



COMUNE DI MOLFETTA
CITTA' METROPOLITANA DI BARI
DELIBERAZIONE DELLA GIUNTA COMUNALE

N. 353

del 20/12/2018

O G G E T T O: Nuovo Porto Commerciale di Molfetta. Presa d'atto parere ANAC richiesto dal Sindaco di cui alla deliberazione di Giunta Comunale n. 136/2018.

L'anno duemiladiciotto, il giorno venti del mese di dicembre nella Casa Comunale, legalmente convocata, si è riunita, sotto la Presidenza del Sindaco Tommaso Minervini e con l'assistenza del Segretario Generale Irene Di Mauro, la Giunta comunale nelle persone dei Signori:

MINERVINI Tommaso	SINDACO	PRESENTE
ALLEGRETTA Serafina	VICE SINDACO	PRESENTE
ANTONIO Ancona	ASSESSORE	PRESENTE
AZZOLLINI Gabriella	ASSESSORE	PRESENTE
BALDUCCI Ottavio	ASSESSORE	PRESENTE
CAPUTO Mariano	ASSESSORE	PRESENTE
MASTROPASQUA Pietro	ASSESSORE	PRESENTE
PANUNZIO ANGELA	ASSESSORE	PRESENTE

Il Presidente, riconosciuta legale l'adunanza, dichiara aperta la seduta e invita la Giunta Comunale a trattare l'argomento segnato in oggetto.

LA GIUNTA COMUNALE

ESAMINATA l'allegata proposta di deliberazione;

VISTO il parere favorevole espresso ai sensi dell'art. 49 comma 1° e dell'art. 147 bis del D.Lvo 267/2000 allegato alla presente deliberazione:

- dal Dirigente del Settore Territorio, in ordine alla regolarità tecnica;
- dal Segretario Generale, Dirigente a.i. del Settore Servizi Finanziari e Istituzionali, in ordine alla non rilevanza contabile;

Con voti unanimi e favorevoli espressi in forma palese;

DELIBERA

1) Di approvare la proposta di deliberazione in oggetto facendola propria ad ogni effetto. Successivamente, con separata votazione unanime

LA GIUNTA COMUNALE

Dichiara la presente deliberazione immediatamente eseguibile ai sensi dell'art.134 comma 4° del D.Lgs. n. 267/2000.

IL SINDACO – PRESIDENTE
Tommaso MINERVINI

IL SEGRETARIO GENERALE
Irene DI MAURO

Su impulso del Sindaco è stata formulata la seguente

PROPOSTA DI DELIBERAZIONE

Avente ad

OGGETTO: Nuovo Porto Commerciale di Molfetta. Presa d'atto parere ANAC richiesto dal Sindaco di cui alla deliberazione di Giunta Comunale n. 136/2018

che viene sottoposta all'esame della Giunta:

Premesso che con delibera G.M. n.136 del 14/05/2018 veniva approvato il progetto generale e progetto esecutivo del 1° stralcio funzionale relativo ai lavori per la salvaguardia, la sicurezza alla navigazione e all'ormeggio del bacino portuale ad esito del parere del CSLPP e Ministero Ambiente e relativa validazione del RUP;

Considerato che sono in corso le procedure, come disposto dalla delibera n.136/2018 punto 5, che sollecita alla Commissione Collaudo, la redazione del verbale di consistenza delle opere già eseguite;

Considerato che sono in corso le procedure di ultimazione della bonifica bellica sui fondali interessati dai lavori del 1° stralcio funzionale, in modo che tali aree risultino definitivamente libere da ordigni bellici prima dell'inizio dei lavori;

Che a tal fine con Delibera di Giunta comunale n.153 del 06/06/2018, è stata incaricata la ditta STES a completare tale bonifica, giusta anche nota di autorizzazione del Ministero della Difesa acclarata al protocollo del Comune n.48130 del 31/07/2018;

Che, inoltre, sono in corso, giusti accordi inter istituzionali del Prefetto di Bari, il salpamento e brillamento in cava di n.84 ordigni precedentemente depositati nell'area portuale a completamento della precedente cospicua fase di bonifica bellica;

Che con determina n. 1292 del 21.11.2018 è stata indetta procedura pubblica per le attività di caratterizzazione e rilievi delle parti interessate dell'area portuale ai fini della successiva attività di dragaggio.

Considerato che al punto 6) di detta delibera GM n.136/2018 veniva demandato al Sindaco la formulazione di parere all'ANAC (ai sensi del Regolamento ANAC 20 luglio 2016 e relative indicazioni operative delineate nel Comunicato Presidenziale del 16/11/2016) in ordine al prosieguo dei lavori;

Demandando, altresì, al punto 7) della citata delibera, al Sindaco la nomina per l'assistenza legale ed amministrativa per quanto relativo alla gestione delle fasi successive, sino alla ripresa dei lavori;

Considerato che in esecuzione del sopracitato punto 7) il Sindaco con propria nota n.34928 del 31/5/2018 richiedeva assistenza legale al Prof. Avv. Cintioli Fabio in Roma che, in data 01/06/2018 accettava l'incarico formalizzato con determinazione dirigenziale n.571 del 11/06/2018;

Che con nota n.38773 del 21 giugno 2018 il Sindaco formalizzava la richiesta di parere all'ANAC, come in atti;

Che l'ANAC, inviava la propria delibera n.869/2018 acclarata al protocollo comunale n.0070195 del 05/11/2018, con la quale riscontra il parere richiesto dal Sindaco con la sopracitata nota sindacale del 21/06/2018;

Visto che in tale delibera n.869/2018 l'ANAC ricostruisce l'iter giuridico amministrativo dell'appalto di che trattasi evidenziando:

- a) Che la *...possibilità di dare prosecuzione al vincolo negoziale con ATI CMC presuppone che tale vincolo sia legittimamente costituito e validamente attuato sino alla sospensione dei lavori al momento del sequestro del cantiere e che ... Tali circostanze sono al centro del giudizio penale attualmente pendente avanti al Tribunale di Trani....;*
- b) Che *...la continuità negoziale passa attraverso l'approvazione di una variante in corso d'opera, come indicato nell'art.132, Dlgs N.163/2006 (norma applicabile ratione temporis al contratto in esame e nei limiti in cui non si traduca in una variante sostanziale...;*
- c) Che *nel caso in esame appare immutato il progetto complessivo così che il contratto con ATI CMC, da contratto finalizzato a realizzare per intero l'opera, diverrebbe il contratto per l'esecuzione di un primo lotto funzionale;*
- d) Che *il progetto del 1° stralcio funzionale è un progetto esecutivo, mentre l'appalto in essere è un appalto integrato. La sostituzione del nuovo progetto determinerebbe al contempo un mutamento della tipologia di contratto (da appalto integrato ad appalto di sola esecuzione). Tale mutazione sposta la responsabilità dell'assetto dell'appalto integrato nel quale l'approvazione o meno e la stessa responsabilità del progetto esecutivo rimangono in capo all'appaltatore;*
- e) *Invece, con specifico riferimento al contenuto progettuale del 1° stralcio funzionale di cui al progetto approvato dal CSLP (parere n.41/2017 - adunanza del 15/12/2017), esso è un sottoinsieme del progetto risultante dalla seconda perizia di variante;*
- f) *Le varianti introdotte in tale 1° stralcio funzionale sono documentate come perfettamente coincidenti ovvero con difformità di scarso rilievo;*
- g) *Critica appare invece, la modifica apportata alla tipologia e all'oggetto del contratto dalla sostituzione del progetto esecutivo del 1° stralcio dalla stazione appaltante (il Comune). Tale mutamento del tipo contrattuale da appalto integrato ad appalto di sola esecuzione non è una modifica meramente formale perché implica un mutamento del regime di responsabilità”.*

La delibera ANAC n. 869/2018 conclude nel seguente modo:

“Tuttavia, data la necessità di portare a termine con celerità e col minore dispendio economico le opere ritenute prioritarie, codesta Amministrazione possa valutare la percorribilità di un diverso modus operandi che consentirebbe di superare la cennata criticità impeditiva della prosecuzione dell'appalto nei termini rappresentati nell'istanza di parere. Si fa riferimento alla possibilità che l'appaltatore accetti di fare proprio il progetto esecutivo predisposto dal Comune mediante il completo recepimento dello stesso nel progetto già predisposto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto. Una simile opzione consentirebbe di mantenere in capo all'appaltatore la titolarità della progettazione esecutiva evitando in tal modo l'alterazione del regime della responsabilità progettuale propria dell'appalto integrato”.

