



Commissario Straordinario Unico

per il coordinamento e la realizzazione degli interventi di collettamento, fognatura e depurazione delle acque reflue urbane (Sentenze di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-565/10 e C-85/13).

D.P.C.M. del 26/04/2017

Provvedimento n.74 – pubblicato 08/08/2019

OGGETTO: Lavori di “*Adeguamento e potenziamento dell'impianto di depurazione di Contrada Errante Vecchia (Castelvetrano)*” a servizio del centro abitato e delle due frazioni di Triscina e Selinunte (cod. ID33498 – Delibera CIPE n. 60/2012)
CUP: C36D09000000006; CIG: 6401579E18

Determinazione di risoluzione del contratto di appalto stipulato in data 4 dicembre 2017 ad esito della verifica negativa sulla sussistenza in capo al Consorzio Stabile Progettisti Costruttori del possesso del requisito di cui all'art. 38, comma 1 lett. f) del D.lgs 163/2006 e/o comunque delle condizioni per la prosecuzione del rapporto contrattuale in corso.

Il Commissario Straordinario Unico

PREMESSO

- che il Comune di Castelvetrano, nel mese di settembre 2015, ha avviato le procedure della gara di appalto per l'affidamento dei “*lavori di adeguamento del depuratore di contrada Errante e condotte di adduzione al sistema irriguo esistente del territorio comunale*”, mediante gara europea, che, a norma dell'art. 9 - comma 5 - della L.R. n. 12 del 12.07.2011, (legge di recepimento in Sicilia del Codice dei Contratti Pubblici) è stata espletata dall'Ufficio Regionale Espletamento Gare di Appalto di Trapani (U.R.E.G.A.);
- che in data 26 maggio 2016 è stato individuato quale primo in graduatoria il Consorzio Stabile Progettisti e Costruttori, con un ribasso del 48,9971%, e un prezzo offerto pari a € 5.888.905,05, di cui € 199.200,11 per oneri di sicurezza;
- che con D.P.C.M. 7 dicembre 2015, registrato dalla Corte dei Conti il 19 gennaio 2016, ai sensi dell'articolo 7, comma 7, del Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazione, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, la Dott.ssa Vania Contrafatto è stata nominata Commissario Straordinario per l'attuazione, tra gli altri, dell'intervento di che trattasi;
- che con Provvedimento n. 30 del 27.06.2016 (prot. CU0123 del 27.06.2016), il Commissario Straordinario ex art.7 comma7, del D.L. n. 133/2014 ha nominato quale nuovo Responsabile Unico del Procedimento Ing. Cecilia Corrao in sostituzione del Geom. Raffaele Giobbe;
- che con Provvedimento n. 59 del 19.09.2016 (prot. CU0314 del 19.09.2016) il Commissario Straordinario ex art.7 comma7, del D.L. n. 133/2014 ha determinato l'aggiudicazione definitiva



Commissario Straordinario Unico

per il coordinamento e la realizzazione degli interventi di collettamento, fognatura e depurazione delle acque reflue urbane (Sentenze di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-565/10 e C-85/13).

D.P.C.M. del 26/04/2017

dei "Lavori di adeguamento del depuratore di c/da Errante e condotte di adduzione al sistema irriguo esistente del territorio comunale" (CUP: C36D09000000006 – CIG: 6401579E18) al Consorzio Stabile Progettisti e Costruttori;

