procurement dell'Autorità Sistema Portuale.

Detta determina a contrarre veniva pubblicata sul sito internet del Commissario della nuova Diga Foranea del Porto di Genova, dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, in Amministrazione Trasparente - Sezione Bandi di Gara e Contratti - e sul sito del Commissario Straordinario per la Ricostruzione, nella sezione Amministrazione Trasparente.

Seconda fase- lettera di invito- procedura deserta

Con nota prot. n. 19036 del 1° giugno 2022, i due operatori economici prequalificati venivano invitati a presentare offerta, con termine per la presentazione entro il 30 giugno 2022.

L'importo complessivo a base di gara di € 928.646.927,38 IVA esclusa di cui euro € 910.984.651,19 soggetto a ribasso, era dunque maggiore di quanto indicato nell'avviso esplorativo del 22 novembre 2021 pari a € 892.648.339,38 IVA esclusa.

La lettera di invito chiariva che la procedura di affidamento dell'appalto integrato era quella prevista dal Programma Straordinario di investimenti urgenti per la ripresa e lo sviluppo del porto e delle relative infrastrutture di accessibilità «di cui all'articolo 9-bis del D.L. 28 settembre 2018 n.109, convertito con modificazioni dalla legge 16 novembre 2018, n. 130 (decreto Genova), dal Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri in data 16 aprile 2021 nonché all'Allegato IV del Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77 convertito, con modificazioni, dalla Legge 29 luglio 2021, n. 108 Si precisa altresì che trovano applicazione le disposizioni di cui al D.L. 31 maggio 2021, n.77 convertito in L. 29 luglio 2021, n. 108 anche con specifico riferimento all'art. 47.

Restano ferme le deroghe di cui agli atti, decreti ed al Piano Procedurale citati nelle premesse dell'Avviso e del Decreto n. 19 del Commissario Straordinario per la ricostruzione del Viadotto Polcevera dell'autostrada A10 del 3 maggio 2019.

L'operatore economico aggiudicatario verrà individuato in accordo al Piano Procedurale, approvato con Decreto del Commissario Straordinario n. 1/2020 ed aggiornato con Decreti del Commissario Straordinario n. 5/2021 e n. 10/2021, mediante la procedura riportata di seguito...».

Scaduto il termine per la presentazione delle offerte, effettuato l'accesso alla piattaforma informatica di e-procurement per la procedura in oggetto, il R.U.P rilevava che nessuno dei due operatori - che avevano manifestato interesse a partecipare e a cui era stata inviata la lettera di invito - aveva presentato offerta.

La gara pertanto veniva dichiarata **deserta** per mancanza di offerte come da verbale del 30 giugno 2022 (prot. 23105 del 1 luglio 2022).

Terza fase – convocazione dei soggetti interessati

Viste le note dei due operatori economici prott. 22961 e 22986 del 30 giugno 2022 nelle quali gli stessi, pur non avendo presentato offerta, dimostravano comunque il persistere dell'interesse a partecipare alla procedura di selezione, il Commissario straordinario per la Diga convocava per il giorno 13 luglio 2022, in due sedute separate, i due operatori economici interessati all'aggiudicazione dell'appalto.



Nel corso delle suddette due sedute del 13 luglio 2022, i due operatori economici, pur manifestando interesse all'appalto, giustificavano la mancata presentazione dell'offerta principalmente **a causa del caro materiali** del primo semestre 2022, oltre ad altre problematiche di seguito esplicitate.

In particolare, quanto al RTI E. (omissis), lamentava, oltre al caro materiali, le penali eccessivamente onerose rispetto ai tempi di esecuzione dell'opera, la difficoltà di interpretazione della *lex specialis* rispetto alla assunzione o meno in capo all'operatore economico di ogni imprevisto geologico ed infine i rischi connessi ad alcune previsioni di contratto e di capitolato.

Il Commissario Straordinario per la Diga, pur sottolineando che «la base d'asta non può essere modificata,» tuttavia affermava che «possono essere introdotte delle previsioni contrattuali che aggiornino i prezzi rispetto a quelle di mercato limitando i rischi in capo all'operatore economico per le fluttuazioni di mercato verificatesi anche nel corso dell'anno 2022 e successivamente al dicembre 2021 (data della manifestazione di interesse). Analogamente possono essere previste clausole limitative rispetto al tema delle penali e può essere meglio precisata la disciplina in tema di rischio geologico come su altre clausole contrattuali e da capitolato.»

Il Consorzio W. (omissis), invece, rappresentava, oltre alla problematica del caro materiali, anche quella dei meccanismi revisionali.

Il Commissario sottolineava che «eventuali modifiche progettuali sostanziali non sono compatibili con l'approvazione dell'opera e con le prescrizioni ricevute presentano criticità»; chiariva inoltre «la possibilità di prevedere clausole revisionali dei prezzi in una proposta da parte del RTI precisando che analogamente possono essere previste clausole limitative rispetto al tema penali e può essere meglio precisata la disciplina in tema di rischio geologico come su altre clausole contrattuali e da capitolato».

Entrambe le sedute si concludevano con l'affermazione del Commissario circa «il proprio gradimento rispetto alla ricezione di una proposta tecnico economica entro il **26 luglio pv** secondo le modalità ed i contenuti della lettera di invito già trasmessa per la procedura deserta corredata altresì di eventuali proposte di modifica rispetto alle previsioni dello schema di contratto e capitolato già oggetto della procedura deserta mediante proposte di revisione dei relativi articoli».

Quarta fase – presentazione proposte tecnico-economiche dei soggetti interessati

I due operatori economici, ossia il costituendo Consorzio W. (omissis) nonché il Costituendo RTI E. (omissis) inviavano le loro proposte tecnico economiche entro il termine fissato del 26 luglio 2022.

Nello specifico, il Consorzio W. (omissis) offriva sull'importo a base di gara di euro 910.984.651,19 un ribasso del **5,20%** pari ad euro 863.662.631,78 oltre oneri della sicurezza.

Nell'offerta economica, tuttavia, il Consorzio W. (omissis) poneva alcune condizioni relativamente:

- 1) alle modalità di contabilizzazione del corrispettivo e di revisione prezzi;
- 2) all'anticipazione del prezzo;
- 3) alle penali;
- 4) al collegio consultivo tecnico;
- 5) al rischio connesso alle condizioni geologiche e geotecniche e ai campi prova;
- 6) ai tempi di esecuzione dei lavori
- 7) alle quantità di progetto dei materiali dello scanno di imbasamento
- 8) ai materiali per il riempimento dei cassoni
- 9) al riutilizzo tal quale del materiale di scanno della diga esistente come sottoprodotto.

RTI E. (omissis) offriva invece sull'importo a base di gara di euro 910.984.651,19 un ribasso di molto inferiore pari allo 0,012%. Analoghe richieste venivano formulate da RTI E. (omissis).

Quinta fase – determina a contrarre – nomina collegio degli esperti – richiesta rimodulazione offerte.

Con decreto n. 729 del 29 luglio 2022 avente ad oggetto *“Determina a contrarre e nomina collegio esperti”*, il Commissario Straordinario Diga Foranea stabiliva che l'appalto integrato complesso sarebbe stato aggiudicato ai sensi dell'art. 32 della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di bandi o avvisi; stabiliva inoltre che l'analisi delle proposte tecnico economiche ricevute fosse effettuata da un Collegio di esperti.

Detta determina a contrarre veniva pubblicata soltanto sul sito internet istituzionale dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale e sul sito del Commissario Straordinario Diga Foranea.

Il Commissario Straordinario Diga dunque di fatto avviava una nuova procedura di selezione successivamente alla ricezione delle offerte.

Si rammenta in proposito che nella relazione di monitoraggio allegata al decreto commissariale n. 5 del 12 agosto 2022 (pag. 5), in cui l'Autorità Portuale effettua la propria rendicontazione sullo stato di avanzamento delle opere ricomprese nel Programma Straordinario, si afferma che «In data 01/06/22, è stata avviata la procedura dell'appalto integrato complesso comprendente l'elaborazione della progettazione definitiva ed esecutiva in modalità B.I.M. e l'esecuzione dei lavori; la procedura, andata deserta, verrà ora svolta con trattativa negoziata con possibile aggiudicazione entro la fine del mese di settembre».

Nelle sedute riservate del 14 settembre e 3 ottobre 2022, il Collegio degli esperti, nella sua nuova composizione di cui al decreto n. 834 del 14 settembre 2022¹ valutava le due offerte tecnico economiche presentate dai due operatori economici in data 26 luglio 2022 (verbale prot. n. 35313.1 del 4 ottobre 2022). All'esito di tali valutazioni, il Collegio degli esperti chiedeva agli operatori economici alcuni chiarimenti, chiarimenti che venivano resi nelle successive due sedute separate del 5 ottobre 2022 (verbali del 5.10.2022).

Durante dette sedute, il Commissario Straordinario rappresentava inoltre che «è stato aggiornato lo schema di contratto ed il capitolato speciale descrittivo e prestazionale oggetto della procedura. Tali documenti (schema di contratto e capitolato speciale descrittivo e prestazionale) vengono consegnati all'OE nella presente seduta sia in formato cartaceo che in formato digitale sottoscritto digitalmente ed in word su apposita penna USB. Il commissario chiede all'OE di presentare proposte di modifiche ultimative in formato revisione su detti documenti da presentare entro le ore 15 del 6 ottobre 2022 per la prosecuzione della negoziazione. L'adsp valutate le proposte, provvederà a fornire la versione definitiva di detti documenti tramite pec entro le ore 23,59 del giorno 7 ottobre 2022».

Pertanto si chiedeva ai due operatori economici di presentare entro il 6 ottobre 2022 le proposte di modifica in formato revisione dello schema di contratto ed il capitolato speciale descrittivo e prestazionale ed entro il 9 ottobre 2022 alcune precisazioni, chiarimenti e integrazioni.

In data 7 ottobre 2022 veniva trasmesso ad entrambi gli operatori lo schema definitivo del contratto e di capitolato con la contestuale **richiesta di nuova quotazione economica** da trasmettere unitamente ai chiarimenti richiesti dal Collegio.

¹ Il collegio di esperti era stato inizialmente nominato con atto n. 729 del 29 luglio 2022, poi rilevata l'incompatibilità di alcuni componenti, il Commissario Straordinario ha provveduto a nominare altri esperti.



In data **9 ottobre 2022**, pervenivano le nuove offerte economiche che offrivano rispettivamente un ribasso del **9,40% per Consorzio W. (omissis) e 8,019% per RTI E. (omissis)**, invece dei ribassi offerti in data 26 luglio 2022 pari a 5,20% di W. (omissis) e 0,012% di E. (omissis).

In data 10 ottobre 2022, il Collegio di esperti finiva di valutare, in due sedute separate, le risposte alle richieste di chiarimenti formulate agli operatori economici sulle proposte tecniche migliorative dagli stessi presentate.

Nella seduta dell'11 ottobre 2022, si dà atto che «entrambi gli operatori hanno presentato entro i termini e con le modalità richieste le proprie proposte di modifica allo schema di contratto ed al capitolato speciale agli stessi consegnato nonché una nuova quotazione dalla lettura delle anzidette proposte tecnico economiche e delle valutazioni del collegio degli esperti viene in rilievo una valutazione complessivamente considerata in favore dell'OE W. (omissis) In ragione delle analisi svolte e considerato che ai sensi della lettera di invito e del presupposto piano procedurale la negoziazione può svolgersi in fasi successive per ridurre il numero degli operatori o offerte da negoziare e tenuto conto del contesto di estrema urgenza in cui è collocato il presente appalto il Commissario stabilisce di proseguire la negoziazione con il solo l'OE W. (omissis) ».

Sesta fase- negoziazione con W. (omissis) – aggiudicazione

Nella seduta del **12 ottobre 2022** il Commissario per la Diga rappresentava che «all'esito delle risposte presentate dall'operatore economico rispetto alle richieste avanzate nel corso della precedente seduta del 5 ottobre us e con nota prot. 36081.U del 7.10.2022 è intenzione di proseguire con una ulteriore fase di negoziazione richiedendo ulteriori chiarimenti e proposte migliorative rispetto a quelle già formalizzate.

A tal fine è richiesto all'Operatore di confermare in via preliminare l'accettazione piena ed incondizionata della versione definitiva dello schema di contratto e di capitolato speciale descrittivo e prestazionale con evidenza, in formato revisione, trasmesso all'operatore come da nota prot. 36081.U del 7.10.2022 Il Commissario ritenendo conclusa la negoziazione dispone l'aggiudicazione dell'appalto in oggetto all'operatore economico costituendo consorzio W. (omissis) alle condizioni tutte risultanti dalla proposta tecnica ed economica presentata e come integrata all'esito della negoziazione conclusa con il presente verbale con il ribasso percentuale unico ed incondizionato del 9,40% sull'importo posto a base della procedura ribassabile relativo all'appalto integrato complesso in oggetto pari ad euro 910.984.651,19».

Con **decreto n. 967 del 12 ottobre 2022**, il Commissario Straordinario, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del D.L. n. 32/2019 e del D.P.C.M. 16.4.2021, disponeva l'aggiudicazione dell'appalto integrato complesso in favore del Consorzio W. (omissis) per l'importo **euro 910.984.651,19**.

Detta aggiudicazione diveniva efficace, per effetto della comprova dei requisiti, in data 22 novembre 2022.

Conseguentemente, il 23 novembre 2022 veniva firmato il contratto di appalto integrato rep. 55482 con Consorzio W. (omissis).

Con decreto commissariale n. 1128 del 25 novembre 2022, veniva approvato il contratto di appalto nonché la rideterminazione del quadro economico.

La sentenza TAR Liguria e contenzioso successivo

Con ricorso al TAR Liguria, Genova, promosso contro il Commissario Straordinario per la Diga, l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, il Commissario Straordinario per la ricostruzione del Viadotto Polcevera, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, la Regione Liguria, e il Comune di Genova, la Città Metropolitana

di Genova, il RTI E. (omissis), impugnava l'aggiudicazione dell'appalto integrato del 12 ottobre 2022 al Consorzio W. (omissis).

Tale impugnazione veniva definita con sentenza della Prima Sezione, del 10 maggio 2023 n. 495, con cui si annullava l'aggiudicazione al Consorzio W. (omissis), in quanto il TAR rilevava l'assenza dei requisiti speciali in capo alla mandante Società S. (omissis) ciò considerato che, uno dei tre lavori analoghi svolti nel quinquennio antecedente speso dalla mandante S. (omissis) (lavoro n. 2 Tuas Terminal Phase 1 – Singapore di maggiore importo), non era ad essa riferibile, "neppure pro quota," in quanto non sarebbe stato eseguito dalla consorziata S. (omissis), ma da altra società estranea alla compagine del Consorzio W. (omissis), e che dunque non poteva essere ritenuto significativo della sua capacità a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico. Prosegue il TAR chiarendo che "trattandosi di procedura di progettazione e realizzazione di opera finanziata in parte con le risorse previste dal PNRR, e trovando applicazione l'articolo 125 del codice del processo amministrativo (art. 48 comma 4 del D.L. 31/05/2021, n. 77), **l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato**, ed opera ai limitati fini di cui all'articolo 34, comma 3 c.p.a., ovvero quale accertamento dell'illegittimità dell'atto **ai soli fini risarcitori**, conformemente alle conclusioni del Consorzio E. (omissis), per come rassegnate negli atti di motivi aggiunti notificati successivamente al rigetto della domanda cautelare".

Avverso detta sentenza, è stato proposto appello (RG 7161/2023) da parte del Commissario Straordinario per la Diga, oltre che della Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'Economia e delle Finanze, dal Commissario Straordinario per la Ricostruzione del Viadotto Polcevera Genova.

Pende ad oggi anche un secondo ricorso in appello (RG 9677/2023) proposto dal RTI E. (omissis) avverso la sentenza TAR Liguria Genova del 31 ottobre 2023 n. 886 che ha rigettato il ricorso avverso la esclusione del RTI E. (omissis) dalla gara per il mancato possesso dei requisiti di ordine generale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis) del d.lgs. 50/2016 a causa della sanzione assunta dall'Antitrust spagnola nei confronti di A. (omissis) del 5 luglio 2022 avente ad oggetto comportamenti restrittivi della concorrenza, non inseriti né nelle dichiarazioni di dicembre 2021 né nel DGUE di luglio 2022.

Considerato in diritto

a) Sulla preliminare richiesta di archiviazione del procedimento.

Nella nota di riscontro alla comunicazione delle risultanze istruttorie prot. 110423 dell'11 novembre 2023, la stazione appaltante – nelle persone del Commissario Straordinario per la Ricostruzione e sindaco di Genova e il Commissario Straordinario ADSP Mar Ligure Occidentale - chiedeva l'archiviazione del procedimento di vigilanza per sopravvenuta cessazione delle funzioni in capo al Commissario Straordinario per la Diga.

Ciò in quanto il Commissario straordinario per la Diga, nominato ai sensi dell'art. 4 del DL 32/2019 conv. in l. 55/2019 con DPCM 16 aprile 2021, a seguito della entrata in vigore dell'art. 18, co. 3 del DL 10 agosto 2023 n. 104 introdotto dalla legge di conversione del 9 ottobre 2023 n. 136 che ha aggiunto il comma 1 ter all'art. 9 bis del DL 28 settembre 2018 n. 109 conv. in l. 16 novembre 2018 n. 130, aveva cessato le proprie funzioni a partire dal 10 ottobre 2023.

Da detta data, il Commissario Straordinario per la Ricostruzione subentrava nei compiti di coordinamento e di monitoraggio delle attività dei soggetti attuatori della Diga Foranea ossia la Autorità Portuale operando con i poteri del DL 109/2018.



