



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 675 del 28 giugno 2017

Oggetto: Fascicolo 3385/6/2016 - Procedura aperta per l'affidamento del contratto di concessione ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. della gestione del servizio pubblico "Balneazione e bagni pubblici" – Valore complessivo della gara stimato per i dodici anni di durata € 19.800.000,00.

Stazione appaltante: Comune di Busto Arsizio

Esponente: Indagine d'Ufficio

Riferimenti normativi: art. 2 d.lgs. 163/2006 e s.m.
art. 30 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.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 giugno 2017;

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 centrali committenza e concessioni di servizi;

Considerato in fatto

Il Procuratore Nazionale Antimafia, con nota acquisita al prot. ANAC n. 124684 del 29.9.2015, segnalava all'Autorità l'accertato fenomeno dell'esistenza di polizze fideiussorie false utilizzate per contratti pubblici, trasmettendo le comunicazioni che la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia - Direzione Distrettuale Antimafia (p.p. 13228/15) in data 2 e 3 settembre 2015 aveva inoltrato ad Enti Locali comunali, provinciali e regionali, nonché Enti Pubblici, Pubbliche Autorità e persone giuridiche di rilievo pubblico. In particolare, la comunicazione del 2.9.2015 della citata Procura di Brescia riportava l'elenco delle polizze false e, per ciascuna di essa, il numero identificativo, il nominativo del contraente, il nominativo del soggetto beneficiario, la data di emissione e l'importo garantito. La segnalazione del Procuratore Nazionale Antimafia è stata oggetto dei comunicati del Presidente dell'Autorità del 1.7.2015 recante *"Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici in ordine agli intermediari autorizzati a rilasciare le garanzie a corredo dell'offerta previste dall'art. 75 e le garanzie definitive di cui all'art. 113 del d.lgs.*



Autorità Nazionale Anticorruzione

163/06 costituite sotto forma di fidejussioni”, del 17.11.2015 recante “Rilascio polizze fideiussorie false nell’ambito dei contratti pubblici” e del 21.10.2015 integrativo del comunicato del 1.7.2015.

Dalla comunicazione del 2.9.2015 della Procura di Brescia risultava essere stata rilasciata la polizza n. AMI-2014-036 nei confronti della Sport Management S.p.A. S.S.D., con Stazione appaltante beneficiaria Comune di Busto Arsizio.

Con nota prot. ANAC n. 121477 del 12.8.2016 veniva, quindi, formulata richiesta di informazioni preliminari al Sig. Sindaco del Comune di Busto Arsizio, richiedendo di rimettere all’Ufficio una relazione informativa, contenente l’indicazione della procedura di gara interessata dalla presentazione di cauzioni risultate false, le singole attività amministrative espletate e da espletare nonché la documentazione ritenuta opportuna e/o necessaria.

Con nota acquisita al prot. ANAC n. 127688 del 2.9.2016 il Dirigente del Settore VI Opere Pubbliche e Patrimonio del Comune comunicava che la polizza n. AMI-2014-036 della FGIC UK Limited era stata presentata nell’ambito della procedura di gara per l’aggiudicazione del contratto di concessione ai sensi dell’art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. della gestione del servizio pubblico “Balneazione e bagni pubblici” sulla quale veniva presentata anche una relazione di sintesi sulla procedura stessa.

Con nota prot. ANAC n. 138716 del 23.9.2016, veniva comunicato l’avvio del procedimento istruttorio nei confronti del Comune di Busto Arsizio e della società Sport Management S.p.A. per la verifica della procedura di affidamento del servizio in parola nonché degli atti presupposti e conseguenti. Con la medesima nota veniva richiesta la seguente documentazione:

- copia della domanda di partecipazione presentata dalla Sport Management S.p.A.;
- copia della documentazione presentata dalla Sport Management S.p.A. in sede di gara ivi comprese le polizze fideiussorie richieste per la stipula della concessione;
- una breve relazione istruttoria sul contenzioso con la società CO & Partner SSD S.r.l. sulla procedura di gara espletata.

Il Dirigente del Settore VI Opere Pubbliche e Patrimonio del Comune, con nota acquisita al prot. ANAC n. 149136 del 11.10.2016, trasmetteva parte della documentazione richiesta. Infatti, tra la documentazione trasmessa, riferita alla domanda di partecipazione alla gara del concorrente Sport Management S.p.A., non veniva rinvenuta la garanzia sull’offerta di cui al punto III.1.1 del bando ed al punto 6.1.c del disciplinare di gara nonché la dichiarazione di un fideiussore contenente l’impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria per l’esecuzione del contratto di cui al punto 6.1.d del disciplinare di gara; inoltre, non venivano trasmessi i verbali di gara pubblica riferiti alla valutazione di detta documentazione nonché gli ulteriori verbali di gara in seduta pubblica.

Pertanto, con nota prot. ANAC n. 166932 del 11.11.2016, veniva ulteriormente richiesto al RUP del Comune di Busto Arsizio di trasmettere la seguente documentazione integrativa:

- copia della garanzia sull’offerta prestata dalla Sport Management S.p.A. per la partecipazione alla procedura di gara de quo;



Autorità Nazionale Anticorruzione

- copia della dichiarazione di un fideiussore contenente l'impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto;
- copia dei verbali di gara in seduta pubblica.

Alla suddetta richiesta il RUP non dava riscontro.

Con la memoria e la documentazione acquisita al prot. ANAC n. 149738 del 12.10.2016 la società Sport Management S.p.A. rappresentava che a valle dell'aggiudicazione definitiva conseguita ad esito della procedura di gara, presentava la documentazione necessaria alla stipula del contratto e, tra questa la garanzia definitiva. Rappresentava, inoltre, che, dato il valore complessivo della concessione determinato in € 19.800.000,00, trovava difficoltà nel reperimento della garanzia fra gli operatori sul territorio nazionale; infatti, sia la prima garanzia della società di intermediazione finanziaria Centrofinanziaria S.p.A. che la seconda della società di intermediazione finanziaria I.FI.M. S.p.A. non venivano ritenute idonee dalla Stazione appaltante poiché provenienti da soggetti non abilitati a rilasciare garanzie a favore del pubblico. Al fine di reperire un istituto bancario e/o assicurativo disponibile al rilascio della garanzia richiesta veniva incaricato un collaboratore della Unipol Assicurazioni di Bari che, a seguito di asserita indagine, proponeva la polizza fideiussoria rilasciata dalla società inglese FGIC UK Limited con sede a Londra. Detta polizza perveniva in originale a mezzo posta dalla compagnia assicurativa Assinord s.r.l. A fronte di detta polizza, in data 11.2.2015 veniva corrisposto bonifico bancario di € 43.852,00 in favore della predetta società inglese ed in data 2.3.2015 bonifico bancario di € 6.150,00 in favore dell'intermediario come da fattura dallo stesso emessa. La compagnia FGIC UK Limited risultava autorizzata al rilascio della cauzione richiesta come riportato nel sito dell'IVASS.

Solo a seguito della comunicazione del Comune di Busto Arsizio, su segnalazione della Procura della Repubblica di Brescia, circa la falsità della polizza della compagnia FGIC UK Limited, in data 23.9.2015 veniva presentata denuncia querela presso la Procura della Repubblica di Brescia, veniva sostituita la polizza con una nuova cauzione rilasciata dalla CHINA TIPING INSURANCE, veniva diffidato l'intermediario alla restituzione delle somme versate per la stipula della polizza poi risultata falsa, veniva iscritto a ruolo un procedimento civile dinanzi al Tribunale di Bari per l'accertamento della responsabilità contrattuale e/o extracontrattuale dell'intermediario, per la restituzione della somma versata e per il risarcimento danni. La Sport Management S.p.A. si riteneva vittima di artifici e raggiri con i quali veniva indotta a sottoscrivere una polizza fideiussoria falsa necessaria alla gestione dell'impianto natatorio di Busto Arsizio.

Dall'esame istruttorio della sola documentazione acquisita emergeva quanto di seguito riportato. Il Comune di Busto Arsizio indiceva una procedura aperta per l'affidamento del contratto di concessione ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. della gestione del servizio pubblico "Balneazione e bagni pubblici"; il valore complessivo della gara stimato per i dodici anni di durata ammontava a complessivi € 19.800.000,00.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il punto III.1.1 del bando - Cauzioni e garanzie richieste - prescriveva “A pena di esclusione, dovrà essere prodotta una garanzia sull’offerta presentata di € 4.000,00 (quattromila,00). Per le modalità di costituzione della garanzia vedasi disciplinare di gara. Prima della stipula del contratto il concessionario dovrà costituire la garanzia definitiva di cui all’art. 12 dello schema di contratto per un importo pari al 10% del valore dei ricavi del primo triennio di gestione risultanti dal Piano Economico Finanziario presentato in sede di offerta.”

