



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 770 del 13 luglio 2016

Oggetto: Fascicolo 1220/2016 – PA 1258 – Procedura aperta ai sensi del d.lgs. n. 163/2006, parte III per l'affidamento di un Accordo Quadro di lavori, ai sensi dell'art. 222 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. per la realizzazione delle opere anticipate del Nodo di Bari tratta sud Bari C.le-Bari Torre a Mare nell'ambito degli interventi di cui al d.l. 133/2014 convertito in l. 164/2014 cd. "Sblocca Italia" CIG: 61972314CD

Stazione appaltante: Italferr S.p.A. per conto di RFI S.p.A.

Esponente: ATI Francesco Comune Costruzioni s.r.l./Infratech Consorzio Stabile

Riferimenti normativi:

- art. 46 d.lgs. 163/2006 e s.m.
- art. 75 d.lgs. 163/2006 e s.m.
- art. 113 d.lgs. 163/2006 e s.m.
- art. 206 d.lgs. 163/2006 e s.m.
- art. 339, co. 2, d.p.r. n. 207/2010

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13.7.2016;

Visto l'articolo 19, comma 2, del 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;

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori;

Considerato in fatto

Con note acquisite al protocollo ANAC n. 33723 del 29.2.2016, n. 42898 del 15.3.2016 e n. 54321 del 5.4.2016, la costituenda ATI Francesco Comune Costruzioni s.r.l./Infratech Consorzio Stabile segnalava la presentazione da parte dell'ATI risultata aggiudicataria dell'Accordo Quadro in oggetto SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Iurino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l. di una polizza fidejussoria rilasciata dalla FIGC UK Limited, Assured Guaranty UK e AMBAC Assurance UK Limited, che presentava caratteristiche tali da essere considerata falsa, preso atto di quanto indicato nel Comunicato del Presidente dell'Autorità del 17.11.2015 recante "Rilascio polizze fideiussorie false nell'ambito dei contratti pubblici". La circostanza veniva evidenziata anche alla committente Italferr S.p.A. con richiesta di esclusione dalla gara del concorrente risultato aggiudicatario e contestuale diffida a procedere alla sottoscrizione del relativo contratto d'appalto.

Con note acquisite al protocollo ANAC n. 41545 del 11.3.2016 e n. 46624 del 21.3.2016 Italferr S.p.A. comunicava che, a seguito della sopravvenuta conoscenza della falsità della cauzione provvisoria presentata dall'ATI SEMATAF s.r.l., non ha mai preso in considerazione l'esclusione del concorrente dalla procedura di gara e, atteso lo stato del procedimento prossimo alla stipula del contratto, per



Autorità Nazionale Anticorruzione

ragioni di efficienza ed economicità del procedimento stesso, ha ritenuto di non richiedere al concorrente ai sensi dell'art. 46 co. 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. di presentare una nuova cauzione provvisoria bensì di produrre una cauzione definitiva adeguata. Solo a seguito della presentazione di un garante ritenuto adeguato da FS S.p.A. – in attuazione dell'art. 13 del bando di gara - è stata confermata l'aggiudicazione definitiva. L'ATI SEMATAF s.r.l. ha, quindi, tempestivamente presentato una cauzione definitiva corrispondente allo schema tipo allegato al bando di gara.

Avverso la decisione della committente Italferr S.p.A. l'ATI Francesco Comune Costruzioni s.r.l./Infratech Consorzio Stabile richiedeva l'intervento dell'Autorità.

Con nota prot. n. 48214 del 23.3.2016 veniva comunicato l'avvio del procedimento istruttorio nei confronti della società Italferr S.p.A., dell'ATI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Iurino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l., per la verifica della procedura di affidamento dell'Accordo Quadro in oggetto nonché degli atti presupposti e conseguenti. Con la medesima nota veniva richiesta la seguente documentazione:

- copia del bando e del disciplinare della gara d'appalto per l'affidamento dell'Accordo Quadro in oggetto;
- copia dei verbali della gara d'appalto;
- copia delle polizze fideiussorie presentate dall'ATI risultata aggiudicataria;
- copia della documentazione amministrativa concernente le verifiche compiute dalla Stazione appaltante in ordine alla documentazione presentata dall'ATI risultata aggiudicataria;
- copia degli atti relativi ad eventuale contenzioso instauratosi nell'ambito della procedura di gara;
- copia dell'eventuale contratto sottoscritto con l'ATI risultata aggiudicataria.

La committente Italferr S.p.A., con nota acquisita al prot. n. 54171 del 5.4.2016, trasmetteva la documentazione richiesta precisando che non erano stati presentati ricorsi e che non era ancora stato stipulato il contratto con l'aggiudicatario.

Il legale rappresentante della società SEMATAF S.r.l. con l'assistenza del proprio legale, con nota acquisita al prot. n. 53903 del 5.4.2016, presentava una memoria partecipativa al procedimento istruttorio allegando idonea documentazione a supporto e richiedeva l'archiviazione dell'esposto presentato dall'ATI Francesco Comune Costruzioni s.r.l./Infratech Consorzio Stabile. Lo stesso formulava richiesta di audizione personale presso l'Ufficio istruttore.

Dalla documentazione acquisita è emerso quanto di seguito rappresentato.

La Stazione Appaltante Italferr S.p.A., in nome e per conto di RFI - Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., con bando pubblicato sulla GURI in data 8.4.2015 indicava una procedura aperta ai sensi del d.lgs. n. 163/2006 e s.m., parte III per l'affidamento dell'Accordo Quadro di lavori, ai sensi dell'art. 222 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m., per la realizzazione delle opere anticipate del Nodo di Bari tratta sud Bari C.le - Bari Torre a Mare nell'ambito degli interventi di cui al Decreto Legge 133/2014 convertito in Legge 164/2014 c.d. "Sblocca Italia".

Il punto 9 del bando di gara prescriveva che tra la documentazione contenuta nella "busta A" (Documentazione) doveva essere ricompresa, tra l'altro, fidejussione bancaria originale oppure polizza assicurativa originale relativa alla garanzia provvisoria di cui al successivo punto 12 (punto 9.1.14).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Al punto 10 – *Cause di esclusione*¹ prescriveva che costituisce motivo di esclusione immediata anche la mancata costituzione della cauzione provvisoria da parte dei concorrenti.

Il punto 12² del bando di gara, l'allegato 2 e l'annesso al predetto allegato 2 prescrivevano le modalità per la costituzione e la presentazione da parte dei concorrenti della garanzia provvisoria.

¹ 10. Cause di esclusione:

Costituiscono motivo di esclusione immediata quelle irregolarità essenziali che non possono essere sanate ai sensi degli articoli 38 co.2-bis e 46 co.1-ter del d.lgs. 163/2006 senza alterare il contenuto dell'offerta, la certezza in ordine alla sua provenienza, il principio di segretezza e di par condicio tra i concorrenti, quali a titolo esemplificativo e non esaustivo: la mancanza dei requisiti di qualificazione richiesti dal Bando (la cui sussistenza è richiesta a pena di esclusione sin dal momento della presentazione della domanda/offerta); la mancata costituzione della cauzione provvisoria; la mancata sigillatura del plico contenente l'offerta; il mancato pagamento, nel termine fissato, del contributo di cui al punto 9.1.15. del presente Bando (in forza delle indicazioni fornite in materia di contribuzione dalla A.N.AC.); la mancata indicazione in offerta degli oneri per la sicurezza aziendali; ecc. Il "soccorso istruttorio" incontra infatti un limite insuperabile nella necessità di assicurare la certezza, segretezza e non modificabilità dell'offerta e la par condicio tra i concorrenti.

² 12 - Garanzia provvisoria:

Il concorrente è tenuto a presentare (Busta A), fideiussione bancaria originale oppure polizza assicurativa originale relativa alla garanzia provvisoria, redatta in conformità allo schema Allegato n° 2 al presente Bando.

In caso di fidejussione prestata da intermediari finanziari, il Concorrente produce il modulo di fidejussione contenente gli estremi dell'autorizzazione al rilascio di garanzie nei confronti del pubblico.

L'ammontare della garanzia è di Euro 407.245,72 pari al 2% (due per cento) dell'importo complessivo presunto dell'Accordo Quadro di cui al punto 3.3. del presente Bando, al netto dell'I.V.A. (comprensivo di oneri per l'attuazione dei piani della sicurezza non soggetti a ribasso).

