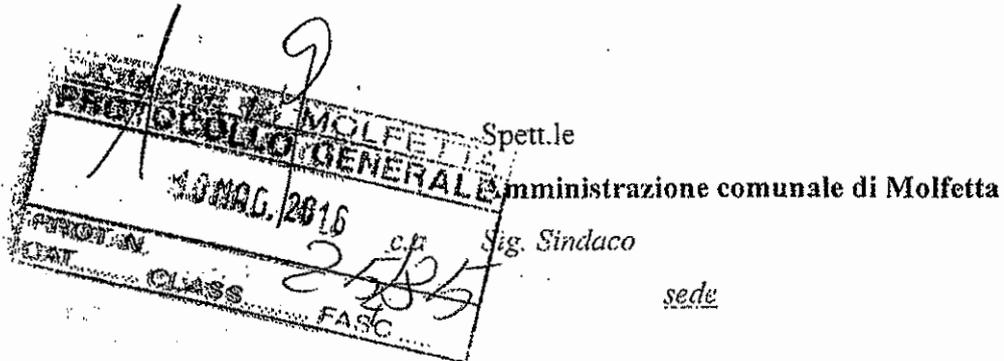


~~PROF. AVV. VINCENZO CERULLI IRELLI~~

Roma 22 aprile 2016



Contratto di appalto lavori Porto di Molfetta ATI CMC di Ravenna; profili di invalidità e misure conseguenti (delib. G.C. n. 253 in data 22.12.2015).

1. La procedura di gara per l'affidamento dell'appalto per la costruzione del porto commerciale di Molfetta.

Il Comune di Molfetta con determina dirigenziale del Settore Appalti n. 78, del 17.10.2006 ha indetto una procedura di gara aperta per l'affidamento dell'appalto per la progettazione esecutiva e l'esecuzione di tutti i lavori necessari alla costruzione del Porto Commerciale di Molfetta, sulla base del progetto definitivo approvato con delib. di G.C. di Molfetta n. 94 del 25.9.2006.

Il progetto definitivo posto a base di gara prevedeva il completamento e la messa in sicurezza del Porto commerciale, mediante la realizzazione di nuove opere marittime esterne (secondo braccio del molo di sovraffutto, sperone radicato sul molo di sottoffutto) ed interne (banchina a giorno nord-ovest, banchina a massi sovrapposti con retrostante piazzale per la movimentazione delle merci e marcello interposto tra i due bracci del molo di sovraffutto); di un viadotto a ponte per il collegamento del molo di sovraffutto con la terraferma (ponte sud-ovest) e di altre opere stradali: di un Centro Servizi e magazzini per le attività portuali e dei relativi impianti tecnologici; di

attrezzature portuali, sistemazione a verde e pavimentazione e segnaletica; nonché dei dragaggi dei fondali per il nuovo canale di accesso al porto.

All'esito della procedura di gara è risultata aggiudicataria dell'appalto l'A.T.I. composta da Cooperativa Muratori & Cementisti - C.M.C. di Ravenna Soc. Coop., Società Italiana Dragaggi S.p.A., Impresa Pietro Cidonio S.p.a. (da ora, ATI), unica concorrente in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla *lex specialis*.

2. Il contratto di appalto e le successive modifiche in corso di esecuzione: 2 perizie di variante e 3 atti aggiuntivi.

2.1. Con contratto n. 7623 di Repertorio, in data 2.4.2007, il Comune di Molfetta ha conferito all'ATI il predetto appalto, con oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di tutte le categorie di opere previste dal progetto definitivo, secondo i tempi e le modalità ivi individuate e specificate dal Capitolato speciale di appalto e dagli altri allegati contrattuali (art. 2.3 del Contratto).

Il corrispettivo dell'appalto era stabilito in un importo totale (comprensivo di lavori, oneri della sicurezza e progettazione esecutiva) pari ad € 57.761.720,5 (art. 2 del contratto); mentre il termine per l'esecuzione di tutti i lavori era fissato in 1.310 giorni naturali e consecutivi decorrenti dalla data del verbale di consegna dei lavori (art. 11).

2.2. Il predetto contratto di appalto ha subito in corso di esecuzione molteplici modifiche, sia con riferimento alle opere da realizzare, sia con riferimento all'importo dei lavori preventivati; modifiche tali da stravolgere l'oggetto dell'appalto stesso, fino a configurare nel complesso un'opera significativamente diversa da quella originaria e con una funzionalità ridotta rispetto a quella attesa.

2.3. Una prima modifica è stata apportata con la delib. G.C. n. 68 del 13.2.2008 recante l'approvazione del progetto esecutivo dell'ATI del 31.10.2007, che prevedeva un nuovo quadro economico e un maggior importo contrattuale di € 3.677.871,10 rispetto al progetto definitivo, complessivamente pari a € 61.439.591,66.

In data 24.7.2008 è stato stipulato il 1° atto aggiuntivo, con il quale l'importo contrattuale è stato adeguato al maggior importo dei lavori risultante dal progetto esecutivo, con l'aumento della durata dei lavori, quantificata in 1.388 giorni naturali e consecutivi dalla consegna, con termine di ultimazione al 13 gennaio 2012.

2.4. In data 11.1.2010, con delibera di G. C. n. 3/10, è stata approvata la perizia di variante n. 1, con la quale si è prevista 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, ritenute imprevedute, anche se in realtà agevolmente individuabili in sede di progettazione. Tale variante ha comportato un ulteriore incremento dell'importo dei lavori di € 1.228.577,88.

In data 11.10.2010 è stato quindi sottoscritto tra l'ATI e il RUP il 2° atto aggiuntivo al contratto principale ed il verbale di concordamento dei nuovi prezzi per eseguire i lavori della citata perizia di variante n. 1, con relativo adeguamento dell'importo contrattuale.

2.5. In data 16.5.2011, con delib. G.C. n. 101/11, è stata approvata la perizia di variante n. 2, con la quale sono state introdotte in corso di esecuzione rilevanti e modifiche strutturali al progetto affidato all'ATI, tali da variare in modo "sostanziale" l'oggetto dell'affidamento stesso.