Il punto 6.1.c del disciplinare di gara - Garanzia a corredo dell’offerta - prescriveva che “A pena di esclusione, dovrà essere prodotta una garanzia sull’offerta presentata di € 4.000,00 (quattromila,00). La garanzia potrà essere costituita, a scelta dell’offerente, da:

- 1) cauzione;
- 2) fideiussione bancaria o polizza assicurativa o polizza rilasciata da intermediari finanziari iscritti nell’albo di cui all’art. 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n.385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta all’albo previsto dall’art. 161 del d.lgs 58/1998. Le fideiussioni o le polizze dovranno prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all’eccezione di cui all’art. 1957 comma 2 del Codice Civile nonché l’operatività della garanzia medesima entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della Stazione appaltante e avere validità non inferiore a 180 giorni decorrenti dal giorno fissato quale termine ultimo per la presentazione delle offerte (allegare originale fideiussione/polizza).

L’importo della garanzia è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Per fruire di tale beneficio l’operatore economico deve segnalare il possesso del requisito in sede di offerta mediante idonea dichiarazione resa ai sensi del D.P.R. 445/2000 oppure allegando alla garanzia copia della certificazione di qualità (in originale o copia conforme all’originale di detta certificazione). In caso di R.T.C., al fine di poter beneficiare della riduzione del 50%, è necessario che tutti i soggetti siano in possesso della citata certificazione del sistema di qualità, a pena d’esclusione.

In caso di Raggruppamento non ancora formalmente costituito la polizza o la fideiussione deve essere intestata a tutti i soggetti che intendono raggrupparsi, a pena d’esclusione.

In caso di costituzione del deposito cauzionale con validità temporale e/o importo inferiori rispetto a quelli richiesti negli atti di gara, il concorrente non sarà ammesso alla procedura di gara.

Lo svincolo del deposito cauzionale provvisorio sarà effettuato ad intervenuta esecutività del provvedimento di aggiudicazione definitiva.”

Il punto 6.1.d del disciplinare di gara - Dichiarazione di un fideiussore contenente l’impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria per l’esecuzione del contratto - prescriveva che “A pena d’esclusione, dovrà essere presentata una dichiarazione, ai sensi dell’art. 75 comma 8 del d.lgs. n. 163/06 e s.m.i., contenente l’impegno di un fideiussore, a rilasciare la garanzia fideiussoria per



Autorità Nazionale Anticorruzione

l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113 (cauzione definitiva) del d.lgs. n. 163/06 e s.m.i., qualora l'offerente risultasse aggiudicatario della concessione."

Il termine di ricezione delle offerte era previsto alle ore 12.00 del giorno 14.4.2014. Entro il termine stabilito dal bando pervenivano due offerte da parte dei seguenti operatori economici:

- Sport Management S.p.A. – SSD;
- C.O. & Partner SSD s.r.l.

Con domanda di partecipazione sottoscritta in data 13.4.2014 la società Sport Management S.p.A. S.S.D. presentava la domanda e la documentazione necessaria alla partecipazione alla procedura di gara. Dalla documentazione trasmessa dal Comune di Busto Arsizio non risultava allegata alla domanda di partecipazione la garanzia provvisoria prestata dal concorrente.

Con determinazione del Dirigente del Settore V n. 331 del 19.5.2014 veniva nominata la Commissione di gara, composta da due dirigenti del Comune e da un componente esterno, esperto in materia di gestione di impianti sportivi.

I due concorrenti venivano ammessi alla procedura di gara; a seguito di verifiche del RUP in corso di gara, con nota prot. n. 51347 del 18.7.2014, veniva comunicata al concorrente C.O. & PARTNER SSD s.r.l. l'esclusione per mancanza del requisito di capacità tecnica.

Nella seduta svoltasi in data 28.7.2014, la Commissione rendeva noto al concorrente C.O. & PARTNER SSD s.r.l. l'esclusione, comunicava pubblicamente la valutazione dell'offerta tecnica, formulata a seguito di precedenti sedute riservate, e il relativo punteggio attribuito all'offerta della candidata rimasta in gara Sport Management S.p.A. e, successivamente, di aprire l'offerta economica.

Nella seduta svoltasi in data 30.7.2014, la Commissione comunicava l'esito della verifica di attendibilità del Piano Economico Finanziario, per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica e per l'aggiudicazione provvisoria della gara a Sport Management S.p.A.

Con nota prot. n. 55107 del 31.7.2014 veniva comunicata l'aggiudicazione provvisoria alla Sport Management S.p.A. e per conoscenza alla C.O. & PARTNER SSD s.r.l.

Con nota prot. n. 56065 del 5.8.2014 il legale della CO & PARTNER SSD s.r.l. formulava istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione dalla gara, in riferimento alla quale, con prot. n. 58633 del 14.8.2014, il Comune inviava riscontro negativo.

Con determinazione n. 598 del 10.10.2014 veniva approvata l'aggiudicazione definitiva della gara, a seguito di verifica dei requisiti di partecipazione, alla Sport Management S.p.A, comunicata ai concorrenti con nota prot. n. 71871 del 13.10.2014.

Con nota prot. n. 73443 del 17.10.2014 venivano richiesti alla Sport Management S.p.A i documenti necessari per la stipula del contratto, tra cui la cauzione definitiva ("copie polizze assicurative di cui all'art. 12, commi 4 e 5 dello schema di contratto di servizio"). A seguito della suddetta richiesta l'aggiudicatario presentava:

- 1) una prima bozza di cauzione rilasciata dalla società di intermediazione finanziaria Centrofinanziaria S.p.A., rifiutata dall'Amministrazione Comunale con prot. 88594 del 12.12.2014 in quanto, come da indicazioni della Banca d'Italia, pubblicate sul sito della Banca



Autorità Nazionale Anticorruzione

d'Italia stessa e confermate successivamente con lettera del Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria prot. comunale n. 7082 del 26.1.2015, detta società non era abilitata a rilasciare garanzie a favore del pubblico;

- 2) una seconda bozza di garanzia rilasciata dalla società di intermediazione finanziaria I.FI.M. S.p.A., rifiutata con nota prot. n. 8112 del 28.1.2015 per le medesime motivazioni che hanno portato al rifiuto della prima garanzia;
- 3) una terza bozza di cauzione definitiva, inviata con nota prot. n. 8991 del 30.1.2015, apparentemente rilasciata da FGIC UK Limited con sede a Londra, con allegato una stampa delle risultanze relative alla consultazione, effettuata nei giorni 27-28.1.2015, presso il sistema informativo anagrafico dell'IVASS riguardante la FGIC UK Limited. Nella citata nota di trasmissione l'operatore economico evidenziava *“le enormi difficoltà che effettivamente si riscontrano nell'ambito del mercato delle cauzioni per durate ed importi così elevati (attestati anche dall'ANAC, già AVCP, con Deliberazione n. 44 Adunanza del 18 aprile 2012)”*. La stazione appaltante consultava il sistema informativo dell'IVASS per verificare direttamente i dati riscontrati accertando che la FGIC UK Limited risultava tra le società assicurative che operavano in libera prestazione di servizi e che la stessa era autorizzata al rilascio di cauzioni con autorizzazione del 2.2.2005, senza indicazioni di cessazione. Con prot. n. 11240 del 5.2.2014 veniva richiesto alla Sport Management S.p.A. di integrare la polizza inserendo sia l'obbligo di formulazione di tutte le comunicazioni tra Garante e Stazione Appaltante in lingua italiana sia la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 c. 2 del cc.

Con nota prot. comunale n. 17264 in data 27.2.2015 perveniva al Comune la polizza fideiussoria n. AMI-2015-036 emessa in via definitiva il 18.2.2015, depositata presso la Tesoreria Comunale il 5.3.2015.

La garanzia definitiva prestata dalla Sport Management S.p.A. n. AMI-2015-036 risulta emessa in data 16.2.2015, con data di scadenza al 16.12.2026, per l'importo garantito di € 395.746,00; la polizza risulta sottoscritta, per l'istituto fidejubente FGIC UK, dal suo Director e CEO, in Londra in data 18.2.2015; risultano allegati alla polizza la documentazione attestante l'autenticità della firma del garante con atto notarile privo di data e *apostille convention* datata 18.2.2015, notule contenenti procedura telematica di verifica dell'autenticità e convalida della polizza e procedura di convalida.

Il contratto di concessione veniva stipulato in modalità elettronica in data 13.5.2015; dell'avvenuta stipula, con nota prot. n. 39634 del 18.5.2015, veniva data comunicazione anche al concorrente escluso; l'art. 12 del contratto richiamava espressamente la polizza assicurativa n. AMI-2015-036 della FGIC UK ed in particolare l'importo garantito e la durata della copertura.