"Beneficiario" della garanzia dovrà essere RFI.

La garanzia copre:

- la mancata sottoscrizione dell'Accordo Quadro per fatto dell'aggiudicatario nonché la mancata dimostrazione dei requisiti di idoneità necessari ai fini della partecipazione alla gara;
- il mancato pagamento della sanzione pecuniaria di cui al punto 25, lettera s) del presente Bando nel termine fissato dalla Stazione Appaltante per l'integrazione o la regolarizzazione delle dichiarazioni ivi indicate.

In caso di Riunioni di Imprese e di Consorzi di concorrenti di cui all'articolo 2602 del Codice Civile, formalmente non costituiti, devono essere indicate, quali intestatarie della garanzia nel cui interesse questa è prestata, tutte le imprese che intendono costituire il raggruppamento.

Nella ipotesi di subentro di un nuovo soggetto nella posizione di concorrente ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. 163/2006, deve essere novata o ripresentata ex novo la garanzia provvisoria di cui al presente punto, senza altra modifica che la sostituzione dell'intestatario originario con il nuovo soggetto subentrante.

La garanzia provvisoria dell'Aggiudicatario è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione dell'Accordo Quadro.

La garanzia provvisoria dei non aggiudicatari è svincolata automaticamente alla scadenza del trentesimo giorno successivo alla data in cui l'aggiudicazione definitiva diventa efficace, fermo restando che il documento originale comprovante l'avvenuta costituzione della garanzia stessa non verrà materialmente restituito.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il punto 13³ del bando di gara, l'allegato 3 e l'annesso al predetto allegato 3 prescrivevano le modalità per la costituzione e la presentazione da parte del concorrente aggiudicatario della cauzione definitiva.

Con domanda di partecipazione sottoscritta in data 7.5.2015 l'ATI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Iurino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l. chiedeva di partecipare alla procedura di gara dichiarando di allegare, tra l'altro, la documentazione così elencata:

“Fidejussione bancaria originale oppure polizza assicurativa originale relativa alla garanzia provvisoria (accompagnata da certificato di qualità in originale o copia conforme nel caso in cui il concorrente si avvalga del beneficio della riduzione della cauzione di cui all'art. 75, co. 7 del d.lgs. n. 163/2006)”.

Alla domanda venivano, tra l'altro, allegate:

- 1) dichiarazione sostitutiva di conformità all'originale, ai sensi dell'art. 19 del dpr 445/2000, resa dal legale rappresentante della SEMATAF S.r.l. in data 7.5.2015, della certificazione di qualità ISO 9001:2008 n. 16292/07/S rilasciata da RINA Service S.p.A. in data 15.5.2007 in prima emissione, con emissione corrente 5.8.2014 e con scadenza 5.5.2016 nonché fotocopia della medesima certificazione di qualità rilasciata alla SEMATAF S.r.l.;

Sottoscrizione ed attestazione dei poteri del Garante: la firma del “Garante” della Garanzia fideiussoria è autenticata in calce da Pubblico Ufficiale, il quale, oltre all'autenticità della firma, attesta la qualità ed i poteri del firmatario; in alternativa è prodotta, in allegato alla Garanzia provvisoria, una dichiarazione dell'Agente che sottoscrive la Garanzia, resa ai sensi del DPR n°445/2000 e dunque accompagnata da copia di un documento di riconoscimento, con la quale il firmatario attesta inequivocabilmente la propria qualità ed i propri poteri.

³ 13 - Cauzione definitiva:

A garanzia dell'esatto adempimento dell'obbligo di concludere i singoli Contratti Applicativi, assunto con la sottoscrizione dell'Accordo Quadro, e degli obblighi contrattuali assunti con la sottoscrizione dei singoli Contratti Applicativi, l'Aggiudicatario dell'Accordo Quadro dovrà prestare la cauzione definitiva di cui all'art. 11 delle Condizioni Generali di Contratto FS, pari al 10% (dieci per cento) del valore di aggiudicazione dell'Accordo stesso.

Nel caso in cui il ribasso percentuale offerto risulti superiore al 10% (dieci per cento) la garanzia fideiussoria è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10% (dieci per cento); ove il ribasso sia superiore al 20% (venti per cento), la cauzione è aumentata di un punto percentuale per ogni punto percentuale di ribasso superiore al 10% (dieci per cento) fino al 20% (venti per cento) e di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20% (venti per cento).

Tale cauzione potrà essere costituita mediante fidejussione bancaria o polizza assicurativa emessa da Istituti Bancari o assicurativi o da intermediari finanziari con le modalità e secondo il testo di cui all'Allegato n. 3 al presente Bando.

In caso di fidejussione prestata da intermediari finanziari, l'Aggiudicatario produce, il modulo di fidejussione contenente gli estremi dell'autorizzazione al rilascio di garanzie nei confronti del pubblico.

L'Istituto fideiubente sarà sottoposto ad una valutazione di idoneità economico patrimoniale da parte delle competenti strutture del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane.

La garanzia copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento.

La garanzia sarà svincolata nei termini indicati all'articolo 10 dello schema di Accordo Quadro allegato al presente Bando.



Autorità Nazionale Anticorruzione

- 2) dichiarazione sostitutiva di conformità all'originale, ai sensi dell'art. 19 e 47 del dpr 445/2000, resa dal Presidente della COSVIM Soc. Coop. in data 5.5.2015, della certificazione di qualità ISO 9001:2008 n. SQ01670/A rilasciata da CSI CERT in data 28.5.2013 e con scadenza 30.7.2016 nonché fotocopia della medesima certificazione di qualità rilasciata alla COSVIM Soc. Coop.;
- 3) dichiarazione sostitutiva di conformità all'originale resa dall'Amministratore unico della Iurino Moviter S.r.l. in data 5.5.2015, della certificazione di qualità ISO 9001:2008 n. SC 13-3329 rilasciata da S.I.C.I.V. S.r.l. in data 11.4.2013 e con scadenza 10.4.2016 nonché fotocopia della medesima certificazione di qualità rilasciata alla Iurino Moviter S.r.l.;
- 4) dichiarazione sostitutiva di conformità all'originale resa dal Presidente del CdA della Inerti Sud S.r.l. in data 5.5.2015, della certificazione di qualità ISO 9001:2008 n. DCT_989_09/441_15_Q rilasciata da Asacert Assessment & Certification S.r.l. in data 6.4.2009 in prima emissione, con emissione corrente 18.302015 e con scadenza 17.3.2018 nonché fotocopia della medesima certificazione di qualità rilasciata alla Inerti Sud S.r.l.;
- 5) garanzia provvisoria Polizza n. EB/099/Y15 rilasciata dall'istituto fidejubente Assured Guaranty Ltd, con sede legale in Hasilwood House, 60 Bishop London e Direzione Generale ed operativa in 2 Dollins Park, Winston House St. 311, N3 1HF Londra (UK), iscrizione IVASS n. 11.00488, sottoscritta per l'istituto fidejubente dal suo Amministratore e per l'ATI dal legale rappresentante della SEMATAF S.r.l., dal Presidente della COSVIM Soc. Coop., dall'Amministratore unico della Iurino Moviter S.r.l. e dal Presidente del CdA della Inerti Sud S.r.l., polizza emessa in Londra e priva di data; detta polizza risulta emessa nei confronti del RTI SEMATAF s.r.l./ Iurino Moviter s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Sinnica Beton s.r.l./ Inerti Sud s.r.l. (difforme dall'RTI che ha partecipato alla gara ricomprendendo anche Sinnica Beton s.r.l. che non ha partecipato alla gara e non ha sottoscritto la garanzia);
- 6) appendice n. 1 alla garanzia provvisoria Polizza n. EB/099/Y15, contenente la precisazione che il RTI garantito dalla fidejussione era quello costituito dalle società SEMATAF s.r.l./ Iurino Moviter s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Inerti Sud s.r.l. (senza Sinnica Beton s.r.l.), emessa in Londra in data 6.5.2015 e priva dell'autentica notarile della firma del garante.

La cauzione apparentemente rilasciata dalla Assured Guaranty UK Ltd (soggetto abilitato ai sensi della normativa vigente), presentata dall'ATI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Iurino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l. a corredo della propria domanda/offerta, era conforme allo schema di garanzia imposto dalla *lex specialis*.