Ed infatti, sul presupposto di dover adeguare il progetto alla nuova normativa antisismica nel frattempo intervenuta (d.m. 14.1.2008), di fatto si è disposto lo stralcio di una parte consistente delle opere, idonee a pregiudicarne la stessa funzionalità. In particolare è stata introdotta una nuova tipologia strutturale della banchina di nord-ovest e del "martello", prevedendone la realizzazione con cassoni in cemento armato, diversamente da quanto previsto nel contratto originario (struttura a giorno con impalcato su pali).

Poiché l'utilizzo della nuova tipologia costruttiva comportava costi considerevolmente maggiori - circa 8 milioni di euro, con superamento dei limiti ex art. 132 d.lgs. 163/06 - con la variante sono state stralciate le seguenti opere, al fine di contenere i costi complessivi: 1) Centro Servizi e Magazzini e i relativi impianti tecnologici; 2) dragaggio relativo al canale di accesso e a parte della zona interna del Porto (in ragione della mancata bonifica dei fondali); 3) pavimentazione nell'area del Centro Servizi ed opere in pietra di Trani; 4) sistemazione a verde; 5) parte delle attrezzature di banchina. Opere tutte necessarie per garantire la funzionalità del Porto commerciale.

In data 19.5.2011, il 3° atto aggiuntivo ha recepito le modifiche dell'oggetto del contratto di cui alla perizia di variante n. 2, e nonostante lo stralcio di tutte le opere

sopra indicate, ha previsto 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.

3. L'esecuzione del contratto di appalto e il problema degli ordigni bellici.

Ulteriori profili di anomalia del contratto riguardano la sua esecuzione, in quanto dalla presa in consegna dei lavori da parte dell'impresa - avvenuta in data 26.3.2008 - si sono verificati consistenti rallentamenti a causa della presenza nei fondali del porto di ordigni residuati bellici in numero abnorme, che ha comportato la necessità di attendere lo svolgimento delle operazioni di bonifica, con conseguente iscrizione da parte dell'ATI di riserve nel registro di contabilità per molti milioni di euro, legate al mancato rispetto del cronoprogramma.

Le prime riserve (fino al 12° SAL del 30.9.2009) sono state definite con atto di transazione tra il Comune e l'ATI del 4.2.2010, che ha previsto la corresponsione a favore dell'ATI di un importo di € 7.800.000.

Ulteriori 12 riserve sono state iscritte nel registro di contabilità dall'ATI e quantificate in occasione del 40° SAL in complessivi € 22.268.295,28, sempre connesse principalmente al dilatamento della durata dei lavori per la presenza degli ordigni bellici. Con riguardo a dette riserve, il Comune di Molfetta ha proposto ricorso per accertamento tecnico preventivo innanzi al Tribunale di Trani (r.g. 2131/14), nell'ambito del quale è stata disposta una consulenza tecnica d'ufficio per verificarne la fondatezza. In data 14.12.2015, il collegio peritale ha depositato la propria relazione tecnica, con la quale ha riconosciuto non fondate o comunque inammissibili la maggior parte delle riserve, per circa il 90% delle somme richieste ed ha evidenziato come la perizia di variante n. 2 abbia modificato l'oggetto del contratto; dato che sostanzialmente ha previsto "un'opera ridotta rispetto a quella originaria" (pag. 60).

4. I procedimenti penali che hanno condotto al sequestro del cantiere.

4.1. I lavori contrattuali, già gravemente ritardati per la presenza massiccia di ordigni bellici, si sono del tutto arrestati in conseguenza dei procedimenti penali avviati tra il 2009 e il 2011 (n. 1592/09 e 2629/11), che hanno coinvolto esponenti della precedente amministrazione comunale (tra cui l'ex Sindaco del Comune di Molfetta e l'allora RUP), ed esponenti delle ditte aggiudicatrici (in particolare, della CMC di Ravenna).

Nel corso delle indagini, è stata disposta una CTU (ing. Carcano), nella quale sono stati evidenziati numerosi profili di illiceità dell'intera procedura di gara e del conseguente contratto di appalto, viziata in radice per l'inaccessibilità delle aree oggetto dei lavori, stante la presenza di migliaia di ordigni bellici, con conseguente impossibilità di avviare le lavorazioni (ex art. 71; d.P.R. 554/1999). Inoltre, nella CTU si sostiene l'illegittimità della *lex specialis* in relazione ai requisiti di partecipazione richiesti alle imprese (possesso di una particolare draga e disponibilità di cave per il materiale di risulta), ritenuti eccessivamente restrittivi, quasi "fatti su misura" per la ditta risultata poi aggiudicataria e quindi violativi del principio di proporzionalità e di ragionevolezza; l'illegittimità dell'aggiudicazione all'ATI, la quale avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato un'offerta economica non conforme al bando e al disciplinare di gara e per aver partecipato ad attività di supporto alla progettazione definitiva; nonché l'illegittimità di tutte le perizie di variante, per assenza dei necessari presupposti (ex art. 132 d.lgs. 163/06), per violazione dei limiti di importo, nonché, con particolare riguardo alla perizia di variante n. 2, per aver determinato un vero e proprio stravolgimento del progetto originario, con indebito profitto dell'ATI.

Sulla base di tale CTU, il G.I.P. di Trani con una voluminosa ordinanza in data 24.9.2013 (circa 800 pagine) ha disposto il sequestro preventivo delle aree del cantiere per la costruzione del Porto, ipotizzando la commissione di una serie di reati (associazione per delinquere, abuso d'ufficio, falso, truffa, frode in pubbliche forniture, violazioni ambientali e paesaggistiche ecc.), tali da rendere nullo il contratto di appalto, per illiceità della causa.

Al momento del sequestro dalla contabilità ufficiale (41° SAL), risultavano eseguite e pagate all'ATI opere per complessivi € 37.868.615,50, pari a circa il 60% dell'importo totale dei lavori.

4.2. Il cantiere è stato dissequestrato con decreto n: 1592/09 r.g. mod. 21 del 15.5.2015, con il rispetto delle seguenti condizioni: "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, comma 3, d.lgs. 163/06".

Tali prescrizioni, secondo l'interpretazione resa dalla stessa Procura nel corso di un successivo incontro con il Comune (giugno 2015), precluderebbero all'Amministrazione comunale di dare ulteriore esecuzione al contratto di appalto originario, ritenuto dalla Procura nullo, e quindi inefficace, in quanto illecito; e imporrebbero l'affidamento con un nuovo contratto dei lavori di completamento del Porto, sulla base di un nuovo progetto complessivo dell'area portuale.