In data 7.9.2015, con nota acquisita al prot. comunale n. 69336, la Procura Distrettuale della Repubblica di Brescia notiziava l'Amministrazione Comunale dell'indagine in corso riguardo all'emissione di cauzioni false emesse, tra l'altro, a nome di FGIC UK Limited. A quella data, dalla consultazione del sito informatico dell'IVASS, risultava che nel mese di luglio 2015 (due mesi dopo la stipula del contratto di concessione), era stato pubblicato un comunicato stampa in



Autorità Nazionale Anticorruzione

cui si informavano i consumatori dell'esistenza di polizze false intestate a FGIC UK Limited con sede a Londra, che la FGIC UK stessa aveva dichiarato di aver cessato di sottoscrivere nuove polizze da gennaio 2008 e che l'ultima polizza emessa in Italia è scaduta nel mese di agosto 2012; in riscontro alla richiesta della Procura con nota prot. n. 71603 del 15.9.2015 veniva inviata l'originale della polizza n. AMI-2015-0036 alla Procura Distrettuale della Repubblica di Brescia.

Con prot. n. 71524 del 15.9.2015 veniva richiesto alla Sport Management S.p.A. di produrre una nuova cauzione definitiva a garanzia dell'esatto adempimento del contratto in oggetto, rilasciata da primaria compagnia assicurativa o da un istituto bancario, valida e conforme alle prescrizioni del contratto stipulato. A seguito della suddetta richiesta la Sport Management S.p.A., con nota prot. n. 75894 del 1.10.2015, presentava una quarta bozza di cauzione definitiva, rilasciata da CHINA TIPING INSURANCE con sede a Londra. Come riferito dalla Sport Management S.p.A., stante la difficoltà di reperire sul mercato assicurativo una fideiussione della durata di 12 anni, la durata della polizza presentata era di anni cinque. Il medesimo operatore economico formulava, altresì, riserva di verificare, prima della sostituzione, l'effettiva non validità o inefficacia della precedente polizza presentata.

Con nota prot. 90816 del 19.11.2015 veniva richiesto alla Sport Management S.p.A. (come già richiesto con prot. n. 11240 del 5.2.2014 in relazione alla polizza della FGIC UK) di integrare la polizza inserendo sia l'obbligo di formulazione di tutte le comunicazioni tra Garante e Stazione Appaltante in lingua italiana sia la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 c. 2 del cc.; inoltre, comunicava che in considerazione della durata della garanzia (pari a cinque anni) rispetto alla durata del contratto di concessione (pari a 12 anni), l'opportunità di un'integrazione al contratto già stipulato al fine di sancire l'impegno della Sport Management S.p.A. a presentare una nuova cauzione prima della scadenza dei 5 anni.

Con nota prot. n. 11012 dell'8.2.2016 l'Amministrazione comunale confermava la validità della bozza di cauzione di CHINA TIPING INSURANCE e rilevava la necessità di integrare il contratto di concessione per sancire l'impegno a coprire la durata contrattuale con successive garanzie fideiussorie.

Con nota acquisita al prot. comunale n. 14922 del 18.2.2016 la Sport Management S.p.A. presentava la nuova cauzione definitiva emessa da CHINA TIPING INSURANCE il 26.11.2015, debitamente depositata presso la Tesoreria Comunale.

La nuova garanzia definitiva prestata dalla Sport Management S.p.A. n. CTIT1502634 risulta emessa in Londra in data 26.11.2015, con data di scadenza al 20.11.2020, per l'importo garantito di € 395.700,00 (e non di € 395.745,9 come richiesto); la polizza risulta sottoscritta, per l'istituto fidejubente CHINA TIPING INSURANCE, dal procuratore ad negotia, in Londra in data 26.11.2015; risulta allegato alla polizza l'atto contenente le condizioni che regolano il rapporto tra garante e contraente. Manca la documentazione attestante l'autentica della firma del garante con atto notarile. La data di emissione è quella del 26.11.2015 mentre la data di trasmissione della polizza è della del 18.2.2016 (quasi tre mesi dopo). Non risultavano documentate le verifiche di validità compiute su detta polizza.



Autorità Nazionale Anticorruzione

In data 16.3.2016 veniva stipulato in modalità elettronica l'atto di modifica dell'art. 12 del contratto di concessione del 13.5.2015 inserendo l'impegno del concessionario, a garanzia del buon adempimento degli obblighi contrattuali, a stipulare una prima garanzia di durata quinquennale che dovrà essere sostituita, con successive nuove fideiussioni, sino alla scadenza della concessione, da consegnare all'Amministrazione entro i sei mesi antecedenti la scadenza della precedente fideiussione.

Le attività amministrative da espletare risultano legate al pagamento periodico del contributo comunale per gli oneri di servizio pubblico e alle future attività di rinnovo della cauzione, nonché di verifica di regolare esecuzione dell'esercizio della concessione e di svincolo della cauzione.

Comunicazione risultanze istruttorie – nota prot. ANAC n. 6446 del 17.1.2017– In esito all'attività istruttoria espletata venivano comunicate all'Amministrazione comunale di Busto Arsizio ed al rappresentante legale della società Sport Management S.p.A. le risultanze istruttorie, disposte dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 11.1.2017. Tali risultanze evidenziavano, in sintesi, che dagli accertamenti condotti dall'Autorità sulla sola documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria era emerso:

- 1) il mancato riscontro del RUP del Comune alla richiesta formulata dall'Ufficio di trasmettere la documentazione di cui alla nota prot. n. 86082 del 5.10.2016;
- 2) che la procedura di affidamento della concessione 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);
- 3) che alcuna valutazione poteva essere effettuata in ordine alla garanzia sull'offerta ed alla dichiarazione, ai sensi dell'art. 75, co. 8 del d.lgs. n. 163/06 e s.m.i., contenente l'impegno di un fideiussore, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, presentate dalla Sport Management S.p.A. in sede di gara, non essendo stata visionata, allo stato degli atti acquisiti, né la cauzione né la dichiarazione;
- 4) che la Sport Management S.p.A., per l'ottenimento della cauzione definitiva necessaria alla sottoscrizione del contratto di concessione, aveva incontrato "enormi difficoltà" dettate dalla durata e dall'importo elevato richiesti;
- 5) che la Sport Management S.p.A., per la sottoscrizione del contratto di concessione in data 13.5.2015, aveva presentato la garanzia definitiva n. AMI-2015-036 apparentemente rilasciata dall'istituto fideiubente FIGC Uk Limited in data 16.2.2015, per l'importo garantito di € 395.746,00, rientrante nell'elenco di polizze per le quali la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia aveva accertato la falsità;
- 6) che il Consiglio dell'Autorità con una precedente Delibera (n. 909 del 31.8.2016), visto anche l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, aveva ritenuto legittimo un provvedimento di revoca adottato nei confronti di una società che aveva prodotto una cauzione definitiva falsa;
- 7) che la nuova garanzia definitiva presentata dalla Sport Management S.p.A. (Polizza n. CTIT1502634, emessa in data 26.11.2015 dalla CHINA TAIPING Insurance (UK) Co. Ltd.),



Autorità Nazionale Anticorruzione

in sostituzione di quella falsa, è risultata priva dell'atto notarile attestante l'autenticità della firma del garante, la data di emissione (26.11.2015) non appariva compatibile con la data di trasmissione della polizza all'Amministrazione (18.2.2016); inoltre, nessuna evidenza risultava circa le verifiche effettuate dall'Amministrazione, anche sulla scorta del comunicato IVASS del 4.4.2016 sulla società emittente la polizza (CHINA TAIPING Insurance (UK) Co. Ltd.);

- 8) che la polizza presentata in sostituzione di quella falsa aveva una durata di anni cinque (rispetto ai 12 anni della concessione), nonostante la previsione contenuta negli atti di gara. Infatti, dall'Amministrazione comunale aveva accettato la modifica dell'art. 12 del contratto di concessione del 13.5.2015 inserendo l'impegno del concessionario, a garanzia del buon adempimento degli obblighi contrattuali, a stipulare una prima garanzia di durata quinquennale che dovrà essere sostituita, con successive nuove fidejussioni, sino alla scadenza della concessione, da consegnare all'Amministrazione entro i sei mesi antecedenti la scadenza della precedente fideiussione. La fattispecie riscontrata, in virtù del principio di invarianza delle condizioni negoziali, si traduceva in una oggettiva alterazione della parità di condizione dei concorrenti, e violava il principio di certezza delle situazioni giuridiche sotteso alla immodificabilità della *lex specialis*; contrariamente il bando di gara perderebbe la sua forza cogente per i soggetti partecipanti, ai quali non è dato interpretare e precisare il senso e la portata di quei parametri di gara la cui immutabilità è posta a garanzia di tutti indistintamente i partecipanti (Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451). Inoltre, la fattispecie riscontrata, violava il principio di immodificabilità dell'offerta, teso a garantire, da un lato, la *par condicio* fra i concorrenti, e dall'altro, l'affidabilità del contraente.