La richiesta di archiviazione del procedimento di vigilanza per sopravvenuta cessazione delle funzioni in capo al Commissario Straordinario per la Diga risulta inaccoglibile in quanto:

- l'avvio del procedimento di vigilanza è stato effettuato nei confronti della Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, nella persona del Commissario Straordinario per la Diga Foranea, che era anche Presidente dell'Autorità Portuale, nonché nei confronti del RUP Ing. (omissis).

- il procedimento è stato avviato con nota prot. ANAC n. 52931 del 4 luglio 2023 in relazione ad una procedura di selezione del contraente conclusasi con decreto di aggiudicazione n. 946 del 12 ottobre 2022, un anno prima della cessazione dell'incarico del Commissario per la Diga avvenuto il 10 ottobre 2023.

- la cessazione dell'incarico del Commissario Straordinario per la Diga ed il trasferimento in capo al Commissario Straordinario per la Ricostruzione del solo compito di coordinamento e monitoraggio della Diga, non fa venir meno le funzioni di soggetto attuatore dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, nella persona del suo Commissario Straordinario, con conseguente validità degli atti oggetto del procedimento di vigilanza, visto che la novella stessa (art. 9 bis, comma 1 ter del DL 109/2018, conv. in l. 16 novembre 2023 n. 130) precisa che restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti antecedentemente alla data di entrata in vigore della l. 136/2023.

- anche in forza dell'esigenza di assicurare il principio di continuità dell'azione amministrativa, riconducibile all'art. 97 Cost, principio che non consente che la cessazione delle funzioni in capo al Commissario Straordinario per la Diga possa comportare vuoti nell'assetto delle competenze amministrative e la sostanziale paralisi dei procedimenti in corso o di fasi essenziali degli stessi, dovendo al contrario i procedimenti essere definiti secondo le regole preesistenti.

I rilievi di cui al presente procedimento dunque rimangono validi nei confronti dei soggetti che hanno operato fino alla cessazione dall'incarico, atteso che, in ogni caso, anche i soggetti subentranti hanno interesse a conoscere ed a partecipare al contraddittorio in esame.

In ogni caso, prive di rilievo risultano le affermazioni della stazione appaltante in merito al fatto che è venuto meno il destinatario della attività di vigilanza assuntore ex lege dei relativi atti, visto che l'affidamento in questione fa capo all'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Occidentale soggetto attuatore.

Per le suddette ragioni, la richiesta di archiviazione del procedimento di vigilanza risulta inaccoglibile.

b) Sulla subordinata richiesta di sospensione del procedimento.

La stazione appaltante, nelle due note di controdeduzioni prot. 32764 del 3 agosto 2023 e prot. 110423 dell'11 novembre 2023, aventi ad oggetto rispettivamente l'avvio del procedimento e la comunicazione di risultanze istruttorie, chiede in subordine rispetto alla archiviazione, la sospensione del procedimento di vigilanza in attesa della definizione dei due giudizi innanzi al Consiglio di Stato.

Si sostiene, peraltro in modo apodittico, generico e non specificamente dimostrato, che sussisterebbe l'analogia tra taluni dei motivi oggetto del contenzioso pendente innanzi al Consiglio di Stato e le criticità avanzate in sede di vigilanza.

Quanto affermato dalla stazione appaltante non trova riscontro fattuale.

Innanzitutto, l'ammissione che solo taluni motivi e non tutti i motivi oggetto del contenzioso siano analoghi – e non identici - dimostra già di per sé la carenza del requisito previsto dall'art. 10 del regolamento ossia il "medesimo oggetto".

In ogni caso, si chiarisce che tra le censure oggetto dei due contenziosi attualmente pendenti innanzi al Consiglio di Stato e le criticità avanzate in sede di vigilanza non si riscontra alcuna analogia o tantomeno identità che potrebbe dar luogo alla sospensione del procedimento di vigilanza secondo quanto previsto dall'art. 10 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici che prevede, quale presupposto per la sospensione del procedimento di vigilanza, l'identità dell'oggetto, nel caso di specie, lo si ripete, insussistente.

Infatti, né l'appello (RG 7161/2023) sulla sentenza TAR Liguria Genova del 10 maggio 2023 n. 495 che ha accolto il ricorso del RTI E. (omissis) per l'annullamento dell'aggiudicazione al Consorzio W. (omissis) né l'appello (RG 9677/2023) sulla sentenza TAR Liguria Genova del 31 ottobre 2023 n. 886 che ha rigettato il ricorso del RTI E. (omissis) avverso la sua esclusione dalla gara per mancanza dei requisiti riportano motivi di censura che possano essere ritenuti analoghi alle criticità sollevate nel procedimento di vigilanza.

A dimostrazione di quanto asserito, si elencano le censure formulate dal RTI E. (omissis) nei due giudizi di primo grado, ora in fase di appello:

- Primo ricorso definito con sentenza Tar Liguria 10 maggio 2023 n. 495 (appello RG 7161/2023)

Primo motivo: il Consorzio W. (omissis) aggiudicatario avrebbe dovuto essere estromesso dalla gara per una pluralità di ragioni tra cui la mandataria dell'indicato RT di progettisti, R. (omissis) (con quota di esecuzione del 55%), che risulterebbe priva dei requisiti minimi prescritti.

Secondo motivo (ritenuto fondato ed assorbente dal TAR): la valutazione della proposta tecnica sarebbe stata travisata relativamente al criterio A.2, giacché, dei tre lavori analoghi presentati dal Consorzio W. (omissis) aggiudicatario, il secondo e determinante (TUAS Terminal ph. 1 Singapore, di importo pari a € 1.521.152.855,00) non sarebbe stato eseguito dalla consorziata S. (omissis), ma dalla società D. (omissis), estranea alla compagine del Consorzio aggiudicatario.

Terzo motivo: mancata presentazione del cronoprogramma aggiornato da parte del Consorzio aggiudicatario e mancata indicazione di un aumento della capacità produttiva, pur prevedendo l'inizio lavori il 1° agosto 2022 e la fine dei lavori al 30 novembre 2026.

Quarto motivo: inammissibilità dell'offerta economica migliorativa del Consorzio aggiudicatario contenente il nuovo ribasso, in quanto espressa in forma duplice e alternativa, ovvero mantenendo le riserve precedentemente espresse con un atto di diffida volto a tenere fermo l'originario ribasso, con conseguente violazione dei principi di certezza dell'offerta e di par condicio competitorum e delle previsioni dell'invito sul divieto di offerte condizionate.

Primo motivo aggiunto: illegittimità della mancata esclusione del Consorzio aggiudicatario visto che le consorziate F. (omissis) e S. (omissis), a seguito del rialzo del quadro economico successivo all'avviso e indicato nell'invito a presentare proposta, risulterebbero sprovviste del requisito relativo alla cifra di affari in lavori prescritto dall'art. 6.2.1, punto iii), dell'avviso, in misura coerente alle quote (rispettivamente, 25% e 10%) di esecuzione dell'appalto assunte in gara.

Secondo motivo aggiunto: incompleta verifica, in capo al Consorzio aggiudicatario delle competenze spese in gara e, segnatamente del certificato di regolare esecuzione del lavoro n. 2 presentato da S. (omissis), relativo al Terminal di Singapore.

Terzo motivo aggiunto: illegittimità della mancata esclusione del Consorzio aggiudicatario atteso che i professionisti indicati dalla R. (omissis) non risulterebbero iscritti al competente ordine professionale del Regno Unito.

Quarto motivo aggiunto: In difetto di un incremento della produzione atto a controbilanciare il rinvio dell'inizio delle attività, il rispetto del termine ultimo del 30 novembre 2026 dichiarato dal Consorzio aggiudicatario si rivelerebbe un obiettivo aleatorio e privo del minimo supporto esplicativo ed istruttorio, con conseguente violazione e falsa applicazione della lex specialis e del principio di certezza dell'offerta.



Quinto motivo aggiunto: illegittimità della mancata esclusione del Consorzio aggiudicatario per la mancata dimostrazione della trasmissione del rapporto sulla situazione del personale alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità, così come prescritto a pena di esclusione dall'art. 47, comma 2, del D.L. n. 77/2021.

- Secondo ricorso definito con sentenza Tar Liguria 31 ottobre 2023 n. 886 (appello RG 9677/2023):

Primo motivo: illegittimità dell'atto di esclusione perché adottato oltre il termine per la conclusione del procedimento.

Secondo motivo: illegittimità dell'atto di esclusione per violazione dell'art. 80, comma 6 del d.lgs. 50/2016 in quanto la verifica dei requisiti è stata fatta oltre il termine di conclusione della gara e per sviamento di potere.

Terzo motivo: illegittimità dell'atto di esclusione perché basata su un provvedimento sanzionatorio antitrust emanato da un'Autorità straniera, non "definitivo" ed inefficace.

Quarto motivo: illegittimità dell'atto di esclusione perché in contrasto con l'art. 48, commi 18 e 19-bis del D.lgs n. 50/2016 e con il principio della c.d. "sostituibilità procedimentalizzata" di cui alle sentenze n. 10/2021 e n. 2/2022 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Quinto motivo: illegittimità dell'atto di esclusione per la violazione dell'art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 6-bis, L. 241/1990 e dell'art. 53, comma 14, D.lgs n. 165/2001 e dell'art. 7, D.P.R. n. 62/2013 in relazione al conflitto di interesse del RUP

Sesto motivo: l'illegittimità derivata dell'atto di segnalazione all'ANAC del provvedimento di esclusione, effettuata in data 23.6.2023.

Dalla suddetta dettagliata elencazione dei motivi di sindacato giurisdizionale promossi da RTI E. (omissis), risulta evidente la diversità dei profili di censura sollevati innanzi al giudice amministrativo rispetto alle criticità evidenziate nel presente procedimento di vigilanza.

In conclusione, si ritiene l'insussistenza dei presupposti previsti dall'art. 10 del Regolamento di vigilanza sui contratti pubblici per l'accoglimento dell'istanza di sospensione del procedimento di vigilanza.

c) Sul potere di vigilanza dell'ANAC

Nelle controdeduzioni prot. ANAC 32764 del 3 agosto 2023 all'atto di avvio del procedimento, la stazione appaltante sostiene che l'esecuzione dell'intervento di costruzione della Diga Foranea non sarebbe soggetta alla vigilanza dell'ANAC bensì alla sola vigilanza della Direzione generale per la vigilanza sulle Autorità di sistema portuale, il trasporto marittimo e per le vie d'acqua interne del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, in quanto l'art. 3 del dpcm 16 aprile 2021, provvedimento istitutivo del Commissario Straordinario per la Diga, avrebbe individuato nella sola vigilanza ministeriale il regime dei controlli ai quali soggiacerebbe la realizzazione dell'opera.

Si afferma sotto altro profilo che il Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale nominato dal dpcm 16 aprile 2021 Commissario Straordinario per la Diga con funzioni di soggetto attuatore/stazione appaltante, non sia soggetto vigilato da ANAC anche in considerazione della normativa in deroga applicata. Più in particolare si sostiene che *"la norma in forza della quale è stata avviata l'istruttoria (ovvero l'art. 213 comma 13 del d.lgs. 50/2016) non sembra applicabile all'opera di cui si verte, posta l'espressa doppia deroga prevista dalla legge all'applicazione integrale del codice stesso (n. d. r. art. 9-bis DL n. 109/2018 e art. 4 del DL 32/2019)"*.

Nelle controdeduzioni prot. ANAC n. 110423 dell'11 novembre 2023 alla comunicazione delle risultanze istruttorie, la stazione appaltante aggiunge che tutta l'attività amministrativa ed i relativi atti afferenti la realizzazione della Diga Foranea - ed in particolare il Programma Straordinario con i successivi

aggiornamenti e i relativi Piani Procedurali - non sarebbe soggetta al potere di vigilanza dell'Autorità, vista l'inapplicabilità dell'art. 213 del d. lgs. 50/2016 alle opere oggetto del Programma Straordinario. La stazione appaltante dunque insiste nel ritenere che l'art. 213 del d.lgs. 50/2016 - e dunque il potere di vigilanza dell'ANAC - si applicherebbe soltanto alle procedure disciplinate dal d. lgs. 50/2016 e non a quelle procedure che dal medesimo Codice esulano *ex lege*. Nel caso di specie, trattandosi di un'opera in cui è la stessa legge a prevedere l'affidamento con procedure in deroga, e dunque diverse da quelle codicistiche, la SA deduce che non sussisterebbe un potere di vigilanza di ANAC, in quanto non applicandosi il Codice all'opera in questione, non potrebbero nemmeno applicarsi i procedimenti di vigilanza previsti dal Codice stesso.

Secondo la stazione appaltante, l'attività di vigilanza sarebbe esclusa anche in considerazione della asserita non pertinenza del richiamo dell'art. 83 della Dir. UE 2014/24 in quanto la previsione sembrerebbe esulare dai vincoli dell'Unione Europea individuati dal Decreto Genova e dallo Sbloccacantieri quali inderogabili, ciò anche avendo riguardo alla circostanza che la norma attributiva delle funzioni di vigilanza all'ANAC risulterebbe essere l'art. 213 e non direttamente la norma eurounitaria.

Sostiene infine la stazione appaltante che non si applicherebbe l'art. 213 del d.lgs. 50/2016 per il mancato espresso richiamo dello stesso nella *lex specialis* della gara, ciò in quanto la volontà del Legislatore sarebbe stata quella di vincolare i Commissari Straordinari al rispetto di singoli articoli del Codice (artt. 30, 32, 42 del d. lgs. 50/2016) e non a tutte le sue prescrizioni. Tra questi non è citato l'art. 213 con la conseguenza che lo stesso non sarebbe applicabile. Inoltre l'art. 213 non attribuirebbe ad ANAC poteri e competenze sulle opere commissariate.

Anche le suddette affermazioni non colgono nel segno.

In primo luogo va evidenziato che il dpcm 16 aprile 2021, di nomina del Commissario Straordinario per la Diga, assegna al Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili **specifici compiti di monitoraggio dei tempi di realizzazione dell'opera** (obbligo di comunicazione del cronoprogramma delle attività finanziate entro sei mesi dalla nomina, obbligo di comunicazione e trasmissione del progetto dell'opera approvato, del quadro economico, del cronoprogramma dei lavori e degli stati di avanzamento, segnalazioni semestrali di eventuali anomalie e scostamenti rispetto ai termini fissati nel cronoprogramma, circostanze che impediscono la realizzazione totale o parziale dell'opera, relazione annuale circa lo stato di realizzazione dell'opera); detto compito di monitoraggio dunque nulla ha a che vedere con le ben più ampie attribuzioni di vigilanza di ANAC, che tra l'altro, ai sensi dell'art. 213, comma 3, lettera b) del d.lgs. 50/2016 (ora art. 222, comma 3, lett. b) del d.lgs. 36/2023) "*vigila affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario;.....*".

In secondo luogo, irrilevante è il mancato richiamo negli atti di gara all'art. 213 del d.lgs. 50/2016, visto che, diversamente da quanto sostenuto dalla stazione appaltante, la *lex specialis* contiene il **richiamo espresso a numerose norme del d. lgs. 50/2016**, il cui rispetto è attribuito alla vigilanza di ANAC.

In particolare, si rammenta che nell'avviso esplorativo del 22 novembre 2021 si richiamavano espressamente gli artt. 26, 45, 46, 47 e 48 e nella lettera di invito si richiamavano gli artt. 30, 48, 83, 86, 90, 103, 105 del Codice. Inoltre, anche nel piano procedurale di cui al decreto n. 1 del 28 febbraio 2020 veniva richiamato l'art. 63 comma 2 lett. c) del d.lgs. 50/2016 nonché nel decreto n. 5 del 15 luglio 2021 veniva richiamato l'art. 25 del d.lgs. 50/2016.

Infatti, il potere di vigilare di ANAC non è limitato al solo rispetto degli artt. 30, 32 e 42 del d. lgs. 50/2016, non derogabili da parte del Commissario Straordinario, ma deve intendersi esteso anche a tutte quelle



prescrizioni del d.lgs. 50/2016 espressamente richiamate nella documentazione di gara, da intendersi in questa sede riportate, cui il Commissario Straordinario si è autovincolato.

I Commissari straordinari, pur operando in deroga alle disposizioni del codice dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 4 del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55, devono comunque rispettare i principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del d. lgs 18 aprile 2016, n. 50, nonché le disposizioni del codice delle leggi antimafia e della misure di prevenzione di cui al d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 nonché i vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE e delle disposizioni in materia di subappalto.

L'art. 83, commi 1 e 2 della Direttiva UE 14/2014 prescrive che: " 1. *Al fine di garantire in maniera effettiva un'attuazione corretta ed efficace, gli Stati membri assicurano che almeno i compiti di cui al presente articolo siano svolti da uno o più organismi, autorità o strutture. Essi indicano alla Commissione tutte le autorità, gli organismi o le strutture competenti per tali compiti.* 2. *Gli Stati membri garantiscono il controllo dell'applicazione delle norme sugli appalti pubblici*".

Il controllo sul rispetto di tali principi è demandato all'ANAC la quale, ai sensi dell'art. 213, comma 3, lettera a) del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 (ora art. 222, comma 3, lett. a) del d.lgs. 36/2023) "*vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali e sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza..... nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del Codice*" e alla lettera b) "*vigila affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario*".