La Commissione di gara, nominata con Ordine di Servizio Italferr S.p.A. n. 16 del 12.5.2015, nelle sedute per la disamina della documentazione prodotta dai concorrenti, svoltesi in data 13, 20 e 28 maggio 2015, con verbale datato 28.5.2015, ammetteva alla successiva fase di gara n. 10 concorrenti su n. 11. Per il costituendo RTI Consorzio Stabile Unimed Scarl/Doranzo Infrastrutture S.r.l. (consorziate designate Primos Engineering s.r.l. e Manelli Impresa S.r.l.) formulava richiesta di chiarimento in ordine alla cauzione provvisoria presentata, invitando il concorrente a produrre una nuova cauzione. Si riscontra, infatti, dal verbale di gara quanto segue.

In merito alla documentazione prodotta dal RTI di cui sopra la Commissione ha rilevato che la polizza fidejussoria per la cauzione provvisoria n. EB/0070/Y15 rilasciata in data 5 maggio 2015 dalla Assured Guaranty UK Ltd, resa ai sensi del punto 12 del bando integrale di gara in favore di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., aveva ad oggetto l'affidamento di prestazioni diverse da quelle del presente appalto,



Autorità Nazionale Anticorruzione

ovvero riferite alla “Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori per la realizzazione della variante di tracciato della linea ferroviaria Bari-Lecce nel tratto compreso tra Bari Centrale e Bari Torre a Mare, facente parte del riassetto del Nodo di Bari, nell’ambito delle opere relative alla tratta ferroviaria Napoli-Bari di cui al d.l. 133/2014 convertito in l. 164/2014 cd. “Sblocca Italia” CIG: 6049713D16 – CUP:J11C09000000009 – PA 1249”, per un importo a base di gara di Euro 107.521.553,09, importo garantito Euro 1.075.216,00.

Al riguardo la Commissione ha ritenuto di richiedere un chiarimento all’impresa invitandola a produrre la cauzione provvisoria riferita alla gara in oggetto ai sensi del punto 12 del bando integrale di gara.

Con nota Italferr S.p.A. prot. DAS.AP.AL.0046694.15.U del 29.5.2015, trasmessa in pari data a mezzo PEC, venivano richiesti al RTI interessato i suddetti chiarimenti, assegnando per l’adempimento il termine ultimo dell’8.6.2015-ore 12,00, ai sensi dell’art. 38, co. 2-bis del d.lgs. n. 163/2006.

Con nota prot. U39/15 in data 8.6.2015 ore 12:00:59, acquisita al prot. Italferr S.p.A. alle ore 12:01:00, il RTI Consorzio Stabile Unimed Scarl/Doranzo Infrastrutture S.r.l. formulava richiesta di proroga di 24 ore del termine di presentazione della garanzia provvisoria.

La Commissione di gara, riunitasi in seduta riservata in data 8.6.2015 alle ore 14,30, rilevato che entro il termine assegnato non era pervenuto dal RTI Consorzio Stabile Unimed Scarl/Doranzo Infrastrutture S.r.l. il documento richiesto a titolo di soccorso istruttorio e, ritenuta non rilevante la richiesta di proroga formulata, peraltro oltre il termine assegnato, procedeva all’esclusione del citato RTI.

Nella successiva seduta della Commissione di gara del 10.6.2015 venivano aperte le offerte presentate dai concorrenti ammessi e stilata la graduatoria.

Nella successiva seduta del 23.6.2015 la Commissione di gara, acquisita l’indicazione del responsabile del procedimento di non assoggettare le offerte a verifica di congruità, procedeva a dichiarare aggiudicatario provvisorio il RTI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Iurino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l. che aveva offerto il ribasso del 25,270%. Si classificava al secondo posto il RTI Francesco Comune Costruzioni S.r.l./Infratech Consorzio Stabile con il ribasso del 24,24%.

Con provvedimento Italferr S.p.A. prot. DAS.AP.QF.0052781.15.U del 23.6.2015 veniva approvata l’aggiudicazione provvisoria e dichiarata l’aggiudicazione definitiva nei confronti del RTI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Iurino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l. sotto la condizione sospensiva della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara.

Con nota Italferr S.p.A. prot. DAS.AP.0053439.15.U del 25.6.2015 veniva comunicata l’aggiudicazione definitiva al RTI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Iurino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l. classificatosi al primo posto della graduatoria; con la medesima nota venivano richieste, nel termine di dieci giorni, le informazioni per l’avvio della fase di verifica dei requisiti di cui all’art. 11, co. 8 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. nonché il nominativo del soggetto fidejubbente per la costituzione della cauzione definitiva al fine di consentire la verifica di gradimento da parte della struttura di FSI incaricata, in conformità alle disposizioni del gruppo ed all’art. 13 del bando di gara.

Con nota Italferr S.p.A. prot. DAS.AP.0053452.15.U del 25.6.2015 veniva comunicata al RTI Francesco Comune Costruzioni S.r.l./Infratech Consorzio Stabile, classificatosi al secondo posto della graduatoria, l’aggiudicazione definitiva al RTI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop./Iurino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l.

In data 7.9.2015 perveniva alla società Italferr S.p.A. la nota della Procura della Repubblica di Brescia recante l’informativa dell’indagine penale in materia di polizze false tra le quali erano elencate anche quelle sopra riportate.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Con nota Italferr S.p.A. prot. DAS.AP.0071836.15.U del 9.9.2015 veniva conclusa positivamente la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale, di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, nonché dei requisiti di ordine tecnico-economico richiesti nel bando integrale di gara, nei confronti del RTI risultato aggiudicatario.

Con nota Italferr S.p.A. prot. DAS.AP.AL.0071599.15.U del 9.9.2015 veniva richiesto al RTI aggiudicatario di indicare il nominativo di un nuovo soggetto garante con il quale sottoscrivere la cauzione definitiva, al fine di avviare la verifica di gradimento da parte di RFI S.p.A., atteso che gli istituti fidejudenti precedentemente indicati con nota a mezzo PEC in data 7.9.2015 Elite Insurance Company Ltd, Insurance Company Euroins, Gable Insurance AG, non avevano conseguito il gradimento dell'Ufficio preposto di FSI S.p.A.

Con nota Italferr S.p.A. prot. DAS.AP.0072337.15.U del 11.9.2015 veniva dichiarata l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva nei confronti del RTI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Iurino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l. e veniva richiesta la cauzione definitiva, da produrre entro e non oltre 15 giorni. In particolare, richiamata la precedente comunicazione DAS.AP.AL.0071599.15.U del 9.9.2015, venivano richiesti con urgenza gli estremi identificativi di un nuovo soggetto garante con il quale sottoscrivere la cauzione definitiva, al fine di avviare la verifica di gradimento da parte di RFI S.p.A.

Con nota Italferr S.p.A. prot. DAS.AP.AL.0012721.16.U del 24.2.2016 veniva comunicato al RTI Francesco Comune Costruzioni s.r.l./Infratech Consorzio Stabile la verifica positiva della cauzione definitiva, confermando l'aggiudicazione già disposta a favore del RTI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Iurino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l.

Il contratto d'appalto veniva stipulato in data 29.4.2016.

Con la memoria e la documentazione inoltrata il RTI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Iurino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l. rappresentava di aver partecipato alla procedura di gara de quo mediante la presentazione della polizza fidejussoria n. EB/099/Y15 rilasciata dall'istituto fidejubente Assured Guaranty Ltd, con sede legale in Hasilwood House, 60 Bishop London e Direzione Generale ed operativa in 2 Dollins Park, Winston House St. 311, N3 1HF Londra (UK), munita di sottoscrizione con autentica notarile. Dalla polizza allegata dal RTI si riscontrano:

- la polizza fidejussoria n. EB/099/Y15, emessa in Londra e priva di data, nei confronti del RTI SEMATAF s.r.l./ Iurino Moviter s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Sinnica Beton s.r.l./Inerti Sud s.r.l. (difforme dall'RTI che ha partecipato alla gara);
- l'appendice n. 1 alla la polizza fidejussoria n. EB/099/Y15, contenente la precisazione che il RTI garantito dalla fidejussione era quello costituito dalle società SEMATAF s.r.l./ Iurino Moviter s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Inerti Sud s.r.l., emessa a Londra in data 6.5.2015;
- autentica della firma del garante ovvero dell'Amministratore della Assured Guaranty Ltd ad opera di un notaio con sede a Londra, Inghilterra, datata 5.5.2015;
- apostille convention (convenzione di La Haye del 5 ottobre 1961), datata 5.5.2015: nota a corredo di atti pubblici che sono stati redatti sul territorio di uno stato contraente e che devono essere prodotti sul territorio di altro stato contraente.