Controdeduzioni Amministrazione comunale di Busto Arsizio – nota prot. ANAC n. 10249 del 23.1.2017 e nota prot. ANAC n. 24464 del 15.2.2017 – nota prot. ANAC n. 31139 del 28.2.2017 - In esito alla comunicazione risultanze istruttorie il RUP del Comune di Busto Arsizio giustificava l'inadempimento alla trasmissione della documentazione richiesta dall'Autorità per un mero errore dovuto al mancato trasferimento della nota stessa alla procedura di gestione documentale del Comune, assicurava l'assoluta volontà di adempiere a quanto richiesto circa l'integrazione documentale e trasmetteva:

- copia della garanzia sull'offerta presentata dalla società Sport Management S.p.A. per la procedura alla gara de quo con l'impegno, all'art. 1 "Oggetto della garanzia", del fidejussore a rilasciare garanzia fidejussoria per l'esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 113 del d.lgs. n. 163/2006;
- copia del verbale di gara in seduta pubblica.

Facevano seguito, inoltre, le seguenti controdeduzioni.

In ordine all'asserito mancato rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione nell'affidamento del contratto di cui all'art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006 rilevava che, nonostante la concessione fosse esclusa dall'ambito di applicazione del codice ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii., era stata comunque esperita una procedura aperta a cui è stata data ampia pubblicità sia in ambito europeo che in ambito nazionale, ciò per favorire la massima



Autorità Nazionale Anticorruzione

partecipazione anche a livello transfrontaliero. Tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti prescritti nel bando sono stati posti nelle medesime condizioni di partecipazione e sono state fatte tutte le comunicazioni e pubblicazioni previste dalla normativa in materia di appalti pubblici.

Relativamente al mancato rispetto dei principi di economicità, efficacia e tempestività, l'Amministrazione Comunale non ritiene di aver mancato di osservare tali regole in quanto ha agito secondo buona fede sia in fase di gara, che in fase di stipula del contratto ai sensi dell'art. 1337 del codice civile.

Riguardo l'obbligo di produrre a corredo dell'offerta la cauzione provvisoria e l'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva, la Sport Management S.p.A. ha validamente adempiuto alle prescrizioni del bando inserendo nella busta amministrativa valida cauzione provvisoria nella forma di fideiussione bancaria completa dell'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione.

Per quanto concerne l'importo della garanzia definitiva, essendo il contratto di concessione escluso dall'applicazione del codice ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. 163/2006, lo stesso è stato parametrato su valori diversi da quelli previsti dall'art. 113 del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii., secondo principi di proporzionalità e ragionevolezza, come affermato da ANAC (ex AVCP) con deliberazione n. 44 del 18.4.2016, come previsto dalla documentazione di gara.

In ordine alle difficoltà di Sport Management S.p.A. a reperire la cauzione definitiva, rilevava che le stesse sono risultate essere comuni alla generalità degli operatori economici in considerazione dell'incompatibilità della durata elevata del contratto di concessione con le rigide regole imposte da banche e assicurazioni per il rilascio di cauzioni. Le difficoltà del mercato delle cauzioni causate dalla crisi economica emergono come dato di fatto, riconosciuto anche in documenti ufficiali di IFEL (cfr documento del 4.7.2016 "Fideiussioni - Nota di approfondimento e avvertenze ai Comuni), della stessa ANAC (cfr. determinazione n. 1 del 29.7.2014), nonché della Banca d'Italia (cfr. avviso pubblicato sul sito istituzionale "Garanzie finanziarie: fare attenzione).

Per quanto concerne la solidità e l'affidabilità della concessionaria Sport Management S.p.A. sottolineava che la stessa gestisce da anni numerose piscine in Italia. Le verifiche effettuate riguardo ai requisiti di ordine generale e speciale propedeutiche alla stipula del contratto di concessione del 13.5.2015, nonché la verifica della permanenza dei requisiti di ordine generale esperiti prima della sottoscrizione dell'atto integrativo del 16.3.2016 hanno confermato il possesso dei requisiti.

Anche la circostanza che la China Taiping Insurance (UK) Co. Ltd ha rilasciato una cauzione di importo consistente (€ 395.700,00) a Sport Management S.p.A. fa desumere che sia stato effettuato, da parte della compagnia assicurativa, prima di rilasciare la polizza fideiussoria, un esame approfondito sulla stabilità economica del contraente accompagnato da verifiche incrociate su banche dati di rischio.

Accettando da Sport Management S.p.A. una cauzione definitiva costituita mediante polizze di durata quinquennale da sostituirsi (rinnovarsi) senza soluzione di continuità del periodo da



Autorità Nazionale Anticorruzione

garantire, l'Amministrazione Comunale non ha fatto altro che adeguarsi alle reali condizioni del mercato delle cauzioni evitando di imporre agli operatori economici modalità di costituzione della cauzione definitiva altamente vessatorie se non impossibili e, al contempo, tutelando l'Amministrazione Comunale stessa allontanando la possibilità di incorrere in truffe o fideiussioni rilasciate da compagnie assicurative che potessero risultare non solvibili.

Relativamente alla polizza fideiussoria di FGIC UK Limited, sottolineava che la falsità non era oggettivamente facilmente riconoscibile. L'Amministrazione comunale, come di prassi, aveva verificato l'autorizzazione al ramo cauzioni sull'IVASS, aveva chiesto integrazioni alle clausole della polizza a tutela dell'Amministrazione; inoltre la polizza risultava avere l'autentica di un notaio. Tale apparente regolarità delle polizze di FGIC UK Limited emergeva anche dal numero di Stazioni appaltanti in ambito nazionale che sono incorse nella medesima truffa.

Avuta notizia che la polizza fideiussoria di FGIC UK Limited era falsa, a seguito di richiesta dell'Amministrazione comunale, la società l'ha prontamente sostituita con una polizza assicurativa rilasciata da China Taiping Insurance (UK) Co. Ltd, verificata e risultata valida. L'iter di verifica della bozza di cauzione rilasciata da China Taiping Insurance (UK) Co. Ltd, si è così svolto:

- con prot. com.le n. 71524 del 15.9.2015 è stata richiesta una nuova cauzione in sostituzione di quella falsa;
- con prot. com.le n. 75894 del 1.10.2015 Sport Management S.p.A. ha inviato la bozza di nuova cauzione (polizza fideiussoria CTIT1502634) rilasciata China Taiping Insurance (UK) Co. Ltd, di importo diverso da quanto richiesto di soli € 45,90, che l'Amministrazione comunale ha ritenuto talmente esiguo da non richiederne l'integrazione;
- con prot. com.le n. 77160 del 6.10.2015 è stata inviata a China Taiping Insurance (UK) Co. Ltd una lettera per verificare la reale emissione della polizza fideiussoria CTIT1502634 rilasciata a Sport Management S.p.A.;
- con prot. com.le n. 77466 del 7.10.2015 China Taiping Insurance (UK) Co. Ltd confermava la regolare emissione e il pagamento della polizza CTIT1502634;
- con prot. com.le n. 90816 del 19.11.2015 sono state richieste integrazioni alle clausole della bozza di cauzione;
- con prot. com.le n. 95611 del 2.12.2015 è pervenuta la bozza di cauzione (polizza CTIT1502634) riformulata con le integrazioni richieste datata 20.11.2015;
- con prot. com.le n. 11012 del 8.2.2016 è stata comunicata formalmente a Sport Management S.p.A. l'accettazione del nuovo testo della bozza di cauzione con le integrazioni apportate;
- con prot. com.le n. 14922 del 18.2.2016 Sport Management S.p.A. ha inviato l'originale della polizza fideiussoria n. CTIT1502634 rilasciata in via definitiva già dal 26.11.2015. La polizza risulta avere una data antecedente in quanto, telefonicamente, l'aggiudicatario aveva già informalmente avuto conferma che le integrazioni al testo della polizza erano conformi a quanto richiesto con nota prot. com.le n. 90816 del 19.11.2015.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Le verifiche sono state effettuate, con esito positivo, sia prima della stipula del contratto che successivamente alla presa visione dei comunicati pubblicati sul sito IVASS in data 4.4.2016 e 25.7.2016 che informavano di polizze false rilasciate in Italia a nome di China Typing. Con prot. com.le n. 82792 del 27.9.2016 veniva inviata una nuova richiesta di conferma dell'emissione della polizza a China Taiping Insurance (UK) Co. Ltd, all'indirizzo indicato nei comunicati IVASS; in data 4.10.2016, con prot. com.le n. 85253 China Taiping Insurance (UK) Co. Ltd, confermava veridicità e regolare emissione della polizza n. CTIT1502634.

