



**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MESSINA**

Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE) - delibera n° 78/2011 del 30.9.11. Individuazione ed assegnazione di risorse a favore di interventi di rilevanza strategica nazionale e regionale per l'attuazione del Piano Nazionale per il Sud. Priorità Strategica "Innovazione, ricerca e competitività".

**PROCEDURA APERTA**

**APPALTO INTEGRATO PER LA RISTRUTTURAZIONE DEGLI EDIFICI DELLA  
FACOLTA' DI SCIENZE MM.FF.NN.**

**CUP n° J43B12000500006 - CIG n° 4909950AE8**

Importo complessivo a base d'asta (comprensivo dell'importo dei lavori, delle spese di progettazione e degli oneri per la sicurezza):

€ 20.044.182,09.

Importo soggetto a ribasso:

€ 19.937.182,09.

**Verbale di gara n° 20**

Seduta riservata

Il giorno trenta del mese di gennaio dell'anno 2014, alle ore 9:30, presso i locali dell'Area Servizi Tecnici dell'Università di Messina si è riunita in seduta riservata la Commissione, nominata con D. R. n° 1919/2013 del 27.08.2013, integrato dal D.D. n° 2497/2013 del 06.11.2013, per l'espletamento della presente procedura aperta e così composta: Presidente: – Avv. Danila Nostro, Componenti – Prof. Ing. Raffaella Lione, Prof. Ing. Eugenio Guglielmino, Prof. Ing. Giuseppe Ricciardi e Avv. Consuela Votano, Segretario Verbalizzante – Dr.ssa Rosanna Oliva.

La presente seduta sostituisce quella del 24.1.14, programmata nel verbale n° 19 e differita per improvviso impedimento da parte del Presidente.

La Commissione riprende l'istruttoria dell'Ati Tecnis S.p.A./Cogip Infrastrutture S.p.A. (plico n° 9).

Dopo avere consultato tutta la documentazione trasmessa dalle Amministrazioni che hanno intrattenuto rapporti con l'associazione concorrente, la Commissione passa alla valutazione dei fatti oggetto delle vicende contestate e rileva:

- a) con nota prot. n° 317 del 7.1.14, la Siciliacque S.p.A. di Palermo ha dichiarato "l'avvenuta risoluzione del contratto di appalto ..... per inadempimento imputabile

DI:

*all'ati esecutrice dei lavori (Tecnis S.p.A./Sigenco S.p.A.)" ed ha precisato che "è a tutt'oggi in corso contenzioso tra le parti";*

- b) con nota prot. n° 62203 del 2.12.13 il Provveditorato Interregionale per le OO.PP. Toscana Umbria – sede di Perugia – ha dichiarato che *"il mancato ed inesatto adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto hanno indotto l'Istituto a procedere alla risoluzione in questione"* ed ha fatto presente che l'a.t.i. Tecnis S.p.A./Sigenco S.p.A ha presentato atto di citazione al competente Tribunale *per fatto e colpa dell'Amministrazione e per una presunta impossibilità dell'oggetto del contratto*, che è attualmente in attesa di decisione sul merito;
- c) con nota prot. n° 67011 del 24.12.13 il Comune di Ragusa ha comunicato *"la risoluzione in danno per grave inadempimento e grave ritardo"* a carico della ditta Sipa S.p.A. e della subentrante per cessione di ramo d'azienda Cogip s.r.l., con incameramento della cauzione per il soddisfacimento dei danni causati, ed ha precisato che la deliberazione di risoluzione non è stata impugnata giuridicamente e *"perciò l'atto è da ritenersi definitivo ed inoppugnabile in riferimento all'epoca dell'avvenuta risoluzione"* (2004).

L'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che la formulazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), richiami due concetti palesemente differenti e che hanno anche una diversa applicazione:

- la *negligenza* e la *malafede*: che rileva solo nella condotte tenute dall'operatore economico privato nei confronti della stessa amministrazione che ha bandito la gara pubblica.

Secondo l'AVCP: la violazione rilevante, ai fini dell'esclusione, deve essere stata commessa con dolo o colpa grave.

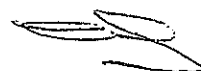
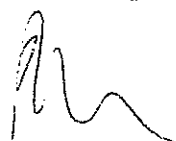
- l'*errore*: che viene considerato anche laddove si fosse manifestato in condotte tenute dal concorrente nell'ambito di precedenti rapporti instaurati con diverse amministrazioni.

Secondo l'AVCP: "grave errore professionale": deve trattarsi di una condotta potenzialmente relativa a tutte le attività professionali dell'imprenditore, riguardando propriamente la sua reale capacità tecnica e professionale.