- h) *In tal caso, la variante (la cui legittimità presuppone – si ribadisce – la validità del contratto iniziale) astrattamente riconducibile all'ipotesi di cui all'art.134 lettera b), d. l.vo n.163/2006*

(cause impreviste ed imprevedibili) dovrebbe essere accompagnata da un atto aggiuntivo con il quale sono approvate tutte le modifiche apportate al contratto, ivi compreso lo stralcio delle opere classificate con “priorità 2”;

- i) Si ritiene opportuno sottolineare che l'ammissibilità della variante nei termini sopra indicati consentirebbe la prosecuzione del contratto con ATI CMC esclusivamente ai fini del completamento di quelle opere oggetto del 1° stralcio funzionale, ab origine incluse nel contratto e in avanzato stato di realizzazione e che resterebbe in capo all'Amministrazione comunale il compito di esercitare una rigorosa vigilanza sulla fase esecutiva, al fine di evitare l'inammissibile ampliamento dell'oggetto contrattuale ad opere e lavorazioni non previste nell'atto aggiuntivo;*
- j) Considerato altresì che il progetto generale di completamento e quello esecutivo di salvaguardia si è espresso favorevolmente il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici col parere n. 41/2017 (e successivamente del Ministero Ambiente, con nota del 2/2/2018) osservando che il Comune ha inteso ottemperare a quanto disposto dalla Procura della Repubblica col provvedimento di dissequestro del 15/5/2016;*

Considerato che lo stesso Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici sottolinea la continuità dei nuovi progetti rispetto al progetto già appaltato, nel senso che se ne ripropongono tutte le opere;

Considerato che la Procura della Repubblica, con decreto n. 1592/09 del 15/5/2015, disponeva la revoca del sequestro imponendo:

- 1) Redazione di un progetto complessivo comprendendo in via primaria le opere di messa in sicurezza e bonifica delle aree di intervento;*
- 2) Sottoposizione del relativo progetto all'approvazione degli Enti preposti e al Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, ai sensi dell'art.127, comma 3, del D.lgs. n. 163/2006;*

il 14/10/2016 la stessa Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trani ribadiva le prescrizioni sopra indicate e precisava che “ogni ritardo nel porre in essere le misure di sicurezza a seguito di dissequestro operato da questo Ufficio, è e sarà attribuito esclusivamente all'inerzia dell'Amministrazione Comunale”;

Considerato che questa Amministrazione dalla data dell'insediamento del Sindaco (30/6/2017) e della Giunta Comunale (28/7/2017), ha completamente ottemperato a tutti gli adempimenti e tra poche settimane sarà consegnato anche il verbale di consistenza dei lavori effettuati, come richiesti dal Consiglio Superiore Lavori Pubblici e obbligatori per la ripresa dei lavori, in qualunque modalità essi verranno decisi;

Stante la competenza della Giunta comunale ad adottare il presente atto, ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs n. 267/2000.

Visto il T.U.EE.LL. approvato con D.Lgs. n. 267/2000 e s.m.i.

Vista la propria delibera G.C. n. 136 del 14/5/2018

PROPONE DI DELIBERARE

1. Le premesse sono parte integrante e sostanziale del presente provvedimento;
2. Prendere atto della delibera n. 869 del 17 ottobre 2018 del Consiglio dell'Autorità Nazionale

Anticorruzione inviato al Comune di Molfetta con nota n. 0088436 del 26/10/2018 ed acclarata con PEC al protocollo comunale n. 0070195 del 5/11/2018, in riscontro al parere richiesto dal Sindaco, giusto punto 6 delibera G.C. n. 136/2018, atti entrambi qui allegati.

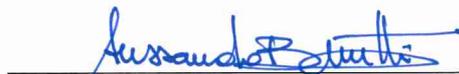
3. Fermo restando impregiudicata ogni azione circa le definitive determinazioni, si dà mandato al Sindaco di approfondire, istruire e dare attuazione - con l'ausilio degli Uffici e di idonea assistenza legale ed amministrativa, confermando il mandato al Sindaco di avvalersene, già disposto con la citata delibera G.M. 136/2018 - alle indicazioni della delibera ANAC in tutte le loro implicazioni e produrre, nel più breve tempo possibile, un atto di indirizzo finale per gli Uffici per adempiere al provvedimento di dissequestro e specificatamente all'obbligo di realizzare le opere di messa in sicurezza e bonifica del nuovo porto commerciale, nel dovere dell'agire chiesto dalla Procura sin dal 15/5/2015, nonché nell'interesse pubblico sottolineato da questa Amministrazione e da tutti gli Enti preposti, come in ultimo dal CSLLP e nella stessa citata delibera ANAC.
4. Nominare responsabile del procedimento l'Ing. Michele de Candia.

Propone di dichiarare il presente atto immediatamente eseguibile ai sensi dell'art. 134, comma 4, del D.Lgs. n.267/2000, stante l'urgenza di provvedere per quanto espresso in narrativa.

Il Dirigente del Settore Territorio sottoscrive la presente proposta di deliberazione a valere quale parere favorevole reso ai sensi degli artt. 49 e 147/bis del D.lgs. n. 267/2000.

Molfetta, 19 DIC. 2018

Il Dirigente del Settore III - Territorio
ing. Alessandro Binetti



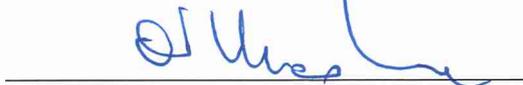
Il Dirigente del Settore Programmazione Economico-Finanziaria e Fiscalità, vista ed esaminata la proposta di deliberazione sopra riportata, esprime parere favorevole, ai sensi dell'art. 49 e dell'art. 147- bis del D.Lgs n. 267/2000,

di regolarità contabile

di non rilevanza contabile in quanto non ha riflessi diretti o indiretti sulla situazione economico-finanziaria o sul patrimonio dell'ente.

Molfetta, 20/12/2018

Il Dirigente a.i. del Settore I
Servizi Finanziari e Istituzionali
dott.ssa Irene DI MAURO





CITTA' DI MOLFETTA

Prot. n. 38443

li. Molfetta 21 giugno 2018

Spettabile
ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione
Via Marco Minghetti, 10
00187 - Roma

- a mezzo PEC all'indirizzo: uprot@anticorruzione.it

Oggetto: Richiesta di parere ai sensi del Regolamento del 20 luglio 2016 per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità Nazionale anticorruzione ai sensi della Legge 6 novembre 2012 n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all'art. 211 del decreto stesso. – Comune di Molfetta – Appalto per la costruzione del nuovo porto commerciale.

Spettabile Autorità,

il sottoscritto Tommaso Minervini, nella sua qualità di Sindaco e legale rappresentante del Comune di Molfetta (C.F. e P.IVA: 00306180720), elettivamente domiciliato presso la sede del Comune in Molfetta alla via Martiri di via Fani, indirizzo PEC protocollo.pec@comune.molfetta.ba.it e recapito telefonico 080/9956114, chiede parere, ai sensi dell'art. 1 del Regolamento del 20 luglio 2016, in ordine alla corretta interpretazione e applicazione della normativa in materia di contratti pubblici in relazione all'appalto integrato per la costruzione del nuovo porto commerciale della Città di Molfetta.

Si segnala che la presente richiesta di parere riveste carattere di urgenza e merita di essere trattata in via prioritaria in base a quanto previsto nel predetto Regolamento del 20 luglio 2016 ed al Comunicato del Presidente dell'ANAC del 16 novembre 2016.

* * *

1. PREMESSA

L'oggetto del presente parere riguarda, precisamente, la prosecuzione dell'appalto per la progettazione esecutiva e l'esecuzione di tutti i lavori e provviste necessarie per la realizzazione del completamento delle opere foranee e costruzione del Porto Commerciale di Molfetta.