- che con D.P.C.M. 26.04.2017, registrato dalla Corte dei Conti il 18 maggio 2017, n. 1115, ai sensi dell'articolo 2, commi 1 e 2, del Decreto Legge 29.12.2016, n. 243, convertito, con modificazioni, dalla legge 27/02/2017 n. 18, il Prof. Enrico Rolle è stato nominato "*Commissario Straordinario unico per la realizzazione degli interventi funzionali a garantire l'adeguamento, nel minor tempo possibile, alle sentenze di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 19 luglio 2012 (Causa C – 565/10) ed il 10 aprile 2014 (Causa C-85/13) in materia di collettamento, fognatura e depurazione delle acque reflue*";
- che per effetto della suddetta nomina, il Commissario Straordinario Unico ex D.P.C.M. 26.04.2017 è subentrato in tutte le attività intraprese dal Commissario Straordinario ex art.7, comma 7, del D.L. n. 133/2014, cessato dal proprio incarico, ivi compresa l'attuazione dell'intervento di che trattasi;
- che con Provvedimento n.1 del 26.06.2017 del Commissario Straordinario Unico (prot. U-CU0020 del 26.06.2017), l'Ing. Cecilia Corrao è stata confermata quale Responsabile Unico del Procedimento;
- che con contratto del 4.12.2017 il Commissario Straordinario Unico ha affidato pertanto l'esecuzione dei lavori di adeguamento del depuratore di Contrada Errante e condotte di adduzione al sistema irriguo esistente nel territorio comunale di Castelvetro a Codesto Consorzio per un importo di Euro 11.354.849,96 lordi e che, al netto del ribasso offerto, ammonta ad Euro 5.888.905,05 (euro cinquemilioniottoottantottomilanovecentocinque/05) di cui, € 199.200,11 (euro centonovantanovemiladuecento/11) per oneri di sicurezza;
- che in data 3.7.2018 il RUP, a fronte dell'emissione del SAL n. 1, è stato emesso regolare certificato di pagamento n°1 per lavori eseguiti a tutto il 22 giugno 2018 per Euro 450.239,17, e che il suddetto importo è stato regolarmente corrisposto a Codesto Consorzio in data 23 settembre 2018;
- che in data 14 giugno 2019, a fronte dell'emissione del SAL n. 2, il RUP è stato adottato il certificato di pagamento n. 2 di Euro 538.612,56

CONSIDERATO

- che, in data 27 giugno 2019, è pervenuta alla struttura Commissariale raccomandata a.r. prot. E-CU2012, con cui Intesa San Paolo - Filiale Imprese di Catania ha comunicato di aver provveduto, in forza di un mandato all'incasso sottoscritto con Codesta Impresa, ad anticipare alla Vica S.r.l. - impresa indicata dal Consorzio Stabile Progettisti Costruttori quale consorziata esecutrice del contratto di appalto in oggetto - la somma di Euro 538.612,56 "*quale importo relativo al Certificato di pagamento n. 1*", allegato alla citata nota;



Commissario Straordinario Unico

per il coordinamento e la realizzazione degli interventi di collettamento, fognatura e depurazione delle acque reflue urbane (Sentenze di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-565/10 e C-85/13).

D.P.C.M. del 26/04/2017

- che in data 2 luglio 2019, con propria nota prot. C-CU0441, il RUP, relativamente a quanto sopra, ha rappresentato al Commissario che *“il documento allegato alla nota dell’Istituto bancario Intesa San Paolo S.p.A. denominato “Certificato di Pagamento n. 1 per il pagamento della prima rata di Euro 538.612,56”, datato 30/5/2019, non è stato emesso dalla scrivente, in qualità di RUP dell’intervento, e contiene una firma che non è stata vergata di pugno dalla scrivente”*;

RITENUTO

- che i fatti descritti in premessa comportano il venir meno in capo all'affidatario del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. 163/2006 applicabile *ratione temporis*, che impone ai fini della partecipazione alla gara la non commissione di *“grave negligenza o malafede nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara”*;
- che, come specificato da autorevole giurisprudenza, l’ambito operativo della citata disposizione prescinde dalla rilevanza penale dei comportamenti ascritti e dalla necessità di una sentenza penale di condanna per i fatti contestati, venendo in rilievo solamente la loro incidenza sull’elemento fiduciario che connota i rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione;
- che, come chiarito dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2015 *“Nelle gare di appalto per l’aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all’aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, **nonché per tutto il periodo dell’esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità**”*
- che la condotta tenuta dall’appaltatore configura altresì una violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede imposti dal legislatore a tutti i soggetti che siano parti di un contratto e che comportano un obbligo di reciproca lealtà di condotta in tutte le fasi del rapporto contrattuale, a partire dal procedimento di formazione del contratto sino alla sua completa esecuzione;