A fronte dell'emissione della predetta polizza, il RTI di cui sopra documentava che la società SEMATAF s.r.l. aveva effettuato, in data 7.5.2015, il pagamento del relativo premio a mezzo bonifico bancario (Banco di Napoli) di € 2.450,00 in favore della Assured Guaranty UK Ltd eseguito sul conto corrente indicato, con e-mail in data 6.5.2015, dal broker assicurativo incaricato.



Autorità Nazionale Anticorruzione

A seguito dell'intervenuta aggiudicazione, il RTI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop./Turino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l., dopo aver proposto alla committente RFI S.p.A. il nominativo di varie compagnie assicurative, presentava una cauzione definitiva rilasciata da Banca Unicredit S.p.A. con nota in data 16.2.2016 (Fidejussione n. 460011568997 – n. 460011568996), sottoscritta dai legali rappresentanti, giusta autentica notarile in data 16.2.2016. Pertanto, nessuna cauzione definitiva falsa è stata mai presentata.

Solo a seguito della contestazione formulata dal RTI Francesco Comune Costruzioni s.r.l./Infratech Consorzio Stabile, ovvero della circostanza che la società Assured Guaranty Ltd non sarebbe stata abilitata al rilascio di polizze, con nota prot. 250 del 2.3.2016 (trasmessa a mezzo PEC in data 3.3.2016), il RTI formulava richiesta di chiarimenti in ordine alla validità della polizza ricevuta dalla Assured Guaranty Ltd alla Assipulsar Insurance Broker, società a cui il RTI aveva conferito mandato di ricercare sul mercato compagnie di assicurazione che potessero rilasciare, alle migliori condizioni, le polizze richieste per la procedura di gara de quo. Non essendo pervenuta alcuna risposta, in data 17.3.2016, veniva presentata denuncia-querela alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Matera con la quale veniva ricostruito l'accaduto e richiesto di procedere nei confronti di chi si fosse reso colpevole di reati ai danni del RTI. La risposta del broker assicurativo perveniva a mezzo PEC in data 23.3.2016 con la quale la Assipulsar Insurance Broker contestava il contenuto della nota del RTI, riferiva di essersi attenuto ai dettami disposti dal competente organo di vigilanza nello svolgimento della propria attività, diffidava il RTI dall'intraprendere azioni legali.

Evidenziava, inoltre, il RTI SEMATAF s.r.l. che solo in data 18.9.2015 l'IVASS comunicava che la Assured Guaranty UK Ltd aveva cessato di sottoscrivere nuove polizze dal 2010 e che la sua attività era limitata alla sola gestione dei contratti in corso; pertanto fino a quella data non vi era evidenza che la Assured Guaranty UK Ltd non fosse più operante attesa la sua iscrizione nell'elenco delle imprese operanti in Italia dal 3.1.2008, senza limitazione alcuna, e l'assenza di indicazioni nella sezione dell'IVASS dell'elenco degli avvisi relativi a casi di contraffazione o società non autorizzate.

Quanto acclarato dall'IVASS, infine, veniva reso noto dall'ANAC, con comunicato del Presidente del 17.11.2015.

Ciò posto, quindi, ove la garanzia provvisoria rilasciata dalla Assured Guaranty UK Ltd dovesse risultare falsa, il RTI non ritiene possa essere messo in dubbio il ruolo di parte offesa e di vittima della società SEMATAF s.r.l., nonché la diligenza e la buona fede che hanno caratterizzato la condotta della medesima società. Infatti, durante le operazioni di gara nessuno era a conoscenza delle problematiche della garanzia provvisoria emessa da Assured Guaranty UK Ltd; non lo era il concorrente (che aveva acquistato la polizza tramite un broker), non ne aveva contezza né l'IVASS (che ha emesso un comunicato solo in data 18.9.2015) né l'ANAC (che ha emesso un comunicato solo in data 17.11.2015) e neanche il committente Italferr S.p.A. (che ha aggiudicato in via definitiva in data 23.6.2015 e ha dichiarato l'efficacia dell'aggiudicazione in data 11.9.2015); non appena la SEMATAF s.r.l. è venuta a conoscenza della presunta falsità ha richiesto notizie al broker assicurativo ed ha provveduto a sporgere denuncia-querela presso la Procura della Repubblica di Matera.

Pertanto sarebbe inappropriato ogni riferimento alle dichiarazioni mendaci rese ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. trattandosi nel caso in esame di un documento e non di una dichiarazione per il quale la SEMATAF s.r.l. appare estranea alla sua falsa emissione; la fattispecie, invece, va ricondotta all'omessa presentazione della cauzione provvisoria (TAR Lazio, Latina, I 26.10.2015, n. 676).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Nel caso di omessa presentazione della cauzione provvisoria rilevava il RTI SEMATAF s.r.l. che l'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. prescrive l'obbligo di corredare l'offerta di una cauzione a garanzia della sua serietà, senza tuttavia prevedere l'inammissibilità dell'offerta ovvero l'esclusione del concorrente nel caso in cui la garanzia non venga prestata; e ciò a differenza dalla disciplina dettata dall'art. 75, co. 8 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. in materia di cauzione definitiva. In caso di mancata presentazione della cauzione provvisoria, quindi, non potrà essere escluso il concorrente, anche ai sensi dell'art. 46, co. 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. che ha sancito la tassatività delle cause di esclusione (TAR Sicilia, Palermo, Sex. III 23.12.2013, n. 2595).

Anche il bando di gara, che in ipotesi dovesse prevedere l'esclusione dei concorrenti, sarebbe nullo in parte qua ponendosi in contrasto con le previsioni di cui all'art. 46, co. 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. (TAR Sicilia, Catania, IV 28.7.2015, n. 2087).

In esito all'attività istruttoria, con nota prot. n. 72183-72184/2016 venivano comunicate ad Italferr S.p.A., ad RFI S.p.A. al rappresentante legale della società SEMATAF s.r.l. - mandataria dell'ATI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop./Turino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l., al rappresentante legale della società Francesco Comune Costruzioni s.r.l. - rappresentante della costituenda ATI Francesco Comune Costruzioni s.r.l./Infratech Consorzio Stabile, ed al Rappresentante Legale della società Unimed Scarl - rappresentante della costituenda ATI Unimed Scarl/Doronzo Infrastrutture S.r.l. le risultanze istruttorie, come disposto dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 27.4.2016; tali risultanze evidenziavano che:

