



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Comune di Molfetta

25/11/2015

AG 82/2015/AP

Oggetto: Comune di Molfetta - affidamento mediante procedura negoziata ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. *c)* e/o ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. *a)*, d.lgs. n. 163/2006 dei lavori di messa in sicurezza delle opere in costruzione del nuovo Porto Commerciale di Molfetta - richiesta di parere

Con riferimento all'istanza di parere acquisita al protocollo n. 129074 del 7 ottobre 2015, con il quale codesto Comune ha sottoposto all'Autorità un quesito inerente la legittimità dell'affidamento mediante procedura negoziata ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. *c)* e/o ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. *a)*, d.lgs. n. 163/2006 dei lavori di messa in sicurezza delle opere in costruzione del nuovo Porto Commerciale di Molfetta all'aggiudicatario dell'appalto principale avente ad oggetto la progettazione e i lavori per l'ampliamento del porto, si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 25 novembre 2015, ha approvato le seguenti considerazioni.

La costruzione del Nuovo Porto di Molfetta è già stata oggetto di esame da parte dell'AVCP che, nello svolgimento delle proprie funzioni di vigilanza sugli appalti di lavori pubblici, con delibera n. 4 del 23 gennaio 2008, ha censurato come illegittima, in quanto fortemente limitativa della concorrenza, una delle clausole del bando per l'affidamento dell'appalto integrato che imponeva ai concorrenti di dimostrare, oltre al possesso di idoneo attestato di qualificazione SOA, il possesso o la disponibilità di attrezzature (draghe) aventi caratteristiche particolarissime, con divieto di subappalto e subaffidamento in cottimo dei lavori di dragaggio compresi nella categoria prevalente. Nella specie, a seguito dell'esame delle relazioni geologiche di progetto, l'AVCP rilevava che la richiesta, in aggiunta alla SOA, di attrezzature con caratteristiche estremamente specifiche non era giustificata dalla sussistenza di «particolari ragioni per procedere al dragaggio del fondale attraverso una esclusiva tipologia di draga» ed era tale da avere un impatto negativo sulla libera concorrenza, tanto da consentire la presentazione di offerta da parte di solo due operatori economici, uno dei quali escluso proprio per non avere dimostrato la disponibilità delle draghe richieste. All'esito dell'istruttoria, il Consiglio dell'AVCP incaricava il competente Ufficio della Vigilanza Lavori di avviare apposito monitoraggio volto ad accertare l'effettivo utilizzo delle attrezzature indicate nel bando di gara.

A seguito dell'esame del giornale dei lavori trasmesso mensilmente dal RUP in attuazione della delibera consiliare era emerso che in cantiere non erano presenti le draghe richieste dal bando e tramite ispezione effettuata unitamente alla Guardia di Finanza, Nucleo Speciale Tutela del Mercato, in data 23



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

settembre 2008, veniva accertato che, a causa della mancata bonifica dagli ordigni bellici dei fondali da parte dell'Amministrazione, l'RTI aggiudicatario non aveva ancora iniziato i lavori di dragaggio.

All'esito dell'attività di monitoraggio, con deliberazione n. 3 del 15 gennaio 2009, l'AVCP ha rilevato una serie di criticità connesse al mancato rispetto dell'art. 71, comma 1, lett. a), b) e c), e commi 2 e 3, dell'allora vigente d.P.R. n. 554/1999, teso a garantire la realizzabilità del progetto tramite verifiche congiunte (stazione appaltante e impresa appaltatrice) sull'accessibilità delle aree interessate dai lavori, sull'assenza di impedimenti sopravvenuti, anche attraverso l'ispezione dei luoghi, che vieta di procedere alla stipula del contratto se le parti non hanno concordemente dato atto del permanere delle condizioni che consentono l'immediata esecuzione dei lavori. In particolare veniva evidenziata la non completa definizione del progetto definitivo e del progetto esecutivo, ivi compresa l'illegittima validazione del progetto stesso, per l'assenza delle approvazioni ed autorizzazioni necessarie ad assicurare l'immediata cantierabilità del progetto ai sensi dall'art. 47, comma 2, lett. l), d.P.R. n. 554/1999, e la conseguente mancata completa consegna delle aree interessate dai lavori stante la loro indisponibilità a causa delle attività di bonifica ancora in corso.