VISTA

- la nota U-CU905 del 10 luglio 2019 con la quale questo Commissario ha dato avviso al Consorzio di aver avviato il procedimento di accertamento della permanenza in capo al Consorzio Stabile Progettisti Costruttori del possesso del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. 163/2006 e comunque delle condizioni per la prosecuzione del rapporto contrattuale in corso e di conseguente risoluzione del contratto in oggetto;
- la nota E-CU2244 del 18 luglio 2019 con la quale l’Avv. Pietro De Luca nell’interesse del Consorzio Stabile Progettisti Costruttori, ha trasmesso memoria difensiva e relativi allegati in riscontro alla nota Commissariale di avviso di avvio del procedimento;



Commissario Straordinario Unico

per il coordinamento e la realizzazione degli interventi di collettamento, fognatura e depurazione delle acque reflue urbane (Sentenze di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-565/10 e C-85/13).

D.P.C.M. del 26/04/2017

- la nota E-CU2348 del 29 luglio 2019 con la quale l'Avv. Pietro De Luca nell'interesse del Consorzio Stabile Progettisti Costruttori, di seguito all'audizione del 24 u.s., ha trasmesso una ulteriore memoria difensiva e relativi allegati;
- il parere reso in data 8 agosto 2019 dall'Avv. Francesco Stallone, del foro di Palermo, i cui contenuti sono del tutto condivisi;

CONSIDERATO, INOLTRE, QUANTO SEGUE

I fatti anzi descritti, di oggettiva gravità, hanno indotto questo Commissario a chiedersi (avviando il relativo procedimento) se essi abbiano comportato il venir meno in capo all'affidatario del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. 163/2006 applicabile *ratione temporis*, a mente del quale *“sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti ...f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara”*.

Instaurato il contraddittorio, l'appaltatore non ha contestato la portata gli eventi nella loro oggettiva gravità ma ha protestato la propria totale estraneità, giacché sia l'anticipazione che Intesa San Paolo S.p.A. riferisce di aver effettuato, sia il documento posto a monte di detta anticipazione, riguardano esclusivamente l'impresa consorziata Vica s.r.l., coesecutrice designata dei lavori con l'altra consorziata S.C.S. Costruzioni edili s.r.l.

Il Consorzio ha dichiarato, proprio a conferma della gravità degli eventi, di avere comunque contestato l'accadimento riferito dal R.U.P. alla Vica s.r.l. e, nelle more degli eventuali sviluppi dell'indagine penale (e fermo restando il principio costituzionale di presunzione d'innocenza) ha ritenuto di adottare ogni utile provvedimento cautelativo sospendendola dall'ulteriore esecuzione dei lavori, in attesa dell'autorizzazione alla sostituzione della stessa Vica s.r.l. con S.C.S. Costruzioni edili s.r.l., in possesso dei requisiti di legge per la totale esecuzione (originariamente ripartita) dell'appalto.

Con riferimento alla ventilata risoluzione contrattuale il Consorzio ha osservato:

1. preliminarmente l'erroneità del riferimento alla normativa antecedente di cui al “vecchio” Codice dei Contratti Pubblici [posto che il contratto d'appalto è stato stipulato in data il (4/12/2017) successiva all'entrata in vigore del D.Lgs n. 50 del 18/04/2016];
2. di non poter essere chiamato a rispondere di ipotetici reati o, comunque, di comportamenti di mala fede commessi o adottati da imprese consorziate; e ciò anche a voler considerare che sussista un comportamento di mala fede di Vica s.r.l. a danno della Stazione appaltante; comportamento che riguarderebbe semmai quale parte lesa Intesa San Paolo S.p.A.



Commissario Straordinario Unico

per il coordinamento e la realizzazione degli interventi di collettamento, fognatura e depurazione delle acque reflue urbane (Sentenze di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-565/10 e C-85/13).