È l'ANAC l'organo di vigilanza che garantisce il rispetto delle norme sugli appalti pubblici e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE garantendo il controllo dell'applicazione delle norme sugli appalti pubblici tramite l'esercizio della vigilanza, anche con riferimento ai principi di cui agli articoli 30, 34 e 42, nonché il rispetto della l. 190/2012 anticorruzione e del d.lgs. 33/2013 sulla trasparenza.

Non può, dunque, essere esclusa la vigilanza di ANAC per le opere oggetto di normativa derogatoria, visto che ANAC, verificando anche "i contratti esclusi dall'ambito di applicazione del Codice" vigila anche sull'operato dei Commissari straordinari che devono in ogni caso rispettare i principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del d. lgs 18 aprile 2016, n. 50, nonché le disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 nonché i vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE e delle disposizioni in materia di subappalto.

Né il DL 32/2019 "sbloccacantieri" né il DPCM 16 aprile 2021 con riferimento alle opere a qualsivoglia titolo commissariate specificano altro organismo cui demandare i controlli suddetti; non sono messi in discussione dunque i poteri di vigilanza dell'ANAC.

L'avvenuta sottoscrizione di protocolli di vigilanza collaborativa, pur non attivati – tra Commissario/Ministero Infrastrutture ed ANAC - ai sensi dell'art. 213, comma 3, lettera h) del d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 ulteriormente conferma i poteri di vigilanza ANAC sull'opera in questione.

Priva di rilievo appare al riguardo l'affermazione della stazione appaltante secondo cui la sottoscrizione dei protocolli di vigilanza collaborativa non dimostrerebbero l'attribuzione della vigilanza dell'ANAC sull'operato del Commissario Straordinario, in quanto trattasi di meri strumenti convenzionali finalizzati a far fronte ad un vulnus normativo per le opere in esse disciplinate; peraltro il protocollo sottoscritto il

7 dicembre 2018 dal Commissario per la Ricostruzione con ANAC avrebbe attestato la legittimità delle scelte procedurali delle opere del decreto Genova sulla base delle deroghe in esso previste.

Si rammenta in proposito che l'art. 213, comma 3, lettera h) del d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 dispone che per affidamenti di particolare interesse l'Autorità svolge attività di vigilanza collaborativa, attuata previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, finalizzata a supportare le medesime nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara.

In attuazione di tale previsione normativa, in data 7 dicembre 2018 il Commissario Straordinario per la Ricostruzione sottoscriveva con ANAC un protocollo di vigilanza collaborativa per la ricostruzione del viadotto Polcevera e ripristino del connesso sistema viario nel quale si chiariva che *"Le attività svolte dall'Autorità nell'ambito della vigilanza collaborativa disciplinata dal presente Protocollo di Intesa non costituiscono né determinano ingerenza nella fase decisoria che rimane prerogativa esclusiva dei Commissari e/o dall'ente che svolge le funzioni di stazione appaltante, né in alcun modo ne possono limitare la responsabilità in merito. Restano fermi i poteri di vigilanza, segnalazione e sanzionatori istituzionalmente attribuiti all'ANAC"*.

Ulteriore conferma della competenza di ANAC ad esercitare un potere di vigilanza sull'appalto in questione emerge dal fatto che, in data 2 marzo 2022, veniva sottoscritto anche un protocollo di vigilanza collaborativa tra ANAC e il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili – Mims - per la verifica degli atti di gara per le Grandi Opere ed i progetti speciali. Secondo tale protocollo d'intesa i commissari straordinari per la realizzazione delle grandi opere previste dal decreto Sblocca-cantieri (n. 32/2019) si potranno avvalere della collaborazione di Anac, al fine di verificare la conformità degli atti di gara, la normativa di settore applicata agli interventi infrastrutturali, l'individuazione di clausole e condizioni idonee a prevenire tentativi di infiltrazione criminale, il monitoraggio dello svolgimento della procedura di gara, ciò in conformità con quanto previsto dall'art. 213, comma 3, lettera h) del d.lgs. 50/2016 (ora art. 222, comma 3, lett. h) del d.lgs. 36/2023) che dispone che *"per affidamenti di particolare interesse l'Autorità svolge attività di vigilanza collaborativa attuata previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, finalizzata a supportare le medesime nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara"*.

Pertanto è da escludere che i protocolli di vigilanza collaborativa sopraindicati demandino ad ANAC il compimento di atti che non appartengano già alle sue attribuzioni, ai sensi dell'art. 213, comma 3, lett. h) del d. lgs. 50/2016 (ora art. 222 comma 3 lett. h) del d.lgs. 36/2023).

Anche la comunicazione all'Osservatorio effettuata dalla Stazione Appaltante, per la relativa annotazione nel Casellario, ai sensi dell'art. 213 comma 10 del d. lgs. 50/2016, dell'esclusione dalla gara del RTI E. (omissis) – peraltro ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis del d.lgs. 50/2016 – dimostra l'assoggettamento dell'attività della stazione appaltante agli obblighi informativi e comunicativi a favore di ANAC e dunque alle sue funzioni di vigilanza.

Sostiene la stazione appaltante che tale segnalazione al Casellario non confermerebbe i poteri di vigilanza dell'ANAC sulle opere commissariate.

Detta affermazione viene tuttavia smentita dallo stesso Commissario che a pag. 6 delle controdeduzioni afferma che «In data 23/06/2023, come obbligata per legge e, comunque, nel rispetto del termine all'uopo previsto, l'Autorità di Sistema Portuale ha trasmesso ad ANAC i c.d. modelli C per comunicazione delle notizie rilevanti ai sensi dell'articolo 213, comma 10, del codice dei contratti pubblici».

Priva di rilievo è, in ogni caso, l'osservazione secondo cui il procedimento di vigilanza è stato avviato ai sensi dell'art. 213, comma 3 del d. lgs. 50/2016, norma abrogata dal 1 luglio 2023, visto che l'art. 222, comma



3 del d.lg. 36/2023, in vigore dal 1 luglio 2023, riproduce fedelmente l'art. 213, comma 3 del d.lgs. 50/2016 abrogato.

Alla luce di quanto sopra evidenziato, si conferma pertanto la sussistenza *ex lege* del potere di vigilanza di ANAC.

d) Sulla sindacabilità della scelta di inserire l'opera nel Programma Straordinario.

Nelle controdeduzioni prot. ANAC 32764 del 3 agosto 2023 all'atto di avvio del procedimento e in sede di **controdeduzioni alla comunicazione delle risultanze istruttorie** prot. 119423 dell'11 dicembre 2023, la stazione appaltante sostiene che la Nuova Diga Foranea apparterebbe al Programma Straordinario di cui al DL 109/2018 non solo per scelta del Commissario Straordinario per la Ricostruzione bensì anche per volontà del Legislatore, cosa che renderebbe detta scelta insindacabile.

A tal fine la stazione appaltante sostiene che il Programma Straordinario includa la Nuova Diga Foranea richiamando gli artt. 1 e 9 bis del decreto Genova, recentemente novellato dal comma 3 dell'art. 18 del dl 104/2023 introdotto in sede di conversione della l. 136 del 2023, che ha aggiunto il comma 1 ter all'art. 9 bis del dl 109/2018, con cui si fa riferimento alla Nuova Diga Foranea.

La stazione appaltante richiama, oltre al DL 109/2018, l'allegato III Italia Resiliente (pag. 359) del Documento di Economia e Finanza approvato dal Consiglio dei Ministri il 24 aprile 2020 dove la Nuova Diga Foranea veniva inserita nella Tabella V.6.2: Interventi Prioritari sottoposti o da sottoporre a Progetto di Fattibilità.

La richiamata disposizione legislativa (DL 104/2023) avrebbe dunque chiarito «in modo unico ed incontestabile» che la Nuova Diga Foranea rientrava nel Programma Straordinario di cui al Decreto Genova.

A conferma, la stazione appaltante sostiene inoltre che «il Programma Straordinario ed i decreti commissariali con cui il medesimo è stato adottato, unitamente ai relativi Piani procedurali, non sono stati oggetto di contestazioni né in sede amministrativa né in sede giurisdizionale, neppure da parte delle società ricorrenti nel giudizio RGR n. 674/2022 così come chiaramente evincibile dalla lettura della sentenza n. 495/2023.....».

L'inserimento dell'opera di cui si verte all'interno del Programma Straordinario sarebbe pertanto chiara ed inequivoca.

Anche dette osservazioni non colgono nel segno.

In via preliminare va detto che non corrisponde al vero che la Diga Foranea sia stata inserita nel Programma straordinario per volontà del Legislatore di cui alla novella al Decreto Genova contenuta nel DL 104/2023.

Infatti, la norma richiamata dalla stazione appaltante (comma 1 ter dell'art. 9 bis del dl 109/2018) prevede che al Commissario Straordinario per la Ricostruzione vengano attribuiti i compiti relativi al **coordinamento e al monitoraggio delle attività dei soggetti attuatori** relativi al Tunnel subportuale e alla Diga Foranea di Genova; dunque nulla a che vedere con il riconoscimento dell'inserimento della Diga Foranea nel Programma Straordinario, ora peraltro cessato, essendo decorsi 36 mesi dalla data della sua adozione.

D'altro canto, se così fosse, il Legislatore smentirebbe sé stesso, visto che con DL 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108 " *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*" (cd Decreto semplificazioni bis), nell'Allegato IV punto 10, inseriva la Nuova Diga Foranea di Genova nel Piano Nazionale Complementare – PNC tra le dieci opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto e finanziate con risorse PNRR.

Ad ogni modo, l'enfasi attribuita nelle controdeduzioni all'entrata in vigore della predetta novella al Decreto Genova (DL 104/2023) conferma che la Diga Foranea non era stata inserita nel Programma straordinario per volontà del Legislatore del Decreto Genova che invece l'aveva chiaramente inserita nel Piano Nazionale Complementare PNC con il DL 77/2021.

Non vale a questo riguardo l'obiezione secondo la quale il DL 104/2023 conv in l. 136/2023, in quanto novella di contenuto interpretativo e dunque di efficacia retroattiva, costituirebbe una conferma legislativa della validità di tutti gli atti assunti dal Commissario, con effetto retroattivo. Gli atti del Commissario per la Diga cessato rimangono validi ma in ogni caso ciò non significa che essi non possano essere soggetti a verifica circa la loro conformità alla norma.

Infatti, essendo la procedura di gara per l'affidamento dell'appalto integrato stata avviata a novembre 2021, parrebbe evidente che la realizzazione della Nuova Diga Foranea non rientri nelle previsioni e nelle deroghe del decreto Genova di agosto 2018, con un conseguente errato utilizzo delle procedure di scelta del contraente in deroga.

Infatti, l'applicazione dell'art. 1 comma 7 della l. 109/2018, che richiama l'art. 32 della Direttiva, appare riferita, solo a *"interventi stradali"* e *"interventi ferroviari"* atti *"al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di rete fortemente compromessi dal tragico evento occorso il 14 agosto 2018"* tra cui non sembra poter rientrare la Nuova Diga Foranea.

Inoltre, la scelta del Legislatore nel Decreto Genova era stata quella di far adottare al Commissario Straordinario per la Ricostruzione, su proposta dell'Autorità Portuale, *"un Programma Straordinario di investimenti urgenti per la ripresa e lo sviluppo del porto e delle relative infrastrutture di accessibilità"* *"da realizzare a cura della stessa Autorità di sistema portuale entro trentasei mesi dalla data di adozione del provvedimento commissariale"* *"con l'applicazione delle deroghe di cui all'art. 1" "nei limiti delle risorse finalizzate allo scopo"* (art. 9 bis del D.L. 28 settembre 2018, n. 109, introdotto dalla legge di conversione 16 novembre 2018, n. 130).

La ratio sottesa all'intera disciplina legislativa emergenziale di cui al suddetto Decreto era quella acceleratoria, necessaria a rispondere all'interesse pubblico riguardo l'urgente **ripristino dei collegamenti viari e ferroviari** nella città di Genova a seguito del crollo del Ponte Morandi. In nome di tale interesse pubblico prioritario, il Legislatore **ha limitato i vincoli procedurali connessi all'evidenza pubblica, autorizzandone la deroga solo per gli affidamenti degli investimenti urgenti per la ripresa e lo sviluppo del porto e delle relative strutture di accessibilità e solo nei limiti delle risorse finalizzate allo scopo, da realizzare entro 36 mesi dalla data di adozione del provvedimento commissariale.**

La realizzazione del Programma Straordinario, visto il contesto di emergenza che vi aveva dato luogo, avrebbe dovuto essere conclusa entro un termine particolarmente contenuto pari a **36 mesi** dalla sua approvazione (15 gennaio 2019) e dunque entro il **15 gennaio 2022**.

Nel Programma Straordinario, allegato al decreto del Commissario Straordinario per la ricostruzione n. 2 del 15 gennaio 2019, la stessa Autorità Portuale afferma che «Per quanto concerne le infrastrutture portuali, il piano prevede **un insieme di interventi** indispensabili per supportare una migliore accessibilità via mare e per accelerare il completamento di opere strategiche di potenziamento dell'offerta commerciale del porto di Sampierdarena (compendio Bettolo). Al di là di quanto già attivato per lo spostamento della diga foranea di Sampierdarena, la cui prima fase operativa potrà riguardare l'imboccatura di ponente, **l'urgenza è rappresentata dalla realizzazione di un piano di dragaggi** che consenta di accogliere e manovrare in massima sicurezza anche le navi di prossima generazione e già programmate per lo scalo genovese sia nel comparto passeggeri che in quello delle merci Per quanto di interesse, tra le infrastrutture portuali veniva inserita (pag. 12) la realizzazione della "Nuova Diga Genova – prima fase, pari



a 300 milioni di euro. L'intervento riguarda la prima fase operativa dell'opera di protezione relativa all'imboccatura di ponente del bacino di Sanpierdarena».

Dunque, il Programma straordinario proposto dall'Autorità Portuale e approvato dal Commissario Straordinario per la Ricostruzione in data 15 gennaio 2019, elencava moltissimi interventi (circa 35) ma tra gli **investimenti urgenti** era indicato il **solo piano dragaggi** e non la Nuova Diga Foranea, visto che a fronte di un costo stimato di 700 milioni di euro (poi lievitato a 928.646.927,38), l'opera era stata allora finanziata solo per 300 milioni.

Neppure l'aggiornamento di detto Programma straordinario di cui al decreto n. 1 del 28 febbraio 2020 qualificava i lavori della Nuova Diga Foranea come urgenti (pag. 4 del programma aggiornato), che dunque non rispondevano all'interesse prioritario del Legislatore che limitava i vincoli procedurali connessi all'evidenza pubblica ai soli **"investimenti urgenti"** e **"nei limiti delle risorse finalizzate allo scopo"** **"da realizzare a cura della stessa Autorità di Sistema Portuale entro trentasei mesi dalla data di adozione del provvedimento commissariale"**.

Si rammenta che nel parere della Avvocatura del **5 marzo 2021** relativo alla corretta interpretazione ed applicazione degli articoli 1 e 9bis del D.L. 28 settembre 2018 n. 109 richiesto dal Commissario Straordinario per la Ricostruzione si chiarisce che **"il piano regolatore vigente già aveva contemplato come obiettivo strategico da realizzare in un futuro che era stato all'epoca -2001- operativamente già collocato intorno al 2010/2015, la realizzazione di una nuova diga foranea più esterna rispetto a quella attuale. Infatti, in relazione ai previsti sviluppi dei traffici e per la necessità, già allora prevista, di un più adeguato sviluppo del bacino portuale di Sampierdarena era stato previsto come obiettivo di piano, un avanzamento della diga foranea verso il mare per rendere meglio fruibili le testate delle banchine già previste dallo stesso piano portuale ben oltre l'attuale limite imposto dalla diga esistente"**.

Dunque già nel piano regolatore portuale vigente era prevista la realizzazione di una nuova più esterna diga foranea ma non ancora finanziata e dunque non rientrante tra gli interventi urgenti del Decreto Genova.

Al riguardo anche il Comitato Speciale del Consiglio Superiore dei lavori pubblici affermava che **"Per quanto attiene gli aspetti urbanistici, dalla documentazione trasmessa si rileva che il Piano Regolatore vigente è stato approvato con Deliberazione del Consiglio Regionale n. 35 del 31 Luglio pag. 27 di 56 2001, rettificata con Deliberazione n. 61 del 13 Novembre 2001, e classifica le dighe foranee del Porto di Genova sotto l'articolazione funzionale opere di protezione. Nelle previsioni del Piano si propone la costruzione di una nuova opera di protezione in posizione più avanzata verso il mare per rendere meglio fruibili le banchine portuali. L'esigenza allora solo prefigurata nel lungo termine (senza alcun valore di piano) si è resa oggi necessaria alla luce della realizzazione della gran parte degli interventi previsti dal Piano e delle tendenze evolutive dei trasporti marittimi, in particolare per quanto riguarda la crescita dimensionale della esistente flotta di navi portacontainer e di quella in previsione"**.

Dunque, la realizzazione della Diga, classificata come opera di protezione, era già stata prevista nel Piano Regolatore Portuale approvato dalla Regione Liguria nel 2001; inoltre, con D.M. n. 95 dell'8.3.2018 (dunque prima del crollo del Ponte Morandi) il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili aveva finanziato per 4,939 Mln di euro il Progetto di fattibilità tecnica ed economica. (PFTE) ritenendolo un'opera importante a livello nazionale.

Pertanto la Diga Foranea risponde ad una esigenza strategica di lungo corso di "rendere meglio fruibili le banchine portuali" viste "le tendenze evolutive dei trasporti marittimi" e dunque non parrebbe rientrare in un contesto emergenziale di cui all'art. 9 bis del DL 109/2018 conv in l. 130/2018 in cui rientravano soltanto gli "investimenti urgenti" "per la ripresa e lo sviluppo del porto e delle relative strutture di accessibilità",

determinati dal crollo del ponte Morandi, i soli per i quali il Legislatore ha legittimato l'utilizzo di poteri in deroga.