- 1) che la procedura di affidamento era apparsa contraria ai principi di cui all'art. 2 del Codice dei contratti (parità di trattamento e non discriminazione nonché economicità, efficacia, tempestività e correttezza);
- 2) accertata la falsità delle garanzie provvisorie prestate dai concorrenti, al netto della valutazione del dolo o della colpa grave dei concorrenti stessi che le hanno prodotte in seno al procedimento di gara, ciò che rileva è l'oggettiva falsità dei documenti prodotti; infatti, la produzione di un documento risultato falso si configura quale inadempimento del partecipante agli obblighi sanciti dal bando di gara ed al generale dovere di correttezza nelle trattative precontrattuali, senza che assuma rilievo l'imputabilità psicologica della falsità stessa. Anche se la materiale contraffazione del documento sia stata posta in essere da un terzo incaricato l'impresa concorrente risponderebbe delle falsità rinvenute nella documentazione consegnata alla stazione appaltante;
- 3) a voler superare l'oggettiva falsità della garanzia provvisoria prodotta quanto accertato deve essere comunque considerato alla stregua di una mancata presentazione della garanzia provvisoria stessa, sanzionata dalla *lex specialis* della gara con l'esclusione del concorrente, non potendo trovare applicazione l'art. 46, co. 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.;
- 4) sono apparse carenti le verifiche compiute da Italferr S.p.A. sulle citate garanzie provvisorie sia in sede di gara che nella successiva fase di verifica del possesso dei requisiti del soggetto risultato aggiudicatario;
- 5) era opportuno verificare puntualmente sia nell'ambito del presente procedimento di gara sia in eventuali ulteriori procedimenti di gara la presentazione di ulteriori polizze false accertate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia;
- 6) l'audizione richiesta dal RTI Semataf s.r.l. sarebbe stata posticipata in data successiva qualora ne veniva riconfermata l'esigenza.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Controdeduzioni Italferr S.p.A. – nota prot. ANAC n. 83248/2016 – Italferr S.p.A. ha preliminarmente chiarito che le scelte effettuate nel procedimento di gara hanno risentito del complesso quadro normativo e giurisprudenziale nel quale sono maturate. In particolare ha evidenziato che il bando di gara in parola, a differenza dai bandi precedenti, non considerava motivo di esclusione la irregolarità di una cauzione tempestivamente costituita o la semplice sua mancata allegazione; ciò viene messo in evidenza attraverso la comparazione tra la struttura di un bando Italferr (bando di gara PA1213 – punto 10, lett. q.1.10) pubblicato in data antecedente all’entrata in vigore della nuova disciplina delle cause di esclusione e del soccorso istruttorio ed il bando della gara in oggetto (bando di gara PA1258 – punto 10) pubblicato in data successiva alla riforma degli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. Quest’ultimo, è in linea con i bandi di gara Italferr S.p.A. di ultima generazione che prevedono l’esclusione dalla gara soltanto nelle ipotesi in cui il concorrente incorra in una irregolarità che non possa essere sanata senza una sua sostanziale rimessione in termini, in linea con le indicazioni offerte in materia dall’ANAC con la Determina n. 1 del 8.1.2015, frutto di un equilibrato temperamento del principio della massima partecipazione e della *par condicio*. Pertanto, in linea generale, la presentazione da parte di un concorrente (da presumere in buona fede fino a prova contraria) di una cauzione rilasciata da un soggetto apparentemente idoneo e che solo in un secondo momento sia risultata falsa è stato ritenuto integrare un’ipotesi di mera irregolarità sanabile ai sensi degli artt. 38, co. 2-bis e 46, co. 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. senza alterare il contenuto dell’offerta o comprometterne la paternità e la sua segretezza e non una ipotesi di mancata costituzione della garanzia entro il termine di presentazione dell’offerta (in linea anche con C.d.S., Sez. IV, 29.2.2016, n. 854).

Nel merito della vicenda specifica, invece, ha precisato:

- che, alla data, la commissione di gara ha verificato, con esito positivo, che la società Assured Guaranty UK Ltd figurasse nell’elenco dei soggetti abilitati al rilascio di garanzie presente sul sito dell’IVASS secondo le modalità successivamente confermate dall’ANAC con il comunicato del 21.10.2015;
- che la piccola irregolarità formale rilevata nella garanzia provvisoria presentata dall’ATI Semataf S.r.l., concernente l’errata indicazione tra i componenti dell’ATI della società Sinnica Beton s.r.l. (peraltro non firmataria della polizza), è stata ritenuta dalla commissione di gara frutto di un evidente errore materiale tale da non giustificare una richiesta di regolarizzazione ai sensi della disciplina sul soccorso istruttorio. Ciò anche in considerazione della postilla alla polizza, sottoscritta da tutti i contraenti ma priva della autentica notarile della firma del garante, che tuttavia non impediva alla postilla stessa di assolvere alla funzione confermativa della garanzia provvisoria, questa sì completa dell’autentica di firma del garante con atto notarile e *apostille convention*;
- che l’irregolarità di tutt’altra entità riscontrata nella garanzia provvisoria presentata dal RTI Consorzio Stabile Unimed Scarl/Doranzo Infrastrutture S.r.l. dovesse essere necessariamente regolarizzata con applicazione della sanzione di legge. Pertanto, la commissione di gara, ricorrendo all’istituto del soccorso istruttorio, non ha ritenuto di approfondire ulteriori profili decretando poi l’esclusione del concorrente solo a seguito della mancata regolarizzazione della cauzione da parte del medesimo concorrente;
- che le operazioni di gara sono avvenute a maggio 2015 mentre la comunicazione della Procura della Repubblica di Brescia è intervenuta in data 7.9.2015. Inoltre, la nota della Procura della Repubblica di Brescia datata 2.9.2015, riferita ad indagini pendenti, lasciava intendere che al momento del suo inoltrare non vi fosse ancora alcuna certezza in ordine alla effettiva falsità delle polizze ivi elencate che, alla data, dovevano intendersi pertanto “presunte polizze false” e che le società private fossero



Autorità Nazionale Anticorruzione

vittime e non complici della ipotizzata falsità non essendo emersi elementi, alla data, a carico di società appaltatrici in merito ad un loro coinvolgimento attivo. Pertanto non sussistevano le condizioni per poter mettere in discussione gli esiti della gara d'appalto. Nel contempo con nota in data 21.9.2015 sono state fornite alla Procura della Repubblica di Brescia le informazioni/documentazioni richieste. Diversamente, la nota della medesima Procura della Repubblica di Brescia datata 3.9.2015, pervenuta ad Italferr S.p.A. solo in allegato alla comunicazione risultanze istruttorie dell'ANAC prot. n. 72183 del 5.5.2016, faceva riferimento con maggiore certezza ad un avvenuto accertamento della falsità delle polizze. Comunque, solo in data 18.9.2015, con il comunicato stampa dell'IVASS pubblicato sul proprio sito si è avuta la certezza della criticità relativa alle garanzie provvisorie;

- che per ragioni di efficienza ed economicità, essendo giunti alla vigilia della stipula del contratto d'appalto con il soggetto risultato aggiudicatario risultato in possesso dei requisiti, Italferr S.p.A. ha scelto di non richiedere la regolarizzazione di un documento che a quel momento era divenuto ormai privo della reale funzione giuridica ed economica, destinato poi ad essere assorbito dalla garanzia definitiva di livello superiore, ma richiedere direttamente la presentazione della garanzia definitiva;
- che si è sviluppata una lunga e travagliata fase di verifica della adeguatezza delle cauzioni definitive via via proposte dall'ATI SEMATAF S.r.l. protrattasi oltre il previsto (circa cinque mesi) per i giudizi negativi espressi dalle competenti strutture del Gruppo FSI S.p.A. in ordine all'affidabilità dei garanti designati dall'ATI Semataf S.r.l. Solo quando è stato individuato un istituto fidejubente ritenuto affidabile (Unicredit) è stata confermata l'aggiudicazione a favore del RTI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Turino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l. La conferma dell'aggiudicazione è stata comunicata la RTI Francesco Comune Costruzioni s.r.l./Infratech Consorzio Stabile classificatosi la secondo posto con nota Italferr S.p.A. prot. DAS.AP.AL.0012721.16.U del 24.2.2016. Tuttavia, il contratto d'appalto è stato stipulato solo in data 29.4.2016 ovvero quando erano trascorsi i termini per la proposizione di ricorsi giurisdizionali.
- che la decisione di estromettere dalla gara il migliore offerente avrebbe esposto RFI S.p.A. ed Italferr S.p.A. ad un contenzioso amministrativo con notevoli chance di vittoria per il ricorrente e, quindi, al rischio di subire notevoli perdite di risorse economiche e temporali in aggiunta al danno immediato costituito dalla maggiore entità del prezzo di aggiudicazione.

Italferr S.p.A., infine, alla luce dei chiarimenti e delucidazioni fornite, considerato il complesso quadro in cui le decisioni sono maturate e il momento in cui hanno avuto attuazione, che le decisioni stesse erano in linea con le indicazioni giurisprudenziali e adeguate a salvaguardare l'interesse pubblico, ha richiesto una riconsiderazione dei rilievi mossi.

Controdeduzioni RFI S.p.A. – nota prot. ANAC n. 92750/2016 – RFI S.p.A. ha preliminarmente evidenziato che, essendo la procedura di gara gestita da Italferr S.p.A. in nome e per conto di RFI S.p.A. ai sensi dell'art. 91, co. 7 e art. 218, co. 2 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m., non possedeva elementi per entrare nel merito delle scelte e valutazioni effettuate dalla Commissione di gara e dal responsabile del procedimento di Italferr S.p.A. sulla procedura di gara in parola.