D.P.C.M. del 26/04/2017

3. ai sensi del vigente art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50¹, coincidente, per lo più, con l'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs 12/04/2006, n. 163² sotto il profilo soggettivo non potrebbe essere chiamato a rispondere di condotte poste in essere eventualmente da altri e, sotto il profilo oggettivo, le vicende contestate esulano sia dalla ipotesi di gravi illeciti professionali, sia dalla grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante, così come da quella di errore grave nell'esercizio dell'attività professionale.

Il Consorzio conclude evidenziando come

a) il comma 7 del vigente art. 80 del D.Lgs n. 50/2016, consente, per quel che qui rileva, che un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 5, possa paralizzare l'effetto escludente provando di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito (danno in realtà – secondo il Consorzio – inesistente posto che nella sostanza il credito di cui alla certificazione artefatta era esistente) e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti;

b) ai sensi dell'art. 47, comma 2, del vigente Codice possono designare anche altro consorziato in sostituzione di quello che ha perso i requisiti di cui all'art. 80.

Il Consorzio ha anche richiesto di essere audito da parte del Commissario e ciò ha avuto luogo in data 24 luglio 2019; di seguito all'audizione ha fatto pervenire una ulteriore memoria nella quale ha ulteriormente illustrato (allegando documenti) la manifestata estraneità del Consorzio Stabile Progettisti Costruttori e, di converso, l'esclusiva responsabilità della consorziata Vica s.r.l.; ha ribadito che il rapporto per l'anticipazione della somma di € 538.612,56 di cui al "Certificato N° 1, datato 30/05/2019" – disconosciuto dal R.U.P. e risultato non genuino (seppure relativo ad un credito già esistente e di uguale importo alla data della trasmissione all'istituto bancario Intesa San Paolo S.p.A.) - è stato (ed è) intrattenuto esclusivamente dalla consorziata Vica s.r.l., che ha trasmesso il modulo bancario "Presentazione FATTURE ITALIA".

Ha dedotto, infine, che a seguito di quanto comunicato circa la non genuinità del certificato di pagamento dall'on.le Commissario ad Intesa San Paolo, quest'ultima, con nota del 15/07/2019 indirizzata esclusivamente alla Vica s.r.l., ha dato corso all'estinzione dell'anticipazione contrattuale relativa all'esecuzione dei lavori di cui si tratta, con riguardo al c/c n. 00197/1000/6320 intrattenuto dalla Vica s.r.l. così confermandosi che il rapporto bancario su cui sono state effettuate comunicazioni non aderenti al vero (seppure solo sotto l'aspetto formale,

¹ Art. 80, comma 5 Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 "Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6 qualora:

... lett. 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".

² Art. 38 comma 1 Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163: "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: ... che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante



Commissario Straordinario Unico

per il coordinamento e la realizzazione degli interventi di collettamento, fognatura e depurazione delle acque reflue urbane (Sentenze di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-565/10 e C-85/13).

D.P.C.M. del 26/04/2017

vista la coincidenza del credito vantato dalla Vica s.r.l. nei confronti del Consorzio e da questo nei confronti della S.A.) riguarda esclusivamente la consorziata Vica s.r.l.

Il Consorzio ha concluso ribadendo:

- 1, la propria estraneità ai rapporti con Intesa San Paolo e, conseguentemente, all'eventuale “falso innocuo”;
2. che, salvi sempre gli accertamenti dell'Autorità giudiziaria interessata, i comportamenti contestati esulerebbero sia dalla ipotesi di gravi illeciti professionali, che da quella di grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante, così come da quella di errore grave nell'esercizio dell'attività professionale;
3. che, ai sensi del comma 7 dell'art. 80 del D.Lgs n. 50/2016, un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 5, non andrebbe escluso dalla gara (e, tanto meno, estromesso dai lavori già appaltati) qualora riesca a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti; laddove, nel caso in esame, Vica s.r.l., non ha danneggiato alcuno.

Quadro normativo.