Pertanto, la Diga Foranea non sarebbe potuta rientrare nel Programma Straordinario, proposto dall'Autorità Portuale ed approvato dal Commissario Straordinario per la ricostruzione n. 2 del 15 gennaio 2019 e successivamente aggiornato e dunque non avrebbe potuto essere affidata dal Commissario Straordinario per la Diga con poteri in deroga ai sensi dell'art. 32 della Direttiva.

Peraltro, gli interventi rientranti nel Programma Straordinario avrebbero dovuto concludersi **entro 36 mesi** dalla data di adozione del provvedimento commissariale avvenuta il 15 gennaio 2019 e dunque entro il 15 gennaio 2022, data di scadenza del Programma Straordinario. Né i 36 mesi, come erroneamente sostiene la stazione appaltante, potrebbero decorrere dall'aggiornamento del programma straordinario avvenuta il 28 febbraio 2020, visto che trattasi di un termine di scadenza del Piano fissato dal Legislatore e dunque non prorogabile.

Alla luce di quanto esposto, pare pacifica la sindacabilità da parte di ANAC della scelta circa l'inserimento della Nuova Diga Foranea nel Programma Straordinario.

1) Sulla prima criticità: Assenza delle motivazioni sottese alla procedura negoziata senza bando

Nell'atto di avvio prot. 52931 del 4 luglio 2023 è stata rilevata la criticità afferente alla mancata esplicitazione della motivazione circa la sussistenza dei presupposti legittimanti per l'utilizzo della procedura negoziata senza bando per l'affidamento della progettazione definitiva, esecutiva e la realizzazione della Nuova Diga Foranea.

Nelle controdeduzioni all'atto di avvio del procedimento prot. ANAC 32764 del 3 agosto 2023 e in sede di controdeduzioni alla comunicazione delle risultanze istruttorie prot. 119423 dell'11 dicembre 2023, la stazione appaltante ha sostenuto che le motivazioni dell'utilizzo della procedura negoziata senza bando si troverebbero nei Piani Procedurali, automaticamente applicabili all'affidamento in questione, essendo la Nuova Diga Foranea parte del Programma Straordinario.

Ferma restando la non conformità alla norma dell'inserimento nel Programma Straordinario della Nuova Diga Foranea - e dunque la non automatica applicazione dei Piani Procedurali agli affidamenti del Programma straordinario -, si osserva come, né nel Programma Straordinario né nei Piani Procedurali, richiamati dalla determina a contrarre n. 503 del 31 maggio 2022, viene specificata "*l'estrema urgenza*" "*derivante da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante*" per l'affidamento della realizzazione della Nuova Diga Foranea.

Neppure si trova alcun richiamo alla circostanza secondo cui "*l'applicazione dei termini anche abbreviati previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché del PNC*".

Nulla di tutto ciò viene riportato nella determina a contrarre (decreto commissariale n. 503 del 31.5.2022), primo atto di avvio della procedura, che rinvia genericamente ai Piani Procedurali, alla procedura di affidamento ivi prevista per l'appalto integrato complesso, e all'applicazione delle deroghe di cui al combinato disposto degli artt. 1, comma 5 e 9 bis del DL109/2018, conv. in L. 130/2018 e a quelle previste all'art. 4, comma 3, del DL 18 aprile 2019, n. 32, convertito in l. 14 giugno 2019, n. 55 e dal DL 77/2021.

Al proposito occorre ribadire che il generico rinvio per relationem al Piano Straordinario e ai Piani Procedurali non soddisfa l'onere motivazionale imposto dal Legislatore per l'utilizzo della procedura



negoziata senza bando, derogatoria ed eccezionale rispetto al principio generale della pubblicità e della massima concorrenza tipica delle procedure aperte.

È infatti nota la portata eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, quale si evince dal considerando 50 della direttiva 24/2014/UE (*"tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali"*).

Inoltre, le Linee guida ANAC n. 8 per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando precisano che *"Come affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia Europea (cfr. Sentenza della C. Giust. UE 8 aprile 2008, causa C-337/05), confermata del resto dalla giurisprudenza della Sezione (sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26) la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, per cui la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza (CDS Sez III 18 gennaio 2018 n. 310)"*

La procedura negoziata senza bando può dunque essere utilizzata, motivando, solo restrittivamente nei ridotti limiti dei suoi presupposti. Va ricordato infatti che le deroghe ai principi ed alle regole in materia di concorrenza, in quanto aventi natura eccezionale, sono ammesse solo in ambiti ristretti e al ricorrere di determinate condizioni da individuare in modo rigoroso.

Nella specie, si rammenta che il Programma Straordinario constava di ben 35 interventi per un importo complessivo ad oggi di euro 3.032.661.674,77, di cui la Nuova Diga Foranea ne assorbe circa un terzo (euro 950.000.000).

Pertanto, nel primo Piano Procedurale del 30 aprile 2019 approvato con decreto del Commissario straordinario per la Ricostruzione n. 19 del 3 maggio 2019, nel paragrafo dedicato al *"Carattere dell'urgenza e del nesso causale con il crollo del ponte Morand"* (pag. 3 del Piano Procedurale), il Responsabile per l'attuazione del Programma straordinario dell'Autorità Portuale afferma che *"Le opere di seguito elencate rientrano in quella "misura strettamente necessaria", per la quale, "per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'Amministrazione aggiudicatrice", non possono essere rispettati i termini per le procedure aperte, o per le procedure ristrette, o per le procedure competitive con negoziazione previa pubblicazione del bando, come ha previsto il legislatore tramite il combinato disposto dagli art. 9 bis e I della legge 130/2018.....(omissis) Da una disamina approfondita del Programma straordinariosono state evidenziate le priorità su una serie di opere di connessione stradali e ferroviarie". Dette opere venivano di seguito indicate quali "interventi stradali (o ad essi riconducibili) a carattere prioritario" e "interventi ferroviari (o ad essi riconducibili) a carattere prioritario".*

Pertanto, anche a detta dell'Autorità Portuale, erano prioritarie - e dunque rispondevano al criterio della estrema urgenza - soltanto le opere di connessione stradale e ferroviarie quali gli interventi riferiti alle strutture viarie e ferroviarie relative alla logistica portuale per i quali potevano essere utilizzate le deroghe previste dall'art. 1 della l. 130/2018 e dunque la procedura negoziata senza bando di cui all'art. 32 della Direttiva.

Conseguentemente, stante la numerosità degli interventi inseriti nel Programma Straordinario e il ridotto termine per la loro realizzazione pari a 36 mesi dall'approvazione, non tutti gli interventi venivano qualificati dal Piano Procedurale del 30 aprile 2019 di estrema urgenza.

Nel Piano Procedurale, infatti, l'**estrema urgenza e il nesso causale con il crollo del Ponte Morandi** non si riferivano alla Nuova Diga Foranea - peraltro opera non ancora finanziata e dunque non ritenuta prioritaria - ma agli interventi riferiti alle **strutture viarie e ferroviarie** relative alla logistica portuale afferenti la viabilità alternativa al Ponte Morandi, capaci di sopperire alle esigenze di traffico veicolare e di creare un efficace collegamento tra il porto e il tessuto urbano.

Il Commissario per la Diga, quindi, - per superare la motivazione generica di carattere unitario contenuta nei Piani Procedurali, nei quali la Nuova Diga Foranea non veniva ritenuta un intervento prioritario tale da giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara e l'applicazione delle deroghe previste dal DL 109/2018 - avrebbe dovuto indicare specificatamente, nel primo atto della procedura, il ricorrere o meno dei presupposti della procedura negoziata senza bando, derogatoria ed eccezionale rispetto al principio generale della pubblicità e della massima concorrenza tipica della procedura aperta.

Il Commissario Straordinario per la Diga dunque avrebbe dovuto indicare perché l'intervento relativo alla Nuova Diga Foranea sarebbe potuto rientrare sotto la definizione di "*estrema urgenza*" "derivante da *circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante*" e "*nella misura strettamente necessaria*", nonché perché "*i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati*" ovvero quelli per i quali l'applicazione delle procedure ordinarie avrebbe potuto "*compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR...*".

In assenza di una specifica indicazione circa l'estrema urgenza riferita alle singole opere, ovvero in assenza di uno specifico richiamo all'estrema urgenza di realizzare la Nuova Diga Foranea, il Commissario Straordinario per la Diga, nella determina a contrarre, non avrebbe potuto limitarsi a richiamare il Programma Straordinario e i vari Piani Procedurali che come si è visto non considerano la Nuova Diga Foranea un'opera prioritaria, ma avrebbe dovuto specificamente motivare l'esistenza dei presupposti per l'utilizzo della procedura negoziata senza bando.

Ciò, anche in considerazione del fatto che la determina a contrarre richiama l'art. 1 comma 5 del DL 109/2018 (e non l'art. 1 comma 7 che rinvia all'art. 32 della Direttiva), che appare riferito solo a "*interventi stradali*" e "*interventi ferroviari*" atti "*al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di rete fortemente compromessi dal tragico evento occorso il 14 agosto 2018*" tra cui appunto non sembra poter rientrare la Nuova Diga Foranea.

La motivazione negli atti di gara dell'"*estrema urgenza*" "*derivante da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante*" appare per la Nuova Diga Foranea ancor più necessaria, visto che la progettazione preliminare dell'intervento risale al 2010 e che già allora era considerata un'opera strategica per lo sviluppo delle attività commerciali del porto.

Ciò risulta dal Piano Operativo Triennale 2017-2019, approvato dal Comitato di gestione dell'Autorità Portuale in data 9 giugno 2017 (pag. 24), in cui si afferma che quanto alla diga Foranea "*L'intervento è necessario per proteggere i nuovi accosti della piattaforma multipurpose e, secondo le previsioni del Piano regolatore portuale, è propedeutico alla realizzazione di nuovi accosti ro-ro e spazi operativi. Realizzata la progettazione preliminare dell'intervento nel 2010, nel corso del 2014 sono stati effettuati studi marittimi relativi alle manovre delle navi ed è stata valutata l'opportunità di suddividere l'intervento in fasi successive di lavoro per garantire una protezione della costruenda piattaforma, avviando una revisione tecnico/economica del progetto preliminare, attualmente in corso*".



Detto Piano Operativo Triennale prevedeva inoltre tra le azioni strategiche per il triennio 2017-2019 (pag.20) la nuova Diga Foranea del Bacino di Sampierdarena in quanto *“L’opera costituisce il punto centrale della pianificazione dell’Ente nel lungo termine, rispondendo ad una fondamentale esigenza di adeguamento del sistema degli accessi marittimi del Bacino di Sampierdarena, ai bisogni di navigabilità ed evoluzione del naviglio di maggiori dimensioni e alle interferenze tecniche con le procedure di decollo e di atterraggio dell’attiguo aeroporto”*.

Inoltre con D.M. n. 95 dell’8 marzo 2018 (**prima del crollo del Ponte**) era stato finanziato il Progetto di fattibilità tecnica ed economica della Nuova Diga Foranea dal Ministero Infrastrutture e mobilità sostenibile - MIMS (già Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti) per 4,939 Mln di euro.

Anche, nella Determinazione del 29 settembre 2020, n. 94 (pag. 53) avente ad oggetto la relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria dell’Autorità Portuale, la Corte dei Conti, Sezione Controllo degli Enti, riporta che *“Con INVITALIA S.p.A è stata sottoscritta in data 13 aprile 2018, una convenzione avente ad oggetto l’accelerazione e l’efficientamento delle attività per la realizzazione di programmi di investimento per l’attuazione di specifici interventi. Gli interventi di prima applicazione della convenzione stessa consistono nella realizzazione della nuova diga foranea del Porto di Genova e in opere complementari di ampliamento del terminal contenitori Ronco Canepa”*.

Pertanto, anche alla luce di quanto sopra riportato in merito al fatto che la Nuova Diga Foranea risponde ad una esigenza strategica di lungo corso di *“rendere meglio fruibili le banchine portuali”*, l’utilizzo della procedura negoziata senza bando, in assenza di motivazione circa l’esistenza delle condizioni legittimanti il suo utilizzo, non pare conforme all’art. 32 comma 2 lett. c) della Direttiva secondo cui la procedura negoziata senza bando può essere utilizzata *“c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti 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 per giustificare l’estrema urgenza non sono in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”*.

Sul punto, diversamente da quanto asserito dalla stazione appaltante, anche la sentenza TAR Liguria 495/2022, seppure non costituiva motivo di ricorso e dunque non oggetto di sindacato giurisdizionale, ha comunque evidenziato criticamente la mancata contestazione, da parte del ricorrente, della scelta derogatoria di procedere mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, allegando l’insussistenza delle circostanze di estrema urgenza che la giustificerebbero ai sensi dell’art. 32 della Direttiva n. 2014/24/UE.

Non convince sul punto quanto affermato dalla stazione appaltante nelle controdeduzioni alla comunicazione delle risultanze istruttorie in cui sostiene che, vista la “sostanzialità” dell’urgenza, non avrebbe rilievo la mancata esplicitazione della motivazione nella determina a contrarre, trattandosi di profili motivazionali esplicitabili anche a posteriori.

Sul punto si ritiene che seppure non ricorre nella procedura di cui all’art. 32 della Direttiva un obbligo preliminare di motivazione, detto obbligo sorge in sede di aggiudicazione. Nel caso di specie, neppure nell’avviso di post informazione sono state rappresentate le motivazioni del ricorso alla procedura negoziata senza bando (Determinazione AVCP (ora ANAC) n. 2 del 6 aprile 2011: cfr. par. 2.3).

In ogni caso, non si condivide quanto affermato dalla stazione appaltante in ordine al fatto che, potendo la motivazione essere anche tardiva, questa sarebbe ricostruibile dal contenuto dell’ordinanza cautelare del TAR Liguria 21 novembre 2022 n. 236.

Infatti, la stazione appaltante nella delibera a contrarre avrebbe dovuto fornire una spiegazione delle ragioni che l'avrebbero indotta a preferire la procedura negoziata senza bando, atteso che **il Legislatore ha dato ai Commissari straordinari con poteri in deroga la mera facoltà e non certo un obbligo di utilizzo della procedura negoziata senza bando e solo laddove ne sussistano i presupposti.**

Nel parere della Avvocatura dello Stato del 5 marzo 2021 relativo alla corretta interpretazione ed applicazione degli articoli 1 e 9 bis del D.L. 28 settembre 2018 n. 109 si riporta che **"Le deroghe previste dal predetto art. 9 bis, affinché possano essere realizzate le opere ritenute di massima urgenza entro il ristretto termine indicato dalla stessa norma, sono indubbiamente e in particolare, per quanto di interesse, quelle indicate ai commi 5 dello stesso art. 1 che di seguito si riportano <<"Per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l'affidamento e la ricostruzione dell'infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario, il Commissario straordinario opera in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea>>".**

Pertanto, anche a detta dell'Avvocatura dello Stato, l'obbligo dell'utilizzo delle procedure negoziate senza bando esisteva soltanto per le opere di cui all'art. 1 comma 7 e non per quelle di cui al comma 5 dell'art. 1 del DL 109/2018 in cui avrebbe potuto rientrare la Nuova Diga Foranea.

Peraltro, si rileva che l'affidamento dell'appalto integrato relativo alla progettazione definitiva, esecutiva e realizzazione della Diga Foranea, essendo questa stata interamente finanziata soltanto tra metà 2021 e inizio 2022, trova la sua disciplina nella normativa sopravvenuta al decreto Genova, come chiaramente indicato nella lettera di invito di cui dagli artt. 4 del DL 18 aprile 2019 n. 31, nonché dall'art. 48 del DL 77/2021 e nei poteri in deroga previsti per il Commissario straordinario per la quale il ricorso alla procedura negoziata senza bando è ammesso motivando nel primo atto della procedura la sussistenza dei relativi presupposti per la sua applicazione.

Va ricordato anche che la Diga Foranea, come chiarito dal Commissario Straordinario per la Diga, rientra anche tra gli interventi finanziati dal Fondo complementare al PNRR di cui all'art. 1, comma 2 (punto c. 7), *"Sviluppo dell'accessibilità marittima e della resilienza delle infrastrutture portuali ai cambiamenti climatici"* del DL 6 maggio 2021, n. 59, conv. con mod., dalla l. 1° luglio 2021, n. 101 recante *"Misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti"*.

Non rileva, dunque, l'affermazione del Commissario Straordinario per la Diga circa un preteso automatismo nella applicazione del Programma Straordinario e delle specifiche procedure individuate dai relativi Piani Procedurali, visto che era mutato il quadro normativo e la realizzazione della Diga era divenuta con il DL 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108 **una delle dieci opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto di cui all'Allegato IV, punto 10 del medesimo DL 77/2021, finanziate in gran parte dal Fondo complementare al PNRR.**

Il Commissario Straordinario per la Diga, visto che il quadro normativo di riferimento era mutato, visto che il periodo di trentasei mesi previsto dall'art. 9 bis del DL 109/2018 conv in l. 130/2018 per la realizzazione degli investimenti urgenti inserito del Programma straordinario era scaduto (15 gennaio 2022), visto che l'opera era stata finanziata anche dal Fondo complementare del PNRR per 500 mila euro (oltre al finanziamento della BEI per 264 milioni di euro, del fondo infrastrutture portuali per 100 milioni di euro e dell'Autorità Portuale per 86 milioni di euro) non avrebbe potuto applicare il DL 109/2018 conv. in l.