In ragione dei profili di potenziale danno erariale e rilevanza penale, la deliberazione era stata trasmessa alle competenti Procure della Corte dei conti e della Repubblica.

Nel mentre, il TAR Puglia - Bari, investito del giudizio sulla legittimità della clausola del bando censurata dall'AVCP, con sentenze n. 845, 846 e 847 del 2010, ha ritenuto inammissibili per carenza di interesse i ricorsi esperiti da tre operatori economici che non avevano preso parte alla gara (ad avviso dei quali il Comune aveva illegittimamente ristretto la possibilità di partecipazione attraverso la previsione di requisiti di capacità tecnica, aggiuntivi alla SOA, sproporzionati e ingiusti), senza dunque pronunciarsi nel merito.

L'indagine della Procura di Trani, avviata a seguito della segnalazione dell'AVCP e che ha condotto al sequestro del cantiere nel 2013, secondo quanto si apprende dagli organi di stampa (non avendo codesta amministrazione fornito informazioni né atti inerenti l'indagine, ad eccezione dell'ordinanza di dissequestro), vede coinvolti, tra gli altri, alcuni ex dirigenti del Comune e l'ex procuratore speciale della C.M.C. di Ravenna con la contestazione, a vario titolo, dei reati di associazione per delinquere, abuso d'ufficio, falso, rifiuto di atti d'ufficio, truffa, frode in pubbliche forniture, violazioni ambientali e paesaggistiche, minacce a pubblico ufficiale e concussione per induzione. Secondo l'ipotesi accusatoria, rappresentanti del Comune e della C.M.C. avrebbero dato vita ad una associazione a delinquere che avrebbe dirottato i finanziamenti pubblici destinati alla realizzazione dei lavori, in parte distratti anche per ripianare i conti del Comune, nella consapevolezza, anche da parte della C.M.C. di Ravenna, della pratica impossibilità di realizzare l'opera a causa della mancata bonifica dell'area interessata.

Ciò premesso, si rappresenta che la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando prevista dall'art. 57 del d.lgs. n. 163/2006, come è noto, è una procedura da considerarsi di carattere eccezionale poiché determina una menomazione, necessitata, in quanto imposta da situazioni contingenti, ai fondamentali principi generali di pubblicità e di massima concorsualità, i cui presupposti, stabiliti dalla



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

legge, devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2015 n. 2272).

L'ipotesi di cui all'art. 57, comma 5, lett. a), prevede la possibilità per le stazioni appaltanti – «dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre» - di ricorrere alla procedura ivi contemplata per lavori o servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera, a condizione che il valore di detti lavori o servizi non superi il 50 % dell'importo del contratto iniziale.

Come chiarito dall'Autorità (deliberazione n. 26 del 23 febbraio 2011), ai fini del ricorso alla procedura *de qua*, possono ritenersi *complementari* quelle opere che da un punto di vista tecnico - esecutivo rappresentano una *integrazione* dell'opera principale, sì da giustificare l'affidamento e la relativa responsabilità costruttiva ad un unico esecutore.

Nel caso in esame, i lavori che codesto Comune intende affidare tramite l'art. 57 comma 5, lett. a), all'RTI originario affidatario dell'appalto integrato per la realizzazione del Porto Commerciale di Molfetta sono, come emerge dalla Relazione generale relativa al progetto esecutivo, interventi per la messa in sicurezza e la conservazione delle opere già eseguite e/o in corso di lavorazione alla data del sequestro del cantiere e lavori di ripristino dei danni subiti per effetto delle mareggiate.