Anche la dottrina prevalente ritiene che la scelta del legislatore di separare la prima parte della disposizione dal periodo successivo sottende a una chiara diversificazione tra concetti ontologicamente differenti, in quanto *"mentre negligenza e malafede rimandano a profili di soggettività, scaturendo da una complessiva dinamica di situazioni e rapporti intrattenuti con la stessa stazione appaltante, l'errore si connota per una maggiore oggettività, risultando di più agevole e immediata rilevabilità da parte di chiunque"* (C. Franceschini, *I contratti di appalto pubblico*, UTET, 2010, 441).

In particolare, "l'errore grave può venire in considerazione in relazione a tutta l'attività professionale dell'impresa precedentemente svolta, in quanto elemento sintomatico della perdita dei requisiti di capacità e affidabilità professionale a fornire determinate prestazioni. Tale linea interpretativa poggia sulla considerazione che la clausola di esclusione in esame, recependo quanto stabilito dall'art. 45, comma 2, lettera d), della direttiva 2004/18/CE, si pone l'obiettivo di salvaguardare l'elemento fiduciario sul quale deve essere necessariamente improntato il rapporto contrattuale intercorrente fra la P.A. e l'impresa affidataria" (Tar Veneto, sez. I<sup>^</sup>, n. 703/2012).

Inoltre, "il grave errore deve essere accertato in maniera particolarmente rigorosa tramite un giudizio complessivo, che valuti l'affidabilità e la capacità tecnica dell'impresa. Tale giudizio deve essere validamente motivato, poiché la partecipazione alle gare rientra tra le fattispecie"



60  
alt  
Risona

*inerenti a diritti garantiti*" (Tar Lazio, Sez. I ter, n° 1.4212/2010).

D'altra parte, in tal senso induce anche la considerazione che le tipologie del "grave errore professionale" non sono state in alcun modo specificate dal legislatore, e risulterebbe, pertanto, oltremodo penalizzante per le imprese l'assunto che una violazione del rapporto contrattuale così valutata da un certo ente appaltante costituisca per la stessa ditta un impedimento per la prosecuzione di ogni altra attività professionale (in tal senso, Cons. St., Sez. V, 20 ottobre 2005 n. 5892).

In sostanza, un'interpretazione rigorosa ed estensiva della norma citata, in assenza di criteri normativi certi ed immutabili, (ovvero ritenere che qualsiasi irregolarità nei rapporti contrattuali comporti per le imprese partecipanti ai pubblici appalti una esclusione totale da questi ultimi, nei confronti di qualunque stazione appaltante), si porrebbe in contrasto con i principi comunitari e nazionali della più ampia partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici e con i principi costituzionali a tutela della libertà di iniziativa economica. In tal senso si è orientata anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato che, nell'esprimere una statuizione di principio, non ha mancato di rilevare che un errore, pur grave, nella esecuzione di un contratto deve essere discrezionalmente valutato indistintamente da tutte le altre Amministrazioni aggiudicatrici, diversamente si introdurrebbe, in modo surrettizio, una ipotesi di incapacità a contrarre non prevista nell'ordinamento ed in grado di escludere ogni rilievo al possesso dei requisiti generali necessari per operare nel settore degli appalti (cfr., Sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750).

Perché si concreti un grave errore professionale, afferma il TAR Toscana sez I, 18 novembre 2010 n. 6586, rilevante quale causa ostativa alla partecipazione agli appalti pubblici, è necessario che il concorrente, nell'esecuzione delle obbligazioni nascenti da precedenti rapporti contrattuali, si sia reso responsabile di una violazione dei doveri professionali tali da pregiudicarne l'affidabilità tecnico-professionale, sulla base di una valutazione discrezionale rimessa alla stazione appaltante. E' vero che il legislatore ha rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante procedente ogni valutazione sulla gravità dell'errore commesso nell'esercizio dell'attività professionale ma, è pur vero che, a tale fine, per la stazione appaltante che ha bandito la gara è necessario valutare tutti gli elementi fattuali e le circostanze medio-tempore verificatesi che possano rilevare nel giudizio relativo alla fiducia verso l'impresa concorrente.

Nella specie, la Commissione rileva che, con la nota *sub a)*, che acquisisce agli atti come provvedimento formale, la stazione appaltante ha comunicato semplicemente l'avvenuta risoluzione contrattuale per inadempimento senza nulla argomentare e precisare e senza quindi fornire alcun elemento utile di valutazione. Non ha ritenuto la Commissione di poter trarre elementi oggettivi di valutazione dalla stessa impresa concorrente in quanto ciò imporrebbe di affidare ad un giudizio critico di autovalutazione la sussistenza del comportamento colpevole che ha dato luogo alla risoluzione contrattuale. Peraltro, trattasi di controversia tutt'ora *sub iudice*. Con riferimento alle note *sub b)* e *c)*, trattasi di risoluzioni contrattuali per inadempimento (la prima *sub iudice* e la seconda di dieci anni fa), dovute a circostanze fattuali sicuramente rilevanti per le stazioni appaltanti in questione in quanto incidenti sul vincolo contrattuale posto in essere. Tuttavia, come la giurisprudenza citata ha precisato, la lettera dell'art. 38, lett. f), nel prevedere che il suddetto errore possa essere accertato con qualsiasi mezzo dall'amministrazione aggiudicatrice, lascia intendere che solamente quest'ultima abbia il potere di valutare la gravità delle infrazioni commesse, con riferimento alla specificità del rapporto, al dolo ed alla colpa grave, e di reputare se, a causa del