Questo appalto è stato affidato, all'esito di apposito procedimento di gara ad evidenza pubblica, dal Comune di Molfetta all'ATI composta da: (i) Cooperativa Muratori & Cementisti – C.M.C. di Ravenna Soc. Coop. (mandataria), con sede legale in Ravenna, via Trieste n. 76, C.F. e P.IVA 00084280395, telefono 0544428111 e indirizzo PEC cmc.costruzioni.italia@legalmail.it; (ii) Società Italiana Dragaggi S.p.A.

(mandante), con sede legale in Roma, via Carlo Zucchi n. 25, C.F. 08164060587 e P.IVA 01976421006, indirizzo PEC sidra-dema@legalmail.it; (iii) Impresa Pietro Cidonio S.p.A. (mandante), con sede legale in Roma, viale Mazzini n. 88, C.F. 00466810587 e P.IVA 00900591009, telefono 063759311 e indirizzo PEC segreteria@pec.cidonio.it (di seguito anche solo "ATI CMC").

Il relativo contratto d'appalto è stato stipulato dal Comune di Molfetta con la predetta ATI in data 2 aprile 2007 per un importo complessivo di euro 57.761.720,56 ed è stato, poi, integrato con tre atti aggiuntivi (in data 24.7.2008, 11.10.2010 e 19.5.2011). Allo stato attuale non sussistono contenziosi tra il Comune di Molfetta e l'ATI affidataria del contratto in relazione allo specifico appalto.

Si precisa altresì che, con il parere AG 82/2015/AP del 9 dicembre 2015, Codesta Autorità ha già avuto modo di esaminare le vicende sottese al contratto di appalto testé richiamato, sia pur esprimendosi su di una questione differente da quella che si ritiene oggi necessario sottoporre.

Fatta questa breve premessa di inquadramento generale, si passa ora ad esporre, sia pur sinteticamente, i fatti alla base della presente richiesta di parere. Data la complessità degli sviluppi in punto di fatto, si esporranno di seguito le vicende che appaiono di rilievo per il quesito oggetto del presente parere, manifestando sin d'ora la piena disponibilità a fornire ogni chiarimento ed integrazione documentale, anche in sede di apposita audizione.

2. RAPPRESENTAZIONE DEL FATTO

L'esecuzione dei lavori ed il sequestro del cantiere

All'esito di una procedura di gara aperta celebrata nel 2006, il Comune di Molfetta, come anticipato, ha stipulato con l'ATI CMC il contratto n. 7623 del 2.4.2007 avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di tutte le categorie di opere necessarie per la realizzazione del nuovo porto commerciale di Molfetta, per un importo complessivo di €. 57.761.720,56 (doc. 1).

Il predetto contratto di appalto ha subito in corso di esecuzione delle modifiche, sia con riferimento alle opere da realizzare, sia con riferimento all'importo dei lavori preventivati. Più precisamente le modifiche intervenute sono state le seguenti:

(i) a seguito della presentazione del progetto esecutivo da parte dell'ATI CMC, è stato stipulato un I° Atto aggiuntivo del 24.7.2008, con il quale l'importo contrattuale è stato adeguato al maggior importo dei lavori risultanti, appunto, dal progetto esecutivo stesso. L'importo aggiuntivo è stato pari a €. 3.677.871,10, con la conseguente crescita dell'importo complessivo del contratto ad €. 61.439.591,66 (doc. 2);

(ii) successivamente, in data 11.1.2010, è stato stipulato un II° Atto aggiuntivo, a seguito di approvazione di una prima perizia di variante volta a prevedere la realizzazione del c.d. pennello sperone via mare (anziché via terra come previsto nel progetto esecutivo), in ragione di pretese difficoltà legate al transito di automezzi pesanti nel centro della Città. La variante ha comportato un ulteriore incremento dell'importo dei lavori di €. 1.228.557,88 (doc. 3);

(iii) infine, in data 19.5.2011, è stato stipulato un III° Atto aggiuntivo, a seguito dell'approvazione di una seconda perizia di variante che, sul presupposto di dover adeguare il progetto alla nuova normativa

antisismica intervenuta, ha introdotto modifiche al progetto esecutivo, anche con lo stralcio di determinate opere al fine di contenere i costi complessivi derivanti dalla nuova tipologia costruttiva. A seguito di questo III° Atto aggiuntivo si è registrato un ulteriore incremento dell'importo dei lavori pari ad €. 1.151.718,79 e lo spostamento del termine di ultimazione delle lavorazioni al 2.4.2015 (doc. 4).

Quanto alle vicende collegate ai profili strettamente esecutivi del contratto, è opportuno anche ricordare che, a seguito della consegna dei lavori all'ATI CMC avvenuta in data 26.3.2008, si sono verificati consistenti rallentamenti a causa della presenza nei fondali del porto di ordigni residuati bellici. Ciò ha comportato la necessità di attendere lo svolgimento delle operazioni di bonifica per l'esecuzione dei lavori e, conseguentemente, l'ATI CMC ha iscritto riserve nel registro di contabilità per molti milioni di euro, legate all'asserito mancato rispetto del cronoprogramma dei lavori da parte del Comune di Molfetta. Si precisa che le operazioni di bonifica sono state portate avanti ed allo stato attuale i fondali interessati dall'appalto sono stati già interamente bonificati (doc. 5).

I lavori sono stati portati avanti dall'ATI CMC per un importo complessivo di €. 35.891.294,34 (secondo n. 41 Stati Avanzamento Lavori), pari a circa il 60% dell'importo totale dei lavori contrattualizzati all'esito dei tre Atti aggiuntivi di cui si è dato conto in precedenza (€. 60.853.633,66).

L'esecuzione dei lavori, già gravemente ritardati per la presenza massiccia di ordigni bellici, si sono del tutto arrestati in conseguenza dei procedimenti penali avviati dalla Procura della Repubblica di Trani (procedimenti n. 1592/09 e 2629/11), con conseguente sequestro del cantiere disposto con ordinanza del G.I.P. del Tribunale di Trani del 24 settembre 2013 e contestuale nomina dell'Amministratore giudiziario. Solo per inciso si rappresenta che è attualmente ancora in corso il processo penale di primo grado e il Tribunale di Trani, competente per la fase iniziale del dibattimento penale in corso, ha dichiarato estinti alcuni capi di imputazione per intervenuta prescrizione (doc. 6).

Il dissequestro del cantiere, l'esigenza dei lavori di messa in sicurezza e il parere ANAC del 9 dicembre 2015.

L'interruzione della prosecuzione dei lavori ha comportato che le opere portuali sino ad allora realizzate siano rimaste incomplete ed esposte agli agenti atmosferici ed alle mareggiate, con la conseguente necessità di porre in esecuzione i lavori di messa in sicurezza dell'area di cantiere.

In data 15 maggio 2015, inoltre, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trani ha emesso il decreto di dissequestro dell'area di cantiere riconsegnandola al Comune di Molfetta, disponendo la: "1) Redazione di progetto complessivo comprendente in via primaria le opere di messa in sicurezza e bonifica delle aree di intervento; 2) Sottoposizione del relativo progetto all'approvazione degli Enti preposti e al Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici ai sensi dell'art. 127, co. 3 del D.Lgs. 163/2006" (doc. 7).

In questa situazione l'Amministrazione comunale, d'intesa con gli altri soggetti coinvolti, ha predisposto il progetto esecutivo per i lavori di messa in sicurezza e conservazione delle opere esistenti alla data del sequestro preventivo del cantiere, nonché il ripristino dei danni subiti dalle opere a causa delle mareggiate intervenute successivamente alla data del sequestro del cantiere.

In linea con quanto disposto nel decreto di dissequestro, il Comune di Molfetta, in data 22 settembre 2015 ha sottoposto il relativo progetto dei (soli) lavori di messa in sicurezza all'approvazione del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici ("CSLP").