5. La necessità di realizzare lavori di messa in sicurezza dell'area portuale.

5.1. A fronte della urgente necessità di mettere in sicurezza l'area di cantiere, il Comune ha approvato un progetto per i lavori di messa in sicurezza e lo ha inviato al Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici per l'approvazione ex art. 127, comma 3, d.lgs. 163/06. Nello stesso tempo, ha chiesto all'ANAC un parere in ordine alla possibilità di affidare all'ATI CMC di Ravenna anche l'appalto per la realizzazione dei predetti lavori di messa in sicurezza, mediante procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. c) e/o ex art. 57, comma 5, lett. a) d.lgs. 163/06.

5.2. L'ANAC nel rendere il proprio parere (n. AG 82/2015AP), dopo aver indicato diversi profili di illegittimità dell'intera procedura di gara (come ad esempio, l'illegittimità del bando, perché contenente clausole eccessivamente restrittive della concorrenza; la non completa definizione del progetto definitivo e del progetto esecutivo, l'illegittima validazione del progetto stesso per l'assenza delle approvazioni ed autorizzazioni necessarie ad assicurare l'immediata cantierabilità; la conseguente mancata completa consegna delle aree interessate dai lavori, stante la loro indisponibilità a causa delle attività di bonifica ancora in corso), ha in sostanza fatto propria la posizione della Procura circa la nullità del contratto originario (*"nel caso de quo, il contratto iniziale sarebbe, secondo la Procura, nullo per vizi -- illiceità -- che ne hanno minato alla base il momento costitutivo inibendone ex tunc la validità e l'efficacia"*), con la conseguente impossibilità di darvi ulteriore esecuzione.

6. La delibera G.C. di Molfetta n. 253 in data 22.12.2015.

A fronte di tale complessa situazione, preso atto del parere dell'ANAC, il Comune di Molfetta, con deliberazione di G.C. n. 253 in data 22.12.2015 ha deliberato *"di valutare, con i propri legali ... a) ogni conseguente decisione sulla sorte del contratto n. 7623 di Repertorio del 2.4.2007; ... c) di prospettare all'Ente le possibili conseguenze, sia in ordine agli atti amministrativi adottati sin dall'inizio della gara*

oggetto di verifica, sia in riferimento agli impegni contrattuali assunti dal Comune in relazione all'affidamento all'ATI con capogruppo mandataria la CMC di Ravenna".

7. I profili di illegittimità/illiceità della procedura di gara e del contratto successivamente sottoscritto e le possibili soluzioni in capo all'Amministrazione comunale per porre fine al rapporto negoziale con l'ATI.

7.1. I fatti sopra riportati evidenziano l'opportunità che il Comune si sciogla dal vincolo negoziale in essere con l'ATI, sulla base delle seguenti considerazioni: sono tuttora in corso le attività di prospezione nelle aree di cantiere da parte di una ditta incaricata dal Comune di Molfetta, cui dovrà seguire l'attività di bonifica del nucleo SDAI, con tempi allo stato non prevedibili, con il conseguente rischio che l'ATI avanzi ulteriori pretese risarcitorie legate al fermo delle lavorazioni; il provvedimento di dissequestro, almeno secondo l'interpretazione della Procura, preclude allo stato la prosecuzione dei lavori oggetto del contratto, rendendosi necessaria una nuova procedura selettiva ai fini di un nuovo affidamento dei lavori; sia l'ANAC sia la Procura hanno espresso chiaramente la propria posizione circa la nullità del contratto e l'illiceità delle condotte che inficiano l'intera procedura di gara e le successive varianti.

Del resto, i rilievi mossi dalla Procura (cfr. relazione di CTU dell'ing. Carcano) e dall'ANAC (parere n. AG82/2015/AP), sono idonei a configurare una fattispecie illecita con riguardo all'intera vicenda che ci occupa, a partire dall'indizione della procedura e sino ad oggi.

A fronte dei molteplici profili di illegittimità/illiceità sussistenti nel caso di specie, occorre individuare i possibili strumenti a disposizione dell'Amministrazione per far venir meno il vincolo negoziale con l'ATI.

Al riguardo, occorre anzitutto escludere che l'Amministrazione possa sciogliersi unilateralmente dal contratto, con effetti estintivi dello stesso, facendo ricorso agli strumenti all'uopo specificamente previsti dal Codice dei Contratti, e cioè il recesso della stazione appaltante (art. 134) e la risoluzione del contratto in danno dell'appaltatore (artt. 135 e 136).

Ed infatti, quanto al recesso ex art. 134 d.lgs. 163/06, esso non solo presuppone la sussistenza di un rapporto contrattuale valido, mentre nella specie, da parte della Procura e dell'ANAC si sostiene, come detto, che il contratto originario sarebbe nullo, ma darebbe anche luogo ad un cospicuo esborso da parte dell'Amministrazione

comunale, che dovrebbe riconoscere all'impresa una somma pari a circa il 10% del valore delle opere ancora da eseguire, con possibili profili di responsabilità erariale.

Quanto alla risoluzione contrattuale in danno dell'appaltatore, gli art. 135 e 136 d.lgs. 163/06 consentono all'Amministrazione di deliberare la risoluzione del contratto soltanto in casi specifici, e cioè ove intervenga a carico dell'appaltatore un provvedimento definitivo di applicazione di misure di prevenzione o una sentenza di condanna passata in giudicato per determinati reati (usura, riciclaggio, frode ecc.), ovvero la decadenza dall'attestazione di qualificazione (art. 135); o nei casi in cui sia configurabile un grave inadempimento dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita dei lavori, ovvero un grave ritardo per negligenza dell'appaltatore (art. 136), da accertarsi in contraddittorio con l'impresa.

Nella specie, tuttavia, non risulta che l'appaltatore abbia riportato condanne irrevocabili o sia stato oggetto di misure di prevenzione, né tantomeno che abbia subito la revoca dell'attestazione di qualificazione. Inoltre, seppur l'esecuzione dei lavori abbia avuto un andamento del tutto anomalo, non sembrano potersi individuare elementi di grave inadempimento da parte dell'ATI appaltatrice né sembra che i ritardi possano essere imputati esclusivamente all'impresa.