Per quanto concerne l'assenza dell'atto notarile attestante l'autentica di firma sulla cauzione rilasciata da China Taiping Insurance (UK) Co. Ltd, rilevava l'Amministrazione comunale che nessuna norma prescrive l'obbligo dell'autentica notarile sulla polizza fideiussoria; tale obbligo non era neppure prescritto dal bando di gara e, pertanto, non poteva essere preteso dall'aggiudicatario.

Riferiva ancora che dalle numerose pronunce giurisprudenziali e pareri di precontenzioso rilasciati dall'allora AVCP in merito al requisito dell'autentica notarile della fideiussione emergeva che *"In considerazione della peculiare funzione svolta dalla cauzione provvisoria, va ritenuta legittima l'esclusione dell'impresa concorrente che, in violazione di una espressa e chiara previsione della lex specialis, ometta di produrre la cauzione provvisoria con sottoscrizione autenticata, purché il bando prescriva espressamente tale adempimento e lo sanzioni con l'esclusione"* (determinazione A.V.C.P. n. 4 del 10.10.2012, pag. 38, punto 8). Negli altri casi, ove tale requisito non sia prescritto dal bando, non vi è alcuna ragione per richiedere maggiori adempimenti al concorrente, costituendo tale prescrizione una novazione degli obblighi imposti per la stipula dalla stazione appaltante, circostanza che espressamente la normativa generale che regola il procedimento amministrativo non ammette (Art. 1, comma 2 della L. 241/90 2. *La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria*). Né è consentito modificare le prescrizioni contenute nel bando in virtù del ricordato principio di invarianza delle condizioni negoziali.

In relazione alla giurisprudenza amministrativa (cfr. Sent. C.d.S. n. 844/2015) citata rilevava ancora l'Amministrazione comunale non conferente al caso in esame la sentenza stessa. Nel caso trattato il Consiglio di Stato fissa il principio secondo cui il comportamento tenuto dall'aggiudicatario era stato contrario ai principi di buona fede essendo la documentazione prodotta astrattamente idonea ad ingannare l'Amministrazione circa l'effettiva stipulazione della polizza assicurativa. Nel caso odierno, secondo quanto ampiamente illustrato, non si può ravvisare alcun comportamento di mala fede o alcun intento ingannevole da parte della società nella presentazione della polizza posto che la società assicurativa fornitrice, come risultato successivamente, è stata oggetto di plurime indagini penali a discapito di molte altre pubbliche Amministrazioni.

Sulla difficoltà a reperire cauzioni, circostanza non riferibile alla società Sport Management S.p.A., l'Amministrazione comunale, verificate le reali condizioni del mercato delle cauzioni, previa attenta analisi è pervenuta alla conclusione che sarebbe risultato irragionevole e altamente



Autorità Nazionale Anticorruzione

vessatorio imporre di produrre una cauzione unica dell'intera durata della concessione, che si sarebbe potuta costituire con altissimi costi solo rivolgendosi ad un istituto bancario, non essendo allo stato nessuna società di intermediazione finanziaria autorizzata al rilascio di garanzie al pubblico ed essendo la durata di 12 anni esclusa dalle compagnie assicurative.

Per quanto concerne l'eccezione circa la supposta variazione delle condizioni contrattuali, di alterazione della parità di condizione dei concorrenti e di violazione del principio di non modificabilità dell'offerta, rilevava l'Amministrazione comunale che:

- a) le condizioni contrattuali non sono state modificate nel contenuto; l'obbligo contrattuale di garantire il contratto di concessione mediante una cauzione permane per l'intera durata della concessione. La garanzia, come ad oggi disciplinata nel contratto del 16.3.2016, ha forma e clausole prescritte dallo schema di contratto pubblicato in fase di gara, nonché dall'art. 113 del d.lgs. n. 163/2006; il contratto, anziché con una cauzione di lunga durata, è stato garantito con diverse fideiussioni di durata inferiore che afferiscono all'intero importo prescritto in sede di gara, sono complete di tutte le clausole previste a tutela dell'Amministrazione e, comunque, sostituendosi senza soluzione di continuità, coprono l'adempimento per l'intera durata contrattuale. L'ente rimane pienamente garantito per dodici anni. Non ci sarà nessuna soluzione di continuità nella costituzione della garanzia, cioè interruzione alcuna, dovendo la società produrne una nuova entro i sei mesi antecedenti la scadenza del precedente documento. L'amministrazione comunale ritiene di aver correttamente operato al solo fine di rispettare il principio di ragionevolezza che deve sottendere l'azione della pubblica amministrazione, a fronte di riscontrati oggettivi ostacoli del mercato delle cauzioni. Lo scopo della cauzione definitiva è di garantire la corretta esecuzione del contratto. Non è stata modificata l'offerta dell'aggiudicatario. L'offerta tecnica ed economica non sono variate a causa della diversa modulazione della cauzione definitiva;
- b) la modifica riguardo l'unicità della cauzione, che ha un'incidenza sul rapporto contrattuale di tipo formalistico e non sostanziale, non è rilevante ai fini delle condizioni di affidamento e di esercizio della concessione, in quanto non dispone l'esenzione o una indebita riduzione della cauzione e non ha comportato discriminazioni o disparità di trattamento nei confronti degli altri concorrenti.

La giurisprudenza amministrativa (cfr. Sent. C.d.S. n. 1451/2009) citata a proposito della immutabilità della *lex specialis* rilevava l'Amministrazione comunale non essere conferente al caso in esame. Infatti, l'Amministrazione comunale non ha affatto concesso alla Sport Management S.p.A. alcuna interpretazione o precisazione dei parametri di gara il cui carattere di immutabilità è pacifico.

Se mai l'Amministrazione ha svolto debite ricerche che hanno condotto alla rideterminazione del periodo di validità contrattuale della polizza, senza soluzione di continuità, stante l'impossibilità oggettiva sopravvenuta a motivo delle condizioni di mercato dianzi ampiamente illustrate e comprovate. Inoltre, tale differente modulazione della cauzione è stata concessa solo a seguito del contratto già stipulato e a gestione avviata. Nessuna condizione di partecipazione alla procedura



Autorità Nazionale Anticorruzione

pertanto è stata variata. L'aggiudicazione definitiva, valida ed esecutiva, era già stata trasposta nel contratto al momento in cui è pervenuta la segnalazione della Procura della Repubblica.

Il contratto è stato redatto applicando le norme del codice civile, come previsto dall'art. 2, commi 3 e 4 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 1-bis della L. 241/1990 e ss.mm.ii., nulla dicendo il d.lgs. 163/2006 riguardo al caso di specie.

In virtù del principio di conservazione dei contratti che si ritrova negli artt. 1367, 1419, 1424 e 1467 del codice civile, nonché in ossequio ai principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza prescritti per l'esecuzione dei contratti dall'art. 2 c. 1 del d.lgs. 163/2006, l'Amministrazione comunale ha ritenuto di adottare la soluzione più ragionevole e corretta per tutelare l'interesse pubblico alla continuazione del contratto. Infine, essendo Sport Management S.p.A. l'unica concorrente in graduatoria, non è stato lesa o arrecato danno ad alcun altro operatore economico che potenzialmente avrebbe potuto subentrare nella concessione.

Infine, il RUP ed il Sindaco del Comune di Busto Arsizio formulavano richiesta di audizione. Nel corso dell'audizione, tenutasi nell'adunanza del Consiglio del 12.4.2017, il Segretario Generale della Città di Busto Arsizio, con riferimento alla supposta modifica delle condizioni contrattuali, precisava ulteriormente che l'obbligazione contrattuale di prestare una cauzione definitiva non è stata eliminata o indebitamente ridotta; invece di prestare un'unica garanzia della durata di dodici anni è stato pattuito che il contratto venisse interamente ed integralmente garantito mediante una cauzione della durata inferiore ed avente il medesimo massimale e senza soluzione di continuità. La soluzione adottata ha consentito la medesima tutela dell'Amministrazione comunale atteso che l'intera durata contrattuale è garantita comunque da una cauzione; neppure il sinallagma contrattuale è stato modificato nella sostanza, anzi a fronte di una cauzione di minore durata il massimale di ciascuna non è stato ridotto o proporzionato alla minore durata. La rimodulazione dell'obbligazione in fase di contratto già avviato è stata effettuata in quanto ritenuta una modifica non sostanziale consentita dalla disciplina applicabile al caso di specie ai sensi del d.lgs. n. 163/2006 e del d.p.r. 207/2010 nonché dal codice civile che consente la novazione oggettiva o la sostituzione di una obbligazione originaria con una nuova obbligazione. L'Amministrazione ha agito puramente nell'interesse pubblico tenendo anche conto che la Sport Management S.p.A. era l'unica società in gara senza altre società controinteressate.