Nel contempo, con istanza depositata in data 6 ottobre 2015 (doc. 8), il Comune di Molfetta si è rivolto a Codesta Autorità chiedendo un parere "in ordine alla legittimità dell'affidamento dei lavori di messa in sicurezza a favore dell'ATI CMC di Ravenna" ex art. 57, d.lgs. cit. 163/2006, in considerazione sia del carattere 'complementare' dei lavori stessi rispetto a quelli originariamente affidati alla CMC di Ravenna, sia dell'estrema urgenza di detti lavori di messa in sicurezza, anche a fronte dell'avvenuto dissequestro con consegna delle aree all'Amministrazione comunale, non in grado di assicurarne la corretta custodia e manutenzione".

Con il parere AG 82/2015/AP del 9 dicembre 2015 (doc. 9), ANAC, ricordando che le vicende concernenti l'appalto in questione erano già state esaminate con la delibera n. 4 del 23 gennaio 2008 (concernente alcuni aspetti in ordine alla legittimità dell'originario bando di gara), ha risposto al Comune di Molfetta, rappresentando in via di estrema sintesi che:

(i) visto il progetto degli interventi di messa in sicurezza predisposto "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 imprevedute 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". Per questa ragione non si è ritenuto possibile fare applicazione dell'art. 57, comma 5, lett. a), d.lgs. 163/2006, mediante l'affidamento dei lavori complementari all'ATI CMC;

(ii) vista l'estrema urgenza dell'effettuazione dei lavori di messa in sicurezza, si sarebbe potuto procedere all'affidamento dei lavori selezionando il contraente mediante una procedura negoziata ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. 163/2006.

Le sopravvenienze intervenute a seguito del parere ANAC del 9 dicembre 2015.

Successivamente al parere ANAC del 9 dicembre 2015, il Comune di Molfetta ha ricevuto anche il parere del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, anch'esso chiamato ad esprimersi sul progetto dei lavori di messa in sicurezza.

In particolare, con parere n. 61/2015 del 23 febbraio 2016 (doc. 10), il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici si è espresso in termini negativi, in quanto il progetto trasmesso riguardava unicamente i lavori di messa in sicurezza, mentre il decreto di dissequestro della Procura di Trani chiedeva "la redazione di un nuovo progetto complessivo, comprendente in via prioritaria le opere di messa in sicurezza e bonifica delle aree di

intervento. Ne discende che il nuovo progetto da redigere deve avere come fine fondamentale il completamento delle opere del Nuovo Porto commerciale [...]”.

Con istanza del 5 luglio 2016 (doc. 11), visto che il parere espresso dal CSLP, richiamando la posizione espressa dalla Procura di Trani, impediva l'affidamento in urgenza dei lavori di messa in sicurezza (richiedendo la redazione di un nuovo progetto complessivo del porto), il Comune di Molfetta si è rivolto alla Procura di Trani stessa al fine di ottenere chiarimenti in merito al contenuto delle prescrizioni impartite con il provvedimento di dissequestro.

Con nota del 14 ottobre 2016 (doc. 12), la Procura di Trani ha risposto alla richiesta di chiarimenti del Comune di Molfetta, rappresentando che ciò che era stato richiesto era la redazione di un *“progetto di completamento delle opere del Nuovo Porto di Molfetta secondo la funzionalità che l'Amministrazione comunale intende attribuire all'infrastruttura portuale, ovviamente nel rispetto del Piano Regolatore del Porto e dei pareri degli Enti preposti. Inoltre questo progetto, considerata la rappresentata urgenza di messa in sicurezza, deve comprendere in via primaria, comunque prioritaria nel programma di esecuzione, le opere di messa in sicurezza e bonifica delle aree di intervento. In sostanza la prescrizione (considerato il dissequestro delle aree portuali) aveva la duplice finalità di sbloccare il completamento dell'importante opera pubblica e di realizzare una evidente economia per le opere di messa in sicurezza, che se pur da realizzare in via primaria (o prioritaria), siano parte integrante del progetto complessivo (o di completamento) del Nuovo porto di Molfetta”.*

La nota terminava con l'ulteriore avvertimento che *“ogni ritardo nel porre in essere le misure di sicurezza, a seguito di dissequestro operato da questo Ufficio, è e sarà attribuibile esclusivamente all'inerzia dell'Amministrazione Comunale alla quale è stato già inviato il parere del consiglio superiore dei lavori pubblici che si è già espresso condividendo la prescrizione indicata da questo Ufficio nel provvedimento restitutorio dell'area portuale in sequestro”.*

A fronte dei chiarimenti ricevuti, in ottemperanza alle indicazioni ricevute dalla Procura di Trani, la Scrivente nuova Amministrazione comunale, proseguendo e completando il lavoro già avviato dal precedente Commissario Straordinario del Comune di Molfetta, ha predisposto il *“progetto generale di completamento del Nuovo porto Commerciale di Molfetta”* e il *“progetto generale di completamento del Nuovo porto Commerciale di Molfetta 1° stralcio funzionale relativo ai lavori per la salvaguardia, la sicurezza alla navigazione ed all'ormeggio del bacino portuale”.* In particolare, la progettazione redatta dal Comune di Molfetta si è posta in linea di continuità con i lavori già previsti nell'originario appalto, così come integrati per effetto delle varianti approvate con gli Atti aggiuntivi (ed in particolare con la seconda perizia di variante del 19 maggio 2011), anche considerato lo stato di avanzamento dei lavori a suo tempo realizzate dall'ATI CMC.

Con nota n. 66556 del 15 novembre 2017 (doc. 13), pertanto, il Comune di Molfetta ha trasmesso i progetti al CSLP per l'espressione del relativo parere ai sensi dell'art. 251 d.lgs. 50/2016 ed in linea con quanto richiesto dalla Procura di Trani.

Con il parere n. 41/2017 del 15 dicembre 2017 (doc. 14), il CSLP ha approvato la progettazione presentata, osservando che:

(i) l'Amministrazione comunale "ha inteso ottemperare a quanto disposto dalla Procura della Repubblica con il provvedimento di dissequestro del 15.05.2016";

(ii) "in ordine al 'progetto generale di completamento del Nuovo porto Commerciale di Molfetta', l'Assemblea rileva che lo stesso ripropone, a livello di progetto di fattibilità tecnica ed economica, tutte le opere previste nel progetto precedentemente appaltato – di cui in premessa – e successive varianti, già in via di realizzazione, nel completo rispetto del PRP e del successivo adeguamento tecnico funzionale" e che, essendosi il CSLP già espresso sul progetto già appaltato, "non può che confermare integralmente tutti i pareri precedentemente espressi, anche in ordine al 'progetto generale di completamento del Nuovo porto Commerciale di Molfetta 1° stralcio funzionale relativo ai lavori per la salvaguardia, la sicurezza alla navigazione ed all'ormeggio del bacino portuale' di livello esecutivo, costituendo lo stesso lo sviluppo progettuale successivo rispetto al precedente livello definitivo già esaminato".

Successivamente, con nota del 2 febbraio 2018 (doc. 15), anche il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare ha comunicato l'esito positivo del procedimento di VIA/VAS in relazione al progetto del Comune di Molfetta, rilevando che il progetto in questione "produce impatti ambientali che, in sostanza, sono stati già valutati nell'ambito progettuale di riferimento...ricependo gli effetti ambientali associati alle variazioni progettuali intervenute nel tempo rispetto al progetto esecutivo quali, in particolare, l'Adeguamento Tecnico Funzionale e la Perizia di Variante n. 2 [...]".

3. IL QUESITO DI DIRITTO

Alla luce di tutte le circostanze di fatto illustrate, resta l'esigenza per il Comune di Molfetta di valutare la situazione che concerne il contratto a suo tempo stipulato con l'ATI CMC, così come risultante dalla Perizia di Variante n. 2. Il Comune quindi si riserva, per un verso, di valutare se esistano i presupposti per l'esercizio di poteri di autotutela e/o altri poteri che possano incidere sul contratto, per altro verso, una valutazione sulla validità ed efficacia attuale dell'originario contratto.