In relazione, invece, alla comunicazione della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia del 2.9.2015 (ricevuta in data 7.9.2015) ha comunicato di aver verificato, con esito negativo, che le polizze ivi elencate fossero correlate a gare bandite da RFI S.p.A., come peraltro riscontrato all'Autorità



Autorità Nazionale Anticorruzione

Giudiziaria. Ha comunicato, inoltre, di aver individuato nell'ambito di un'ulteriore appalto gestito da Italferr S.p.A., relativo alla esecuzione dei lavori per il completamento del raddoppio della rotta Cervaro-Bovino della linea ferroviaria Caserta-Foggia compresa tra le progressive Km 6+200 e Km 29+451" la presentazione ad Italferr S.p.A. da parte dell'impresa aggiudicataria di una cauzione definitiva emessa da Assured Guaranty (UK) LTD – Polizza EB/232/Y15 - rivelatasi falsa e che l'impresa, nel rispetto delle vigenti procedure del gruppo FSI, sta procedendo alla relativa sostituzione. Del predetto accertamento è stata informata la Procura della Repubblica di Brescia titolare delle indagini relative al procedimento penale n. 13228/15 RGNR in relazione alle quali RFI S.p.A. ha avanzato istanza ai sensi dell'art. 335 c.p.p. al fine di procedere ad eventuali ulteriori valutazioni in merito alle possibili azioni da porre in essere a tutela degli interessi societari.

Controdeduzioni dell'RTI Francesco Comune Costruzioni s.r.l./Infratech Consorzio Stabile – nota prot. ANAC n. 87214/2016 – Il RTI, richiamando parzialmente il contenuto della comunicazione risultanze istruttorie prot. ANAC n. 72184 del 5.5.2014, ha ribadito il proprio interesse affinché, anche alla luce delle controdeduzioni formulate da Italferr S.p.A., venga confermato quanto espresso dall'Autorità e vengano adottati gli atti consequenziali da parte di Italferr S.p.A. stessa.

Controdeduzioni dell'RTI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Iurino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l. – nota prot. ANAC n. 87951/2016 e prot. ANAC n. 93176/2016 – Il legale del RTI ha evidenziato, alla luce dell'istruttoria espletata e della documentazione acquisita, il ruolo di vittima incolpevole del RTI Semataf S.r.l. la cui condotta è stata formalmente e sostanzialmente impeccabile. Ritiene pertanto legittima l'aggiudicazione in favore del RTI Semataf S.r.l. essendo peraltro nulle le previsioni della *lex specialis* che sanzionano con l'esclusione le irregolarità riscontrate (TAR Lazio, Latina, I, 26.10.2015, n. 676) richiamati, altresì, i contenuti della Sentenza del C.d.S., IV, 6.4.2016, n. 1377. Peraltro, l'appaltatore ha consegnato alla committente una cauzione definitiva bancaria rilasciata da primario istituto di credito e può dare avvio all'esecuzione dei lavori. Pertanto, ogni diversa soluzione adottata dalla Stazione appaltante risulterebbe iniqua ed ingiustificatamente penalizzante. Infine, nel rigettare le infondate e larvate accuse mosse in riferimento al ruolo svolto dal RTI nell'incresciosa vicenda relativa al rilascio della polizza fidejussoria della Assured Guaranty UK Ltd, ha diffidato il RTI Francesco Comune Costruzioni s.r.l./Infratech Consorzio Stabile a non perdurare nella condotta tenuta, manifestando l'intendimento di depositare atto di denuncia-querela nei confronti di quanti abbiano tenuto condotte penalmente rilevanti. Non veniva confermata la richiesta di audizione precedentemente formulata.

In esito alle controdeduzioni delle parti, con nota prot. n. 93761/2016, veniva richiesto all'Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici dell'Autorità un parere in ordine alle conseguenze della fattispecie riscontrata sul procedimento di gara in parola trasmettendo per completezza istruttoria, tra l'altro, la comunicazione risultanze istruttorie prot. ANAC n. 72183 del 5.5.2016, la memoria Italferr S.p.A. prot. ANAC n. 83248 del 25.5.2016, la memoria ATI Semataf s.r.l. prot. ANAC n. 87951 del 6.6.2016, la nota ATI Francesco Comune prot. ANAC n. 87214 del 1.6.2016.

Con nota prot. n. 100278 del 24.6.2016 l'Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici dell'Autorità, in ordine alle conseguenze della produzione di una cauzione provvisoria falsa riferiva che "l'Autorità e la giurisprudenza amministrativa hanno ritenuto che la produzione della cauzione provvisoria falsa costituisce di per sé causa di esclusione del concorrente (determinazione n. 4/2012 e Consiglio di Stato,



Autorità Nazionale Anticorruzione

sez. IV, 8 dicembre 2013 n. 6088). In ogni caso, la produzione della cauzione falsa equivale, di fatto, alla produzione di una cauzione inesistente, e quindi alla sua mancata produzione, circostanza che non solo costituisce causa di esclusione, ma che non è nemmeno suscettibile di soccorso istruttorio: infatti, nella determinazione n. 1/2015, è stato chiarito che *“tenuto conto che il comma 1-ter dell'articolo 46 ora consente la sanatoria di elementi che devono essere prodotti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara (e la cauzione è un elemento da produrre a corredo dell'offerta in base alla legge), considerato che, ai fini del pagamento della sanzione, la cauzione costituisce solo una garanzia, la novella normativa trova applicazione anche con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria a condizione che quest'ultima sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta e rispetti la previsione dell'articolo 75, comma 5, vale a dire decorra da tale data. Diversamente sarebbe alterata la parità di trattamento tra i concorrenti”*. Alla luce di tali considerazioni e fermo restando che esulano dai fini che rilevano in questa sede le valutazioni in ordine all'imputabilità psicologica del falso, tenuto conto che la polizza falsa è da considerarsi *tamquam non esset*, non è ammissibile l'istituto del soccorso istruttorio per la ripresentazione di un'altra cauzione, che lederebbe la *par condicio*, né appare ammissibile ignorare la mancata produzione della cauzione e richiedere la produzione della cauzione definitiva, in quanto, oltre a ledere la parità di trattamento tra i concorrenti, potrebbe costituire una lesione anche della garanzia che la stessa cauzione provvisoria assolve nella fase di stipula del contratto, nei confronti della stazione appaltante, a tutela dell'ipotesi che la stipula non avvenga per fatto imputabile all'aggiudicatario.”

Ritenuto in diritto

Va preliminarmente evidenziato che l'AVCP con Determinazione n. 1 del 29.7.2014 ha affrontato la questione dell'applicabilità degli artt. n. 75 e n. 113 del d.lgs. n. 163/2006, in tema di cauzioni negli appalti pubblici, ai settori speciali specificando che le citate disposizioni normative, ai sensi dell'art. 206 del medesimo Codice, non rientrano tra le norme di diretta applicazione ai settori cd. “speciali”. Il mancato riferimento espresso alle disposizioni in materia di cauzioni per i settori ordinari comporta che soltanto con la *lex specialis* di gara la stazione appaltante possa discrezionalmente autovincolarsi alla specifica normativa soprarichiamata. Infatti, l'art. 206, co. 3, del d.lgs. n. 163/2006 e s.m., come pure l'art. 339, co. 2, del d.p.r. n. 207/2010, consente agli enti aggiudicatori nei settori speciali di applicare parzialmente o di far riferimento ad altre disposizioni dell'ordinamento giuridico degli appalti, dandone preventiva comunicazione nella *lex specialis*, a patto però che sussista una giusta proporzione tra dette “regole” e la natura, la complessità e l'importanza dell'appalto, senza che ulteriori vincoli procedurali e sostanziali possano ostacolare la massima concorrenza nell'affidamento.

Quando un'impresa pubblica o organismo di diritto pubblico attivi nei settori speciali decidono di richiedere una cauzione, provvisoria o definitiva, di cui gli artt. 75 e 113, necessariamente devono trovare applicazione i principi stabiliti all'art. 2 del Codice.

Nel caso di specie, il bando integrale di gara pubblicato da Italferr S.p.A. al punto 9 richiedeva, tra la documentazione da allegare alla domanda di partecipazione, anche la garanzia provvisoria, come disciplinata al punto 12, all'allegato 2 ed all'annesso al predetto allegato 2; mentre, al punto 13 prescriveva le modalità per la costituzione e la presentazione da parte del concorrente aggiudicatario della cauzione definitiva. Il medesimo bando integrale di gara al punto 10 specificava che costituiva motivo di esclusione immediata anche la mancata costituzione della cauzione provvisoria da parte dei concorrenti. Non può essere condivisa l'interpretazione della citata norma contenuta nel bando, così come formulata da Italferr S.p.A. con le controdeduzioni trasmesse con nota prot. ANAC n.