comportamento tenuto dalla controparte, sia venuto meno il rapporto fiduciario con la stessa impresa, al punto da non consentirle ulteriori possibilità di contrattare con essa.

Pertanto questo Ateneo è tenuto – come sopra specificato - ad effettuare una valutazione più ampia, “oggettiva” ed omnicomprensiva. Orbene, un elemento di valutazione può trarsi dal fatto che i casi di risoluzione contrattuale sono numericamente limitati nell’ambito della lunga attività d’impresa svolta dalle ditte in questione che operano regolarmente e costantemente sul mercato (la Tecnis risulta iscritta al registro delle Imprese dal 1991 e la Cogip Infrastrutture S.p.A. dal 2003 e dalle annotazioni riservate non risultano altre segnalazioni a loro carico). Rileva ancora la Commissione che ben due dei casi di risoluzione (sub a e sub b) sono oggetto di contestazione ed ancora in pendenza di giudizio. E’ vero che la norma di cui all’art. 38 non richiede, quale presupposto, un accertamento definitivo, ma è pur vero che detta situazione non offre sufficienti margini di certezza in merito alla contestata capacità tecnico professionale della concorrente nell’esecuzione dell’appalto.

La terza fattispecie (sub c) è risalente nel tempo e ciò impone alla Commissione una maggiore ponderazione nel valutare il grado di affidabilità dell’impresa in virtù del rilievo che assume il decorso di un lungo lasso temporale (secondo T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 1° febbraio 2013 n. 695, “il decorso di un lungo periodo di tempo – i cui effetti l’ordinamento riconosce e consacra dando vita a istituti ampiamente disciplinati in ogni settore del diritto – determina l’esigenza di rafforzare l’impalcatura motivazionale del provvedimento attraverso l’efficace rappresentazione di tutte le circostanze medio tempore verificatesi che possono rilevare nel giudizio riferito alla fiducia nell’impresa contraente”). Come già detto, la Cogip Infrastrutture S.p.A. opera dal 2003 a seguito di cambio di denominazione (e di struttura societaria) della Cogip S.r.l. nei confronti della quale è stato adottato dal Comune di Ragusa il provvedimento sub c). A carico della Cogip Infrastrutture S.p.A. non vi sono altre annotazioni riservate. Elementi tutti che la Commissione valuta in relazione all’affidabilità di quest’ultima.

Inoltre, la tipologia dei lavori oggetto dei contratti risolti è diversa da quella di specie.

Dall’esame complessivo delle vicende fin qui analizzate e sulla base delle ragioni di fatto e delle argomentazioni di diritto su esposte, la Commissione, pertanto, non ritiene di trarre elementi tali da minare ab origine la capacità tecnica dell’impresa e la complessiva affidabilità professionale della stessa, tanto da estrometterla dalla presente gara, in palese violazione del principio costituzionale di tutela della libertà di iniziativa economica privata e di quello comunitario di massima partecipazione alle pubbliche gare.

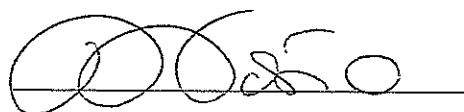
Alle ore 14:30 la Commissione termina la seduta riservata e si convoca per le ore 9:00 del 5.2.2014 per la riunione pubblica. Di tale seduta sarà pubblicato l’avviso sul sito [www.unime.it](http://www.unime.it).

I plichi vengono lasciati nella stessa stanza dell’Area Servizi Tecnici dove ha lavorato la Commissione di gara, la cui porta viene chiusa a chiave.

Del ché il presente verbale che, letto e confermato, viene come appresso sottoscritto.

La Commissione:

Avv. Danila Nostro - Presidente



*Avv. Consuela Votano – Componente*

Consuela Votano

*Prof. Ing. Raffaella Lione – Componente*

Raffaella Lione

*Prof. Ing. Eugenio Guglielmino – Componente*

Eugenio Guglielmino

*Prof. Ing. Giuseppe Ricciardi – Componente*

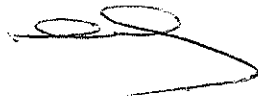
Giuseppe Ricciardi

*Dr.ssa Rosanna Oliva – Segretario Verbalizzante*

Rosanna Oliva

2 11

০১৫০



০১৫০

