



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Delibera n. 345 del 17 aprile 2019**

**Fascicolo n. 3355/a/2017**

**Oggetto:** Bando pubblico per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico anni 2016/2021. S.A. Comune di Fuscaldo (CS). C.I.G. 6667998E02.

### **Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**

Visti il d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 ed il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture

#### **Premessa**

Con nota acquisita al prot. ANAC n. 97887 del 3.8.2017, è pervenuto all'Autorità un esposto con il quale venivano segnalate alcune presunte illegittimità nella procedura di affidamento del servizio di trasporto scolastico anni 2016/2021 (C.I.G. 6667998E02). Importo a base di gara €.480.667,00 (IVA escl.).

In data 25.5.2018, prot. ANAC n. 44839, l'Autorità inviava, in dipendenza del sopra indicato esposto, una comunicazione di avvio del procedimento istruttorio.

In data 19.6.2018, prot. ANAC n. 53172, il Comune di Fuscaldo inviava una nota di controdeduzioni con la quale, tra l'altro, specificava che, a seguito della sentenza n. 250/2017 del TAR Calabria, con Determina n. 58 del 20.2.2017 era stato risolto il contratto in oggetto con il precedente affidatario e, contestualmente, aggiudicato alla seconda classificata "Duo Service S.r.l." il servizio di trasporto scolastico anni 2016/2021. C.I.G. 6667998E02. Inoltre, la stessa S.A. asseriva che "Preliminarmente, si ritiene utile far rilevare che il contratto in questione, anche ai fini della delimitazione del perimetro normativo cui lo stesso è sottoposto, per come si rileva dalla legge di gara (Sez. VI – altre informazioni-punto 16) è fattispecie esclusa dall'applicazione del d.lgs. 163/2006, fatta eccezione per le disposizioni espressamente richiamate dal bando e dal disciplinare di gara. Risulta evidente che l'appalto in questione è altresì sottratto all'applicazione del d.lgs. 50/2016, atteso che la pubblicazione del relativo bando è avvenuta in data antecedente all'entrata in vigore di tale provvedimento legislativo". La stessa S.A. affermava che tutte le verifiche di rito ex art. 38 del d.lgs. 163/2006 erano state regolarmente effettuate ed era stata accertata l'insussistenza in capo alla "Duo Service S.r.l." di cause ostative all'instaurazione del rapporto contrattuale in oggetto.

In data 17.10.2018, prot. ANAC n. 85579, l'Autorità inviava al Comune di Fuscaldo una richiesta di integrazione documentale riguardante la polizza relativa alla cauzione definitiva stipulata dall'O.e. Duo Service S.r.l. per l'affidamento definitivo del servizio in oggetto.

In data 6.11.2018, prot. ANAC n. 90793, perveniva all'Autorità la nota del Comune di Fuscaldo prot. n. 10645 del 6.11.2018 con allegata la copia della polizza fideiussoria rilasciata all'O.e. Duo Service S.r.l., rilasciata (...omissis...) n. 2018/13/6408035 del 30.7.2018.

In data 8.3.2019, prot. ANAC n. 19332, l'Autorità inviava al Comune di Fuscaldo la comunicazione delle risultanze istruttorie invitando la S.A. a fornire le proprie controdeduzioni in merito nel termine di gg. 20 dal ricevimento della relativa PEC.

Alle suddette CRI il Comune di Fuscaldo non ha ritenuto di inviare alcuna ulteriore controdeduzione.

### **Attività istruttoria**

Il procedimento in oggetto nasce da un esposto con il quale veniva prospettato un eventuale mancato controllo, da parte della S.A. Comune di Fuscaldo, dei requisiti d'ordine generale richiesti alla ditta "Duo Service S.r.l." che, sempre a detta del segnalante, risulterebbe essersi aggiudicata la gara in oggetto, nonostante la presenza in capo allo stesso O.e. "Duo Service S.r.l." di pregresse risoluzioni contrattuali per grave inadempimento e di varie condanne penali per gravi reati a danno dello Stato o della Comunità, passate in giudicato, a carico del suo legale rappresentante (...omissis...).