Il procedimento avviato tende a verificare la sussistenza, in considerazione degli eventi descritti e degli esiti del contraddittorio, dei requisiti generali (ossia l'assenza di una qualsiasi delle circostanze che, se presenti, a mente dell'art. 38 D.lgs. 163/2006, non consentirebbero la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, l'affidamento di subappalti, e la stipula dei relativi contratti.

In primo luogo va sgombrato il campo dai dubbi avanzati dal Consorzio circa il quadro normativo di riferimento essendo erronea la pretesa di far applicazione del codice del 2016. Ed invero, in applicazione della disciplina transitoria (art. 216 del d.lgs. 50/2016), le disposizioni del codice del 2016 si applicano “*alle procedure e ai contratti per le quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore*”; disposizione che è del tutto coerente con la omogenea disposizione del codice previgente (art. 253 d.lgs. 163/2006) a mente della quale “*le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore*”.

Deve, in sintesi,

- a) riaffermarsi l'applicazione, alla fattispecie che ci occupa, del codice del 2006, nella cui vigenza la pubblicazione del bando (13/10/2015) ha avuto luogo e
- b) al contempo, escludere del tutto l'applicabilità delle disposizioni di cui al d.lgs. 50/2016.

Deve peraltro evidenziarsi come oggetto dell'avviso di avvio del procedimento sia stabilire se i fatti indicati (la creazione e la circolazione di un certificato di pagamento nella forma e – in alcuni aspetti -nella sostanza) – nella loro materialità non contestati dall'appaltatore – integrino, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, atti di “*grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara*”.



Commissario Straordinario Unico

per il coordinamento e la realizzazione degli interventi di collettamento, fognatura e depurazione delle acque reflue urbane (Sentenze di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-565/10 e C-85/13).

D.P.C.M. del 26/04/2017

L'ambito operativo della citata disposizione prescinde dalla rilevanza penale dei comportamenti ascritti e dalla necessità di una sentenza penale di condanna per i fatti contestati, venendo in rilievo solamente la loro incidenza sull'elemento fiduciario che connota i rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione.

Tale disposizione comprende due ipotesi, la prima relativa a prestazioni affidate dalla stessa p.a. precedente; la seconda attiene alla negligenza professionale in rapporti contrattuali con altre Amministrazioni.

Titolare della valutazione pretesa dalla legge è l'Amministrazione e dunque gli organi decisionali, per questo titolati ad individuare il punto di rottura del rapporto fiduciario con l'impresa concorrente (v. T.a.r. Lombardia – Brescia, sez. II, 23 settembre 2013, n. 794).

La natura stessa dei requisiti generali così come legislativamente scolpita (*"Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure ... né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti ..."*) impone di considerare necessaria la loro ininterrotta presenza nel corso dell'intero rapporto con l'OE; a confermare l'assunto è di recente intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2015 che ha chiarito come *"Nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità"* (più recentemente Consiglio di Stato, V, 12 marzo 2018, n. 1543). Ne consegue che, ove una delle cause indicate nell'art. 38 (come anche la perdita dei requisiti speciali quale, ad esempio, l'attestazione SOA necessaria per le opere indicate in contratto) il rapporto si scioglie per carenza della capacità di quell'OE ad essere parte di un contratto "pubblico".

Infatti, dal punto di vista strettamente negoziale, i requisiti in questione assurgono alla dimensione di requisiti di capacità giuridica speciale richiesti all'appaltatore³, la cui mancanza impedisce di partecipare ai procedimenti di evidenza pubblica, e, ove tale carenza sopravvenga nel corso dell'esecuzione del contratto già stipulato, dà luogo a cause speciali di suo scioglimento.

Peraltro, è lo stesso contratto che all'art. 20 (Risoluzione del contratto) a chiarire al punto j) la portata risolutoria della *"perdita, da parte dell'Appaltatore, dei requisiti per l'esecuzione dei lavori, quali il fallimento o la irrogazione di misure sanzionatorie o cautelari che inibiscono la capacità di contrattare con la pubblica amministrazione"*.