Controdeduzioni Sport Management S.p.A. – nota prot. ANAC n. 25556 del 17.2.2017, PEC prot. ANAC n. 34310 del 6.3.2017 - In esito alla comunicazione risultanze istruttorie la società Sport Management S.p.A., controdeduceva ritenendo le condotte del Comune di Busto Arsizio e della Sport Management S.p.A. del tutto immuni da censure, pervenendo alle seguenti conclusioni:

- 1) nel procedimento penale n. 13228/15, per quel che è dato di sapere, nessun rappresentante, dipendente o procuratore della Sport Management S.p.A. è coinvolto ad alcun titolo;
- 2) sono ignoti i reati per cui si procede, le circostanze di fatto, il contesto geografico, gli imputati e le persone offese;
- 3) non si ha, in particolare, nemmeno notizia della circostanza se la FGIC UK Limited, cui sembrerebbero ascrivere le polizze sospette, sia la presunta agente o la vittima della condotta



Autorità Nazionale Anticorruzione

delittuosa in via di accertamento. Si è, dunque, presumibilmente, in presenza di un procedimento penale di cui si è avuta notizia indiretta ed in cui, presumibilmente, è in corso di accertamento la commissione di reati, fra cui quelli connessi all'emissione di polizze non valide; non consta, però, che l'invalidità di tali polizze sia stata già oggetto di pronuncia giudiziale. Senza rivendicare la validità dei documenti di fideiussione si è in presenza di una situazione straordinaria, per la quale la condotta della Stazione appaltante e della società aggiudicataria (che in quel momento aveva già stipulato il contratto da mesi) sono state la più corretta e le migliori possibili. Le variabili della vicenda penale, di cui ancora oggi non si conoscono gli esatti contorni, hanno costretto la stessa Amministrazione a muoversi su un terreno incerto e con riferimenti fumosi. Infatti, nella nota prot. 71524 del 15.9.2015 del Comune di Busto Arsizio si sostiene che si è venuti "a conoscenza che la FGIC UK Limited con sede a Londra ha rilasciato cauzioni false", e si dà credito a tale assunto, però, con una comunicazione della stessa società accusata di falso che "ha dichiarato di aver cessato di sottoscrivere nuove polizze da gennaio 2008". La Sport Management S.p.A., quindi, poneva alcuni interrogativi quali:

- 1) è corretto affermare che le polizze false siano imputabili a FGIC UK Limited?
- 2) la polizza di cui trattasi è falsa o solo invalida?
- 3) in che misura deve ritenersi corresponsabile l'IVASS che nessun rilievo aveva ancora mosso alla FGIC UK Limited al tempo della emissione della cauzione, sì da dare alla sua attività e ai suoi documenti di garanzia, agli occhi dei terzi in buona fede, quali devono considerarsi l'Amministrazione di Busto Arsizio e la Sport Management S.p.A., veste di formale validità?

ritenendo di essere stata al più vittima di una presunta truffa, essendosi poi adoperata unitamente alla concedente con solerzia per annullarne gli effetti sulla procedura di gara e sul contratto già in essere.

Per quanto sopra non riteneva conferente l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, con sentenza n. 844/2015 citata dall'Autorità, a comprova della ipotetica legittimità di un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione. Infatti, la sentenza citata inerisce alla condotta di un'aggiudicataria che, in mala fede, ha versato in atti una cauzione definitiva falsa arrivando essa stessa a simulare la sottoscrizione dell'agente assicurativo sulla polizza (che ha infatti disconosciuto il documento).

Non può essere sostenuto che la Sport Management S.p.A. sia la responsabile dell'attività di contraffazione della polizza per la quale sta procedendo l'attività inquirente penale. Vero è, invece, che la Sport Management S.p.A. ha immediatamente denunciato tutti i possibili responsabili di tale incresciosa vicenda da cui le è derivato un non indifferente danno economico, conseguente al pagamento di polizza e provvigioni per l'ottenimento della cauzione dalla FGIC UK Limited, e un sicuro danno di immagine e reputazione.

La garanzia della FGIC UK Limited è stata presentata dalla Sport Management S.p.A. al Comune di Busto Arsizio e poi verificata con i mezzi ordinariamente previsti dall'ordinamento (IVASS - visura del 23.01.2015) senza che vi fosse il minimo sentore da parte di chicchessia della sua invalidità; la sua presunta falsità o invalidità è emersa solo dopo la stipula del contratto, con la



Autorità Nazionale Anticorruzione

successiva comunicazione della Procura di Brescia, che ha indotto gli attori del procedimento a tenere una condotta di assoluta e opportuna cautela. Tale cautela si è estrinsecata, da un lato, nella denuncia di ogni possibile responsabile, in sede civile e penale, degli eventi rappresentati dalla Procura, dall'altro, nella richiesta di sostituzione della garanzia a tutela dell'interesse pubblico che non poteva far affidamento su un documento la cui validità, inizialmente confermata su un piano formale, è stata poi pesantemente inficiata da indagini di polizia giudiziaria.

La nuova garanzia emessa dalla China Taiping Insurance in data 26.11.2015 non è toccata da alcun sospetto di irregolarità o invalida; la società China Taiping Insurance ha sospeso la sottoscrizione di nuove polizze, ma continua a garantire quelle già emesse e la stazione appaltante si è fatta parte diligente nel richiedere alla stessa la verifica della validità della cauzione seguendo pedissequamente le indicazioni dell'IVASS. Non vi è alcuna evidenza della non conformità alla legge della nuova fideiussione depositata e ogni ulteriore approfondimento, in presenza peraltro di organi istituzionali vigilanti (IVASS), si concretizzerebbe in un insopportabile e non dovuto onere a carico del procedimento amministrativo, della sua speditezza e tempestività e, quindi, in una lesione dell'interesse pubblico.

Inoltre, l'art. 12 dello schema di convenzione inerente alla concessione non prevedeva la necessità di un atto notarile di autentica della firma del garante, ritenuto indispensabile solo nel caso in cui il bando prescrivere espressamente tale adempimento e lo sanzioni con l'esclusione (cfr. Determinazione AVCP n. 4 del 10.10.2012; Cons. Stato, Sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365 e Sez. III, 19 aprile 2011, n. 2387).

In merito alla validità quinquennale della cauzione prestata dalla China Taiping Insurance, oggetto di successive proroghe obbligatorie sino al raggiungimento dei 12 anni, rilevava anzitutto la Sport Management S.p.A. che il contratto di concessione è stato stipulato in data 13.5.2015. A quella data, la fase pubblicistica dell'instaurando rapporto concessorio era stata improntata al rigoroso rispetto della *lex specialis* e della par condicio dei concorrenti. Qualche mese dopo, al momento della comunicazione della Procura di Brescia si è posto il problema di correggere, nell'interesse pubblico ed in via cautelativa, l'esecuzione del contratto in essere, garantendo il sostanziale rispetto delle norme della legge di gara.

Circa il presunto "principio di invarianza" e immutabilità della *lex specialis* rilevava la Sport Management S.p.A. che il d.lgs. n. 163/06, sotto la cui vigenza si è svolta la procedura di evidenza in parola, nel disciplinare i principi relativi all'esecuzione del contratto, all'art. 113 normava la cauzione definitiva, che, secondo il comma 5): "*copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione*". La cauzione definitiva e la sua sorte attengono, pertanto, alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale e gli atti negoziali che la riguardano, compresi i suoi elementi patologici come modificazione e incameramento, sfuggono alla fase pubblicistica e alla giurisdizione del Giudice amministrativo.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Nell'autonomia negoziale e nell'interesse pubblico, ferma la piena osservanza di tutti gli atti, al momento della stipulazione del contratto, alle norme di gara, la stazione appaltante ha esercitato un legittimo *jus variandi* contrattuale che era riconosciuto dal vecchio Codice ed è confermato dal nuovo.

Già con il d.lgs. n. 163/06 e s.m. esisteva la possibilità di varianti previste o non previste in clausole dei documenti di gara iniziali (se consistenti in lavori, servizi o forniture supplementari da parte del contraente originario); vi erano, inoltre, le varianti in corso d'opera, le sostituzioni del contraente originario e, infine, le varianti non sostanziali che non alteravano gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. Il concetto di modifica sostanziale, come è stato chiarito dalla giurisprudenza, non doveva, e non deve, essere inteso in senso granitico, ma va parametrato ad una verifica caso per caso della volontà iniziale delle parti. Valutando, dunque, sotto il duplice aspetto dell'autonomia negoziale e dello *jus variandi* di condizioni non essenziali del rapporto contrattuale intercorrente tra le parti, le condotte del Comune di Busto Arsizio e della Sport Management S.p.A. non possono che ritenersi del tutto immuni da censure.