La S.A. nelle proprie memorie ha, al contrario, sostenuto la piena regolarità delle verifiche sui requisiti di ordine generale della "Duo Service S.r.l." e di non aver riscontrato alcun elemento ostativo all'affidamento del contratto e, di conseguenza, con delibera n. 18 del 27 febbraio 2018 l'appalto veniva aggiudicato allo stesso O.e. Tale affermazione contrastava, tuttavia, con quanto rilevato in sede istruttoria dall'UVSF dell'Autorità, in quanto il legale rappresentante della "Duo Service S.r.l." risultava essere stato condannato in data 7.11.2012 alla pena di €7.500,00 di multa per avere in una procedura di gara, sempre per l'espletamento di un servizio di trasporto scolastico, espletata dal Comune di Luzzi (CS), dichiarato falsamente di non avere a proprio carico alcun precedente penale, pur risultando a suo carico due pregresse sentenze penali irrevocabili di condanna emesse dal Tribunale di Lagonegro in data 15.10.2009 e in data 23.3.2011.

### **Valutazioni**

Oggetto di valutazione è l'operato delle stazione appaltante Comune di Fuscaldo che non ha espletato i dovuti controlli sui requisiti di ordine generale a fronte delle autocertificazioni presentate dal legale rappresentante della "Duo Service S.r.l.", non disponendo nello specifico l'esclusione dalla gara di un concorrente che, come risulta dalle precedenti condanne, aveva già reso dichiarazioni omissive sull'esistenza di diversi ed ostativi precedenti penali a suo carico.

A tal riguardo si rammenta, anche nell'ipotesi prospettata dalla S.A. della sottoposizione di detta procedura di gara al precedente d.lgs.163/2006, visto che la determina a contrarre risalirebbe al 15.4.2016, che l'art. 38, comma 1, dello stesso d.lgs. 163/2006 prescriveva l'esclusione dalle gare pubbliche dei concorrenti "nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale".

Il comma 2 dell'art. 38, stabiliva che "2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente

non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione”. Come specificato nella determinazione dell’Autorità n. 4 del 10 ottobre 2012, la dichiarazione di cui all’art. 38, comma 2, deve essere completa e, con particolare riferimento alla lettera c) del comma 1 dell’art. 38, tale dichiarazione deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dalla entità del reato e/o dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete esclusivamente alla stazione appaltante. Pertanto, oltre all’ipotesi di falsità, l’omissione o l’incompletezza delle dichiarazioni da rendersi ai sensi dell’art. 38, costituiscono di per sé motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica anche in assenza di una espressa previsione del bando di gara. (cfr parere AVCP 16 maggio 2012, n. 74 e Cons. St., sez III, 3 marzo 2011, n. 1371). Secondo un costante orientamento giurisprudenziale dell’epoca, infatti, indipendentemente dalla presenza di un espresso riscontro nella normativa di gara, l’operatività dell’art.38, globalmente inteso, deve ammettersi in virtù della dovuta etero integrazione delle disposizioni del bando di gara, concernenti il contenuto delle offerte, con le prescrizioni legislative di natura obbligatoria e tassativa contenute nel Codice dei Contratti pubblici (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez.III, 29 novembre 2010, n.2734). Ciò in forza del generale principio della necessaria etero integrazione della *lex specialis* con le norme di legge di natura imperativa aventi un chiaro contenuto di ordine pubblico, cui la stazione appaltante non può derogare (cfr. In tal senso, CdS, sez. V, 24 gennaio 2007, n.256).

Ancor più netto il successivo consolidato orientamento giurisprudenziale, (CdS, V, n. 2462/2013; CdS, V, n. 6223/2012; CdS, III, n. 1471/2012) che ha bandito l’applicazione dell’istituto del falso innocuo dalle gare d’appalto, in base all’assunto che nelle procedure di evidenza pubblica la completezza [e, *a fortiori*, l’esistenza] delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente anche, in ossequio al principio di buon andamento dell’amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all’ammissione dell’operatore economico alla gara.