Esclusa quindi la possibilità per l'Amministrazione di incidere unilateralmente sul contratto, si possono prospettare all'Amministrazione comunale due strade alternative: i) l'annullamento in autotutela degli atti amministrativi prodromici alla stipula del contratto e degli atti aggiuntivi, con conseguente caducazione del contratto stesso; ii) la promozione di un'azione di nullità del contratto e degli atti aggiuntivi innanzi al giudice ordinario.

Sub i) Annullamento d'ufficio ex art. 21-nonies l. 241/1990 dei provvedimenti amministrativi prodromici alla stipula del contratto.

7.2. Anzitutto, per quanto riguarda i provvedimenti amministrativi, relativi alla fase precontrattuale, il Comune di Molfetta può esercitare i propri poteri di autotutela, annullando tutti gli atti di gara, con conseguente caducazione del contratto e dei successivi atti aggiuntivi.

Si evidenziano, di seguito, i vizi di legittimità che inficiano la procedura di gara, che giustificano l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

7.2.1. La Procura e l'ANAC hanno evidenziato che non sussistevano le condizioni di legge per procedere all'avvio della gara, ex art. 71, comma 1, d.P.R. n. 554/1999 (ora art. 106 d.P.R. 207/2010). Detta norma, come noto, prescrive che l'avvio della gara sia preceduto dalla previa attestazione del direttore dei lavori in merito: a) *all'accessibilità delle aree e degli immobili interessati dai lavori secondo le indicazioni risultanti dagli elaborati progettuali*; b) *alla assenza di impedimenti sopravvenuti rispetto agli accertamenti effettuati prima dell'approvazione del progetto*; c) *alla conseguente realizzabilità del progetto anche in relazione al terreno, al tracciamento, al sottosuolo ed a quanto altro occorre per l'esecuzione dei lavori*. Si tratta di norma avente carattere imperativo, considerato "il criterio ispiratore della norma, il suo contenuto, gli altri effetti previsti, il rapporto con altre disposizioni della stessa legge, o più in generale, dell'ordinamento" (Cass. civ. Sez. I, 18.5.2015, n. 10074).

Tale norma è stata disattesa, in quanto, nella specie, difettava l'accessibilità di una parte consistente delle aree portuali interessate dai lavori, in ragione della presenza in alcune zone di ordigni bellici, che in seguito si sono rivelati essere nell'ordine di migliaia di unità, con conseguente impossibilità di realizzare il progetto (ciò che come subito si dirà rileva anche sotto il profilo della nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto). La presenza di ordigni bellici, come evidenziato dall'ANAC, rileva anche sotto un ulteriore profilo, in quanto precludeva la validazione del progetto esecutivo posto a base di gara, per mancanza delle approvazioni ed autorizzazioni necessarie alla immediata cantierabilità del progetto, ex art. 47, comma 2, lett. l) d.P.R. 554/1999, non essendovi le certificazioni di avvenuta bonifica delle aree.

7.2.2. Inoltre, come rilevato dalla Procura e dall'ANAC, il bando e il disciplinare di gara individuavano requisiti di partecipazione eccessivamente rigorosi, e come tali ingiustificatamente limitativi della partecipazione alla gara, tali da ridurre il confronto concorrenziale a soli due concorrenti (di cui uno escluso proprio per mancanza dei requisiti), in violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza in relazione alla specificità dell'appalto (cfr. parere dell'ANAC e CTU Carcano).

7.2.3. Altri vizi della procedura di gara, come rilevato dalla Procura, riguardano il fatto che l'ATI risultata poi aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, per due ordini di motivi: sia per il fatto che la stessa aveva partecipato all'attività di supporto alla progettazione definitiva dell'opera appaltata (in violazione dell'art. 90, comma 8,

d.lgs. 163/06), avendo messo a disposizione della stazione appaltante il "Pontone Dante" di sua proprietà per effettuare indagini geologiche; sia perché aveva presentato un'offerta economica non conforme al bando e al disciplinare di gara, prevedendo una variante tecnica al progetto definitivo, consistente nell'utilizzo del materiale dragato dal fondale marino per realizzare parte dei moli.

7.3. A fronte di tali illegittimità che viciano la procedura amministrativa, l'Amministrazione comunale può far ricorso al potere di annullamento d'ufficio, ex l'art. 21-*nonies*, il quale, come noto, consente all'Amministrazione, in via di autotutela, di annullare i provvedimenti illegittimi, sussistendone ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, che, secondo quanto previsto dall'ultima novella di cui alla l. 7.8.2015 n. 124, non può essere superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

La giurisprudenza ritiene che il potere dell'Amministrazione di annullare in autotutela il provvedimento di aggiudicazione e gli atti di gara permanga a seguito della stipula del contratto: *"anche se nei contratti della P.A. l'aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, segna normalmente il momento dell'incontro delle volontà dell'amministrazione e del privato in ordine alla conclusione del contratto (volontà che per quanto riguarda la posizione dell'amministrazione si è manifestata con la individuazione dell'offerta ritenuta migliore), non è tuttavia precluso all'Amministrazione di procedere con successivo atto (e con un richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico) all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione"* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7.9.2011 n. 5032).

Si è infatti osservato che *"tale potere di autotutela trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, cui deve essere improntata l'attività della pubblica amministrazione, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione, in attuazione dei quali l'amministrazione deve adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (fermo l'obbligo nell'esercizio di tale delicato potere, anche in considerazione del legittimo affidamento eventualmente ingeneratosi nel privato, di rendere effettive le garanzie procedimentali, di fornire un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni che giustificano la differente determinazione e di una ponderata valutazione degli interessi, pubblici e privati, in gioco)"* (Cons. Stato, sez. V, 4.1.2011,

n. 11; 10.9.2009, n. 5427; Sez. IV, 31.10.2006, n. 6456 e 26.7.2010, n.4864). Peraltro, la giurisprudenza ha chiarito che *“non occorre neanche la presenza di preminenti ragioni di interesse pubblico, quando il soggetto nei cui confronti si esercita il potere di annullamento, senza invocare l'assenza di buona fede, sia comunque nella condizione di essere stato avvertito dei rischi di illegittimità (nella specie causati dall'immediata denuncia penale relativa all'atto adottato in suo favore)”* (Cons. Stato, Sez. IV, 20.2.2014 n. 781).

