



Consorzio di Bonifica Ugento e Li Foggi

Ugento - Lecce

OGGETTO: PROCEDURA APERTA CON IL CRITERIO DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA PER L'AFFIDAMENTO DEI LAVORI PER LA DISTRIBUZIONE REGOLAMENTATA ED AUTOMATIZZATA DI ACQUA, CON TELECONTROLLO, NELL'AMBITO DEI DISTRETTI IRRIGUI CONSORTILI. CIG 8945796066 CUP E23G14001120001

VERBALE SEDUTA RISERVATA DEL SUB-PROCEDIMENTO EX ART. 80, COMMA 5, LETT. C) DEL D.LGS. N. 50 DEL 2016.

PREMESSO CHE:

- con provvedimento a contrarre n. 363 del 25/10/2021 questo Consorzio di Bonifica ha stabilito di affidare i lavori per la distribuzione regolamentata ed automatizzata di acqua, con telecontrollo, nell'ambito dei distretti irrigui consortili;
- l'affidamento avverrà mediante procedura aperta e con l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi degli artt. 36, comma 9-bis, 60 e 95 del Codice;
- ai sensi dell'art. 31, comma 2 del Codice, il Responsabile del procedimento (d'ora innanzi, per brevità, anche "RUP") è il Dott. Ing. Silvia Palumbo.
- per la presente procedura di gara è stato conferito incarico di supporto amministrativo e giuridico al RUP alla professionista *PbD* Avv. Nunzia Nobile, con studio in Mola di Bari (BA);
- il luogo di svolgimento dei lavori è quello puntualmente definito nel progetto posto a base di gara;
- l'importo complessivo dell'appalto, compresi gli oneri per la sicurezza da PSC ed IVA esclusa, ammonta ad €3.896.834,28;
- gli oneri per l'attuazione dei piani della sicurezza, non soggetti a ribasso ex art. 23, comma 16, ultimo periodo, del D.lgs. n. 50 del 2016, ammontano ad €106.901,87;
- ai sensi dell'art. 23, comma 16, penultimo periodo, del D.lgs. n. 50 del 2016, i costi della manodopera ammontano ad €458.131,56;
- l'importo dell'appalto, esclusi gli oneri per la sicurezza e gli oneri fiscali, soggetto a ribasso d'asta, ammonta ad €3.789.932,41;
- nel corso della prima seduta pubblica, celebratasi lo scorso 14.12.2021, deputata alle operazioni di apertura delle buste amministrative ed all'analisi del corredo documentale ivi prodotto, con riferimento all'operatore economico "**MP COSTRUZIONI SRL**" è emersa la necessità di avviare il *sub-procedimento* ex art. 80, comma 5, lett c) del Codice (cfr. verbale n. 1 del 14.12.2021 che ancorché non materialmente allegato al presente provvedimento ne forma parte integrante e sostanziale);

RILEVATO CHE

- l'operatore economico "**MP COSTRUZIONI SRL**" ha prodotto, per quanto qui intessa, nei termini all'uopo concessi, la richiesta documentazione, segnatamente: i) nota prot. 10702021/SPfc; ii) riscontro

soccorso istruttorio; iii) decreto commissariale EIPLI n. 189 del 17/07/2019;

- in *subiecta* materia grava in capo alla stazione appaltante l'onere (*rectius*: l'obbligo) di procedere ad un'attenta valutazione in ordine alla rilevanza degli specifici comportamenti tenuti dall'operatore economico al fine di valutare i fatti rilevanti con l'obiettivo di garantire la sussistenza o la permanenza dell'elemento fiduciario nella controparte contrattuale;

VISTI

- il casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del D.lgs. n. 50 del 2016 estratto mediante consultazione telematica del portale ANAC relativo all'operatore economico **"MP COSTRUZIONI SRL"**;

- il D.Lgs. n. 18 aprile 2016, n. 50, "Codice dei contratti pubblici";

- le Linee guida ANAC n. 6, di attuazione del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 ed aggiornate al D.Lgs. 56 del 19/4/2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017;

Tutto ciò premesso, rilevato e visto, dall'analisi della documentazione versata in atti emerge quanto in appresso.

1.1.- La *lex specialis* di gara al paragrafo 6, rubricato "requisiti generali", ultimo periodo espressamente prevede la seguente disposizione: *"Si specifica che debbono essere indicati specificatamente tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico. È infatti rimesso in via esclusiva alla Stazione Appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione"*.