Conseguentemente una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma a prescindere dal fatto che l’impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara. In altri termini, nel diritto degli appalti occorre poter fare affidamento su una dichiarazione idonea a far assumere tempestivamente alla stazione appaltante le necessarie determinazioni in ordine all’ammissione dell’operatore economico alla gara o alla sua esclusione. La dichiarazione *ex* articolo 38, dunque, è utile perché l’amministrazione sulla base di quella può/deve decidere la legittima ammissione alla gara. Conseguentemente la sua difformità dal vero o la sua incompletezza non possono essere sanate nella considerazione di una loro irrilevanza ai fini valutativi.

Per quanto precede, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla esclusione dalla gara oggetto della presente istruttoria dell’impresa già solo in ragione dell’incompletezza (*rectius* ommissività) della dichiarazione resa, in disparte qualsiasi valutazione sulla gravità e rilevanza dei reati ascritti. Entrando, poi, nel merito delle valutazioni relative alla gravità dei reati e alla loro incidenza sulla moralità professionale, dato atto che la legge le rimette pienamente alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante, si rileva nondimeno la necessità che le relative motivazioni siano compiutamente esplicitate nel provvedimento di esclusione ovvero nel verbale di gara. A tal riguardo, infatti, la determinazione n. 1/2010 ha chiarito che “la stazione appaltante è chiamata ad effettuare una concreta valutazione dell’incidenza della condanna sul vincolo fiduciario, mediante una accurata indagine sul singolo fatto, avendo riguardo al tipo di rapporto che deve essere instaurato, alla gravità del reato in relazione alla tipologia del rapporto ed alle condizioni che, in concreto, inducono a ritenere che un vincolo contrattuale con quel determinato soggetto non debba essere costituito, nonché a dare contezza, attraverso congrua motivazione, di avere effettuato la suddetta disamina”.

Nel caso di specie le pregresse condanne riportate, al di fuori di un decreto penale per omissione di contributi assicurativi e previdenziali, riguardano la dichiarazione non veritiera sui requisiti di ordine generale prescritti dall'art. 38, c. 1 lett.b) e c) e c. 2 del d.lgs. 163/2006, vigente all'epoca della pubblicazione del relativo bando di gara.

Dall'analisi del comportamento della S.A. Comune di Fuscaldo risulta gravemente trascurata la verifica dei requisiti di ordine generale dell'affidatario del servizio, constatata la presenza di condanne precedenti anche per "frode nelle pubbliche forniture" ex art. 356 c.p., senza poter escludere che tale comportamento omissivo sia stato volontariamente assunto dalla S.A. che, sia pure portata a conoscenza durante l'attività istruttoria dell'Autorità della evidente mendacità delle autocertificazioni dell'O.e., ha affidato allo stesso tale servizio di trasporto scolastico non valutando neppure l'ipotesi di provvedere in autotutela alla revoca di tale affidamento.

Infine, si deve rilevare che lo stesso Comune di Fuscaldo è stato oggetto di una precedente Delibera dell'AVCP (delib. n. 31 del 16.7.2013) per mancata esclusione in una gara ad evidenza pubblica per il "Servizio di ristorazione scolastica" di altro O.e., avente quale legale rappresentante(...omissis...), in cui è stata rilevata "la non conformità alla normativa degli appalti pubblici e, in particolare, a quanto previsto dall'art. 38, commi 1 lett.c), 1 ter e 2, del d.lgs. 163/2006 e s.m.".

In relazione alla presente istruttoria e per quanto prima considerato, il Consiglio

### **DELIBERA**

- di confermare quanto rilevato nella comunicazione risultanze istruttorie relativamente alla mancata effettuazione dei controlli sui requisiti di ordine generale dell'operatore economico;
- dà mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente deliberazione al Comune di Fuscaldo che dovrà provvedere a comunicare all'Autorità gli eventuali provvedimenti adottati nel termine di 30 giorni dalla notifica della presente deliberazione;
- dà mandato di inviare la presente delibera alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Paola, per gli eventuali profili di competenza.
- dà mandato di inviare la presente delibera al competente ufficio Sanzioni dell'Autorità, per l'eventuale seguito di competenza.

Il Presidente f.f.  
*Francesco Merloni*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 7 maggio 2019

Il Segretario Maria Esposito