Quanto alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e degli atti della procedura di gara, la giurisprudenza amministrativa più recente non è univoca, in quanto il precedente orientamento, che riconosceva l'automatica caducazione del contratto - *“... in virtù della stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto, l'annullamento giurisdizionale, ovvero l'annullamento a seguito di autotutela della procedura amministrativa comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra tali atti”* (C.d.S., sez. V, 14 gennaio 2011, n. 11, 20 ottobre 2010, n. 7578) con attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo” (Cons. Stato cit. 5032/2011; in termini, TAR Puglia, Sez. I, 11.10.2012, n. 1756) - è stato oggetto di rimeditazione da parte della giurisprudenza più recente.

Da ultimo infatti, la giurisprudenza ha chiarito che a seguito dell'annullamento giudiziale di una pubblica gara, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., *“spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato, così che l'inefficacia del contratto non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma costituisce oggetto di una specifica pronuncia giurisdizionale”* (Cons. Stato, Sez. V, 1.10.2015 n. 4585; Cons. Stato Sez. III, Sent., 25.6.2013, n. 3437). In particolare, si è sostenuto che, seppure l'annullamento dell'aggiudicazione (in via giudiziale o in autotutela) determini la nullità del contratto per mancanza di causa (rappresentando l'aggiudicazione la causa esterna del contratto di appalto), spetta in ogni caso al giudice stabilire se mantenere o meno fermi gli effetti del contratto (cfr. TAR Piemonte, Sez. II, 24.11.2014 n. 1906).

Eventuali controversie derivanti dall'annullamento in autotutela degli atti di gara sono di competenza del giudice amministrativo: *"in tema di appalti pubblici, l'annullamento in autotutela di un atto amministrativo prodromico alla stipulazione del contratto ha natura autoritativa e discrezionale, sicché il relativo vaglio di legittimità spetta al giudice amministrativo, la cui giurisdizione esclusiva si estende - con necessità di trattazione unitaria - alla conseguente domanda per la dichiarazione di inefficacia o nullità del contratto. Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, invece, quando la domanda attenga alla fase esecutiva del rapporto contrattuale (nella specie, risoluzione per inadempimento) o quando la P.A., dietro lo schermo dell'annullamento in autotutela, intervenga direttamente sul contratto per vizi suoi propri, anziché sulle determinazioni prodromiche in sé considerate"* (Sez. Un. cit. 9861/2015).

Sub ii) Azione giurisdizionale volta all'accertamento della nullità del contratto, per violazione di norme imperative ex art. 1418 c.c., per illiceità della causa e/o per impossibilità dell'oggetto.

8. In alternativa alla procedura amministrativa sopra evidenziata, relativa all'esercizio dei poteri di autotutela, che colpiscono gli atti della fase precontrattuale, l'Amministrazione comunale può agire in sede giurisdizionale per chiedere l'accertamento della nullità del contratto, sulla base dei seguenti motivi di nullità.

8.1. Violazione di norme imperative.

L'art. 1418 c.c. prevede come noto, che *"il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative salvo che la legge disponga diversamente"*.

In primo luogo, nella specie, si è contravvenuto a norme imperative anzitutto violando il divieto di stipulare il contratto, in assenza delle condizioni di immediata eseguibilità dei lavori (art. 71, comma 3, d.P.R. 455/1999). Come rilevato dalla Procura, il contratto non avrebbe dovuto essere stipulato, in quanto le aree non erano accessibili e quindi non vi erano le condizioni per l'immediata esecuzione dei lavori. Sul punto, l'art. 71, comma 3 d.P.R. 554/1999, prevede che *"in nessun caso si procede alla stipulazione del contratto, se il responsabile del procedimento e l'impresa appaltatrice non abbiano concordemente dato atto, con verbale da entrambi sottoscritto, del permanere delle condizioni che consentono l'immediata esecuzione dei lavori"*. Tale disposizione ha carattere imperativo (Cass. civ. Sez. I, 18.5.2015, n. 10074).

In secondo luogo, in sede di predisposizione degli atti di gara sono stati inseriti requisiti di partecipazione talmente limitativi, da rendere di fatto assente un confronto concorrenziale e conseguente frustrazione dei principi a base dell'evidenza pubblica. Al riguardo, si osserva che le procedure da seguire per la selezione del contraente privato costituiscono norme imperative, la cui violazione determina la nullità del contratto: *"nel contratto di appalto pubblico l'omissione della gara prescritta dalla legge per l'individuazione del contraente privato - omissione cui deve equipararsi l'espletamento meramente apparente delle formalità previste dalla legge - comporta la nullità del contratto per contrasto con norme imperative, da individuarsi nel complesso della disciplina"* (Cass. Civ., n. 11031/2008; cfr. anche Cass. Civ. n. 3672/2010, secondo cui *"l'elusione delle garanzie di sistema a presidio dell'interesse pubblico prescritte dalla legge per l'individuazione del contraente privato più affidabile e più tecnicamente organizzato per l'espletamento dei lavori, comporta la nullità del contratto per contrasto con le relative norme inderogabili (L. n. 14 del 1973, L. n. 584 del 1977, L. n. 741 del 1981, L. n. 687 del 1984). Dette norme sono poste a tutela di interessi indisponibili, quali l'imparzialità e la legalità della azione amministrativa e la tutela del libero mercato, con la conseguenza che "la violazione di queste norme integra una autonoma e concomitante causa di nullità del contratto"* (cfr. TAR Piemonte, Sez. II; 24.11.2014 n. 1906). In particolare, si afferma che *"la nullità ex art. 1418, comma 1, c.c., del contratto di appalto per contrasto con le norme imperative in materia di procedimenti di evidenza pubblica - tali essendo quelle attinenti alla fase di scelta del contraente che, nei procedimenti di formazione dei contratti ad evidenza pubblica, è regolata da norme di diritto pubblico (C.d.S., V, 5 marzo 2003, n. 1218) -, discendente dalla violazione dell'art. 25 d.lg. 17 marzo 1995 n. 157, può essere rilevata d'ufficio dal giudice ex art. 1421 c.c. quando ciò sia necessario per la decisione della lite"* (TAR Puglia Lecce, sez. II; 02 maggio-2004, n. 2775).