Al riguardo si rileva, in primo luogo, come non si possa parlare propriamente di lavori integrativi delle opere previste nella progettazione iniziale quanto piuttosto di lavori conservativi e di consolidamento della parte di opere facenti parte della progettazione iniziale. Ovvero, non si tratta di lavori necessari al completamento dell'opera attraverso la realizzazione di lavorazioni divenute necessarie a seguito di circostanze impreviste ma di lavori necessari alla conservazione di porzioni di opere già eseguite. E non può ritenersi neppure sussistente l'esigenza di mantenere la responsabilità costruttiva in capo ad un unico esecutore dal momento che, come chiaramente rappresentato da codesta amministrazione, la Procura di Trani esclude che l'originario RTI possa portare a compimento la realizzazione del porto, essendo il relativo contratto nullo per illiceità, così che codesta amministrazione comunale dovrà comunque bandire una nuova gara per l'affidamento del completamento dei lavori.

E' proprio quest'ultimo aspetto che pare rappresentare l'elemento ostativo più significativo al ricorso all'affidamento ex art. 57, comma 5, lett. a).

L'affidamento al medesimo operatore economico dei lavori complementari, come ideale prosecuzione, a completamento, dei lavori eseguiti in attuazione del progetto iniziale – quasi un'estensione del contratto iniziale seppure formalizzata con distinto atto negoziale - sembra presupporre che il contratto principale sia stato validamente costituito e sia stato produttivo di effetti. Nel caso *de quo*, il contratto iniziale sarebbe, secondo la Procura, nullo per vizi – illiceità – che ne hanno minato alla base il momento costitutivo inibendone *ex tunc* la validità e l'efficacia.

Diverso è il caso, citato da codesta amministrazione quale precedente, trattato dall'AVCP nella deliberazione n. 12 del 25 febbraio 2009, nel quale l'Autorità aveva ritenuto ammissibile l'affidamento ex art. 57, comma 5, lett. a), di lavori non compresi nel progetto iniziale, necessari per completare la parte di opera già realizzata e renderla funzionante, poiché si era in presenza di un contratto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

validamente costituito e rescisso dall'amministrazione a seguito di nuove valutazioni del pubblico interesse in relazione alla convenienza tecnica – economica della realizzazione dell'opera.

Oltre a ciò, si ritiene che non possa trascurarsi che l'AVCP, nella richiamata delibera n. 4 del 23 gennaio 2008, ha ritenuto viziata anche la procedura di affidamento originaria che ha condotto alla selezione del RTI con C.M.C. capogruppo, stante la presenza di una clausola illegittima che ha ingiustificatamente ristretto la concorrenza tanto da ridurre la partecipazione a solo due concorrenti (uno dei quali escluso per carenza del requisito richiesto illegittimamente).

E' noto come la fase di definizione dei requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale sia particolarmente permeabile a possibili fenomeni di illegalità, che spesso si traducono nella redazione dei cosiddetti "bandi fotografia", ossia bandi predisposti in base alle caratteristiche specifiche di un determinato imprenditore economico. Con riferimento al caso di specie, si ritiene che il vizio della procedura selettiva, a suo tempo tempestivamente censurato dall'AVCP, ponga seriamente in dubbio l'effettivo rispetto, *ab origine*, del fondamentale principio di massima concorsualità.

In ogni caso, le richiamate circostanze paiono rappresentare un ulteriore argomento, che si ritiene decisivo, che depona nel senso della carenza dei presupposti per l'affidamento diretto dei lavori di messa in sicurezza all'RTI con C.M.C. capogruppo, in forza dell'art. 57 comma 5, lett. a).

L'ipotesi di cui all'art. 57, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 consente alla stazione appaltante di fare ricorso alla procedura negoziata ivi prevista «nella misura strettamente necessaria» in tutti i casi in cui «l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara» e, in particolare, secondo la novella introdotta con d.l. 12 settembre 2014 n.133, «nei casi urgenti di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati ai sensi della Parte quarta, Titolo V, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152». In ogni caso «le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti».