Tuttavia, prima di poter procedere a queste valutazioni che riguardano il contratto originario, esiste un problema che, in un'ottica di economia procedimentale, ha carattere urgente e preliminare riguardando la possibilità stessa che quel contratto con quel contraente possano ancora avere una prosecuzione. Pertanto, si ritiene necessario ricevere un parere da Codesta Autorità ai sensi del Regolamento 20 luglio 2016 sul seguente quesito: se, alla luce di tutte le circostanze di fatto sopravvenute rispetto a quelle esaminate con il Parere AG 82/2015/AP del 9 dicembre 2015 ed in base alla normativa in materia di contratti pubblici, sia possibile che il Comune di Molfetta affidi all'ATI CMC la prosecuzione in continuità dei lavori previsti nel "Progetto generale di completamento del Nuovo Porto Commerciale di Molfetta 1° stralcio funzionale relativo ai lavori per la salvaguardia, la sicurezza alla navigazione ed all'ormeggio del bacino portuale" per il residuo contrattuale, oppure se sia invece necessario celebrare una nuova procedura di gara per selezionare il contraente cui affidare la prosecuzione dei lavori in questione, indicando la relativa tipologia di procedura.

Fermo quanto precede, per le valutazioni di Codesta Autorità, si ritiene utile ricordare che, con il precedente parere AG 82/2015/AP del 9 dicembre 2015, era stata presa in considerazione l'applicazione dell'art. 57 co. 5 d.lgs. n. 163 del 2006, in ragione di un progetto che presentava delle oggettive diversità

rispetto a quello in corso di regolare esecuzione al momento del sequestro dell'area di cantiere. L'applicazione della citata disposizione era stata esclusa, tra l'altro, sul presupposto che il progetto degli interventi di messa in sicurezza presentato dall'Amministrazione comunale non prevedesse *“propriamente 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”*.

La situazione attuale è significativamente mutata e ciò induce l'Amministrazione comunale a chiedere un nuovo parere. Infatti, come illustrato in precedenza, il Comune di Molfetta ha oggi predisposto un progetto generale di completamento del nuovo Porto Commerciale (1° stralcio funzionale) che prevede i lavori per la salvaguardia, la sicurezza alla navigazione ed all'ormeggio del bacino portuale, in continuità e a completamento di quanto previsto nel progetto originario risultante dalla Perizia di Variante n.2.

Infatti, questo progetto, come rilevato nel parere del CSLP n. 41/2017, *“ripropone, a livello di progetto di fattibilità tecnica ed economica, tutte le opere previste nel progetto precedentemente appaltato...e successive varianti, già in via di realizzazione, nel completo rispetto del PRP e del successivo adeguamento tecnico funzionale”*. Più precisamente, il progetto consiste nel completamento di lavori già parzialmente realizzati prima della data del sequestro del cantiere dall'ATI CMC secondo quanto risultante dalla Perizia di Variante n. 2 (III° Atto aggiuntivo) nella seguente misura di avanzamento contabile: (i) circa il 18% per il secondo braccio del molo di sopraflutto; (ii) circa il 76% per la banchina nord-ovest; (iii) circa il 53% per la banchina Martello. Si precisa, inoltre, che la prosecuzione dei lavori rientra nel residuo contrattuale previsto nel contratto originario risultante dalla Perizia di Variante n. 2.

Il progetto, pertanto, anche nell'ottica di evitare il dispendio di risorse pubbliche che sarebbe derivato da eventuali modifiche su opere già in stato di avanzata realizzazione, ha riproposto pressoché le stesse opere previste nel progetto originario, così come integrato all'esito della Perizia di Variante n. 2, prevedendo solo modifiche molto limitate che non hanno inciso sulle caratteristiche tecnico-geometriche, né sulle modalità costruttive dell'opera iniziale. Dal punto di vista del Comune di Molfetta, si avverte l'urgenza di poter comunque procedere nel più breve tempo possibile nell'esecuzione dei lavori, stante l'interesse pubblico e l'economicità conseguibile con la prosecuzione urgente dei lavori interrotti.

Alla luce di tutte le circostanze rappresentate, ricorrendo nel caso di specie pressoché tutte le ragioni previste dall'art. 1, comma 2, del Regolamento del 20 luglio 2016 affinché l'Autorità possa esprimere il proprio parere, il Comune di Molfetta, data l'estrema complessità e delicatezza della vicenda, ritiene indispensabile fare ricorso alle funzioni consultive svolte dall'ANAC in ordine alla corretta interpretazione ed applicazione della normativa in materia di contratti pubblici. Nel contempo, in linea con quanto previsto dal Comunicato del Presidente dell'ANAC del 16 novembre 2016, si chiede la questione sottoposta venga trattata in via prioritaria, attesa l'urgente necessità non soltanto di poter finalmente completare un'opera pubblica relevantissima, ma anche di dare prioritaria esecuzione ai lavori di messa in sicurezza indispensabili per la salvaguardia e la sicurezza alla navigazione nel bacino portuale della Città di Molfetta.

* * *

Ai sensi degli artt. 3, comma 3, e 8 del Regolamento del 20 luglio 2016 si segnalano come dati sensibili da sottrarre alla pubblicazione: il nome della Città di "Molfetta"; il codice fiscale, mail e telefono del Comune di Molfetta e del Sindaco di Molfetta; il nome della Città di "Trani" in quanto città sede dell'Autorità Giudiziaria; i nomi delle imprese interessate dall'appalto.

* * *

Si rimane a disposizione, ove ritenuto necessario, per fornire ogni eventuale ulteriore chiarimento o documento, anche in occasione di apposite audizioni.

Molfetta, li 21 giugno 2018.



Il Sindaco

Tommaso MINERVINI



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidenza

Delibera n. 869 del 17 OTTOBRE 2018

Oggetto: Comune di Molfetta – Appalto per la costruzione del nuovo porto commerciale
AG 8/2018/AP

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 50/2016 e s.m.i.;

Visto l'appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Pareri;

Considerato in fatto

Con nota acquisita al prot. n. 54907 del 25 giugno 2018, il Comune di Molfetta ha sottoposto all'Autorità un quesito riguardante l'appalto integrato per la progettazione esecutiva e la costruzione del nuovo porto commerciale, chiedendo in particolare se sia possibile dare prosecuzione al contratto stipulato in data 2 aprile 2007 con l'ATI composta da Cooperativa Muratori & Cementisti -C.M.C. Soc. Coop. (mandataria), Società Italiana Dragaggi S.p.A. e Impresa Pietro Cidonio S.p.A., ed eseguito fino circa alla concorrenza del 60% dell'importo contrattuale, al fine di realizzare i lavori previsti nel nuovo "Progetto generale di completamento del nuovo porto Commerciale di Molfetta 1° stralcio funzionale relativo ai lavori per la salvaguardia, la sicurezza alla navigazione ed all'ormeggio del bacino portuale" redatto dal Comune, a seguito del dissequestro del cantiere, su indicazione della Procura della Repubblica di Trani (investita delle indagini su reati connessi all'appalto contestati a esponenti dell'amministrazione comunale e dell'ATT). Nel caso in cui l'Autorità ritenga invece necessario celebrare una nuova procedura, il Comune ha chiesto che gli venga indicata la relativa tipologia di gara.

Visti i numerosi profili tecnici della problematica prospettata, con nota prot. n. 79149 del 25 settembre 2018, lo scrivente Ufficio ha richiesto un parere all'Ufficio Vigilanza Collaborativa e Vigilanze Speciali (UVS) volto in particolare a conoscere la valutazione della legittimità della variante al contratto attualmente in essere che si renderebbe necessaria per poter procedere all'esecuzione del 1° stralcio funzionale in continuità del medesimo vincolo negoziale. L'UVS ha reso le chieste osservazioni con nota prot. n. 80785 del 1° ottobre 2018.

L'appalto integrato affidato all'ATI CMC

A seguito di procedura ad evidenza pubblica, il Comune di Molfetta ha affidato la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori per la realizzazione del nuovo porto commerciale di Molfetta all'ATI sopraindicato per un importo complessivo di euro 57.761.720,56 (di cui euro 55.514.559,54 per lavori, euro 1.532.906,36 per oneri per la sicurezza ed euro 714.254,66 quale corrispettivo per la progettazione



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

esecutiva), prevedendo un termine di 1310 giorni per l'esecuzione dei lavori, a partire dalla data di consegna degli stessi.