Sul punto la compagine odierna concorrente ha inteso assolvere il predetto onere dichiarativo dando conto di talune circostanze fattuali. In particolare, il presente *sub*-procedimento concerne la disposta risoluzione del contratto di cui alla procedura aperta per la progettazione definitiva ed esecutiva e per l'esecuzione dei lavori urgenti di bonifica e ripristino di alcune tratte collassate della 2^a parte in canale a cielo aperto del secondo tronco dell'acquedotto del Sinni *giusta* Decreto Commissariale EIPLI n. 189 del 17/07/2019.

1.2.- Secondo l'articolo 80, comma 5, del Codice, le stazione appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: *"c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa; c-quater) l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato"*.

Secondo le summenzionate Linee Guida ANAC n. 6, rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo, tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento.

In particolare, rilevano le **condanne non definitive** per i reati di seguito indicati a **titolo esemplificativo**, salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l'automatica esclusione dalle

procedure di affidamento ai sensi dell'art. 80 del Codice: a. abusivo esercizio di una professione; b. reati fallimentari (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito); c. reati tributari ex d.lgs. 74/2000, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio; d. reati urbanistici di cui all'art. 44, comma 1 lettere b) e c) del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria; e. reati previsti dal d.lgs. 231/2001. Rileva, altresì, quale illecito professionale grave, che la stazione appaltante deve valutare ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, la condanna non definitiva per taluno dei reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p., fermo restando che le condanne definitive per tali delitti costituiscono motivo di automatica esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. b) del codice.

Per quanto concerne, invece, le **significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto**, anche stipulato con altre amministrazioni, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi che abbiano comportato, alternativamente o cumulativamente: a) la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio; b) la condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina.

Invero, nel vigore del testo originario dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice, che individuava condotte da qualificarsi *ex lege* «*gravi illeciti professionali*», la giurisprudenza ha ritenuto che l'individuazione fosse solo esemplificativa, potendo la stazione appaltante desumere il compimento di «*gravi illeciti professionali*» da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa (*ex multis*, Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 586; V, 25 gennaio 2019, n. 591; V, 3 gennaio 2019, n. 72; III, 27 dicembre 2018, n. 7231) se stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità. Tale conclusione è rimasta valida anche dopo la modifica dell'art. 80, comma 5, del Codice, realizzata con l'art. 5 del D.L. n. 135 del 2018, che ha sdoppiato nelle successive lettere *c-bis*) e *c-ter*) la preesistente elencazione, mantenendo peraltro nella lett. *c*) la previsione di portata generale sopra trascritta (cfr. Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171 nonché Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2020, n. 1605).

In *subiecta* materia la stazione appaltante gode di un ampio spazio di apprezzamento nella valutazione delle cause ostative alla partecipazione e può definire il punto di frattura dell'elemento fiduciario sulla base di una valutazione motivata, nell'esercizio della propria discrezionalità; di conseguenza, il sindacato del giudice amministrativo deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può invece pervenire ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa, pena lo sconfinamento nell'ambito della discrezionalità amministrativa ed il conseguente superamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa (cfr. sul punto Cass. Civ., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312).

La *ratio* della norma è quella di tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra amministrazione aggiudicatrice ed operatore economico, consentendo di attribuire rilevanza ad **ogni tipologia di illecito che per la sua gravità sia in grado di minare l'integrità morale e professionale del concorrente**. Il concetto di grave illecito professionale ricomprende, infatti, ogni condotta collegata all'esercizio dell'attività professionale che sia contraria ad un dovere posto da una norma giuridica di natura civile, penale o amministrativa.

In estrema sintesi, dal quadro normativo si desume che l'illecito professionale deve essere posto in essere dal concorrente e va valutato globalmente con riguardo alla posizione ed agli interessi di questo (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, sent. n. 2668/2018, cit.).