Autorità Nazionale Anticorruzione

83248/2016, ovvero che detta norma prevedeva l'esclusione dalla gara soltanto nelle ipotesi in cui il concorrente incorreva in una irregolarità che non possa essere sanata senza una sua sostanziale rimessione in termini, in linea con le indicazioni offerte in materia dall'ANAC con la Determina n. 1 del 8.1.2015, frutto di un equilibrato temperamento del principio della massima partecipazione e della par condicio. Appare, invece, di segno opposto la previsione contenuta nella *lex specialis* della gara.

Con le suddette previsioni Italferr S.p.A., per l'affidamento dell'Accordo quadro in parola rientrante nei settori speciali, si è quindi autovincolata all'applicazione delle disposizioni in materia di garanzie provvisorie e definitive previste dagli artt. 75 e 133 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. per i settori ordinari.

Con riferimento ai settori ordinari le previsioni contenute nel bando-tipo approvato dall'Autorità (cfr. Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 - Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 254 del 30/10/2012) al punto 5. *Presentazione della cauzione provvisoria* precisano che costituiscono causa di esclusione anche la "mancata presentazione della cauzione provvisoria" ovvero la "cauzione non sottoscritta dal garante; si ritiene, inoltre, legittima l'esclusione da una gara d'appalto dell'impresa concorrente che, in violazione di una espressa e chiara previsione della *lex specialis*, ometta di produrre la cauzione provvisoria con sottoscrizione autenticata (parere AVCP 19 luglio 2012 n. 118; Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365), purché il bando prescriva espressamente tale adempimento e lo sanzioni con l'esclusione."; anche il Bando Tipo n. 2 del 2.9.2014 (Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, Supplemento ordinario, n. 80 del 22/10/2014) al punto 11 *Cauzioni e garanzie richieste* precisa che "(punto 11.7) La mancata presentazione della cauzione provvisoria ovvero la presentazione di una cauzione di valore inferiore o priva di una o più caratteristiche tra quelle sopra indicate costituirà causa di esclusione)".

Ciò premesso deve rilevarsi che nel procedimento di gara de quo il RTI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop./Iurino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l. ha presentato la garanzia provvisoria n. EB/099/Y15 ed il RTI Unimed Scarl/Doronzio Infrastrutture S.r.l. la garanzia provvisoria n. EB/070/Y15 entrambe rilasciate dalla Assured Guaranty UK Ltd. e che la procedura si è conclusa con la verifica positiva dei requisiti del RTI risultato aggiudicatario comunicata con nota interna Italferr S.p.A. prot. DAS.AP.QF.0071836.15.U del 9.9.2015 e con comunicazione al RTI aggiudicatario con nota Italferr S.p.A. prot. DAS.AP.0072337.15.U del 11.9.2015.

Tuttavia, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia - Direzione Distrettuale Antimafia - nell'ambito del P.P n. 13228/15 - con nota datata 2.9.2015 (acquisita da Italferr S.p.A. in data 7.9.2015), trasmessa tra gli altri anche a Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., ha notificato un elenco di polizze per le quali ha accertato la falsità. Nel predetto elenco rientrano, tra altre, la cauzione provvisoria presentata dai concorrenti ATI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop./Iurino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l. n. EB/099/Y15 nonché la cauzione provvisoria presentata dall'ATI Unimed Scarl/Doronzio Infrastrutture S.r.l. n. EB/070/Y15 entrambe rilasciate dalla Assured Guaranty UK Ltd ed utilizzate nella procedura di gara de quo.

Nonostante le operazioni di gara si fossero concluse nel mese di maggio 2015 e, quindi, prima della comunicazione dell'acquisizione dell'informativa della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia, avvenuta in data 7.9.2015, la procedura di aggiudicazione si è comunque conclusa in data 9.9.2015 con la verifica positiva dei requisiti del RTI risultato aggiudicatario, successivamente comunicata al RTI aggiudicatario in data 11.9.2015.

Dal tenore della nota della Procura della Repubblica di Brescia datata 2.9.2015, contrariamente a quanto rilevato da Italferr S.p.A., nonostante alla predetta data il procedimento fosse in fase d'indagine, non



Autorità Nazionale Anticorruzione

appare potersi mettere in dubbio l'effettiva falsità delle polizze ivi elencate (si fa riferimento ad esempio all'elencazione delle polizze titolata "elenco polizze false"); mentre, deve condividersi che, alla medesima data, non erano emersi elementi a carico di società appaltatrici circa un loro eventuale coinvolgimento attivo nella falsificazione perpetrata. A fortiori appare ancor più significativa l'indicazione formulata dal Procuratore della Repubblica con la citata nota circa l'importanza della comunicazione effettuata anche "per le opportune attività che l'Ente vorrà intraprendere".

Nessun approfondimento, tuttavia, è stato effettuato da Italferr S.p.A. a seguito della comunicazione della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia e ciò nonostante l'efficacia del procedimento di aggiudicazione definitiva sia intervenuto con comunicazione interna datata 9.9.2015 e con comunicazione all'aggiudicatario con nota in data 11.9.2015.

Devono riscontrarsi, quindi, carenti le verifiche compiute sulle citate garanzie provvisorie da parte degli uffici di Italferr S.p.A. preposti alla verifica del possesso dei requisiti del soggetto risultato aggiudicatario ma anche da parte della commissione di gara.

Infatti, la polizza fidejussoria n. EB/099/Y15 appare essere stata emessa dalla Assured Guaranty UK a Londra e presentata dal RTI SEMATAF s.r.l./Iurino Moviter s.r.l./COSVIM Soc. Coop./Inerti Sud s.r.l. in originale ed in allegato alla domanda di partecipazione alla gara datata 7.5.2015, unitamente alla copia conforme del certificato di qualità, per la riduzione della cauzione ex art. 75, co. 7 del d.lgs. n. 163/2006.

Detta polizza risulta priva di data ed indica un RTI (SEMATAF s.r.l./ Iurino Moviter s.r.l./COSVIM Soc. Coop./Sinnica Beton s.r.l./Inerti Sud s.r.l.) diverso da quello che ha effettivamente partecipato alla procedura di gara (SEMATAF s.r.l./ Iurino Moviter s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Inerti Sud s.r.l.); infatti, alla stessa polizza risulta allegata l'appendice n. 1, che contiene la precisazione del RTI garantito dalla fidejussione (SEMATAF s.r.l./ Iurino Moviter s.r.l./COSVIM Soc. Coop./Inerti Sud s.r.l.), anch'essa emessa a Londra ma in data 6.5.2015.

Sia la polizza che l'appendice n. 1 risultano sottoscritte anche dal legale rappresentante della SEMATAF S.r.l., dal Presidente della COSVIM Soc. Coop., dall'Amministratore unico della Iurino Moviter S.r.l. e dal Presidente del CdA della Inerti Sud S.r.l.

Invece, mentre alla polizza fidejussoria n. EB/099/Y15 inviata dall'RTI SEMATAF s.r.l. e da ultimo trasmessa anche da Italferr S.p.A. risulta allegata la documentazione attestante l'autentica della firma del garante con atto notarile e apostille convention, datate 5.5.2015, all'appendice n. 1 non è allegata alcuna documentazione che attesti che la firma del garante sia stata autenticata in calce da un Pubblico Ufficiale ovvero che sia stata riportata l'inequivocabile attestazione della qualità e dei poteri del firmatario, ai sensi del dpr n. 445/2000 e s.m.i.; ciò in contrasto con l'art. 12 del bando di gara, l'allegato 2 e l'annesso al predetto allegato 2.

Appaiono, inoltre, estremamente ristretti i tempi di presentazione della polizza: sottoscritta dal garante con firma autenticata a Londra in data 5.5.2015, successivamente integrata con appendice n.1 in data 6.5.2015, è stata presentata in originale in data 7.5.2015.

L'irregolarità rilevata nella garanzia provvisoria, ritenuta di piccola entità da Italferr S.p.A., e la documentazione prodotta dall'ATI Semataf S.r.l. per la sua regolarizzazione avrebbe già dovuto indurre la Commissione ad effettuare gli approfondimenti del caso, ma ciò non è avvenuto. L'autentica notarile della firma del garante apposta sulla postilla alla polizza, che rappresenta un documento integrativo



Autorità Nazionale Anticorruzione

sostanziale della garanzia provvisoria presentata, non poteva essere trascurata rappresentando una sostanziale formalità richiesta dagli atti di gara.