Nel corso dell'esecuzione il contratto ha subito modifiche sia con riferimento alle opere da realizzare sia con riferimento all'importo dei lavori.

Una prima modifica è stata apportata a seguito della redazione del progetto esecutivo da parte dell'ATI, con la rideterminazione dell'importo dei lavori in euro 61.439.591,66 (di cui euro 58.801.664,41 per lavori, euro 1.923.672,59 per oneri per la sicurezza, euro 714.254,66, quale corrispettivo per la progettazione), con un incremento di euro 3.677.871,10; è stato quindi sottoscritto un primo Atto aggiuntivo in data 24 luglio 2008.

Successivamente, in data 11 gennaio 2010, è stato stipulato un secondo Atto aggiuntivo a seguito dell'approvazione di una prima perizia di variante volta a prevedere la realizzazione del c.d. "pennello sperone" via mare (anziché via terra come previsto nel progetto esecutivo), in ragione di difficoltà legate al transito di automezzi pesanti nel centro della città. L'importo contrattuale è stato incrementato di euro 1.836.278,97, di cui euro 1.228.557,88 per maggiori lavori ed oneri di sicurezza ed euro 607.701,09 per equo compenso ex art. 10, comma 6, del Capitolato Generale d'Appalto.

Infine, in data 19 maggio 2011, è stato stipulato un terzo Atto aggiuntivo che, a seguito dell'approvazione di una seconda perizia di variante "redatta ai sensi e per gli effetti dell'art. 132, comma 1, lett. c - 1^ parte del d.lgs. n. 163/2006", ha introdotto ulteriori modifiche al progetto esecutivo: la struttura della banchina di nord-ovest e del "martello", prevista in sede di progetto con impalcato a giorno su pali, è stata modificata contemplandone la realizzazione con cassoni in c.a. prefabbricati.

Tale modifica strutturale ha comportato un notevole incremento dei costi (circa 8 milioni di euro) che è stato in parte compensato dallo stralcio di alcune opere (Centro Servizi e Magazzini e relativi impianti tecnologici, dragaggio relativo al canale di accesso e di parte della zona interna del porto, pavimentazione nell'area del Centro Servizi e opere in pietra, sistemazione a verde, parti delle attrezzature di banchina) comprese nel progetto iniziale la cui esecuzione è stata rinviata ad un intervento successivo. Complessivamente l'Atto aggiuntivo ha sancito un incremento per lavori ed oneri di sicurezza pari ad euro 1.151.718,79 e lo spostamento del termine di ultimazione delle lavorazioni al 2 aprile 2015; l'importo contrattuale è stato pertanto rideterminato in euro 64.427.589,42, di cui euro 63.745.632,86 per lavori e oneri per la sicurezza, euro 607.701,09 per equo compenso ed € 714.254,66 per corrispettivo della progettazione esecutiva.

Oltre alla necessità di apportare le predette modifiche al progetto iniziale, nel corso dell'esecuzione dell'appalto sono emerse ulteriori criticità derivanti dal rinvenimento, successivamente alla consegna dei lavori, di un ingente numero di residui bellici sul fondale del porto, con la conseguenza di dover ritardare l'esecuzione dei lavori in attesa delle operazioni di bonifica. Per tale evenienza l'ATI ha apposto riserve, in relazione alle prime delle quali (a tutto il 12° SAL in data 30 settembre 2009) ha avuti riconosciuti euro 7.800.000,00 con atto di transazione in data 4 febbraio 2010. Sono inoltre state apposte dall'ATI successive riserve, anche queste principalmente riconducibili al dilatarsi dei tempi per l'esecuzione dei lavori per la presenza di ordigni bellici, per le quali il CTU incaricato dal Tribunale di Trani, in esito al ricorso per accertamento tecnico preventivo proposto dal Comune, si è espresso valutandone l'ammissibilità per un importo di euro 2.346.839,02 (relazione in data 22 dicembre 2015).



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

Il sequestro del cantiere

I lavori già fortemente ritardati sono stati poi definitivamente sospesi in esito agli sviluppi di procedimenti penali avviati dalla Procura della Repubblica di Trani - che hanno visto indagati e rinviati a giudizio per i reati di associazione, truffa e frode in pubbliche forniture esponenti dell'amministrazione comunale e dell'ATI - con ordinanza in data 24 settembre 2013 che ha disposto il sequestro del cantiere. Al momento del sequestro risultavano eseguiti dall'ATI lavori per euro 35.891.294,34 (oltre a euro 607.701,09 per equo compenso e euro 1.415.575,13 per oneri per la sicurezza), pari a circa il 60% del contratto.

Riconosciute ricorrenti le condizioni per la restituzione delle aree oggetto dei lavori, il cantiere è stato dissequestrato con decreto del 15 maggio 2015. Nel disporre la revoca parziale del sequestro, la Procura ha richiamato il Comune al rispetto delle seguenti prescrizioni: 1) redazione di progetto complessivo comprendente in via primaria le opere di messa in sicurezza e di bonifica delle aree di intervento; 2) sottoposizione del progetto all'approvazione degli enti preposti e del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici ai sensi dell'art. 127, comma 3, del d.lgs. 163/06.

A fronte dell'urgente necessità di mettere in sicurezza l'area di cantiere, prevenendo nel contempo un ulteriore degrado delle opere già realizzate, il Comune ha inizialmente predisposto un progetto relativo alle sole opere a tal fine necessarie, ponendolo all'esame del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici in data 22 settembre 2015; tale progetto, dell'importo complessivo di euro 7.550.000,00, ha previsto lavori per euro 6.669.696,00, comprensivi di euro 230.406,34 per oneri per la sicurezza.

Nel contempo il Comune ha chiesto all'ANAC un parere circa la possibilità di affidare direttamente all'ATI CMC l'esecuzione dei richiamati lavori per la messa in sicurezza e la conservazione delle opere già eseguite e di ripristino dei danni causati dalle mareggiate sul presupposto dell'art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163/2006 (estrema urgenza risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti) o, alternativamente, dell'art. 57, comma 5, lett. a) del d.lgs. 163/06 (lavori complementari).

L'ANAC - richiamata la precedente delibera AVCP n.4/2008 che aveva censurato un vizio della procedura selettiva che poneva seriamente in dubbio, *ab origine*, il fondamentale principio di massima concorsualità (il bando imponeva ai partecipanti di dimostrare, in aggiunta alla qualificazione, il possesso o la disponibilità di draghe aventi caratteristiche particolarissime, con divieto di subappalto dei lavori di dragaggio compresi nella categoria prevalente) - ha ritenuto non ricorrenti le condizioni necessarie per il ricorso alla procedura negoziata ex art. art. 57, comma 5, lett. a) del d.lgs. 163/06 (non potendosi parlare di lavori necessari al completamento attraverso la realizzazione di lavorazioni divenute necessarie a seguito di circostanze impreviste, ma di lavori necessari alla conservazione di opere già eseguite) mentre ha ritenuto praticabile la procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163/2006 con espletamento della procedura comparativa di cui al comma 6 dell'art. 57 (AG 82/2015/AP, Parere sulla normativa del 25 novembre 2015).

A seguire, il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, con parere 61/2015 del 23 febbraio 2016, si è espresso in termini negativi, evidenziando come il progetto riguardasse solo opere di messa in sicurezza mentre il decreto di dissequestro della Procura di Trani aveva chiesto «la redazione di un nuovo progetto complessivo, comprendente in via prioritaria le opere di messa in sicurezza e bonifica delle aree di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

intervento. Ne discende che il nuovo progetto da redigere deve avere come fine fondamentale il completamento del Nuovo Porto commerciale...».