Tale procedura di scelta del contraente, come tutte le fattispecie dell'art. 57, deve essere considerata di carattere eccezionale ed è pertanto utilizzabile solo in quelle peculiari situazioni in cui l'estrema urgenza di provvedere, risultante da eventi imprevedibili per la stazione appaltante e non da situazioni soggettive, contingibili, prevedibili e ad essa imputabili, anche per ritardo di attivazione dei procedimenti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva e in particolare, per quanto riguarda l'urgenza di provvedere, essa non deve essere addebitabile in alcun modo all'Amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per sua inerzia o responsabilità (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2015 n. 2272; 28 luglio 2014, n. 3997; 30 aprile 2014, n. 2255; 2 novembre 2011, n. 5837; 10 novembre 2010, n. 8006).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Nel caso *de quo*, secondo quanto emerge dall'ordinanza di dissequestro, le aree dove dovranno svolgersi i lavori di messa in sicurezza risultano già interamente bonificate. Resta la necessità di intervenire con lavori di tipo conservativo sulle parti di opere già eseguite.

Già all'indomani del fermo dei lavori imposto dal sequestro delle aree, l'R.T.I. composto dalle società Acquatecno S.r.l. - Idrotec S.r.l. – Architecna Engineering S.r.l. – Ing. Gianluca Oliva, già affidatario del servizio di direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori dell'originario appalto integrato e successivamente affidatario del servizio di progettazione e direzione lavori per la messa in sicurezza in forza di procedura negoziata ex art. 57, ha segnalato la situazione di insicurezza di diverse opere e lavorazioni in corso al momento del sequestro nonché i rischi di danneggiamento delle opere eseguite e i pericoli per l'incolumità delle persone e per la sicurezza delle attività portuali in mancanza degli opportuni tempestivi interventi.

Il protrarsi del fermo non può che avere aggravato la descritta situazione rendendo urgente un intervento di messa in sicurezza.

Riguardo la non imputabilità della situazione d'urgenza, si evidenzia come, per quanto possa ritenersi prevedibile il deterioramento delle opere parzialmente eseguite a seguito dell'arresto dei lavori, codesta amministrazione comunale non abbia potuto provvedere con tempestività prima del dissequestro del cantiere avvenuto in data 15 maggio 2015 e come, dopo tale data, secondo quanto rappresentato nell'istanza di parere, abbia adempiuto alle prescrizioni imposte dall'atto di sequestro, provvedendo ad inviare al Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici il progetto per l'approvazione ex art. 127, comma 3, d.lgs. n. 163/2006.

Alla luce di quanto considerato e sulla base delle circostanze rappresentate da codesta amministrazione – dunque in assenza di accertamento in fatto delle stesse da parte dell'Autorità – sembrerebbero sussistere nella fattispecie i presupposti legittimanti il ricorso alla procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006.

Resta inteso che la procedura negoziata per ragioni di estrema urgenza non legittima l'affidamento diretto dei lavori ad un operatore economico precedentemente individuato dovendo trovare applicazione il comma 6 dell'art. 57 che prevede che, «ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando». Anche recentemente il Consiglio di Stato ha precisato che «è poi appena il caso di rammentare che l'articolo appena citato [art. 57], al suo comma 6, per tutti gli eccezionali casi in cui ammette la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ivi inclusa, quindi, anche la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

condizione dell'estrema urgenza evocata dalla difesa municipale, stabilisce che la Stazione appaltante debba comunque selezionare per la bisogna almeno tre operatori economici, invitandoli contemporaneamente a presentare le offerte oggetto della negoziazione» (Consiglio di Stato, sez. V, 9 marzo 2015 n. 1159).

Resta altresì fermo che gli operatori economici invitati alla procedura devono essere in possesso, oltre che dei requisiti di qualificazione richiesti dall'oggetto dell'appalto, anche di tutti i requisiti generali di moralità professionale di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006.

Raffaele Cantone