In altri termini, la sopravvenuta carenza dei requisiti generali ha effetti inibitori sulla partecipazione, sulla aggiudicazione, sulla stipula e sull'efficacia del contratto come anche sulla sussistenza del vincolo contrattuale.

Esame delle difese del consorzio.

³ Il possesso dei requisiti generali e speciali costituisce il presupposto per l'acquisto, da parte dell'operatore economico, di una "capacità giuridica imprenditoriale in senso pieno": A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, L'appalto di opere pubbliche, XI, Milano, 2003, pag. 269.



Commissario Straordinario Unico

per il coordinamento e la realizzazione degli interventi di collettamento, fognatura e depurazione delle acque reflue urbane (Sentenze di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-565/10 e C-85/13).

D.P.C.M. del 26/04/2017

La condotta contestata all'appaltatore configura – come esposto nella contestazione – una violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede imposti dal legislatore a tutti i soggetti che siano parti di un contratto e che comportano un obbligo di reciproca lealtà di condotta in tutte le fasi del rapporto contrattuale, a partire dal procedimento di formazione del contratto sino alla sua completa esecuzione.

Il Consorzio, in effetti, non ha contestato la portata degli eventi nella loro oggettiva gravità ma ha obiettato di non poter essere chiamato a risponderne, trattandosi di comportamenti posti in essere da un soggetto – la VICA – diverso e terzo rispetto al consorzio.

Le argomentazioni utilizzate, in astratto ed in concreto, non appaiono idonee ed appropriate.

Esse, in astratto, non affrontano l'essenza della contestazione contenuta nell'avviso di avvio, la quale a priori ha escluso di fondarsi sulla rilevanza penale dei comportamenti contestati (e sui relativi autori).

La Stazione appaltante contesta al Consorzio di avere, nella qualità di contraente, debitore (delle prestazioni di fare) e creditore (del corrispettivo) di questa Amministrazione, gravemente omesso di vigilare sui comportamenti, omissivi e commissivi, della propria consorziata ossia di avere omesso lo svolgimento di quei controlli che pure espressamente il Codice prevede in suo favore (ed a carico del consorziato) nell'art. 2605 c.c.⁴; il Consorzio è responsabile di un assetto organizzativo che ha consentito ad un soggetto di cui questi è responsabile e nel contesto di un contratto le cui parti sono Consorzio e Stazione appaltante l'esplicitazione, la redazione e l'utilizzo di documenti artefatti di asserita provenienza dell'Amministrazione. Al contrario il comportamento del terzo idoneo ad escludere la responsabilità del consorzio avrebbe dovuto avere consistenza ed insidiosità (una sorta di *vis cui resistere non potest*) tali da superare la diligenza normalmente esigibile in un contesto formalizzato quale è quello di una importante impresa ed in rapporti economici di natura “pubblicistica” come il presente.

Non può non essere dato rilievo alle modalità particolarmente allarmanti (scansione di sottoscrizioni autografe del RUP e del Direttore dei Lavori) con le quali tali artefatti sono stati realizzati e che, in disparte il rilievo penale degli stessi (in atto all'esame della Procura della Repubblica), sono espressione di carenze organizzative e di vigilanza interamente ed esclusivamente addebitabile al Consorzio.

Tali gravi evenienze integrano una responsabilità propria (peraltro non oggettiva) del Consorzio, che rientra perfettamente nella previsione dell'art. 38 di cui in premessa, senza che a contenerne la gravità soccorrano le considerazioni sopra riportate.

Ed invero:

1. a prescindere dall'inapplicabilità *in subiecta materia* del c.d. self cleaning (che il codice del 2006 – applicabile alla presente fattispecie – limita alle ipotesi di cui all'art. 38 comma 1 lett. c), deve escludersi che tali facoltà siano consentite nel contesto del medesimo rapporto in cui violazione si determina; in altri termini, le misure di self cleaning devono essere completamente attuate e definite **prima** della partecipazione dell'OE ad **altra procedura**

⁴ Art. 2605 c.c.: “I consorziati devono consentire i controlli e le ispezioni da parte degli organi previsti dal contratto, al fine di accertare l'esatto adempimento delle obbligazioni assunte”.