Il nuovo progetto

Dopo avere chiesto chiarimenti alla Procura in relazione alle prescrizioni impartite e avuto conferma della necessità della redazione di un «progetto di completamento delle opere del Nuovo Porto di Molfetta secondo la funzionalità che l'Amministrazione comunale intende attribuire all'infrastruttura portuale» comprendente «in via primaria, comunque prioritaria nel programma di esecuzione, le opere di messa in sicurezza e bonifica delle aree di intervento» da considerarsi «parte integrante del progetto complessivo (o di completamento) del Nuovo porto di Molfetta» (nota della Procura del 14 ottobre 2016), il Comune ha fatto eseguire *ex novo* la progettazione complessiva del completamento del nuovo Porto («progetto generale di completamento del Nuovo porto Commerciale di Molfetta») e il «progetto generale di completamento del Nuovo porto Commerciale di Molfetta 1° stralcio funzionale relativo ai lavori per la salvaguardia, la sicurezza alla navigazione ed all'ormeggio del bacino portuale».

Il «progetto generale di completamento del Nuovo porto Commerciale di Molfetta» prevede un importo complessivo da Quadro Economico di euro 55.000.000,00 (come desumibile da Deliberazione della giunta Comunale del Comune di Molfetta n. 40 del 30 gennaio 2018) e ripropone a livello di progetto di fattibilità tecnica ed economica tutte le opere previste nel progetto originariamente messo a gara e successive varianti, già in via di realizzazione.

In particolare, come riportato nel Parere del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici adunanza del 15 dicembre 2017 n. 41/2017, tutti gli interventi da eseguire per il «completamento funzionale del nuovo Porto Commerciale di Molfetta» sono stati suddivisi, secondo il livello di priorità, in cinque gruppi.

I lavori con «priorità 1» sono individuati nella realizzazione del secondo braccio del molo di sopraflutto, della Banchina Nord Ovest, del molo e della Banchina Martello compresa la fornitura e installazione delle attrezzature portuali. Tali interventi sono inclusi nel «progetto generale di completamento del Nuovo porto Commerciale di Molfetta 1° stralcio funzionale relativo ai lavori per la salvaguardia, la sicurezza alla navigazione ed all'ormeggio del bacino portuale», di livello esecutivo, che prevede un importo complessivo da Quadro Economico pari ad euro 26.000.000,00 (come desumibile da Deliberazione della giunta Comunale del Comune di Molfetta n. 40 del 30 gennaio 2018).

E' stata attribuita «priorità 2» alla realizzazione degli interventi di completamento dell'appalto sospesi alla data del sequestro preventivo del cantiere e precisamente la pavimentazione Banchina Nord Ovest e Banchina Martello, ultimazione Banchina Nautica Minore e Banchina Sud Ovest, interventi di finitura per il Ponte Sud Ovest di collegamento con la terraferma, impianti tecnologici a fluido ed impianti elettrici speciali per la Banchina Nord Ovest e Banchina Martello.

«Priorità 3» è stata riconosciuta alla realizzazione di una rotatoria che gestisce i flussi di traffico in entrata/uscita dal porto, dal centro urbano e dalla zona industriale (intervento che sarà realizzato direttamente dall'ANAS con propri fondi), «priorità 4» alla realizzazione del Centro servizi e sistemazione esterna del piazzale commerciale del Porto di Molfetta, «priorità 5» alla realizzazione dei dragaggi non ancora eseguiti, come indicato dal PRP.

I suindicati progetti sono stati posti all'attenzione del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, che, con il richiamato parere n. 41/2017, si è espresso favorevolmente osservando che il Comune «ha inteso



Amministrazione Nazionale

Presidente

ottemperare a quanto disposto dalla Procura della Repubblica con il provvedimento di dissequestro del 15.05.2016» e, sottolineata la continuità dei nuovi progetti rispetto al progetto già appaltato nel senso che ne ripropongono tutte le opere, ha confermato i pareri precedentemente espressi «anche in ordine al “progetto generale di completamento del Nuovo Porto Commerciale di Molfetta 1° stralcio funzionale relativo ai lavori per la salvaguardia, la sicurezza alla navigazione ed all’ormeggio del bacino portuale” di livello esecutivo, costituendo lo stesso lo sviluppo progettuale successivo rispetto al precedente livello definitivo già esaminato».

Successivamente, con nota del 2 febbraio 2018 anche il Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare ha comunicato l’esito positivo del procedimento di VIA/VAS in relazione al progetto del Comune di Molfetta, rilevando che il progetto in questione «produce impatti ambientali che, in sostanza, sono stati già valutati nell’ambito progettuale di riferimento ... recependo gli effetti ambientali associati alle variazioni progettuali intervenute nel tempo rispetto al progetto esecutivo quali, in particolare, l’Adeguamento Tecnico Funzionale e la Perizia di Variante n. 2 [...]».

Il quesito del Comune di Molfetta

L’Amministrazione comunale chiede se l’esecuzione delle opere comprese nel progetto esecutivo “progetto generale di completamento del Nuovo Porto Commerciale di Molfetta 1° stralcio funzionale relativo ai lavori per la salvaguardia, la sicurezza alla navigazione ed all’ormeggio del bacino portuale” possa essere affidata all’ATI CMC in prosecuzione dell’appalto integrato stipulato in data 2 aprile 2007. Con Relazione fatta pervenire successivamente alla richiesta di parere, il Comune ha effettuato un confronto tra il «progetto generale di completamento del Nuovo Porto Commerciale di Molfetta 1° stralcio funzionale relativo ai lavori per la salvaguardia, la sicurezza alla navigazione ed all’ormeggio del bacino portuale» e la Perizia di Variante n.2 del progetto di “Completamento Opere Foranee e Costruzione Porto Commerciale” contrattualizzata con l’appaltatore ATI CMC con Atto aggiuntivo n.3, limitatamente alle sole lavorazioni previste in entrambi i progetti, concludendo che «il progetto esecutivo di salvaguardia - febbraio 2018” e la “Perizia di Variante n.2 - marzo 2011”, relativamente alle opere previste dal primo, ossia la Banchina Nord Ovest, Banchina Martello e Secondo Braccio del Molo di Sopraflutto, comportano lavorazioni sostanzialmente del tutto analoghe» (Relazione di confronto tra il “Progetto generale di completamento del Nuovo Porto Commerciale di Molfetta – 1° stralcio funzionale relativo ai lavori per la salvaguardia, la sicurezza alla navigazione ed all’ormeggio del bacino portuale” e la Perizia di Variante n.2 del progetto di “Completamento Opere Foranee e Costruzione Porto Commerciale, Giugno 2018).

In particolare, il Comune ha evidenziato che il progetto consiste nel completamento di lavori già parzialmente realizzati prima della data del sequestro del cantiere dall’ATI CMC secondo quanto risultante dalla Perizia di Variante n.2 nella seguente misura di avanzamento contabile: (i) circa il 18% per il secondo braccio del Molo di sopra flutto; (ii) circa il 76% per la Banchina Nord-Ovest; (iii) circa il 53% per la Banchina Martello e ha precisato che la prosecuzione dei lavori rientra nel residuo contrattuale previsto nel contratto originario risultante dalla Perizia di Variante n. 2.



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

Ritenuto in diritto

Prima di procedere all'esame puntuale del quesito tecnico-giuridico posto dal Comune di Molfetta appare doveroso evidenziare che la possibilità di dare prosecuzione al vincolo negoziale con ATI CMC presuppone che tale vincolo sia stato legittimamente costituito e validamente attuato fino alla sospensione dei lavori al momento del sequestro del cantiere. Non può essere sottaciuto che tali circostanze sono al centro del giudizio penale attualmente pendente avanti al Tribunale di Trani, stante la posizione assunta in merito dalla Procura che, secondo quanto riferito dal Comune nell'istanza di parere prot. n. 129074 del 7 ottobre 2015 (alla base del citato Parere sulla normativa del 25 novembre 2015), ritiene che il contratto con ATI CMC sia nullo, in quanto illecito e quindi inefficace e, come emerge dal decreto di rinvio a giudizio, sostiene che la seconda perizia di variante sia stata adottata in violazione dell'art. 132 del d.lgs. n. 163/2006 e abbia comportato una modifica sostanziale dell'originario progetto esecutivo validato dal RUP.