130/2018 cd Decreto Genova, ma l'art. 4 del DL 18 aprile 2019 n. 32, conv. in l. 14 giugno 2019 con le deroghe previste per i Commissari straordinari nonché l'art. 48 comma 3 del DL 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108 con ricorso alla procedura negoziata senza bando di cui all'art. 63 del d.lgs. 50/2016 motivando "*nel primo atto della procedura*", la sussistenza dei relativi presupposti per la sua applicazione.

In conclusione, le argomentazioni della stazione appaltante non sono risultate idonee a confutare le criticità rilevate nell'atto di avvio del procedimento di vigilanza in merito alla omessa motivazione nell'utilizzo della procedura negoziata senza bando.

2) Sulla seconda criticità: mancato rinnovo della procedura a seguito di gara andata deserta.

Nell'atto di avvio prot. 52931 del 4 luglio 2023 si è evidenziata la criticità inerente il mancato rinnovo della prima procedura di gara andata deserta, con conseguente possibile restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 30 del d. lgs. 50/2016. In particolare si è rilevato che la prima procedura di gara andata deserta avrebbe dovuto essere rinnovata con pubblicazione di un nuovo avviso di gara sulla GUCE e sulla GURI, consentendo in tal modo agli operatori interessati di partecipare, al pari di quanto già fatto con la prima procedura di gara andata deserta.

Nelle controdeduzioni all'atto di avvio del procedimento prot. ANAC 32764 del 3 agosto 2023 e in sede di controdeduzioni alla comunicazione delle risultanze istruttorie prot. 119423 dell'11 dicembre 2023, la stazione appaltante ha sostenuto che il mancato rinnovo della procedura di gara, con pubblicazione del nuovo avviso, a seguito della precedente procedura andata deserta sarebbe legittimo e non in contrasto con il principio della concorrenza, in quanto, potendo il Commissario straordinario limitare il soggetto da invitare ad un solo soggetto ed essendo entrambi i soggetti stati scelti sulla base di un avviso pubblicato su GURI e GUCE avrebbe garantito parità di condizioni. Aggiunge che essendo legittima la procedura di gara dichiarata deserta anche la successiva procedura sarebbe legittima perché fondata sui medesimi presupposti.

Sul punto occorre preliminarmente evidenziare che la stazione appaltante ammette che entrambe le procedure (quella andata deserta e quella conclusasi con l'aggiudicazione) si configurano come due diverse procedure negoziate senza bando. Pertanto, non una sola procedura negoziata avviata nel novembre 2021 e proseguita anche dopo la mancata presentazione delle offerte (30 giugno 2022), bensì due procedure differenti; trattandosi dunque di due procedure differenti, la stazione appaltante avrebbe dovuto riavviare la procedura di gara con un nuovo avviso, così come avvenuto per la prima procedura negoziata senza bando. Invece, la seconda determina a contrarre (decreto commissariale n. 729 del 29 luglio 2022), peraltro, come si vedrà successiva alla presentazione delle offerte, richiama l'avviso del 22 novembre 2021 quello della prima procedura negoziata senza bando, andata deserta.

La procedura negoziata senza bando di cui alla lettera di invito del 1 giugno 2022 conclusasi in data 30 giugno 2022 senza alcuna offerta, avrebbe dovuto portare alla indizione di una nuova procedura di selezione **con nuovo avviso esplorativo** - cui dare pubblicità - finalizzato a ricevere manifestazioni di interesse da parte degli operatori e non ad una mera "trattativa negoziata", come affermato dalla stazione appaltante. Ciò anche alla luce dell'art. 63, comma 6 del d.lgs. 50/2013 in cui si afferma che le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più

vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione. Peraltro la necessità di un nuovo avviso esplorativo emerge anche dal Piano Procedurale, di cui al decreto del Commissario Straordinario n. 5 del 15 luglio 2021, in cui si afferma che *"l'avvio della negoziazione sia preceduto dalla pubblicazione di un avviso esplorativo esclusivamente sul sito dell'Ente e del Commissario Straordinario per la ricostruzione, finalizzato ad informare il mercato in merito all'appalto e a ricevere proposte tecnico economiche da parte degli operatori, in possesso dei requisiti indicati nell'avviso per una verifica di massima di soluzioni vantaggiose finalizzate a scremare il novero dei competitors"*.

Né è possibile ritenere detta seconda procedura conforme all'art. 32, comma 2, lett. a) della Direttiva o all'art. 63, comma 2, lett. a) del d. lgs. 50/2016 che prescrive, quale presupposto legittimante, l'infruttuosità di una precedente procedura aperta o ristretta, non sussistente nel caso di specie.

In ogni caso, oltre alla mancanza dell'avviso esplorativo, la seconda procedura negoziata senza bando definita dalla stazione appaltante *"trattativa negoziata"*, è viziata da tutte le criticità sopraesposte per la prima procedura negoziata.

Ulteriore profilo di criticità sollevato in sede di avvio del procedimento di vigilanza riguarda il fatto che la determina a contrarre (29 luglio 2022) per l'avvio della seconda procedura è stata successiva alla ricezione delle offerte degli operatori economici (26 luglio 2022).

Sul punto la stazione appaltante sostiene di non aver violato alcun principio dell'Unione Europea, essendo la determina a contrarre un istituto di diritto interno pacificamente derogabile.

In merito, si ribadisce che la determina a contrarre, pur non avendo rilevanza esterna, serve ad individuare la procedura che si intende adottare, i criteri di selezione degli operatori economici, gli elementi essenziali del contratto.

Ecco dunque che la stazione appaltante non ha preventivamente rese note le motivazioni in ragione delle quali ha scelto la procedura negoziata senza bando anche nella seconda procedura di gara, in contrasto con il principio della concorrenza, atteso che non ha garantito l'apertura al mercato della procedura di gara consentendo agli operatori interessati di partecipare.

Inoltre, **priva di pregio** appare l'affermazione della stazione appaltante secondo cui la seconda procedura negoziata senza bando sarebbe stata legittimata dall'art. 32, comma 2, lett. c) della Direttiva perché di estrema urgenza, anche in considerazione dei finanziamenti dell'opera.

Anche in tal caso, diversamente da quanto ex adverso dedotto, la seconda procedura negoziata senza bando non parrebbe essere legittimata dai presupposti richiesti dall'art. 32, comma 2 lett. c) della Direttiva in quanto, come si è visto, non sussisteva l'estrema urgenza, non imputabile all'amministrazione, derivante da eventi imprevedibili che non avrebbero consentito il rispetto dei termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione.

La seconda procedura negoziata senza bando ha dunque anch'essa derogato ai principi di pubblicità ed evidenza pubblica previsti dalla Direttiva europea e dunque all'obbligo di individuare il contraente attraverso un confronto concorrenziale.

Le affermazioni della stazione appaltante non consentono di considerare superate le criticità sollevate dall'Autorità nell'atto di avvio del procedimento e nella comunicazione delle risultanze istruttorie in merito al mancato rinnovo della procedura di gara.

3) Sulla terza criticità: Prezziario non aggiornato alla luce del DL 50/2022



Nell'atto di avvio prot. ANAC n. 52931 del 4 luglio 2023 è stato rilevato che la gara era stata bandita sulla base di un prezzario non aggiornato. I prezzi utilizzati infatti erano riferiti al prezzario della Regione Liguria di febbraio 2022, senza l'incremento, fino al 20 per cento, previsto dall'art. 26, comma 3 del DL 17 maggio 2022 n. 50 conv in l. 15 luglio 2022 n. 91. Tale evenienza potrebbe aver ristretto la concorrenza in fase di gara.

Nelle controdeduzioni all'atto di avvio del procedimento prot. ANAC n. 32764 del 3 agosto 2023 e in sede di controdeduzioni alla comunicazione delle risultanze istruttorie prot. ANAC n. 119423 dell'11 dicembre 2023, la stazione appaltante ha sostenuto che l'art. 26, comma 3 del DL 50/2022 citato «non prevede l'obbligo di incremento automatico del 20% dei prezzi risultanti dai prezzari regionali aggiornati al 31.12.2021: la norma, infatti, prevede la facoltà della Stazione Appaltante – nei limiti delle risorse disponibili ai fini del finanziamento dell'appalto – di incrementare i prezzi sino alla misura massima del 20% del prezzario aggiornato al 31/12/2021. In secondo luogo, la norma in esame fa riferimento ai prezzari aggiornati al 31/12/2021 mentre in Regione Liguria (differentemente da altre regioni) il prezzario dopo dicembre è stato aggiornato: la Giunta della Regione Liguria, con Delibera 18 febbraio 2022, n. 111, recante "Aggiornamento Prezzario regionale 2022 e attivazione Sezione di valutazione (l.r. 31/07)", ha disposto di procedere all'approvazione di un primo aggiornamento del Prezzario in considerazione del fenomeno dei rincari eccezionali di alcuni materiali da costruzione».

La stazione appaltante quindi sostiene che l'art. 26 del DL 17 maggio 2022, n. 50 conv in l. 15 luglio 2022 n. 91 (cd. Decreto Aiuti) non sarebbe risultato applicabile alla gara in questione in quanto il prezzario posto a base di gara sarebbe stato quello aggiornato a febbraio 2022 e non quello del 31 dicembre 2021. Avendo posto a base di gara il prezzario aggiornato, quest'ultimo sarebbe stato sufficiente a garantire il rispetto della norma, stante un incremento medio dei prezzi pari al 7,4%. Richiama infine a conforto anche le affermazioni del verificatore secondo cui il prezzario del febbraio 2022 risulterebbe già allineato alla normativa sopravvenuta.

Le obiezioni della stazione appaltante nel caso concreto non sono condivisibili. Infatti risulta che in data 29 luglio 2022, la Regione Liguria abbia adottato un aggiornamento infrannuale del prezzario delle OPERE EDILI E IMPIANTISTICHE Anno 2022, circostanza questa che dimostra il mancato allineamento del prezzario del febbraio 2022 alle previsioni del DL n. 50/2022 (cd decreto Aiuti) che teneva conto soltanto dei rincari del 2021 e non di quelli della prima parte dell'anno 2022 a causa della guerra in ucraina.

Pertanto, l'esigenza congiunturale dell'aggiornamento dei prezzi, esplicitata a livello normativo dall'art. 26 del DL n.50/2022, è successiva all'adozione del prezzario del febbraio 2022, allineato, lo si ribadisce, soltanto ai rincari del 2021 e non a quelli successivi alla data del conflitto (24 febbraio 2022) e dunque non potrebbe essere coerente con gli incrementi previsti imprevisti ed imprevedibili dei prezzi delle materie prime da esso determinati. Tale circostanza, ossia quella per cui il prezzario regionale febbraio 2022 è allineato soltanto ai rincari del 2021, è confermato anche dal verificatore. Non vale dunque a questo riguardo l'obiezione secondo cui il verificatore avrebbe ritenuto il prezzario di febbraio 2022 allineato alle novità della norma sopravvenuta, visto che il verificatore certifica il recepimento nel prezzario di febbraio 2022 dei rincari del 2021 e non già di quelli previsti dalla norma sopravvenuta (DL 50/2022) verificatisi a partire dalla data di inizio del conflitto in Ucraina (24 febbraio 2022). Se così non fosse, la Regione Liguria non avrebbe adottato, successivamente al prezzario di febbraio 2022, un aggiornamento infrannuale del prezzario al 29 luglio 2022.

Dunque anche per l'appalto in esame (il DL 50/2022 è entrato in vigore il 17 maggio 2022) sussisteva la necessità dell'aggiornamento della stima economica del progetto da porre in gara.

L'Autorità sul punto si è espressa osservando che *“La necessità di predisporre elaborati progettuali coerenti con i prezzi aggiornati è stata, peraltro, confermata dalle disposizioni dell'art. 26, comma 2, del d.l. 50/2022, conv. in l. n. 91/2022,”*(parere Funz Cons 64/2022).

In linea generale, si osserva che il mancato dovuto incremento dei prezzi in linea con il DL 50/2022, potrebbe essere stato la causa della mancata presentazione dell'offerta da parte delle imprese invitate, e dunque potrebbe aver determinato una distorsione della concorrenza, attese le inadeguate condizioni economiche poste a base di gara, come chiaramente attestato da entrambe le imprese partecipanti che hanno invocato quale motivo della mancata presentazione dell'offerta proprio l'inadeguatezza delle condizioni poste a base di gara.

Alla luce di quanto esposto, **si conferma il mancato superamento dei profili di criticità sollevati in sede di avvio del procedimento in relazione al mancato aggiornamento dei prezzi di cui all'articolo 26, commi 2 e 3 del D.L. del 17 maggio 2022, n. 50.**

4) Sulla quarta criticità: Assenza di criteri per attribuzione dei punteggi per la formazione di una graduatoria e alterazione delle condizioni iniziali di gara – ulteriori criticità in relazione alla non ottemperanza al voto del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.

Nell'atto di avvio del procedimento è stata rilevata la criticità inerente all'assenza di punteggi per la valutazione dell'offerta tecnica e quella economica e dunque l'assenza di una graduatoria. Sul punto il Commissario Straordinario non ha formulato contestazioni. In assenza di contestazione, il profilo censurato si ritiene confermato.

E' stato altresì segnalato nell'atto di avvio istruttorio, e successivamente ribadito nella relazione di Comunicazione Risultanze Istruttorie (CRI) a seguito dell'analisi delle controdeduzioni rese, che la Stazione appaltante inoltre, andata deserta la gara, convocava i due operatori che avevano mostrato interesse all'appalto integrato e, oltre a non prevedere criteri per l'attribuzione di punteggi e la formazione di una vera e propria graduatoria finale, li invitava a formulare una *“proposta tecnico economica entro il 26 luglio pv secondo le modalità ed i contenuti della lettera di invito già trasmessa per la procedura deserta corredata altresì di eventuali proposte di modifica rispetto alle previsioni dello schema di contratto e capitolato già oggetto della procedura deserta mediante proposte di revisione dei relativi articoli”* (cfr verbali 13 luglio 2022).

Nelle sedute riservate del 14.9.2022 e 3.10.2022, il Commissario Straordinario rappresentava che *“è stato aggiornato lo schema di contratto ed il capitolato speciale descrittivo e prestazionale oggetto della procedura. Il commissario chiede all'OE di presentare proposte di modifiche ultimative in formato revisione”*

Si ritiene che la richiesta di modifica dello schema di contratto e del capitolato di gara costituisca una alterazione delle iniziali condizioni di gara non controbilanciata da una apertura alla concorrenza; ciò anche al di là dell'evenienza che gli importi a base di gara rimangano o meno gli stessi.

È stato osservato inoltre che la SA ha peraltro soddisfatto le richieste poi formulate dai concorrenti che riguardano aspetti rilevanti del contratto di appalto.

Infatti, oltre alle modalità di contabilizzazione del corrispettivo e di revisione prezzi, W. (omissis) chiedeva (cfr verbali 5 ottobre 2022) che *“In merito al rischio connesso alle condizioni geologiche e geotecniche e ai campi prova: tenuto conto che i tempi e i costi dell'opera sono stati definiti sulla base, tra l'altro, dei sondaggi effettuati dalla Autorità di Sistema Portuale e forniti con il progetto a base gara, che hanno*



definito le attuali caratteristiche geologiche e geotecniche del sito, qualora – a valle dell'esecuzione dei nuovi sondaggi e dei campi prova necessari alla redazione del Progetto Definitivo e/o Esecutivo – dovesse intervenire la necessità di apportare modifiche al progetto e/o alle modalità operative di esecuzione dell'Opera, tali modifiche saranno considerate come varianti.”(cfr verbali 5 ottobre 2022).

Tale richiesta - comunque anomala considerato che l'appaltatore si fa carico nel caso di appalto integrato delle modifiche fisiologiche che dovranno essere apportate in sede di redazione dell'esecutivo – è stata accolta dalla SA, considerato che a pag. 6 dello schema di contratto revisionato il 7 ottobre 2022 è previsto quanto segue: *“l'appaltatore ha altresì assicurato la piena realizzabilità dell'opera a regola d'arte, secondo quanto meglio specificato dal precedente capoverso, anche nel caso in cui, in fase di redazione del progetto definitivo o esecutivo all'esito delle nuove indagini, test ed analisi effettuate, le proprie proposte migliorative non fossero realizzabili o portassero a ritardi non compatibili con il cronoprogramma dell'opera. Il tutto senza maggiori oneri per il Commissario Straordinario salvo il caso in cui, ai sensi dell'art. 106 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., le caratteristiche geotecniche e geologiche si rivelino difformi dalle previsioni del PTFE”.*

La modifica fra l'altro apre la strada a possibili aumenti del corrispettivo dell'appalto già in sede di redazione del progetto definitivo/esecutivo, criticità altre volte rilevata dall'Autorità negli appalti integrati e che causa incontrollati incrementi di costo.

È stato osservato al riguardo che la necessità di adeguamento del progetto a seguito delle risultanze dei campi prova è già prevista ed anzi insita nella metodologia *osservazionale* adottata per la redazione del PTFE, la corretta applicazione della quale, richiede altresì che nel progetto da porre in gara siano previste, e computate, anche soluzioni alternative da adottare qualora le ipotesi di progetto, a seguito dei monitoraggi, non si avverino.