8.1.1. In terzo luogo, si evidenzia la violazione della disciplina sulle varianti. Nella specie, le varianti approvate prevedono delle modifiche talmente consistenti da stravolgere completamente l'oggetto del contratto, che, essendo diverso da quello originariamente affidato, avrebbe presupposto l'espletamento di una nuova gara.

Sul punto, si osserva che l'art. 132 d.lgs. 163/06, ammette la possibilità per la stazione appaltante di introdurre varianti in corso d'opera soltanto in casi tassativamente

individuati, e segnatamente: *a)* per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari; *b)* per cause impreviste e imprevedibili o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale; *c)* per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisi o non prevedibili nella fase progettuale; *d)* nei casi previsti dall'articolo 1664, comma 2, del codice civile; *e)* per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; *e-bis)* nei casi di bonifica c/o messa in sicurezza di siti contaminati ai sensi della Parte quarta, Titolo V, del d.lgs. 152/2006.

Al di fuori di tali casi, l'art. 132 cit. comma 3, ammette soltanto interventi per risolvere aspetti di dettaglio, che siano contenuti entro un importo non superiore al 5 per cento "delle categorie di lavoro dell'appalto" e che non comportino un aumento dell'importo del contratto stipulato per la realizzazione dell'opera, nonché "varianti in aumento o in diminuzione", finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, sempreché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula e non comportino un aumento dell'importo del contratto originario superiore al 5 per cento.

Il procedimento per l'approvazione delle varianti è disciplinato dall'art. 161 d.P.R. 207/2010, che, per quanto interessa, al comma 16, sancisce espressamente il divieto di introdurre modifiche essenziali alla natura dei lavori oggetto dell'appalto.

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che la tassatività dei motivi che legittimano le varianti in corso d'opera e il divieto di introdurre modifiche essenziali alla tipologia di lavori, risponde ad esigenze di tutela della concorrenza e della parità di condizioni e di trattamento dei partecipanti alle gare (Consiglio di Stato, Sez. V, 13.11.2002, n. 6281), che sarebbero lese se il progetto dell'opera posto a base di gara fosse modificato nella fase di esecuzione contrattuale per cause previste o prevedibili al momento della progettazione o comunque in modo sostanziale, per quantità o qualità (cfr anche, Cons. Stato, Sez. V, 18.1.2006 n. 126). Infatti, non è consentito alle

Amministrazioni appaltanti rinegoziare con il soggetto prescelto come contraente a seguito di procedura ad evidenza pubblica gli elementi fondamentali del contratto, tra cui sono da comprendere senz'altro l'oggetto dell'appalto ed il relativo prezzo, in quanto attraverso una successiva modulazione di questi, in sostanza, si determina uno svilimento della stessa procedura selettiva attraverso l'introduzione di elementi del tutto nuovi o diversi, per qualità o quantità, tali da alterare irrimediabilmente gli stessi risultati di gara, che ove condotta sulla base dei rinnovati elementi avrebbe potuto avere diverso sviluppo, attraverso una diversa componente partecipativa alla stessa, ed anche, in ipotesi, diversa conclusione, con l'individuazione di altro contraente (cfr. T.A.R. Lazio Roma Sez. I bis, 24.2.2005, n. 1467).

Sul punto, l'ANAC ha chiarito che la variante deve avere necessariamente *“carattere accessorio rispetto all'opera progettata e contrattualmente stabilita in quanto - in caso contrario - si è in presenza non già di una modificazione del progetto, ma di un nuovo contratto”* (cfr. ANAC, parere AG 4/2011 del 9.6.2011). In particolare, si è affermato che *“la connotazione di ‘sostanzialità’ o meno di una variante nel settore dei contratti pubblici deve essere determinata caso per caso, con riferimento alle modifiche intervenute, alla natura delle lavorazioni e all'incidenza delle stesse sul progetto originario, nonché ai costi ed ai tempi della modifica”* (ANAC cit. parere n. 4/2011). Pertanto, con l'approvazione delle varianti non devono essere modificate sensibilmente né le quantità complessive, né le categorie e le classificazioni delle opere da realizzarsi.

Nel caso di specie, entrambe le perizie di variante sono state adottate in assenza dei presupposti di legge ed hanno comportato modifiche “sostanziali” al progetto originario, in modo da pregiudicare addirittura la funzionalità, nonché configurare un'ipotesi di violazione delle norme a presidio dell'evidenza pubblica, il cui rispetto avrebbe imposto l'espletamento di una gara ed un nuovo affidamento.

In particolare, la perizia di variante n. 1, con la quale si è prevista la realizzazione del c.d. *pennello sperone* via mare, anziché via terra come previsto nel progetto esecutivo, è stata motivata con riferimento a difficoltà legate al transito di automezzi pesanti nel centro della città, ritenute circostanze impreviste ed imprevedibili (ex art. 132, lett. c) d.lgs. 163/06). Tuttavia, gli aspetti legati alla circolazione avrebbero dovuto essere adeguatamente valutati già in sede di progettazione, e non possono

integrare quindi legittimo motivo di variante. Inoltre, come rilevato dalla Procura, né il progetto definitivo né quello esecutivo imponevano di realizzare lo "sperone" soltanto con mezzi operanti via terra, e quindi non sarebbe stata necessaria alcuna variante, non avendo l'impresa diritto alla corresponsione di alcuna somma aggiuntiva.

La perizia di variante n. 2 ha invece introdotto modifiche sostanziali all'opera appaltata, che - come rilevato anche dalla CTU resa in sede di accertamento tecnico preventivo - è stata profondamente alterata, con una consistente riduzione della funzionalità dell'opera stessa. Infatti, essa, da un lato, ha previsto l'adozione di una tipologia strutturale completamente diversa per la banchina di nord-ovest e per il "martello", cioè una struttura in cassoni di cemento armato in luogo di una struttura su pali a giorno, con un aumento esponenziale dei costi di costruzione (oltre 8 milioni di euro aggiuntivi); dall'altro, per compensare tale aumento dei costi, ha disposto lo stralcio di una serie di opere previste dal contratto originario, necessarie per garantire la funzionalità del Porto commerciale: il Centro Servizi e Magazzini, e i relativi impianti tecnologici; la pavimentazione di tutta l'area del Centro Servizi, la dotazione di attrezzature di banchina e la sistemazione a verde; il dragaggio del canale di accesso e di parte della zona interna del Porto, per la mancata bonifica dei fondali.