Commissario Straordinario Unico

per il coordinamento e la realizzazione degli interventi di collettamento, fognatura e depurazione delle acque reflue urbane (Sentenze di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-565/10 e C-85/13).

D.P.C.M. del 26/04/2017

selettiva, della partecipazione, della stipula ecc., così impedendo *pro futuro* la portata inibitoria della causa di esclusione;

2. i rapporti giuridici nel cui ambito gli artefatti sono stati prodotti non sono “esterni” al Consorzio ma lo vedono come parte contrattuale unitamente all’istituto bancario, con ciò confermando la ingerenza colpevolmente consentita dal Consorzio al consorziato. Allo scopo è agevole evidenziare – come emerge dal contratto di mandato trasmesso da Intesa San Paolo (da cui tutta la vicenda ha preso inizio) ed in particolare dal punto c) delle premesse – che l’Istituto bancario sia parte di due diversi rapporti ossia un’apertura (duplice) di credito in favore di Vica s.r.l. ed un mandato *in rem propriam* irrevocabile all’incasso (rilasciato dal Consorzio) relativo ai crediti che sorgeranno nel corso dell’esecuzione del contratto di appalto destinati (artt. 3 e 4 del mandato) ad estinguere il saldo passivo di Vica. È palese che
 - a. l’istituto bancario anticipi il credito portato dalle fatture di Vica al Consorzio che “rientrerà” quando l’Istituto incasserà i crediti del Consorzio nei confronti del Commissario (via via che essi sorgeranno);
 - b. il Consorzio ha interesse a che la Banca mantenga integro l’affidamento creditizio in favore del proprio consorziato (che esegue il contratto di appalto)
 - c. per questo esso deve assecondare l’esecuzione del mandato trasmettendo (art. 1 comma 2 del mandato) alla Banca i documenti necessari per incassare il credito vantato nei confronti del Consorzio;

in altri termini, legittimato ed “interessato” a trasmettere i documenti contabili (necessari alla Banca mandataria per incassare il credito) è soltanto il Consorzio (mandante), unico responsabile della loro genuinità e della loro trasmissione, anche se alla “creazione” del documento artefatto abbia in ipotesi provveduto un terzo (Vica).

Le difese esposte dal consorzio (tendenti ad individuare Vica quale unico responsabile quasi come un capro espiatorio), al di là delle labiali affermazioni contenute nelle memorie, non si palesano fondate su elementi tangibili di prova.

In concreto, poi, la tesi patrocinata dal Consorzio (la documentazione che, a termini di mandato, è pervenuta alla banca proviene dal mandante) avrebbe dovuto essere controbilanciata e sovvertita da robusti elementi probatori di segno opposto; al contrario, la documentazione prodotta, priva di alcuna certezza probatoria o assolutamente inconducente, non consente di giungere a diverse conclusioni; ad esempio, appare del tutto privo di pregnanza probatoria (nel senso esposto dal Consorzio) il fatto – evidenziato nella seconda memoria del Consorzio – che Intesa San Paolo, con una nota indirizzata esclusivamente a Vica, abbia dato corso all’estinzione dell’anticipazione contrattuale relativa all’esecuzione dei lavori di cui si tratta posto che, appunto, Vica (e solo essa) era parte del contratto di anticipazione.

Pur nel contesto della narrazione proposta dal Consorzio, appare preoccupante (proprio nell’ottica dell’omessa vigilanza) la possibilità che la Consorziata possa accedere alla contabilità ed alla fatturazione elettronica del Consorzio; è, inoltre, sorprendente che, nella specie, la fattura del Consorzio (anche quella “vera” prodotta in sede di contraddittorio) sia stata emessa il giorno successivo all’emissione del Sal, ossia molto prima del dovuto, posto che – secondo le scadenze



Commissario Straordinario Unico

per il coordinamento e la realizzazione degli interventi di collettamento, fognatura e depurazione delle acque reflue urbane (Sentenze di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-565/10 e C-85/13).