La circostanza è stata segnalata anche dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici che nel proprio voto n. 86 del 13 ottobre 2021 a pag. 44 ha specificato che: *“... **condizione imprescindibile da assolvere, prima della fase di affidamento**, è la predisposizione di un capitolato prestazionale dettagliato, che consenta di gestire efficacemente la fase di successivo sviluppo del progetto con la realizzazione dei campi prova. La gestione dell'approccio prestazionale, a livello capitolare, passa attraverso **la preventiva identificazione di potenziali scenari alternativi di progetto in funzione delle risultanze dell'attività dei campi prova. Detti potenziali scenari alternativi devono essere identificati con puntuali specifiche di progetto.** Ciò in termini di descrizione delle relative categorie di lavoro, di eventuali elaborati grafici esplicativi e di determinazione dei prezzi delle lavorazioni.”*

Riguardo la validità del voto reso dal CSLP per l'opera in esame pur in regime commissariale si è osservato che la necessità di ottemperare allo stesso è stata sottolineata dall'Avvocatura dello Stato che al riguardo - su specifica richiesta dall'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale e del Commissario straordinario del viadotto Polcevera in relazione *alla corretta interpretazione e applicazione degli articoli 1 e 9 bis del D.L. 28 settembre 2018 n. 109* - così si è espressa (cfr pag. 14 parere CONS. 281/2021/B): *“...Per quanto, invece, riguarda il parere del Consiglio Superiore dei Lavori pubblici, che pur potrebbe essere derogato in quanto previsto unicamente da norme nazionali, trattandosi di un **rilevante parere di ordine tecnico** a tutela di importanti valori di controllo delle soluzioni tecniche progettuali al fine di assicurare la migliore realizzazione dell'opera, come previsto dallo stesso art. 215 del codice dei contratti pubblici, questa Avvocatura concorda sulla opportunità tecnica giuridica di non derogarvi.”*

La suddetta prescrizione del CSLP è stata ulteriormente ribadita poi dal Comitato speciale presso il Consiglio Superiore nella Determinazione motivata n. 1/2022 ex art. 44 comma 6 del DL n. 77/2021

emessa nell'adunanza del 27 maggio 2022, nella quale il Comitato ha ritenuto di *"...rammentare taluni "aspetti chiave" della progettazione dell'opera per garantire la sua efficiente esecuzione (per costi, tempi, qualità e sostenibilità)..."* (cfr. pag 9 della Determinazione), ancora ribadendo *l'imprescindibilità dell'integrazione prima dell'affidamento dell'appalto.*

A tali raccomandazioni la S.A. di fatto non ha ottemperato, ed è stato altresì rilevato che il verificatore ha ritenuto accettabile rinviare le sopra richieste integrazioni alla fase di redazione del progetto definitivo emettendo positivamente la verifica di ottemperanza, con conseguente non adempimento all'art. 26 del d.lgs 50/16.

E' stato osservato in sede di CRI che l'inottemperanza si estende anche ad altri aspetti segnalati nel voto che, secondo il Consiglio Superiore, avrebbero dovuto essere approfonditi dai progettisti prima dell'avvio della gara, per quanto per essi non sia stata segnalata *l'imprescindibilità.*

Il Comitato Speciale nella sopra richiamata Determinazione del 27/05/2023 ha tenuto infatti a ricordare *"alcune prescrizioni del parere di che trattasi, in uno con la inequivoca esplicitazione della fase attuativa di adempimento alle prescrizioni medesime".*

Ed in particolare gli aspetti chiave da considerare prima della fase di affidamento dell'opera, oltre quanto sopra analizzato in merito ai campi prova, sono i seguenti: Ottimizzazione tecnico-economica della lunghezza del molo foraneo, Ottimizzazione tecnico-economica della sezione trasversale dell'opera, Economia circolare.

Non risulta che a tali prescrizioni si sia dato seguito o, meglio, pare che anche esse siano state rimandate alla fase di redazione del definitivo, con **sostanziale inottemperanza, anche in questo caso alle prescrizioni formulate dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.**

Con riferimento agli aspetti suddetti l'istruttoria è stata estesa anche al Verificatore contestando al riguardo il **non adempimento all'art. 26 del d.lgs 50/16.**

La S.A. e la società di verifica R. (omissis), ciascuno per quanto di competenza rispettivamente con nota prot. 110423 dell'11.12.2023 e nota prot. 10170 del 22.1.2024, hanno fornito le proprie controdeduzioni in merito agli aspetti sopra contestati.

L'analisi delle controdeduzioni, tuttavia, non può prescindere da un **preliminare chiarimento** di natura tecnica oltreché normativa riguardo al metodo osservazionale utilizzato nel progetto PTFE posto a base di gara.

Si prende spunto da una considerazione espressa da R. (omissis) pag. 8 della propria relazione di controdeduzioni dove la stessa ha evidenziato che «... è utile ricordare che la progettazione in materia di lavori pubblici si articola, ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo tre livelli di approfondimenti tecnici in: (i) Progetto di Fattibilità Tecnica ed Economica; (ii) Progetto Definitivo; (iii) Progetto Esecutivo. Il PTFE individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e alle prestazioni da fornire (art. 23, co. 5, d.lgs. 50 del 2016). Nel PTFE, dunque, il progettista sviluppa le indagini e gli studi necessari per la realizzazione dell'opera, nonché gli elaborati grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche, secondo le modalità previste nel d.P.R. n. 207 del 2010 (cfr., in particolare, gli artt. 17-23). Spetta, però, al Progetto Definitivo individuare «compiutamente i lavori da realizzare» (art. 23, co. 7, d.lgs. 50 del 2016) e al Progetto Esecutivo determinare «in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che



ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo» (art. 23, co. 8, d.lgs. 50 del 2016). Non a caso, nelle fattispecie di appalto integrato (come quello che viene in rilievo nella presente vicenda), la progettazione definitiva ed esecutiva sono soggette ad ulteriore attività di verifica ai sensi dell'art. 26 co. 2 del d.lgs. 50 del 2016 prima dell'affidamento dei lavori. È del tutto fisiologico, pertanto, che il PTFE non raggiunga il grado di dettaglio proprio della progettazione definitiva e tantomeno di quella esecutiva...».

Affermazioni del tutto condivisibili per le quali tuttavia vi è da sottolineare che tale fisiologico minor grado di dettaglio del PTFE non riguarda le indagini geologico – geotecniche poste a base per la progettazione dell'opera, circostanza chiaramente espressa ai successivi commi 5 e 6 dell'art. 23 sopra citato nei quali è specificato che: *"5 Nel progetto di fattibilità tecnica ed economica, il progettista sviluppa, nel rispetto del quadro esigenziale, tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al comma 1, nonché gli elaborati grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche, ... 6..... Il progetto di fattibilità è redatto sulla base dell'avvenuto svolgimento di indagini geologiche, idrogeologiche, idrologiche, idrauliche, geotecniche, sismiche...."*.

D'altronde dal punto di vista tecnico è del tutto evidente che la tipologia/natura del terreno, ed in genere dell'ambiente nel quale dovrà inserirsi l'opera, condiziona la stessa scelta dell'opera; pertanto – come specificato anche nella preesistente normativa con riferimento all'appalto integrato (il d.lgs 163/06) – il minor grado di dettaglio del progetto PTFE, rispetto ai successivi livelli progettuali, non è relativo alla corretta valutazione dello stato di fatto, e dunque alla esaustività delle campagne di indagini di qualsivoglia natura specie geologiche e geotecniche, che devono essere in ogni caso complete ed approfondite in quanto costituiscono la base conoscitiva necessaria per poter effettuare la più opportuna e ragionevole scelta della tipologia dell'opera da progettare con riferimento alle finalità della stessa.

Su tale base, che potremmo definire deterministica – in quanto riferita ad elementi che devono essere analiticamente determinati in sede progettuale prima dell'avvio dell'appalto dei lavori – si poggia l'impianto del codice dei contratti in tema di varianti in corso di esecuzione del contratto e, in particolare, il concetto di evento imprevisto ed imprevedibile come espresso all'art. 106 del d.lgs 50/16.

Infatti, è specificato nel codice che il contratto di appalto può essere modificato senza una nuova procedura di affidamento allorché la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera (cfr art. 106 comma 1 lett. c). Ampia letteratura ha ormai chiarito che l'imprevedibilità dell'evento deve essere *"oggettiva"*, ovvero non legata ad approssimazione e imperizia del progettista; numerose le delibere dell'ANAC sull'argomento tra cui si ricorda la delibera n. 106 del 13/12/2006, spesso citata in successivi atti dell'Autorità, la quale specifica che: *"Qualora la necessità di ricorrere a varianti sia determinata dalla mancata osservanza delle prescrizioni assegnate alla progettazione e dall'insufficienza delle indagini preliminari, trattandosi di circostanze note o prevedibili, non appare legittimo l'inquadramento delle relative varianti nelle tipologie delle "cause impreviste e imprevedibili", dell'"imprevisto geologico" e dell'"intervento migliorativo"*; dello stesso tenore il parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti n. 731 del 18/09/2020 che, su un quesito posto in merito alla legittimità di una variante ai sensi dell'art.106, c.1, lett. c) del D.Lgs. n.50/2016, ha specificato che *"... il RUP che deve definire nel caso concreto se vi è anche l'ulteriore requisito della oggettiva imprevedibilità o se, di converso, il progettista dotato di media diligenza e perizia professionale avrebbe potuto e dovuto compiere indagini per accertare lo stato di fatto in modo più approfondito"*.

Dunque nel procedimento, che abbiamo sopra chiamato "deterministico", il progettista, una volta definito lo stato di fatto sulla base delle indagini effettuate e dallo stesso ritenute congrue ed esaustive allo scopo, determina appunto (assume) la stratigrafia di riferimento ed i parametri caratteristici dei terreni, pur cautelativi, per la definizione del rapporto "opere-terreni" e, conseguentemente, degli aspetti principali delle opere da realizzare, come indicato ai commi 5 e 6 dell'art. 23 del Codice sopra richiamato, effettuando le proprie scelte progettuali già in sede di PTFE.

Una volta che i suddetti valori progettuali sono stati assunti, il progetto conduce ad un unico dimensionamento e conseguentemente, ad un unico costo da ritenersi sostanzialmente fisso. I successivi livelli di progettazione, infatti, pur definendo con maggiore dettaglio tecnico le opere in progetto, non portano - e non possono portare ai sensi del codice - a rilevanti scostamenti di importo, anche nel caso di progetto al livello di PTFE se tale progetto è posto in gara come sopra specificato; in caso contrario si correrebbe il rischio - nell'elaborazione dei successivi livelli progettuali - di ricadere in una delle ipotesi di cui al comma 4 dell'art. 106, ovvero di effettuare modifiche sostanziali al contratto.

Tale, dunque, è il modello progettuale sul quale si basa il concetto di evento imprevisto ed imprevedibile che legittima una variante in corso di esecuzione del contratto.

Esistono tuttavia dei casi in cui la predeterminazione delle caratteristiche geologiche e geotecniche dei terreni significative per il dimensionamento dell'opera è particolarmente onerosa e mantiene livelli di incertezza anche dopo l'effettuazione di approfondite ed accurate indagini. In tali casi le norme tecniche per le costruzioni NTC 2018 prevedono/consigliano l'utilizzo del metodo "osservazionale"; al paragrafo 6.2.5 delle suddette norme tecniche si specifica al riguardo:

"La progettazione può fare ricorso anche al metodo osservazionale, nei casi in cui a causa della particolare complessità della situazione geologica e geotecnica e dell'importanza e impegno dell'opera, dopo estese ed approfondite indagini permangano documentate ragioni di incertezza risolvibili solo in fase di esecuzione dell'opera. Nell'applicazione di tale metodo si deve utilizzare il seguente procedimento:

- *devono essere stabiliti i limiti di accettabilità dei valori di alcune grandezze rappresentative del comportamento del complesso manufatto-terreno;*
- *si deve dimostrare che la soluzione prescelta è accettabile in rapporto a tali limiti;*
- *devono essere previste soluzioni alternative, congruenti con il progetto, e definiti i relativi oneri economici;*
- *deve essere istituito un adeguato sistema di monitoraggio in corso d'opera, con i relativi piani di controllo, tale da consentire tempestivamente l'adozione di una delle soluzioni alternative previste, qualora i limiti indicati siano raggiunti."*

Va da sé che il concetto di "variante" causato da un evento imprevisto ed imprevedibile, basandosi sulla puntuale preventiva determinazione delle grandezze rappresentative dei terreni di imposta dell'opera, non può essere in concreto applicato nel caso in cui tali grandezze non sono (e non possono essere) predeterminate con ragionevole certezza; **la non completa prevedibilità dei parametri geotecnici/geologici dei terreni è insita, infatti, nel metodo osservazionale ed anzi presupposto per l'utilizzo dello stesso.**

Il metodo osservazionale, così come strutturato e definito dalle norme tecniche sopra richiamate, di fatto rende nulla la probabilità di dover apportare varianti in corso di esecuzione del contratto per circostanze impreviste ed imprevedibili.



Ciò in quanto non è identificato dal progettista un solo scenario stratigrafico rappresentativo dello stato di fatto, ma un campo (intervallo) di valori ammissibili all'interno dei quali la soluzione progettuale prevista è ritenuta accettabile, che viene poi verificata tramite un monitoraggio (nel caso in esame con i campi prova) che ne attesta la validità.

Il metodo prescrive che in sede di progetto venga altresì definita, con relativa valutazione degli oneri economici, una soluzione alternativa a quella prevista qualora le prove tecniche effettuate nel corso del monitoraggio (anch'esso debitamente progettato allo scopo) conducessero a valori esterni al campo di ammissibilità definito dal progettista e, conseguentemente, la soluzione inizialmente ipotizzata non risultasse perseguibile.

In tal maniera l'eventuale variante, conseguente alla determinazione di condizioni geotecniche diverse da quelle ipotizzate, rientrerebbe di fatto tra le previsioni di cui all'art. 106 comma 1 lett. a) del d.lgs 50/2016, ovvero sarebbe riferibile a modifiche che, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili.

Si ricorda inoltre che i limiti di accettabilità richiamati dalla norma - e che devono essere definiti dal progettista - attengono al campo di valori dei parametri geotecnici e degli scenari stratigrafici all'interno dei quali la soluzione progettuale scelta rimane valida; **i limiti di accettabilità dunque non vengono definiti con i campi prova, piuttosto i campi prova testano la soluzione progettuale ipotizzata verificando ed accertando che il comportamento dell'opera, in rapporto alle reali condizioni geotecniche e stratigrafiche dei terreni, ricada nell'ambito (all'interno) dei suddetti limiti di accettabilità già previsti dal progettista,** consentendo semmai di affinare i valori dei parametri per il successivo puntuale dimensionamento, di livello esecutivo, delle opere.

Non è ammissibile per la corretta applicazione del metodo che - come rilevato da R. (omissis) nella propria relazione di controdeduzioni e meglio specificato nel seguito - i «potenziali scenari alternativi di progetto» vengano definiti successivamente «in funzione delle risultanze delle attività dei campi prova» (cfr. relazione R. (omissis) pag.12), e men che mai ritenuti conseguenti ad eventi considerati imprevisi ed imprevedibili.

Ciò posto a seguito dell'esame degli atti acquisiti prioritariamente è stato rilevato che **nel progetto che è stato posto in gara la compiuta applicazione del metodo osservazionale** - con la determinazione dei limiti di accettabilità e la definizione delle eventuali soluzioni alternative - **è stata in buona parte rimandata al progetto definitivo** che dovrà essere predisposto dall'impresa aggiudicataria.

Infatti, la relazione geotecnica di progetto (elaborato MIO46R-PF-D-G-R-011-01) a pag. 124, sulla base delle indagini effettuate, riporta la caratterizzazione geotecnica dei terreni interessati dai consolidamenti e della formazione di base, rimandando a successiva definizione l'esatta definizione dei rapporti stratigrafici dei livelli sottoposti a consolidamento, ovvero gli spessori degli stessi. A pag.148 è specificato quanto segue: «*Tipologia, schemi e geometrie dell'intervento dovranno essere rivisti e dettagliati durante le future fasi di progettazione. Vista l'estensione dell'intervento di consolidamento e le difficili condizioni ambientali, è essenziale che la metodologia venga definita e dettagliata sulla base di Campi Prova dedicati, che dovranno perseguire, come minimo, le seguenti finalità:*

- *Verificare la fattibilità dei metodi indicati e/o la fattibilità di metodi alternativi, nelle condizioni di progetto (alti fondali e mare aperto);*
- *Definire le fasi operative, i mezzi d'opera necessari e le produttività;*

- Verificare i risultati raggiungibili con continuità rispetto alle assunzioni e obiettivi progettuali (es. Diametri ottenuti, permeabilità del terreno trattato etc), tramite controlli durante l'esecuzione e monitoraggi postumi; su questa base il progetto dovrà essere dettagliato ed adeguato;

- Affinare le modalità di controllo, che dovranno poi essere estesamente utilizzate durante il lavoro.»

Alla successiva pag. 149 è specificato che: «Nel caso le indicazioni di progetto PFTE vengano confermate nel Progetto Definitivo e dai Campi Prova, i criteri di accettabilità saranno i seguenti:

- Lunghezze e diametri secondo quanto indicato negli elaborati di progetto: lunghezza variabile a seconda degli scenari stratigrafici, diametro di colonna minimo pari a 1.1 m;

- "Rapporto di Volume" minimo (denominato anche "Rapporto di Inclusionione", o "Rapporto di Sostituzione"), pari a 24% per i trattamenti in unità LA, pari a 11% per trattamenti in unità LS.»