Il risultato dello stralcio di tali lavorazioni è che le opere appaltate non hanno la funzionalità prevista nel progetto originario, essendo venute meno tutte le opere necessarie a garantire i servizi portuali e i collegamenti della nuova banchina con la terraferma, e risultando preclusa la possibilità per le imbarcazioni di maggiori dimensioni di entrare nel porto, vanificando in parte lo stesso scopo dell'ampliamento del Porto. Ciò costringerà l'Amministrazione, per completare le opere e garantire la funzionalità attesa, a realizzare le opere stralciate mediante ulteriori affidamenti, con inevitabili ritardi e incremento dei costi.

8.2. Sulla nullità del contratto per illiceità della causa.

Tra le cause di nullità del contratto, l'art. 1418 c.c. ricomprende "l'illiceità della causa", che, a mente dell'art. 1343 c.c. si ravvisa quando la causa "è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume".

In questa sede, senza volersi soffermare sulle diverse teorie elaborate dalla dottrina in ordine alla nozione di causa del contratto - intesa, secondo una concezione oggettiva, come funzione economica e sociale del negozio, ovvero, secondo una

concezione soggettiva, quale lo scopo o l'obbiettivo che si propone l'un contraente quando si obbliga nei confronti dell'altro (cfr. sul punto, A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988) - ci si limita ad osservare che il profilo dell'illiceità della causa rappresenta la funzione di controllo che l'ordinamento esercita sugli atti di privata autonomia. In sostanza, l'ordinamento fa ricorso alla causa illecita per negare effetti ad iniziative ed operazioni che contrastano con i propri fini, quali risultanti espressamente da norme imperative o dai principi costituenti l'ordine pubblico o il buon costume (cfr. DI MAJO, cit.).

L'illiceità della causa, può riguardare, come chiarito dalla dottrina, anche i negozi tipici - come il contratto di appalto - e si determina nei casi in cui le parti hanno perseguito uno scopo contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (cfr. G.ALPA, *Istituzioni di Diritto Privato*, Torino 1997, pag. 843).

In giurisprudenza, si è affermato che l'illiceità giuridica della causa è data dal fatto che *"la determinazione causale di chi compie il negozio è rivolta ad un risultato pratico oggettivamente contrario alle norme contemplate dal legislatore. L'illiceità dello scopo pratico immediato, cioè dell'interesse concreto sottostante alla causa, si comunica a questo e trasforma il negozio in uno strumento di fini antisociali, la cui attuazione è riprovata e combattuta dall'ordine giuridico, risolvendosi sostanzialmente in un abuso della funzione strumentale del negozio"* (Cass. Civ., sez. I, 13.6.1957 n. 2213).

Più di recente, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che la nullità del contratto per illiceità della causa *"è configurabile anche nei contratti tipici, qualora un determinato schema negoziale venga utilizzato per il perseguimento di finalità contrarie ai principi giuridici ed etici fondamentali dell'ordinamento"* (Cass. Civ., Sez. I, 4.1.1995, n. 118; 11.1.1073 n. 68; cfr. anche, Sez. II, n. 826 del 29.1.1983 secondo cui *"l'illiceità della causa - sia nell'ipotesi di contrarietà della stessa a norme imperativa, all'ordine pubblico o al buon costume (art. 1343 cod. civ.) sia nell'ipotesi di utilizzazione dello strumento negoziale per frodare la legge (art. 1344 cod. civ.) - deve essere inerente alla funzione obiettiva che intenzionalmente entrambe le parti attribuiscono al negozio per il raggiungimento di una comune finalità contraria alla legge"*).

8.2.1. Nella fattispecie, come detto, secondo la Procura, il contratto di appalto e i successivi atti aggiuntivi sarebbero frutto di una serie di delitti, contro la fede pubblica e contro la pubblica amministrazione, connessi e/o comunque collegati ai procedimenti amministrativi per la costruzione del Porto.

La Procura ipotizza infatti la sussistenza di una vera e propria associazione a delinquere tra esponenti dell'Amministrazione e delle imprese appaltatrici, avente lo scopo di consentire la cantierabilità dell'opera pubblica; l'affidamento dell'appalto e la stipula del contratto, in assenza dei necessari presupposti di legge, mediante il confezionamento di atti amministrativi illegittimi.

Nella ricostruzione della Procura vi sarebbe stata inoltre una precisa "strategia operativa tecnico-amministrativa (perizia di variante n. 1; riserve; transazione; perizia di variante n. 2; fossa di varo) per consentire indebitamente la sopravvivenza dell'appalto aggiudicato dal Comune di Molfetta, nonostante l'impraticabilità dei fondali interessati dai lavori a causa della presenza di migliaia di ordigni bellici" (cfr. pag. 9 avviso di conclusione delle indagini preliminari).

Più in particolare, secondo la Procura, le molteplici illegittimità dei procedimenti amministrativi sopra evidenziati - validazione del progetto definitivo a base di gara, in violazione dell'art. 47 d.P.R. n. 554/1999; stipulazione del contratto in assenza delle condizioni per l'immediata esecuzione dei lavori, in violazione dell'art. 71, d.P.R. cit. 554/1999; illegittima aggiudicazione a favore dell'ATI CMC di Ravenna, la cui offerta introduceva una variante sostanziale; illegittima approvazione del progetto esecutivo dell'impresa, che incrementava il costo dell'opera riconoscendo all'ATI somme non dovute, e sua validazione del progetto esecutivo, nonostante l'impraticabilità dei fondali; approvazione delle due perizie di variante in assenza dei presupposti di legge - sarebbero state finalizzate a procurare all'ATI un ingiusto profitto, integrando specifiche ipotesi di reato (cfr. capi di imputazione lettere A - Z nell'avviso di conclusione indagini).

Insomma, secondo la Procura, lo strumento contrattuale dell'appalto (e relativi atti aggiuntivi) sarebbe stato utilizzato da entrambe le parti per il perseguimento di finalità illecite, al fine di trarre un indebito profitto e di consentire l'avvio e la prosecuzione dei lavori per un'opera allo stato non realizzabile. Se tale ipotesi

accusatoria dovesse rivelarsi fondata, ne deriverebbe la nullità del contratto per illiceità della causa.

8.3. Sulla nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto.

Come noto, costituisce causa di nullità del contratto, a mente dell'art. 1418 c.c., *“la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346”*, secondo cui *“l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile”*.