D.P.C.M. del 26/04/2017

prescritte dalla normativa in tema di contabilità di appalto – essa avrebbe dovuto essere emessa solo dopo l'emissione del certificato di pagamento e dopo ancora le rituali verifiche di correttezza contributiva (Durc); con ciò rendendo il Consorzio partecipe di un disegno “acceleratorio” del coinvolgimento della Banca da cui ha avuto scaturigine l'artefatto.

La posizione esposta dal Consorzio (la sua assoluta estraneità e la individuazione di Vica come unica agente) – priva, come anzi detto, di qualunque supporto probatorio – appare inattendibile se si pone mente ai rapporti tra Consorzio e Consorziata Vica: dalla visure di Vica e del Consorzio emerge che l'Amministratore di Vica (Capizzi Vincenzo) è al contempo Consigliere di Amministrazione del Consorzio unitamente ai sigg.ri Capizzi Giuseppe (n. 1987), Capizzi Salvatore e Capizzi Giuseppe (n. 1992); sicché, in disparte ogni considerazione sulla natura presumibilmente “familiare” della gestione del Consorzio, appare irragionevole escludere una connessione derivante dalla coincidenza soggettiva tra consigliere del consorzio ed amministratore unico della consorziata.

Alla stregua delle superiori considerazioni questo Commissario ritiene che

1. la disciplina applicabile sia quella vigente alla data di pubblicazione del bando (d.lgs. 163/2006 e d.P.R. 207/2010) e non il sopravvenuto Codice del 2016;
2. il Consorzio è responsabile dei comportamenti dei consorziati, sulla cui attività ha l'obbligo di vigilare;
3. la ipotesi esposta nell'avviso di avvio del procedimento non trova adeguata contestazione in fatto ed in diritto nelle memorie procedurali fatte pervenire dal consorzio; in particolare, il comportamento del terzo idoneo ad escludere la responsabilità del consorzio avrebbe dovuto avere consistenza ed insidiosità tali da superare la diligenza esigibile in rapporti economici di portata “pubblicistica” come il presente;
4. il venir meno dei requisiti generali (conseguente alla commissione di una grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate) consente la risoluzione del contratto stipulato, posto che i requisiti generali devono essere costantemente presenti (dalla candidatura al collaudo) ed il loro cessare, in disparte il venir meno della necessaria fiducia nell'appaltatore, consente la risoluzione, anche ai sensi dell'art. 136 del d.lgs. 163/2006 ed in esecuzione di quanto specificamente prevede il contratto stipulato (art. 20 comma 1 lett. j).

TUTTO CIÒ PREMESSO, CONSIDERATO E RITENUTO

Dichiara la sopravvenuta carenza dei requisiti generali ex art. 38 d.lgs. 163/2006 per la grave negligenza manifestata nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante nei sensi sopra indicati e, per conseguenza e la sussistenza di una grave negligenza nell'esecuzione del contratto, e per l'effetto

manifesta la volontà, anche ai sensi dell'art. 136 del d.lgs. 163/2006 di risolvere il contratto, per la conseguente sopravvenuta incapacità e, comunque, ai sensi dell'art. 20 comma 1 lett. J) del contratto stipulato con il Consorzio.



Commissario Straordinario Unico

per il coordinamento e la realizzazione degli interventi di collettamento, fognatura e depurazione delle acque reflue urbane (Sentenze di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-565/10 e C-85/13).

D.P.C.M. del 26/04/2017

DISPONE

1. la pubblicazione del presente provvedimento sul sito istituzionale <http://www.commissariounicodepurazione.it>
2. la trasmissione del presente provvedimento al Responsabile Unico del Procedimento affinché provveda ai conseguenziali adempimenti di cui all'art. 138 del d.lgs. 163/2006.

IL COMMISSARIO STRAORDINARIO UNICO

Prof. Enrico Rolle