Infine, la società Sport Management S.p.A. formulava richiesta di audizione. Nel corso dell'audizione, tenutasi nell'adunanza del Consiglio del 12.4.2017, il procuratore della Sport Management S.p.A., preliminarmente evidenziava che a seguito della nota ANAC, resa pubblica da non precisati soggetti, la società ha subito un danno reputazionale per una campagna di stampa e mediatica che ha già ritenuto di condannarne il comportamento della società. Di contro, esistono altre situazioni analoghe a quella in parola dove le stazioni appaltanti (ad es. Comune di Bari) hanno ritenuto ferma la validità della polizza in attesa che intervenga una sentenza che giudichi a tutti gli effetti falsa la polizza stessa.

Nel merito delle contestazione precisava che la Stazione appaltante e ancor di più il concessionario Sport Management S.p.A. sono nella posizione di parti lese a fronte di una "presunta" indagine della Procura della repubblica di Brescia rispetto alla quale, oltre a non essere stata accertata alcuna falsità della polizza, nessun ulteriore elemento è stato fornito, anche a seguito di specifiche richieste informative formulate, sui nominativi dei soggetti indagati, sulle polizze false, sul luogo dove il reato è stato commesso.

L'unica certezza è oggi rappresentata dalla circostanza che l'IVASS fino al giorno prima dell'emissione della polizza riteneva che la FGIC UK potesse emettere regolarmente la polizza stessa; la polizza emessa risulta essere stata sottoscritta con firma ritenuta vera da un notaio di Londra.

Il comune di Busto Arsizio, di fronte ad un semplice sospetto della falsità della polizza, per un eccesso di zelo, ha ritenuto comunque di sostituirla.

La Sport Management S.p.A., che ha seguito pedissequamente le indicazioni del RUP, ha incontrato non poche difficoltà a trovare un'altra polizza. La sostituzione è comunque avvenuta mediante la stipula di un'altra garanzia rilasciata da un'altra compagnia anch'essa ritenuta affidabile dall'IVASS.



Autorità Nazionale Anticorruzione

La garanzia è stata, tuttavia, divisa con uno *ius variandi* che l'Amministrazione comunale ha ammesso nella considerazione che il servizio era già in essere, la polizza sostituita era solo presuntivamente falsa e che ogni comportamento diverso avrebbe comportato un danno alla collettività ed al concessionario.

La Sport Management S.p.A. in totale buona fede ha comunque pagato il prezzo della polizza ritenuta falsa ed il prezzo della mediazione, ha instaurato un giudizio civile nei confronti del broker e del mediatore per il risarcimento del danno, ha presentato denuncia alla Procura della Repubblica riservandosi di costituirsi parte civile, ha in sostanza utilizzato tutti gli strumenti a tutela per far sì che la polizza fosse legittima.

Il procuratore della società ha sottolineato, inoltre, l'importanza che la vicenda riveste per la Sport Management S.p.A., società seconda in Europa che si occupa di appalti e gestione di impianti sportivi, ad oggi mai incorsa in nessuna condanna o sanzione. Infine, ha evidenziato la necessità di massima trasparenza, atteso che nel contesto reputazionale in cui opera la società stessa, la contestazione di un grave illecito professionale o la revoca dell'aggiudicazione della concessione a cui l'esito del procedimento potrebbe giungere, significherebbe la fine della propria possibilità di operare perché non sarebbe più possibile per la Sport Management S.p.A. la partecipazione a gare d'appalto.

Nel corso dell'audizione, alla luce delle deduzioni fornite veniva richiesto al legale della Sport Management S.p.A. un chiarimento in ordine alla seguente circostanza. Dagli atti da ultimo acquisiti era emerso che la società, in sede di gara, aveva presentato una garanzia provvisoria rilasciata dalla Banca Popolare dell'Emilia Romagna che conteneva anche l'impegno del Garante, ai sensi dell'art. 75, comma 8 del d.lgs. n. 163/2006, a rilasciare nei confronti del contraente la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto di cui all'art. 113 del d.lgs. n. 163/2006, nei termini e modalità indicate nel bando di gara. Considerato che la Sport Management S.p.A. non aveva presentato la cauzione definitiva della Banca Popolare dell'Emilia Romagna ma quella ottenuta, dopo una travagliata ricerca, dalla FGIC UK (cauzione poi risultata falsa ed oggetto di contestazione) è stata richiesta la motivazione sottesa all'eventuale mancato rilascio della cauzione definitiva da parte della Banca Popolare dell'Emilia Romagna. Il procuratore della società, prima di fornire il chiarimento richiesto, ha preliminarmente riferito che a seguito della contestazione dell'ANAC e dell'eco dato dalla stampa si è personalmente speso presso tutti gli organismi di vigilanza di tutti gli istituti bancari per fornire delucidazioni rispetto a quanto successo; alcuni dei rapporti/relazioni della Sport Management S.p.A., tra cui quelli con la Banca Popolare dell'Emilia Romagna, sono stati "congelati" in attesa della decisione di ANAC sulla presente istruttoria. In merito alla polizza fideiussoria emessa da un altro soggetto (rispetto alla Banca Popolare dell'Emilia Romagna) ha riferito che nessuna motivazione scritta era stata rilasciata dalla BPER a cui ANAC può formulare specifica richiesta e si è riservato, se ritenuto, di inviare la risposta che la Banca ha dato alla Sport Management S.p.A. quando questa ha richiesto il rilascio della cauzione definitiva. Ha ribadito, quindi, il travaglio della Sport Management



Autorità Nazionale Anticorruzione

S.p.A. di aver dovuto interpellare, oltre la BPER, anche altre due/tre compagnie prima di ottenere la cauzione dalla FGIC UK.

Sulle compagnie proposte il RUP del Comune di Busto Arsizio ha poi svolto un lavoro egregio avendo verificato dettagliatamente tutte le difficoltà che vi erano rigettando le istanze proposte dalla Sport Management S.p.A. Il rapporto con la BPER rientra nella difficoltà della Sport Management S.p.A. ad avere relazioni bancarie ed assicurative sulla concessione che sono state travagliate fin dall'inizio.

Comunicazioni Banca Popolare dell'Emilia Romagna – nota prot. ANAC n. 67344 del 15.5.2017 – In esito a quanto emerso nel corso dell'audizione del procuratore della società Sport Management S.p.A., con nota prot. ANAC n. 63423 del 5.5.2017, venivano richieste alla Banca Popolare dell'Emilia Romagna-Ufficio Fideiussioni informazioni e/o documentazioni relative ad un eventuale procedimento di rilascio della cauzione definitiva per la società Sport Management S.p.A SSD nonché di conoscere se sussistevano eventuali ragioni di natura tecnica ovvero altre contingenze per l'eventuale mancato rilascio della medesima cauzione definitiva alla stessa società. Infatti, era emerso che la Sport Management S.p.A SSD, per la partecipazione alla procedura di gara in parola, aveva presentato la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria ex art. 75, co. 1 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. rilasciata dalla Banca Popolare dell'Emilia Romagna in data 7 aprile 2014, contenente all'art. 1, tra l'altro, il seguente impegno *“il Garante si impegna, così come previsto all'art. 75, co. 8 del d.lgs. n. 163/2006, nei confronti del Contraente, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto di cui all'art. 113 D.Lgs. 163/2006, nei termini e modalità così come indicati nel bando di gara”*; tuttavia, la Sport Management S.p.A SSD aveva poi presentato una cauzione definitiva che non era stata rilasciata dalla Banca Popolare dell'Emilia Romagna.

Con nota acquisita al prot. ANAC n. 67344 del 15.5.2017 la Banca Popolare dell'Emilia Romagna-Ufficio Fideiussioni confermava di aver rilasciato la cauzione provvisoria a favore del Comune di Busto Arsizio, su richiesta e nell'interesse della Sport Management S.p.A., successivamente restituita dalla stessa società con nota in data 14.8.2015; comunicava, inoltre, che mai la Sport Management S.p.A. aveva richiesto alla Banca il rilascio di garanzia a fronte di cauzione definitiva relativamente alla procedura di gara in parola essendo, per quanto di conoscenza, prassi della Sport Management S.p.A., una volta resasi aggiudicataria di concessioni, non richiedere una fidejussione bancaria bensì rivolgersi a società finanziarie e/o imprese assicuratrici. Infine, il medesimo Ufficio Fideiussioni della Banca riferiva di non comprendere quali potrebbero essere state le enormi difficoltà che a dire della società sarebbero state incontrate con la medesima Banca dalla Sport Management S.p.A. ai fini del rilascio della cauzione definitiva.

Quanto evidenziato dall'Ufficio Fideiussioni della Banca Popolare dell'Emilia Romagna, con nota prot. ANAC n. 75716 del 1.6.2017, veniva comunicato sia alla Sport Management S.p.A. che al Comune di Busto Arsizio, per acquisire eventuali ulteriori controdeduzioni e chiarimenti.