Quanto alla rilevanza della pendenza di un giudizio in cui è contestata la risoluzione, taluna giurisprudenza di merito ha avuto modo di evidenziare che «*l'esistenza di una contestazione giudiziale della risoluzione non implica che la fattispecie concreta ricada esclusivamente nell'ipotesi esemplificativa, con applicazione del*

relativo regime operativo; difatti, il “fatto” in sé di inadempimento resta pur sempre un presupposto rilevante ai fini dell’individuazione di un grave illecito professionale, secondo l’ipotesi generale (Consiglio di Stato, Sezione V, 2 marzo 2018 n. 1299); invero, come visto tra le due fattispecie esiste un rapporto di parziale sovrapposibilità, sussistendo una relazione di genus ad speciem; a differenza della seconda ipotesi, nel caso generale, la stazione appaltante non può avvalersi dell’effetto presuntivo assoluto di gravità derivante dalla sentenza pronunciata in giudizio, né, per converso, l’impresa può opporre la pendenza per porre nell’irrilevante giuridico il comportamento contrattuale indiziato. In altri termini, scomponendo la fattispecie concreta, ben può la stazione appaltante qualificare il fatto, inteso come comportamento contrattuale del concorrente, quale grave illecito professionale, dovendo tuttavia dimostrarne l’incidenza in punto di inaffidabilità, e quindi prescindendo dalla pendenza di un giudizio che viene a collocarsi all’esterno della fattispecie normativa utilizzata” (cfr. TAR Napoli, 29.05.2019 n. 2885).

Peraltro nemmeno può sottacersi come di recente la Corte di Giustizia Europea abbia avuto modo di dichiarare che “l’articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un’amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all’amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d’appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull’affidabilità dell’operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce”.

Ad ogni buon conto, il provvedimento di esclusione deve recare un’**adeguata motivazione** circa l’incidenza della gravità del pregresso inadempimento sull’affidabilità del concorrente in rapporto alla diversa e futura prestazione oggetto della gara. In tal senso, si esprimono le Linee guida n. 6 adottate dall’ANAC, si veda in particolare, il paragrafo VI, rubricato “I criteri di valutazione dei gravi illeciti professionali”, «6.1 L’esclusione dalla gara ai sensi dell’art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta all’esito di un procedimento in contraddittorio con l’operatore economico interessato. 6.2 La rilevanza delle situazioni accertate ai fini dell’esclusione deve essere valutata nel rispetto del **principio di proporzionalità**, assicurando che: 1. le determinazioni adottate dalla stazione appaltante perseguano l’obiettivo di assicurare che l’appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità; 2. l’esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in **concreto** sull’integrità o sull’affidabilità dell’operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare; 3. l’esclusione sia disposta all’esito di una valutazione che operi un **apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata**. 6.3 Il requisito della gravità del fatto illecito deve essere valutato con riferimento all’idoneità dell’azione a incidere **sul corretto svolgimento della prestazione contrattuale** e, quindi, sull’interesse della stazione appaltante a contrattare con l’operatore economico interessato. 6.4 La valutazione dell’idoneità del comportamento a porre in dubbio l’integrità o l’affidabilità del concorrente attiene all’esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante **e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all’oggetto e alle caratteristiche dell’appalto**. 6.5 Il provvedimento di esclusione deve essere adeguatamente motivato con riferimento agli elementi indicati ai precedenti punti 6.2, 6.3 e 6.4).

Da ultimo, in merito alla rilevanza temporale ed agli obblighi dichiarativi, recente giurisprudenza ha avuto modo di specificare che “siffatto generalizzato obbligo dichiarativo, senza la individuazione di un generale limite di operatività, “potrebbe rilevarsi **eccessivamente oneroso** per gli operatori economici, imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali **ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa**” (Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171; Id., V, 3 settembre 2018, n. 5142). La necessità di un siffatto limite generale di operatività deriva, del resto, dall’art. 57, § 7 della Direttiva 2014/24/UE, che ha, per giunta, fissato in **tre anni dalla data del fatto la rilevanza del grave illecito professionale**, in ciò seguita dalle Linee guida ANAC n. 6/2016, precedute dal parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 2286/2016 del 26 ottobre 2016, che ha affermato, tra altro, la diretta applicazione nell’ordinamento nazionale della previsione di cui al predetto paragrafo. Per tal via, la più

recente giurisprudenza si è orientata alla individuazione anzitutto di un limite temporale all'obbligo dichiarativo, ancorato alla postulata irrilevanza di illeciti commessi dopo il triennio anteriore alla adozione degli atti indittivi" (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, ordinanza n. 2332 del 09.04.2020).