I criteri di "accettabilità" nel caso in esame si sostanziano dunque in prescrizioni progettuali per il raggiungimento delle performance attese essendo riferiti al rapporto di sostituzione dei trattamenti e non ai valori di alcune grandezze rappresentative del comportamento del complesso manufatto-terreno; essi peraltro risultano definiti *nel caso le indicazioni di progetto PFTE vengano confermate ... dai campi prova*, nulla è specificato, o meglio **nessun intervento alternativo è ipotizzato, qualora i parametri progettuali indicati nel PTFE non venissero invece confermati con i campi prova.**

In buona sostanza la compiuta applicazione del metodo è stata rimandata, di fatto, alla redazione del progetto definitivo posto a cura dell'appaltatore, mentre l'applicazione del metodo osservazionale presuppone che la determinazione dei limiti di accettabilità delle grandezze caratteristiche e la definizione delle eventuali soluzioni alternative siano effettuate dal progettista prima dell'avvio della gara per l'affidamento del contratto, e dunque in sede di PTFE se tale livello progettuale deve essere quello posto in gara; in caso contrario, per quanto sopra considerato, il metodo osservazionale verrebbe snaturato e la **Stazione Appaltante si troverebbe a porre in gara un progetto nel quale quantità, costi, e la stessa soluzione progettuale scelta, assumerebbero caratteri di aleatorietà tali da rendere estremamente complessa la successiva gestione del contratto nel rispetto dei principi di concorrenza ed economicità previsti dal codice dei contratti e dalla normativa europea sui contratti pubblici.**

In tale contesto va inquadrata la richiesta effettuata dall'appaltatore in sede di negoziazione di inserire nel contratto la clausola che "..., qualora - a valle dell'esecuzione dei nuovi sondaggi e dei campi prova necessari alla redazione del Progetto Definitivo e/o Esecutivo - dovesse intervenire la necessità di apportare modifiche al progetto e/o alle modalità operative di esecuzione dell'Opera, tali modifiche saranno considerate come varianti".

Richiesta in concreto soddisfatta dalla S.A. laddove ha inserito nel contratto il rimando all'art. 106 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., qualora *le caratteristiche geotecniche e geologiche si rivelino difformi dalle previsioni del PTFE.*

Il Commissario/Adsp al riguardo ha contestato:

«...l'assunto secondo il quale la clausola contrattuale risulti speculare alla richiesta dell'operatore economico e possa avere il medesimo significato e la medesima estensione applicativa» rilevando che «È sufficiente la mera lettura delle due previsioni per avvedersi di come ci si trovi di fronte a clausole sostanzialmente diverse.

In particolare, la proposta di W. (omissis) era infatti evidentemente finalizzata a limitare il rischio connesso alle condizioni geologiche e geotecniche, prevedendo essa che qualunque modifica al progetto e/o alle



modalità operative legate agli esiti dei nuovi sondaggi o dei campi prova dovesse essere considerata alla stregua di variante.

Dunque, secondo tale ipotesi, indipendentemente dai pregressi accertamenti e dalle previsioni del PFTE sulle condizioni geologiche o geotecniche, come pure dalle previsioni progettuali in termini di soluzioni costruttive, ogni modifica al progetto o alle modalità operative sviluppate dall'appaltatore avrebbe dovuto essere inquadrata nell'ambito delle varianti. In effetti, tale previsione avrebbe potuto dare adito ad un automatismo applicativo di varianti ai sensi dell'art. 106 del Codice dei contratti pubblici *ratione temporis* applicabile.

Di senso diametralmente opposto è, invece, la precisazione inserita nel contratto che, da un lato, contiene una chiara garanzia da parte dell'appaltatore della realizzabilità dell'opera indipendentemente dalla proprie proposte migliorative e, dall'altro, limita fortemente la possibilità di riconoscere maggiori oneri alle sole ed esclusive ipotesi di accertata difformità delle caratteristiche geotecniche e geologiche rispetto a quelle del PFTE che rientrino nelle fattispecie di cui all'articolo 106 del Codice dei contratti.

Dunque, è chiaro che la previsione in commento limita fortemente la possibilità per l'appaltatore di richiedere maggiori oneri, posto che i presupposti di un eventuale riconoscimento sono di ordine duplice:

1. si deve trattare anzitutto di accertate difformità delle caratteristiche geotecniche e geologiche rispetto a quelle indicate dal PFTE;
2. tali accertate difformità devono rilevare ai sensi dell'articolo 106 del Codice».

Non paiono rilevarsi invero, nella sostanza, differenze rilevanti tra quanto richiesto dall'appaltatore e quanto inserito nella seconda versione del contratto. Infatti, al di là dell'ovvia dichiarazione dell'appaltatore di ritenere il progetto realizzabile - circostanza insita nella accettazione stessa del contratto - corroborata dall'ulteriore impegno di realizzare comunque l'opera anche ove in fase di redazione del progetto definitivo o esecutivo all'esito delle nuove indagini, test ed analisi effettuate, le proprie proposte migliorative non fossero realizzabili - ciò che rileva nella clausola contrattuale inserita è la frase... "*salvo il caso in cui, ai sensi dell'art. 106 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., le caratteristiche geotecniche e geologiche si rivelino difformi dalle previsioni del PFTE*".

Ora per tutto quanto in precedenza esposto le probabilità che le caratteristiche geotecniche e geologiche si rivelino difformi dalle previsioni del PFTE sono elevatissime, praticamente certe, anche se non si sa in quale entità; dunque se da un lato il metodo osservazionale è stato scelto proprio a causa dell'imprevedibilità delle caratteristiche geologico/geotecniche dei terreni, dall'altro è stata inserita nel contratto una clausola che considera evento impreveduto ed imprevedibile il fatto che gli stessi parametri - a seguito di monitoraggio - si rivelino difformi dalle previsioni di progetto: una evidente contraddizione in termini.

Il metodo adottato, come già in precedenza esplicitato, esclude di fatto la possibilità di invocare l'imprevedibilità dell'evento con riferimento alla natura dei terreni a seguito di monitoraggio.

Sussiste il concreto rischio che le modifiche apportate nei successivi livelli progettuali - in assenza di una puntuale definizione di scenari alternativi alla soluzione ipotizzata - possano peraltro assumere carattere sostanziale ai sensi del comma 4 dell'art. 106; ciò ad esempio introducendo condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero potuto attirare ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione (caso contemplato dall'articolo citato al comma a); o ancora le modifiche potrebbero alterare l'equilibrio economico del contratto a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale (comma b), ovvero estendere notevolmente l'ambito di applicazione del contratto (comma c).

In concreto nello specifico caso, al fine di rispettare le performance stabilite nel PTFE - ovvero mantenere costante la percentuale del valore di sostituzione indicata nel progetto – a seconda dei risultati dei campi prova potrebbe essere necessario, a titolo meramente esemplificativo, nei successivi livelli di progettazione, incrementare notevolmente la lunghezza delle colonne di consolidamento, ovvero anche il loro diametro, con conseguenti imprevisti (questi sì!) consistenti incrementi economici del progetto definitivo/esecutivo rispetto al progetto posto in gara. Altresì, qualora i campi prova manifestassero che le soluzioni del PTFE non fossero realizzabili potrebbe essere necessario apportare modifiche finanche alle originarie soluzioni progettuali che non sono state previste nel progetto e dunque non sono presenti negli atti di gara. In un caso o nell'altro sussiste un elevato rischio che le varianti che potranno essere apportate in corso di esecuzione del contratto, nella fase di redazione dei livelli progettuali successivi, - a causa di rinvenute caratteristiche dei terreni differenti da quelle ipotizzate in sede di PTFE - ricadano nelle previsioni di cui al sopracitato art. 106 comma 4 del codice dei contratti (**modifiche sostanziali**), **risultando in ogni caso non legittime poiché manca il requisito dell'imprevedibilità dell'evento.**

Si ritiene pertanto di confermare la criticità contestata in sede di CRI.

È esattamente con riferimento a tale ultimo aspetto che va letta la raccomandazione del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici sopra richiamata allorquando lo stesso raccomanda di definire *potenziali scenari alternativi ... identificati con puntuali specifiche di progetto.*

In merito al suddetto parere del CSLP R. (omissis) ha fornito le proprie controdeduzioni alle contestazioni dell'Autorità riguardo al non adeguato controllo dell'ottemperanza alle prescrizioni e al conseguente positivo rilascio del certificato di verifica, rilevando che il parere va letto nella sua interezza e sottolineando che:

«Dal Parere del CSLP n. 86/2021, in sintesi, emerge quanto segue:

(i) il CSLP riconosce che lo studio geotecnico del PTFE è stato «impostato in maniera adeguata e completo delle indagini necessarie» (pag. 44 del Parere del CSLP) e che «il modello geotecnico per il progetto rappresenta il risultato di un approfondito confronto critico tra i risultati di prove in posto e in laboratorio e parametri caratteristici in condizioni drenate e non» (pag. 42 del Parere del CSLP);

(ii) il CSLP prende atto e riconosce che la soluzione progettuale individuata è quella del miglioramento dei terreni di fondazione mediante la realizzazione di colonne in ghiaia con modalità c.d. "Blanket Method" ed evidenzia come l'esecuzione di colonne in ghiaia permetta una riduzione sostanziale di perdite per compenetrazione dello scanno, con aumento di permeabilità (i cedimenti, in base alle valutazioni geotecniche effettuate, sembrano avvenire durante la costruzione senza importanti code di consolidazione primaria – cfr., pag. 43 parere CSLP);

(iii) i Campi Prova devono essere eseguiti «all'inizio dei lavori» al solo fine di «validare e tarare il metodo e le geometrie dell'intervento», ferma restando la soluzione progettuale delle colonne in ghiaia;

(iv) l'esecuzione dei Campi Prova, dunque, è prevista nella «fase di successivo sviluppo del progetto» (seguita a quella della redazione del PTFE) ed è finalizzata alla redazione del progetto definitivo ed esecutivo;

(v) ciò che viene richiesto nella fase di redazione del PTFE è unicamente la predisposizione di un «capitolato prestazionale» (e non prescrittivo) per la gestione dei Campi Prova che verranno successivamente realizzati e con l'identificazione «di potenziali scenari alternativi di progetto in funzione delle risultanze delle attività dei campi prova»...È su questo ultimo punto sub (v) che R. (omissis) ha concentrato la propria attenzione, verificando che, come chiesto dal CSLP, il Capitolato Speciale Descrittivo e Prestazionale



predisposto dal Progettista (insieme agli elaborati grafici di accompagnamento) contenesse una adeguata disciplina: sia in ordine alle modalità di effettuazione dei Campi Prova sia in ordine ai limiti di accettabilità degli eventuali scostamenti dalla soluzione di progetto derivanti dall'effettuazione dei Campi Prova, identificando in questi termini gli scenari alternativi di progetto.»

Prioritariamente pare opportuno osservare che agli atti, acquisiti da R. (omissis) a seguito di accesso, ed in particolare nell'avvio istruttorio di cui alla nota ANAC prot. n. 52931 del 4.7.2023, il parere del Consiglio Superiore è citato nella sua interezza, quindi adeguatamente valutato dall'Autorità.

Si osserva inoltre che, quanto controdedotto da R. (omissis) parrebbe manifestare che il CSLP abbia inteso meramente raccomandare la predisposizione di un accurato «capitolato prestazionale» per la gestione dei Campi Prova, nulla di più.

Nella scheda tecnica di verifica di R. (omissis), sia con riferimento alla rev. 5 datata 11/05/2022, che successivamente nell'ambito della rev. 6 datata 27/05/2022 in relazione al suddetta prescrizione del voto del CSLP si legge, per quanto riguarda la relazione illustrativa: «*Il Cap 16 è stato integrato con indicazioni sulle fasi di esecuzione dei campi prova per il miglioramento geotecnico dei terreni di fondazione, condotti in parallelo alla progettazione definitiva*», mentre per ciò che attiene al capitolato descrittivo prestazionale si legge: «*L'art. 113 ("campi prova") del Documento progettuale riporta indicazioni per il soddisfacimento delle specifiche dell'istruttoria del CSLLPP ...*».

Risulta dunque che già in data 11/05/2022 il verificatore aveva considerato soddisfatta la verifica ritenendo che le integrazioni apportate dal progettista fossero sufficienti per il positivo giudizio di ottemperanza.

Ciononostante, il Comitato Speciale ex art. 45 del D.L. 77/2021 operante presso il CSLP, acquisita con nota prot. 4844 in data 13/05/2022 l'intera documentazione progettuale e approvativa da parte del Commissario e valutata la stessa, nella propria determinazione motivata, pur avendo essa nello specifico caso valenza meramente ricognitiva, ha ritenuto di esprimere «*...ulteriori considerazioni, in relazione alla avvertita esigenza del pieno rispetto della tempistica di adempimento alle prescrizioni di cui al parere dell'Assemblea Generale del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, reso con voto n. 86/2021 del 13 ottobre 2021*»e, «*al solo scopo di rammentare taluni "aspetti chiave" della progettazione dell'opera per garantire la sua efficiente esecuzione (per costi, tempi, qualità e sostenibilità)*» ha esplicitato «*... "alcune prescrizioni del parere di che trattasi, in uno con la inequivoca esplicitazione della fase attuativa di adempimento alle prescrizioni medesime"*».

Tra questi aspetti chiave/raccomandazioni riprese nella determinazione motivata, al punto d) è riportata la specifica richiesta di revisione/integrazione del Capitolato speciale per la quale **lo stesso Comitato Speciale ha estrapolato, dal più ampio contesto del voto reso dal CSLP, la specifica raccomandazione** sopra riportata, evidentemente non ritenendo soddisfacente l'integrazione apportata in Rev. 5 dal progettista; ciononostante R. (omissis), nella successiva verifica effettuata (rev. 6) il 27/05/2022, ha ritenuto di confermare la conformità del capitolato alle richieste del CSLP.

Non appare condivisibile inoltre quanto asserito da R. (omissis) a pag. 13 della propria relazione di controdeduzione, come sopra accennato, che ritiene che il metodo osservazionale «si applica, quindi, contestualmente alla fase di progettazione definitiva, esecutiva ed esecuzione lavori, che prevede, per l'appunto, la pianificazione ed esecuzione dei Campi Prova stessi (attività sperimentale che necessariamente prevede l'osservazione di una risposta sperimentale di un "sistema") e l'acquisizione dei relativi risultati sperimentali, in base ai quali predisporre la progettazione finale, tramite opportuna

modellazione, nel rispetto dei requisiti prestazionali e ai criteri di accettabilità definiti nel PFTE e verificati nei Campi Prova».

Prioritariamente si considera che la normativa tecnica NTC 2018 non specifica affatto quale sia il livello di definizione progettuale al quale si applica il metodo osservazionale rilevandosi che, per le motivazioni prima espresse, il metodo si applica al progetto da porre a base di gara, quale che sia il livello progettuale, non potendosi ritenere che la scelta delle eventuali soluzioni alternative – con relativo costo – sia posta in capo all'appaltatore che dovrà redigere il successivo livello progettuale; inoltre, se quanto asserito da R. (omissis) fosse vero, il Consiglio Superiore dei Lavori pubblici non avrebbe ritenuto condizione imprescindibile da assolvere, prima della fase di affidamento ... *la preventiva identificazione di potenziali scenari alternativi di progetto...* in termini di *descrizione delle relative categorie di lavoro, di eventuali elaborati grafici esplicativi e di determinazione dei prezzi delle lavorazioni*, considerazione ulteriormente ribadita nella Determinazione del Comitato Speciale del CSLP n. 1/2022 e che perderebbe di significato se, come ritenuto da R. (omissis), riguardasse i campi prova e non la concreta definizione di soluzioni progettuali alternative .

La lettura del voto effettuata da R. (omissis) appare dunque non aderente alle richieste formulate dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici e ribadite dal Comitato speciale.

Si conferma pertanto la criticità contestata in sede di avvio istruttorio/CRI.

Nella CRI è stato rilevato altresì che l'inottemperanza si estende anche ad altri aspetti segnalati nel voto che, secondo il Consiglio Superiore e il Comitato Speciale, avrebbero dovuto essere approfonditi dai progettisti prima dell'avvio della gara, per quanto per essi non ne sia stata segnalata l'imprescindibilità.

Ed in particolare gli aspetti chiave da considerare prima della fase di affidamento dell'opera, oltre quanto sopra analizzato in merito ai campi prova, sono i seguenti: Ottimizzazione tecnico-economica della lunghezza del molo foraneo, Ottimizzazione tecnico-economica della sezione trasversale dell'opera, Economia circolare.

In particolare, per quanto attiene l'Ottimizzazione tecnico-economica della lunghezza del molo foraneo il Comitato Speciale ha ribadito che: *"Prima dell'affidamento dei lavori: ..., dovrebbe essere prodotta una relazione che meglio espliciti i risultati delle elaborazioni effettuate considerando diversi prolungamenti del molo foraneo ed i progettisti dovranno meglio motivare la lunghezza del prolungamento scelta, in funzione della sicurezza e della non operatività delle diverse banchine, individuando, laddove possibile, le opportune ottimizzazioni tecnico-economiche"..... in fase di progettazione definitiva, dovrà essere realizzato un idoneo studio che meglio evidenzia la congruenza fra il periodo proprio di oscillazione delle navi previste per ciascuna banchina e il periodo dell'onda di progetto utilizzata per il calcolo della diffrazione, nonché riportare la probabilità di accadimento delle onde in questione, anche con riferimento alle altezze d'onda estreme. A valle di questo studio, si potrebbe di conseguenza anche ottimizzare la lunghezza del molo foraneo. Pertanto, la Stazione Appaltante dovrà contrattualmente disciplinare l'eventualità di una rimodulazione della lunghezza del molo foraneo. Lo studio dovrà essere affidato a Soggetto Terzo, con riconosciuta competenza nel settore."*

Nella CRI è stata contestata la circostanza che anche a tali prescrizioni non si sia dato seguito o, meglio, che anche esse siano state interamente rimandate alla fase di redazione del definitivo.