In particolare, si ritiene che l'oggetto sia impossibile quando la prestazione sia insuscettibile di essere effettuata per la sussistenza di impedimenti originari di carattere materiale o giuridico che ostacolano in modo assoluto il risultato cui essa è diretta (cfr. Cass. Civ., Sez. II, 21.5.2001, n. 6927). La giurisprudenza ha avuto modo di affermare, in materia di appalti di opera pubblica, che *“la nullità del contratto o della singola clausola contrattuale, per l'impossibilità della cosa o del comportamento che ne forma oggetto, richiede che tale impossibilità, oltre che oggettiva e presente fin dal momento della stipulazione, sia anche assoluta e definitiva, rimanendo ininfluenti a tal fine le difficoltà, più o meno gravi, di carattere materiale o giuridico, che ostacolano in maniera non irrimediabile il risultato a cui la prestazione è diretta”* (Cass. civ., sez. I, 1.9.2011, n. 18002; cfr. anche, in materia di lavoro, Cass. Civ., Sez. Lav., 20.4.1998 n. 4013).

Nella specie, sussistono i presupposti affinché il contratto sia dichiarato nullo per impossibilità dell'oggetto, dal momento che, come detto, sin dal momento dell'indizione della gara e della stipula del contratto medesimo, i lavori non potevano essere realizzati per la presenza di migliaia di ordigni bellici. Vi era quindi un impedimento assoluto a completare l'opera, secondo il progetto messo a base di gara, non essendo state svolte le necessarie operazioni di bonifica. Peraltro, l'impossibilità di completare l'opera tuttora persiste, dato che sono ancora in corso le operazioni di bonifica di una parte dell'area portuale interessata dai lavori.

8.3. Per ottenere la dichiarazione di nullità del contratto, sia essa per violazione di norme imperative, per illiceità della causa e/o per impossibilità dell'oggetto, occorrerà in ogni caso agire innanzi al giudice ordinario, in base al principio generale in tema di giurisdizione, enunciato dalla Corte di Cassazione, secondo cui *“nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della P.A. spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti ed*

atti assunti prima della aggiudicazione (e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto), mentre sussiste la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice dei diritti nella successiva fase afferente l'esecuzione del rapporto, fase aperta dalla stipula, nella quale si è entrati a seguito della conclusione - con l'aggiudicazione - di quella pubblicistica (Cass. Ord. 13-3-2009 n. 6068; Cass. 11-1-2011 n. 391; Cass. Ord. 5-4-2012 n. 5446)" (Sez. Unite, Ord., 8.7.2015, n. 14188). Pertanto, appartengono al giudice ordinario "le controversie concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, nonché quelle rivolte ad accertarne le condizioni di validità e di efficacia e di ottenerne la declaratoria di nullità o inefficacia, ovvero l'annullamento, posto che anche esse hanno ad oggetto non già i provvedimenti riguardanti la scelta dell'altro contraente, ma il rapporto privatistico discendente di negozio; e gli eventuali vizi di questo devono essere esaminati esclusivamente dal giudice ordinario competente a conoscerne l'intera disciplina; nell'ambito delle patologie ed inefficacie negoziali, rientrano non soltanto quelle inerenti la struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute, ma anche quelle derivanti da irregolarità-illegittimità della procedura amministrativa a monte, perciò comprendenti anche le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono i singoli atti): perciò accertabile incidentalmente da parte di detto giudice, al quale le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento in parte qua ad opera del giudice amministrativo" (Cass. civ. [ord.] Sez. Un. 5.4.2012 n. 5446).

Questa soluzione appare maggiormente cautelativa per l'Amministrazione comunale, in quanto sarà il giudice a dover accertare la validità o meno del contratto sottoscritto con l'ATI; tanto più che nel caso in cui si dovesse optare per la prima soluzione, potrebbero sorgere contestazioni circa la tempestività dell'esercizio del potere di autotutela, poiché la legge prevede come detto un termine di 18 mesi dalla sottoscrizione del contratto (anche se eventualmente è possibile ancorare la decorrenza del predetto termine al provvedimento di dissequestro o all'ultimo parere dell'ANAC).

Nelle more dell'accertamento giurisdizionale, l'Amministrazione sembra essere al riparo da eventuali richieste risarcitorie da parte dell'ATI appaltatrice, in quanto il contratto risulta ineseguibile - e quindi di fatto sospeso - in virtù dell'ordinanza del G.I.P. di Trani in data 24.9.2013, che ha disposto il sequestro preventivo delle aree di

PROF. AVV. VINCENZO CERULLI IRELLI

cantiere, alla luce del fatto che il provvedimento di dissequestro condizionato del 15.5.2015, secondo l'interpretazione della Procura, preclude allo stato la prosecuzione dei lavori, rendendosi necessaria una nuova procedura selettiva ai fini dell'affidamento di un "nuovo progetto complessivo" delle opere portuali, "comprendente in via prioritaria le opere di messa in sicurezza e bonifica delle aree di intervento".

Sul punto, si evidenzia che con parere n. 61/2015 in data 23.2.2016, la Seconda Sezione del Consiglio dei Lavori Pubblici, senza entrare nel merito tecnico del progetto dei lavori di messa in sicurezza trasmesso, ha restituito il progetto stesso all'Amministrazione, esprimendo l'avviso che esso non possa essere accettato perché non rispondente alle prescrizioni indicate dalla Procura nel provvedimento di dissequestro condizionato, in ordine al divieto di proseguire le opere di cui al contratto originario.

Il Comune dovrà dunque adottare una delibera di Giunta Comunale che disponga la proposizione dell'azione di nullità. Inoltre, dovrà comunicare all'ATI appaltatrice che, alla luce dei pareri espressi dalla Procura, dall'ANAC e dal Consiglio Superiore LLPP, il contratto non può trovare ulteriore esecuzione, perché *nullo ab origine*, informandola dell'imminente avvio dell'azione giurisdizionale per la dichiarazione della nullità. In conseguenza, le aree di cantiere dovranno essere sgomberate dai mezzi e delle attrezzature di proprietà dell'ATI appaltatrice tuttora ivi presenti.

Si resta a disposizione per ogni ulteriore chiarimento sulla questione in oggetto.

prof. avv. Vincenzo Cerulli Irelli