1.3.- Dalla piana lettura della documentazione prodotta si apprende della sussistenza di una vicenda astrattamente sussumibile nelle fattispecie di cui ai gravi illeciti professionali.

Trattasi, in particolare, della disposta risoluzione del contratto di cui alla procedura aperta per la progettazione definitiva ed esecutiva e per l'esecuzione dei lavori urgenti di bonifica e ripristino di alcune tratte collassate della 2^a parte in canale a cielo aperto del secondo tronco dell'acquedotto del Sinni giusta Decreto Commissariale EIPLI n. 189 del 17/07/2019.

Invero, dalla lettura del summenzionato provvedimento si apprende che la disposta risoluzione verte, in estrema sintesi, sulla circostanza che la MP Costruzioni, mandante della compagine aggiudicataria, aveva omissis di dichiarare una condanna comminata al legale rappresentante p.t. Marinaro Antonio, poi divenuta definitiva (in data 19.05.2017) in costanza del procedimento di aggiudicazione, per lesioni colpose gravissime a cagione della violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro nelle costruzioni.

Sul punto corre l'obbligo specificare che il precedente penale, così come peraltro emerge dal verbale di gara n. 1, è stato ritualmente portato a conoscenza di questa Stazione Appaltante ed il RUP ha registrato nel menzionato processo verbale quanto di seguito esplicitato: "Si dà atto che il sig. Antonio Marinaro, cessato dalla carica di amministratore unico e di direttore tecnico della MP Costruzioni s.r.l., ha reso talune dichiarazioni astrattamente sussumibili ex art. 80 del Codice. Riguardando la vicenda fatti accaduti prima del triennio antecedente alla pubblicazione del bando di gara e peraltro riguardanti il sig. Antonio Marinaro quale legale rappresentante di soggetto diverso da MP Costruzioni s.r.l., odierno concorrente, si ritiene di non avviare alcun sub-procedimento ex art. 80 del Codice."

Peraltro, è noto che:

- "Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, e di questa Sezione in particolare, è irrilevante il fatto costitutivo di una delle cause di esclusione di cui all'art. 80 comma 5, cit., che sia stato commesso oltre tre anni prima della indizione della procedura di gara" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 07/09/2021, n. 6233);

- "il partecipante ad una gara di appalto non è tenuto a dichiarare le esclusioni comminate nei suoi confronti in precedenti gare per aver dichiarato circostanze non veritiere, poiché, al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti all'ANAC in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, la causa di esclusione dell'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione si riferisce – e si conclude – all'interno della procedura di gara in cui è maturata (in termini, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 3/02/2021 n. 1000; in senso analogo, Cons. Stato, V, 9 gennaio 2019, n. 196; V, 21 novembre 2018, n. 6576; V, 13 settembre 2018, n. 5365; V, 26 luglio 2018, n. 4594). Opinando diversamente sarebbe ravvisabile un onere dichiarativo rilevante ex se, con una indefinita protrazione di efficacia "a strascico" del primo provvedimento, per cui l'esclusione da una gara potrebbe generare l'esclusione dall'altra e così via in un rimbalzo continuo da una procedura all'altra (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2019, n. 6490; rammenta i precedenti sulla questione, Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2020, n. 1906)" (cfr. TAR Napoli, Sez. V, 09.12.2021 n. 7912).

1.4.- Alla stregua di quanto precede, un apprezzamento complessivo delle risultanze fattuali di cui si è dato conto, non possono che condurre all'esclusione della sussistenza di gravi illeciti professionali in capo all'operatore economico **"MP COSTRUZIONI SRL"**.

^^^

Le considerazioni sia in punto di fatto sia in punto di diritto sin qui condotte conducono al positivo superamento di questo avviato sub-procedimento ex art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. n. 50 del 2016 in capo all'operatore economico **"MP COSTRUZIONI SRL"**.

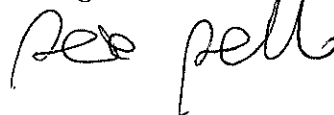
Delle determinazioni assunte con il presente verbale sarà data contezza a tutti gli operatori economici

interessati alla procedura di gara nella prossima seduta pubblica.

Ugento, lì 20 dicembre 2021

Il Responsabile Unico del Procedimento

Dott. Ing. Silvia PALUMBO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Silvia Palumbo', written in a cursive style.