Pare pertanto opportuno chiarire che la valutazione di seguito svolta in ordine alla possibilità di dare prosecuzione al contratto a seguito della redazione del nuovo progetto esecutivo lascia totalmente impregiudicate le accennate questioni, logicamente e giuridicamente preliminari, e non va in alcun modo interpretata come una manifestazione di acquiescenza dell'Autorità alla tesi della validità del contratto o come un superamento della posizione della Procura.

Ciò premesso, venendo al quesito si osserva che, a fronte di un nuovo progetto, la continuità negoziale passa attraverso l'approvazione di una variante in corso d'opera che, come noto, è ammissibile nei soli casi tassativamente indicati nell'art. 132 del d.lgs. n.163/2006 (norma applicabile *ratione temporis* al contratto in esame) e nei limiti in cui non si traduca in una variante sostanziale. Al riguardo l'Autorità ha rilevato che non può, a priori, farsi un'elencazione squisitamente tecnica di quali modifiche siano da considerare varianti sostanziali e quali no. L'evenienza di una variante sostanziale non va, infatti, legata ai singoli aspetti tecnici delle modifiche progettuali apportate, bensì agli effetti che tali variazioni avrebbero potuto avere, se già presenti o comunque note, sulle offerte fatte dagli altri concorrenti che al tempo hanno partecipato alla gara d'appalto. Ciò in quanto vanno salvaguardati i principi di concorrenza e parità di condizioni, che altrimenti risulterebbero lesi dal mutamento sostanziale, per importo o entità, del progetto dell'opera posto a base della gara ad evidenza pubblica (cfr., *ex multis*, Deliberazione n. 103 Adunanza del 5 dicembre 2012).

Nel caso in esame, appare innanzitutto mutato il progetto complessivo per la costruzione del nuovo porto, che risulta ampliato rispetto al progetto così come modificato a seguito della seconda perizia di variante (ma anche rispetto al progetto originariamente posto a base di gara), così che il contratto con l'ATI CMC, da contratto finalizzato a realizzare per intero l'opera, diventerebbe il contratto per l'esecuzione di un primo lotto funzionale.

Tale 1° stralcio funzionale è un nuovo progetto sviluppato dall'amministrazione comunale fino al livello esecutivo mentre l'appalto attualmente in essere è un appalto integrato che, come tale, ha previsto tra le prestazioni affidate all'appaltatore la progettazione esecutiva. La sostituzione del nuovo progetto a quello originario determinerebbe al contempo un mutamento della tipologia di contratto (da appalto integrato ad appalto di sola esecuzione) e una modifica dell'oggetto contrattuale dal quale verrebbe appunto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

stralciata la prima (almeno cronologicamente) obbligazione dell'appaltatore. Obbligazione, tra l'altro, di una certa rilevanza nel bilanciamento dell'assetto negoziale dell'appalto integrato tanto che nel caso di mancata approvazione del progetto esecutivo, pur in assenza di vizi che darebbero luogo all'applicazione dell'art. 136 del d.lgs. n. 163/2006 (risoluzione per inadempimento), la stazione appaltante recede comunque dal contratto (art. 169, comma 7, d.P.R. n. 207/2010).

Con specifico riferimento al contenuto progettuale del 1° stralcio funzionale, esso è un sottoinsieme del progetto risultante dalla seconda perizia di variante (essendo state espunte tutte le opere aventi "priorità 2") costituito dalle opere con "priorità 1" e dalle lavorazioni necessarie per la messa in sicurezza delle strutture già realizzate.

Le varianti introdotte nel 1° stralcio funzionale alle opere comuni ai due progetti (ovvero quelle aventi "priorità 1") che, nella Relazione di confronto sono state documentate come perfettamente coincidenti, sono state rappresentate dal Comune di Molfetta come di scarso rilievo.

Critica appare invece la modifica apportata alla tipologia e all'oggetto del contratto dalla sostituzione del progetto esecutivo sviluppato dall'appaltatore con un progetto, il 1° stralcio funzionale, sviluppato a livello esecutivo dalla stazione appaltante. Il mutamento del tipo contrattuale da appalto integrato ad appalto di sola esecuzione non è una modifica meramente formale perché implica un mutamento del regime di responsabilità dell'appaltatore. Nell'appalto integrato l'appaltatore è chiamato a rispondere degli errori ed omissioni della progettazione esecutiva che pregiudichino in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione («Nel caso di appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo», art. 132, comma 2, secondo periodo, del d.lgs. 163/2006). La riconducibilità del progetto esecutivo alla stazione appaltante solleva l'appaltatore da una responsabilità assunta con la stipula del contratto determinando una significativa modifica dell'assetto contrattuale sulla base del quale si è svolto l'iniziale confronto concorrenziale. Ciò integrerebbe, a parere della scrivente Autorità, un'inammissibile modifica sostanziale del contratto.

Si ritiene tuttavia che, data la necessità di portare a termine con celerità e col minor dispendio economico le opere ritenute prioritarie, codesta amministrazione possa valutare la percorribilità di un diverso *modus operandi* che consentirebbe di superare la cennata criticità impeditiva della prosecuzione dell'appalto nei termini rappresentati nell'istanza di parere. Si fa riferimento alla possibilità che l'appaltatore accetti di fare proprio il progetto esecutivo predisposto dal Comune mediante il completo recepimento dello stesso nel progetto già predisposto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto.

Una simile opzione consentirebbe di mantenere in capo all'appaltatore la titolarità della progettazione esecutiva evitando in tal modo l'alterazione del regime della responsabilità progettuale proprio dell'appalto integrato.

In tal caso, la variante (la cui legittimità presuppone – si ribadisce – la validità del contratto iniziale), astrattamente riconducibile all'ipotesi di cui all'art. 132, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 163/2006 (cause impreviste e imprevedibili), dovrebbe essere accompagnata da un atto aggiuntivo con il quale sono



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

approvate tutte le modifiche apportate al contratto, ivi compreso lo stralcio delle opere classificate con "priorità 2".

Si ritiene opportuno sottolineare che l'ammissibilità della variante nei termini sopra indicati consentirebbe la prosecuzione del contratto con l'ATI CMC esclusivamente ai fini del completamento di quelle opere oggetto del 1° stralcio funzionale, *ab origine* incluse nel contratto e in avanzato stato di realizzazione e che resterebbe in capo all'amministrazione comunale il compito di esercitare una rigorosa vigilanza sulla fase esecutiva al fine di evitare l'inammissibile ampliamento dell'oggetto contrattuale ad opere e lavorazioni non previste nell'atto aggiuntivo.

Alla luce di tutto quanto sopra,

Il Consiglio

delibera il parere nei termini precisati nella parte motiva.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

25 ottobre 2018

Il Segretario

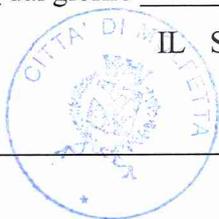
Luca Spisto

Deliberazione di Giunta Comunale n. 353 del 20/12/2018

CERTIFICATO DI PUBBLICAZIONE

(Art. 124 e 134 del Decreto Legislativo 18/08/2000, n. 267 – Art. 32 della Legge n. 69 del 18/06/2009 e ss.mm.ii.)

La presente deliberazione è pubblicata all'Albo Pretorio On Line del sito informatico istituzionale del Comune www.comune.molfetta.ba.it dal giorno 28 DIC. 2018 per quindici giorni consecutivi.



IL SEGRETARIO GENERALE
Dott.ssa Irene Di Mauro

Certificato di avvenuta esecutività e pubblicazione

Il sottoscritto Segretario Generale certifica che la presente deliberazione:

- è stata pubblicata all'Albo Pretorio On Line del sito informatico istituzionale del Comune www.comune.molfetta.ba.it dal _____ per quindici giorni consecutivi;
- è divenuta esecutiva, essendo decorsi 10 giorni dalla data di pubblicazione ai sensi dell'art. 134, comma 3 del D.Lgs. n. 267/2000.

IL SEGRETARIO GENERALE
Dott.ssa Irene Di Mauro

, li _____

Per l'esecuzione:

Al Dirigente Settore _____

Al Dirigente Settore Settore Servizi Finanziari e Istituzionali