Anche in relazione alla polizza provvisoria presentata dall'ATI Unimed Scarl/Doranzo Infrastrutture S.r.l. n. EB/070/Y15 che mostrava la singolarità di essere stata emessa in relazione ad una diversa procedura di gara, non risultano essere state effettuate alcune verifiche puntuali da parte del seggio di gara, fatta eccezione per la richiesta al concorrente di chiarimenti e contestuale sostituzione della polizza prodotta; salvo poi escludere il concorrente stesso a seguito della mancata presentazione della garanzia provvisoria coerente con il procedimento di gara. Tuttavia, è da ritenere che proprio la mancata presentazione dei chiarimenti richiesti e della coerente garanzia provvisoria costituivano circostanze tali da indurre la commissione a dover approfondire eventuali ulteriori profili critici.

Accertata, pertanto, la falsità delle predette garanzie provvisorie prestate dai citati concorrenti, al netto della valutazione del dolo o della colpa grave dei concorrenti stessi che le hanno prodotte in seno al procedimento di gara, il cui accertamento esula dal presente procedimento istruttorio, ciò che rileva è l'oggettiva falsità dei documenti prodotti; infatti, la produzione di un documento risultato falso si configura quale inadempimento del partecipante agli obblighi sanciti dal bando di gara ed al generale dovere di correttezza nelle trattative precontrattuali, senza che assuma rilievo l'imputabilità psicologica della falsità stessa.

Pertanto, nella fattispecie in esame appare del tutto irrilevante stabilire se la materiale contraffazione del documento sia stata posta in essere direttamente dal concorrente o da un terzo incaricato (broker assicurativo), poiché anche in tale evenienza l'impresa concorrente risponderebbe delle falsità rinvenute nella documentazione consegnata alla stazione appaltante. L'Autorità e la giurisprudenza amministrativa hanno ritenuto che la produzione della cauzione provvisoria falsa costituisce di per sé causa di esclusione del concorrente (determinazione n. 4/2012 e Consiglio di Stato, sez. IV, 8 dicembre 2013 n. 6088).

Anche a voler superare l'oggettiva falsità della garanzia provvisoria prodotta, la produzione di una cauzione falsa equivale, di fatto, alla produzione di una cauzione inesistente, e quindi alla sua mancata produzione, circostanza che non solo costituisce causa di esclusione, sanzionata anche dalla *lex specialis* della gara con l'esclusione del concorrente (Cfr. punto 10 bando integrale di gara), ma che non è nemmeno suscettibile di soccorso istruttorio (Cfr. Determinazione ANAC n. 1/2015).

Alla luce di tali considerazioni tenuto conto che la polizza falsa è da considerarsi *tamquam non esset*, Italferr S.p.A. avrebbe dovuto procedere all'esclusione del concorrente resosi colpevole della mancata presentazione della garanzia provvisoria (ovvero della presentazione di una garanzia provvisoria falsa) non potendo trovare applicazione peraltro l'istituto del soccorso istruttorio ex art. 46, co. 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e s.m., per la ripresentazione di un'altra cauzione, che lederebbe la *par condicio*.

Non appare, inoltre, ammissibile ignorare la mancata produzione della cauzione provvisoria e richiedere la produzione della cauzione definitiva, in quanto, oltre a ledere la parità di trattamento tra i concorrenti, potrebbe costituire una lesione anche della garanzia che la stessa cauzione provvisoria assolve nella fase di stipula del contratto, nei confronti della stazione appaltante, a tutela dell'ipotesi che la stipula non avvenga per fatto imputabile all'aggiudicatario.

A tal proposito deve, infatti, riscontrarsi l'ulteriore criticità circa il considerevole lasso di tempo (circa cinque mesi) intercorso tra la comunicazione dell'efficacia dell'aggiudicazione (nota Italferr S.p.A. prot. DAS.AP.0072337.15.U del 11.9.2015) con contestuale richiesta di presentazione della cauzione



Autorità Nazionale Anticorruzione

definitiva e la data di effettiva presentazione della cauzione definitiva stessa da parte del RTI SEMATAF s.r.l., come rilasciata da Banca Unicredit S.p.A. in data 16.2.2016.

Inoltre, deve prendersi atto che nonostante i rilievi, la sottoscrizione del contratto d'appalto, avvenuta in data 29.4.2016, è intervenuta in pendenza del procedimento istruttorio presso questa Autorità ovvero in data successiva alla comunicazione di avvio del procedimento (23.3.2016) e comunque prima della conclusione del procedimento stesso.

Infine, atteso che nella predetta comunicazione datata 2.9.2015 della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia, oltre alla polizze n. EB/0070/Y15 e n. EB/0099/Y15 risultano elencate ulteriori polizze false rilasciate a favore di RFI S.p.A. ed in particolare:

- polizza n. EB/0065/Y15 apparentemente rilasciata da Assured Guaranty UK Ltd e prodotta nella procedura di gara PA-1249 da un concorrente non aggiudicatario;
- polizza n. EB/0078/Y15 apparentemente rilasciata da Assured Guaranty UK Ltd e prodotta nella procedura di gara PA-1258 da un concorrente non aggiudicatario;
- AMI 2015-0030 apparentemente rilasciata da FGIC UK Limited prodotta nella procedura di gara PA-1245 dal concorrente risultato aggiudicatario che in data 4.5.2016 ha sottoscritto il contratto d'appalto;
- polizza n. AMI 2015-0060 apparentemente rilasciata da FGIC UK Limited e prodotta nella procedura di gara PA-1247 da un concorrente non aggiudicatario;
- polizza n. AMI 2015-0067 apparentemente rilasciata da FGIC UK Limited e prodotta nella procedura di gara PA-1247 da un concorrente non aggiudicatario;
- polizza n. AMI 2015-0079 apparentemente rilasciata da FGIC UK Limited e prodotta nella procedura di gara PA-1247 da un concorrente risultato aggiudicatario che in data 6.7.2015 ha sottoscritto il contratto d'appalto a seguito di presentazione di cauzione definitiva emessa da Assured Guaranty UK Ltd anch'essa risultata falsa;

quanto rappresentato rileva anche con riferimento alla predette ulteriori procedure di gara in relazione alle quali occorrerà intraprendere ogni attività conseguente.

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- che la procedura di gara PA-1258 seguita per l'affidamento di un Accordo Quadro di lavori per la realizzazione delle opere anticipate del Nodo di Bari tratta sud Bari C.le-Bari Torre a Mare, non appare coerente con i principi di parità di trattamento e non discriminazione nonché economicità, efficacia, tempestività e correttezza cui all'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.;
- che la garanzia provvisoria falsa prestata dai concorrenti, al netto della valutazione del dolo o della colpa grave dei concorrenti stessi che le hanno prodotte in seno al procedimento di gara, è da considerarsi *tamquam non esset*, comportando l'esclusione del concorrente, non potendo trovare applicazione peraltro l'istituto del soccorso istruttorio ex art. 46, co. 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e s.m., per la ripresentazione di un'altra cauzione, pena la lesione della *par condicio*;
- che le verifiche compiute sulle garanzie provvisorie dei concorrenti sia da parte della commissione di gara che degli uffici di Italferr S.p.A. preposti alla verifica del possesso dei requisiti del soggetto risultato aggiudicatario sono apparse insufficienti a tutelare l'interesse della Stazione appaltante e degli operatori economici concorrenti;



Autorità Nazionale Anticorruzione

- che quanto rappresentato con riferimento alla procedura di gara PA-1258 rileva anche con riferimento alle ulteriori procedure di gara PA-1245, PA-1247 e PA-1249 interessate da false garanzie prestate da operatori economici risultati aggiudicatari e non;
- di trasmettere la presente delibera alle società RFI S.p.A. ed Italferr S.p.A. con richiesta di informare l'Autorità degli eventuali provvedimenti conseguenti che intendono adottare;
- di trasmettere la presente delibera alle società ATI SEMATAF s.r.l./COSVIM Soc. Coop. /Iurino Moviter s.r.l./Inerti Sud s.r.l., ATI Unimed Scarl/Doranzo Infrastrutture S.r.l. e ATI Francesco Comune Costruzioni s.r.l./Infratech Consorzio Stabile in relazione al procedimento di gara PA-1258;
- di trasmettere la presente delibera alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia nell'ambito dell'indagine n. 13225/15 RGNR.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositata presso la Segreteria del Consiglio in data 20 luglio 2016

Il Segretario, Maria Esposito