Nella scheda di verifica relativa a "Idrologia e idraulica Infrastrutture portuali", il verificatore infatti scrive: «...si prende atto della prescrizione fatta dal CSLLPP in merito alla ottimizzazione della lunghezza della diga del canale di ingresso e che essa risulta a carico dell'Appaltatore...» rimandando così alla redazione del progetto definitivo la risoluzione della problematica.



Al riguardo R. (omissis) ha controdedotto considerando che l'indicazione espressa dal CSLP è stata tenuta in debita considerazione nell'ambito del PFTE, riscontrando al Capitolo 10 del documento recante la «Relazione Illustrativa» del PFTE e, in particolare, del paragrafo 10.5, l'esplicazione delle ragioni tecniche che hanno portato alla scelta progettuale dell'incremento della lunghezza del molo foraneo. L'aspetto che, invece, ha ritenuto possibile rimettere alla successiva fase di progettazione definitiva è stato unicamente quello dello studio per la «ottimizzazione» della lunghezza del molo foraneo, in linea con quanto espressamente indicato nel Parere del CSLP n. 86/2021.

Si prende atto della giustificazione resa, si ricorda tuttavia che il CSLP ha prescritto che lo studio per la "ottimizzazione" della lunghezza del molo foraneo dovrà essere affidato dalla Stazione Appaltante a *Soggetto Terzo, con riconosciuta competenza nel settore*, altresì specificando che la stessa S.A. dovrà *contrattualmente disciplinare* l'eventualità di una rimodulazione della lunghezza del molo foraneo, prescrizione che non è priva di rilevanza e che il verificatore avrebbe potuto opportunamente sottolineare a valle delle proprie verifiche.

Al riguardo si prende comunque atto di quanto altresì specificato da R. (omissis) nella propria nota di controdeduzioni in relazione al fatto che «Lo schema di contratto revisionato in data 7 ottobre 2022 non è stato oggetto di verifica da parte di R. (omissis) perché l'attività di R. (omissis) si era definitivamente conclusa in data 31 maggio 2022 con l'emissione del Rapporto Conclusivo RC.07.C e, dunque, in data antecedente alla revisione dello schema di contratto oggetto dell'appalto integrato».

Sarà cura della S.A. dunque verificare che, in sede di progettazione definitiva, lo studio richiesto venga adeguatamente sviluppato/verificato da un Soggetto Terzo, con riconosciuta competenza nel settore, in conseguenza del quale poter effettuare l'eventuale rimodulazione della lunghezza del molo foraneo, da tenere presente nella regolazione del rapporto contrattuale.

Per quanto riguarda la prescrizione relativa alla Ottimizzazione tecnico-economica della sezione trasversale dell'opera, R. (omissis) ha così controdedotto: «Va anzitutto chiarito che il CSLP... non ha dettato alcuna prescrizione al Progettista, ma si è limitato a 'suggerire' di esplorare la possibilità di realizzare cassoni di altezza superiore rispetto a quanto già previsto e, quindi, di ridurre l'altezza dello spessore dell'imbasamento ... In questa prospettiva, il PFTE è stato integrato: sia nel Capitolo 16 della Relazione illustrativa, laddove si riporta la seguente indicazione: "esplorare la possibilità di realizzare cassoni di altezza maggiore, in relazione alle modalità e mezzi di costruzione dell'Appaltatore, con riferimento al tratto che interessa la sezione n° 1 su alti fondali (40-50 m). L'analisi fornirà indicazioni circa la possibilità di limitare l'impatto ambientale in relazione alla riduzione del materiale da importare dalle cave per lo scanno d'imbasamento dei cassoni; si precisa che analisi a riguardo verranno richieste da Autorità di Sistema anticipatamente in fase di gara agli operatori economici e potranno essere approfondite anche successivamente in fase di progetto definitivo ...sia nell'art. 15 sub 1 del CSDP dedicato ai «requisiti tecnici inderogabili», laddove si precisa che "sono modificabili la geometria dei cassoni della diga in base a quanto raccomandato nel parere del Consiglio superiore dei Lavori Pubblici...".».

In effetti nella lettera di invito dell'Amministrazione ai concorrenti al paragrafo Relazione B "Proposta progettuale" è richiesto tra l'altro che: "...il proponente potrà proporre soluzioni tecniche progettuali e costruttive, anche differenti da quelle previste dal PFTE, che risultino migliorative rispetto a: Proposte in ambito progettuale: - ottimizzazione dell'intervento geotecnico di consolidamento dei fondali; - ottimizzazione delle sezioni di progetto (ad es. altezza manufatti in c.a. rispetto all'altezza dello scanno di imbasamento, dimensione dei manufatti in c.a.) ...".

Le controdeduzioni rese da R. (omissis), relativamente all'aspetto sopra rilevato, si ritengono pertanto soddisfacenti.

Analoga considerazione può essere espressa in relazione alla raccomandazione del CSLP in tema di Economia circolare, lì dove ha raccomandato che “Prima dell’affidamento dei lavori “Per la realizzazione delle opere della nuova diga foranea deve essere prevista una strategia di massimo riutilizzo dei materiali provenienti dalle demolizioni della diga esistente, per ottimizzare e migliorare gli aspetti logistici, ambientali, funzionali, nonché economici”.

Al riguardo ha evidenziato R. (omissis) che «il PFTE contiene una serie di previsioni che incentivano il massimo riutilizzo dei materiali di demolizione della diga», riportando i riferimenti degli elaborato ove tali previsioni si rinvergono e sottolineando che « la Relazione illustrativa del PFTE individua già i diversi possibili impieghi dei materiali di risulta provenienti dalle demolizioni, con il riutilizzo del pietrame, dei massi naturali, dei massi artificiali, della sovrastruttura in calcestruzzo, dei ferri di armatura in calcestruzzo...».

Anche per tale aspetto le controdeduzioni rese si ritengono soddisfacenti.

5) Sulla quinta criticità: Decreto n. 729 del 29 luglio 2022 e nomina del secondo collegio di esperti a buste aperte.

In sede di avvio del procedimento di vigilanza si è evidenziato l’ulteriore profilo di criticità relativa alla circostanza che la determina a contrarre (decreto n. 729 del 29 luglio 2022), pubblicata sul sito dell’Autorità Portuale e di quello del Commissario, veniva adottata successivamente alla presentazione delle offerte avvenuta in data 26 luglio 2022.

Nelle sue controdeduzioni, la stazione appaltante riteneva che tale decreto costituisca un atto meramente ricognitivo e non innovativo della negoziazione già avviata con la prima procedura negoziata andata deserta e con le successive richieste di proposta indirizzate dal Commissario per la Diga nella seduta del 16 luglio 2022 agli operatori economici ai quali era stato trasmesso in data 1° giugno 2022 l’invito alla prima procedura negoziata.

Si osserva sul punto che la suddetta ricostruzione dell’iter della procedura di affidamento, che qualifica il decreto n. 729 del 29 luglio 2022 quale “*atto meramente ricognitivo*” non è condivisibile, stante quanto già sopra evidenziato in merito alle due procedure di gara, cui per brevità si rinvia.

In ogni caso, lo stesso Commissario ammette l’esistenza di due diverse procedure di gara, atteso che ha dapprima formulato un “*invito alla prima procedura negoziata*” andata deserta e poi ha proceduto all’aggiudicazione dell’appalto in questione mediante “*trattativa negoziata*” “ai sensi dell’art. 32 comma 2 della Direttiva 2014/24/UE “ “nella ricorrenza del doppio presupposto legittimante il ricorso alla procedura in deroga di cui alle lettere a) e c) del citato art. 32, comma 2, come sopra già ampiamente argomentato ed è stato nominato, sulla base delle norme procedurali adottate dal Commissario Straordinario per la Ricostruzione, un Collegio di esperti per la valutazione delle proposte tecnico ed economiche presentate dagli operatori economici”.

Quanto poi al profilo di criticità sollevato in sede di avvio circa la nomina, a buste aperte, del secondo Collegio di esperti di cui al decreto commissariale n. 834 del 14 settembre 2022, con conseguente rischio di lesione della imparzialità, la stazione appaltante sostiene che la sostituzione del primo Collegio di esperti è stata necessitata proprio per escludere qualsiasi dubbio di parzialità e che le espresse dichiarazioni rese dai componenti del nuovo Collegio “costituiscono prova della circostanza che gli stessi non sono stati influenzati dalle precedenti valutazioni”.

Quanto dedotto dal Commissario Straordinario non convince, atteso che il secondo Collegio di esperti avrebbe dovuto essere nominato prima dell’apertura delle buste contenenti l’offerta tecnica ed



economica, anche alla luce della lettera di invito nel paragrafo "Svolgimento delle operazioni" che prevede che il RUP "Una volta dato atto della documentazione amministrativa, opererà, quale organo di procedura, il Collegio che, sempre in seduta pubblica telematica, procederà all'apertura della busta "B", concernente la proposta tecnica ed alla verifica della mera presenza dei documenti richiesti nonché alla apertura della busta C dando atto del relativo contenuto".

Invece, dalla documentazione fornita dal Commissario, non risultano verbalizzate le operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte, e dunque non risulta tracciata l'apertura delle buste contenenti la documentazione presentata dai due concorrenti né il loro relativo contenuto, apertura che comunque è avvenuta da parte del primo Collegio di esperti, sia della busta contenente l'offerta tecnica sia della busta contenente l'offerta economica.

La nomina del secondo Collegio di esperti a buste aperte, dunque, potrebbe aver potenzialmente leso l'imparzialità dell'operato dei nuovi Commissari, che hanno effettuato le valutazioni dell'offerta tecnica conoscendo il prezzo offerto dall'operatore economico.

Infatti nel primo verbale, quello delle sedute riservate del 14 settembre e 3 ottobre 2022, i membri del secondo Collegio di esperti dichiarano "di non aver avuto alcun rapporto e/o contatto con i membri del Collegio di esperti nominato in precedenza da Adsp, come pure di non aver avuto evidenza o conoscenza del lavoro dai medesimi svolto e della relativa documentazione e di aver pertanto svolto il proprio lavoro in modo del tutto autonomo e imparziale"..... e che "hanno potuto consultare in sede riservata sui propri personal computer le proposte tecnico economiche anche al di fuori delle riunioni del Collegio"Il Collegio degli esperti ha provveduto ad analizzare la documentazione di gara per singolo Operatore Economico al fine di formulare una valutazione delle proposte tecnico economiche sulla base di criteri definiti nell'invito ed in funzione dei contenuti delle Buste.".

Come risulta poi dal verbale del 10 ottobre 2022, il Collegio degli esperti dichiarava di aver "limitato le proprie valutazioni alla parte tecnica della documentazione presentata dagli OE e di non essere venuto in possesso di alcuna informazione relativa a nuove proposte economiche consentite dal Commissario Straordinario in data 7.10.2022".

Dunque, il secondo Collegio degli esperti, nominato a buste aperte, potrebbe aver formulato giudizi potenzialmente non imparziali a causa della preventiva conoscenza delle offerte economiche.

Non è dunque condivisibile quanto affermato dal Commissario in ordine al fatto che la nomina del secondo Collegio di esperti a buste aperte avrebbe accresciuto i presidi di imparzialità dell'azione amministrativa, ma al contrario si ritiene che possa aver arrecato un vulnus alle garanzie di *par condicio* e di trasparenza della procedura di selezione per una potenziale mancata serenità nei giudizi dei membri del Collegio di esperti.

Alla luce di quanto esposto, si considera che i rilievi formulati nell'atto di avvio del procedimento di vigilanza in merito alla possibile non imparziale valutazione dell'offerta tecnica dei due concorrenti attesa la preventiva conoscenza dell'offerta economica, non hanno trovato sostanziale smentita nelle controdeduzioni del Commissario Straordinario e pertanto debbono ritenersi confermati.

6 e 7) Sulla sesta e settima criticità: Mancanza dei requisiti tecnico professionali di W. (omissis) e risarcimento del danno ad RTI E. (omissis). Presunto conflitto di interessi ai sensi dell'art. 42 comma 2 del d.lgs. 50/2016 dell'Ing. (omissis) .

Le criticità sollevate in sede di avvio del procedimento hanno trovato soluzione nel corso del procedimento, pertanto, si ritengono superate. L'Autorità si riserva comunque di valutare, con separato procedimento, eventuali profili legati all'applicazione del pantouflage.

Tutto ciò considerato e ritenuto,

rilevata l'infondatezza della richiesta di archiviazione e di quella di sospensione del procedimento di vigilanza, in esito all'istruttoria espletata nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe e per tutte le motivazioni sopraesposte

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 20 marzo 2024

DELIBERA

- Di ravvisare l'insussistenza dei presupposti per la sospensione del procedimento di vigilanza, tenuto conto che detta sospensione vada riferita ai soli casi dell'art 10 del Regolamento ANAC di vigilanza sui contratti pubblici - ossia laddove vi sia identità di oggetto tra i profili di criticità sollevati nel presente procedimento e le censure attualmente oggetto di sindacato giurisdizionale.
- Di confermare il potere di vigilanza dell'ANAC in ordine all'operato del Commissario Straordinario per la Diga, che risulta soggetto vigilato ai sensi dell'art. 213 del d. lgs. 50/2016, anche in merito alla sindacabilità delle scelte da esso compiute nel Programma Straordinario e nei piani procedurali in ragione del fatto che l'ANAC è l'organo di vigilanza che garantisce il rispetto sulle norme sugli appalti pubblici, anche di tipo eurounitario, ai sensi dell'art. 83 della Direttiva 2014/24/UE.
- Di considerare confermati i profili di contestazione sollevati nell'atto di avvio del procedimento di vigilanza in ordine all'assenza delle motivazioni sottese alla scelta dell'utilizzo della procedura negoziata senza bando, non risultando le motivazioni contenute nell'atto di avvio del procedimento, anche tenuto conto che il rinvio al programma straordinario e ai piani procedurali non specifica la sussistenza dei presupposti normativi per l'utilizzo della procedura negoziata senza bando in relazione alla realizzazione della Nuova Diga Foranea. Si ritiene, ulteriormente, di ravvisare la mancata sussistenza dei presupposti per l'applicazione del regime derogatorio di cui all'art. 32 della Direttiva, tenuto conto che la deroga va riferita solo ai casi di sussistenza di ragioni di estrema urgenza non imputabili alla stazione appaltante che non consentano l'avvio di una procedura di gara, non rinvenibili nell'ambito dell'indizione della procedura per l'affidamento dell'appalto integrato in esame, non prospettandosi situazioni di estrema urgenza.
- Di ritenere che il mancato rinnovo della procedura di gara a seguito della gara andata deserta sia in contrasto con la normativa di cui all'art. 32 della Direttiva e dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016 nonché con il Piano Procedurale del luglio 2021 laddove prevedeva la pubblicazione di un avviso di gara per l'avvio della procedura di selezione del contraente.
- Di confermare la non corretta applicazione del DL 50/2022 in relazione alla mancata conformità dei prezzi posti a base di gara con la normativa vigente, vista l'applicazione del prezzario regionale aggiornato al febbraio 2022 e non di quello infrannuale previsto dalla norma.
- Di confermare la criticità in ordine alla alterazione delle condizioni di gara determinata dalla richiesta di modifica dello schema di contratto e del capitolato di gara non controbilanciata da una apertura alla concorrenza.



- Di rilevare che la mancata previsione nel PTFE di scenari alternativi di progetto - economicamente computati e adeguatamente identificati con elaborati grafici esplicativi - unitamente allo specifico richiamo all'art. 106 del codice, come inserito nella seconda versione contrattuale, snatura il metodo osservazionale che è stato adottato proprio a causa della non determinabilità delle caratteristiche geologico- geotecniche dei terreni, legittimando di fatto ex ante possibili varianti in corso di esecuzione del contratto.
- Di rilevare la non ottemperanza alle prescrizioni del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici espresse con il voto n. 86/2021, e ribadite dal Comitato Speciale ex art. 45 del D.L. 77/2021, che ha prescritto di integrare il PTFE, imprescindibilmente prima dell'affidamento, con l'individuazione di scenari alternativi identificati con puntuali specifiche di progetto in termini di descrizione delle relative categorie di lavoro, di eventuali elaborati grafici esplicativi e di determinazione dei prezzi delle lavorazioni; tale integrazione è stata rimandata all'elaborazione del Progetto definitivo e quindi impropriamente posta a cura dell'appaltatore.
- Di rilevare il non adeguato adempimento da parte del verificatore all'art. 26 del d.lgs 50/16, avendo questi emesso positiva verifica di ottemperanza malgrado il PTFE non fosse stato debitamente integrato come richiesto dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.
- Di confermare la non conformità alla vigente disciplina della adozione della determina a contrarre successivamente alla ricezione delle offerte e della nomina del secondo collegio di esperti a buste aperte, in relazione alla possibile non imparziale valutazione dell'offerta tecnica dei due concorrenti attesa la preventiva conoscenza dell'offerta economica.

Dà mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera alla stazione appaltante e al soggetto verificatore R. (omissis), invitando la medesima committenza a comunicare eventuali modifiche progettuali ed incrementi di costo che dovessero verificarsi in sede di elaborazione dei successivi livelli progettuali fornendo, altresì, aggiornamenti sullo stato di avanzamento dell'opera.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 26 marzo 2024

Il Segretario

Valentina Angelucci

Firmata digitalmente