Autorità Nazionale Anticorruzione

In relazione a quanto riferito dall'Ufficio Fidejussioni della citata Banca l'avv. De Vivo, per la Sport Management S.p.A., con nota in data 6.6.2017 formulava alla Banca stessa richiesta di chiarimenti che venivano resi con nota datata 8.6.2017. In particolare la Banca precisava che in merito alle paventate "enormi difficoltà" le medesime non potevano in alcun modo essere intese con riferimento ai rapporti di carattere commerciale e relazionale avendo la Banca stessa rilasciato garanzia provvisoria impegnandosi fin dall'origine al rilascio della cauzione definitiva, se richiesta; in merito agli elementi di carattere oggettivo circa le paventate "enormi difficoltà" della società, quali la durata e l'importo elevato della concessione, precisava, invece, che lo svolgimento di adempimenti di carattere procedurale ed istruttorio non avrebbero consentito l'emissione della garanzia in tempi immediati, che la garanzia emessa dalla Banca avrebbe comportato oneri a titolo di commissioni addebitate annualmente di importo senz'altro considerevole, anche sensibilmente superiore a quanto percepito dalle compagnie assicurative, e che l'emissione di garanzie sottoforma di polizza assicurativa, a differenza di quanto avviene per le fidejussioni bancarie, non comportava alcuna segnalazione alla Centrale dei Rischi, non incidendo sulle linee di credito accordate dal sistema bancario.

Con nota acquisita al prot. ANAC n. 79804 del 12.6.2017, l'avv. De Vivo, acquisita l'interlocuzione con la predetta Banca, precisava ulteriormente che la Sport Management S.p.A. non aveva formalizzato alcuna richiesta di rilascio di garanzia definitiva alla Banca poiché dalle interlocuzioni effettuate per le vie brevi era emerso che l'istruttoria della Banca stessa non avrebbe consentito l'emissione della garanzia in tempi immediati e, quindi, compatibili con la procedura di gara; che la garanzia bancaria avrebbe comportato oneri a titolo di commissioni addebitate annualmente le quali, stante l'importo garantito e la durata della garanzia, sarebbero stati di importo considerevole; inoltre, che l'emissione di una polizza assicurativa, a differenza delle fidejussioni bancarie, non avrebbe comportato alcuna segnalazione alla Centrale dei Rischi, non andando in tal modo ad incidere sulle linee di credito accordate dal sistema bancario. Pertanto, motivi di opportunità, ma anche motivi obiettivamente vincolanti (come ad esempio l'approntamento di ulteriori garanzie collaterali), hanno rappresentato quelle difficoltà di reperimento nel sistema bancario della garanzia richiesta dalla stazione appaltante.

Ritenuto in diritto

Va preliminarmente evidenziato che il Consiglio dell'Autorità, a conclusione di un'istruttoria con la quale è stata trattata, tra l'altro, una fattispecie che presenta alcune analogie con quella oggetto della presente istruttoria, con la Delibera n. 909 del 31.8.2016, ha ritenuto che "in ordine alle conseguenze della produzione di una cauzione definitiva falsa appare condivisibile l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, con sentenza n. 844 del 23 febbraio 2015, che ha ritenuto legittimo il provvedimento di revoca adottato nei confronti di una società che aveva prodotto una cauzione definitiva contraffatta, in ragione del fatto che *"il comportamento tenuto dall'aggiudicataria è stato contrario al principio di buona fede, non essendo stata prodotta la documentazione indispensabile per l'effettiva sottoscrizione del contratto ed anzi essendo la stessa astrattamente idonea ad ingannare l'Amministrazione circa l'effettiva stipulazione della polizza*



Autorità Nazionale Anticorruzione

assicurativa”. Conseguentemente, il giudice amministrativo ha ritenuto “*non implausibile, né tanto meno illogico, arbitrario o irrazionale la valutazione di inaffidabilità dell’aggiudicataria in ragione della obiettiva gravità dei fatti contestati su cui l’Amministrazione appaltante ha fondato la revoca dell’aggiudicazione*”.

Ciò premesso, nel caso di specie, deve rilevarsi che la documentazione di gara pubblicata dal Comune di Busto Arsizio al punto III.1.1 del bando ed ai punti 6.1.c e 6.1.d del disciplinare di gara prescriveva che il concorrente doveva produrre, a pena d’esclusione, a corredo dell’offerta, garanzia sull’offerta di € 4.000,00 mediante cauzione, fideiussione bancaria o polizza assicurativa o polizza rilasciata da intermediari finanziari iscritti nell’albo di cui all’art. 106 del d.lgs. n. 385/1993. Inoltre, il concorrente doveva produrre, a pena d’esclusione, una dichiarazione, ai sensi dell’art. 75, co. 8 del d.lgs. n. 163/06 e s.m.i., contenente l’impegno di un fideiussore, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l’esecuzione del contratto, di cui all’articolo 113 (cauzione definitiva) del d.lgs. n. 163/06 e s.m.i., qualora l’offerente risultasse aggiudicatario della concessione. La garanzia definitiva doveva essere prestata per un importo pari al 10% del valore dei ricavi del primo triennio di gestione risultanti dal Piano Economico Finanziario presentato dal concorrente in sede di offerta.

Va chiarito che l’Amministrazione non era vincolata, per l’affidamento della concessione del servizio in oggetto, ad applicare la disciplina delle cauzioni, essendo la materia delle concessioni di servizi regolata dall’art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., il quale, salvo quanto disposto espressamente nel medesimo articolo, non prevede l’applicazione delle disposizioni del Codice e, dunque, neanche degli articoli 75 e 113.

Nel caso di specie, tuttavia, l’Amministrazione con gli atti di gara adottati si è espressamente autovincolata all’applicazione delle cauzioni ai sensi degli artt. 75 e 113 del d.lgs. n. 163/06 e s.m.i.

Alla procedura di gara risultano aver partecipato solo due operatori economici (uno di questi escluso per mancanza del requisito di capacità tecnica richiesto); conseguentemente l’aggiudicazione è stata disposta in favore dell’unico operatore economico rimasto in gara - Sport Management S.p.A.

Per la partecipazione alla procedura di gara la Sport Management S.p.A. ha presentato la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria ex art. 75, co. 1 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. n. 14/364564, rilasciata dalla Banca Popolare dell’Emilia Romagna in data 7 aprile 2014, contenente, tra l’altro, il seguente impegno “*il Garante si impegna, così come previsto all’art. 75, co. 8 del d.lgs. n. 163/2006, nei confronti del Contraente, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l’esecuzione del contratto di cui all’art. 113 D.Lgs. 163/2006, nei termini e modalità così come indicati nel bando di gara*”.

Tuttavia, l’aggiudicataria Sport Management S.p.A., per la presentazione della cauzione definitiva richiesta per la sottoscrizione del contratto di concessione, nel rappresentare di aver incontrato “*enormi difficoltà*” nell’ambito del mercato delle cauzioni, dettate dalla durata e dall’importo elevato della concessione, ha dapprima proposto due cauzioni delle società Centrofinanziaria



Autorità Nazionale Anticorruzione

S.p.A. e I.F.I.M. S.p.A., entrambe non accettate dall'Amministrazione comunale e, successivamente, ha presentato la cauzione della FGIC UK Limited, accettata dalla stazione appaltante, ma successivamente risultata falsa.

Infatti, per la sottoscrizione del contratto di concessione de quo, stipulato in data 13.5.2015, la Sport Management S.p.A. ha presentato la garanzia definitiva n. AMI-2015-036 apparentemente rilasciata dall'istituto fideiubente FGIC UK Limited in data 16.2.2015, per l'importo garantito di € 395.746,00, con scadenza 16.12.2026. 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, trasmessa tra gli altri anche al Comune di Busto Arsizio, ha notificato un elenco di polizze per le quali ha accertato la falsità. Nel predetto elenco rientra, tra altre, la cauzione definitiva presentata dalla Sport Management S.p.A. nei confronti del Comune di Busto Arsizio.

Il Comune di Busto Arsizio, a seguito della segnalazione della Procura della Repubblica di Brescia, con nota prot. n.71524 del 15.9.2015, ha richiesto alla Sport Management S.p.A. di produrre una nuova cauzione definitiva a garanzia dell'esatto adempimento del contratto; a seguito della suddetta richiesta la Sport Management S.p.A., con nota prot. n. 75894 del 1.10.2015, ha presentato la bozza della nuova garanzia definitiva, successivamente rilasciata dalla CHINA TAIPING Insurance (UK) Co. Ltd. in data 26.11.2015 con il n. CTIT1502634, per l'importo garantito di € 395.700,00 (importo inferiore a quello minimo di € 45,90, ritenuto talmente esiguo dalla Stazione appaltante da non richiederne l'integrazione), con scadenza 20.11.2020. In relazione a detta garanzia, rispetto ad alcuni rilievi formulati, ovvero l'assenza dell'atto notarile attestante l'autenticità della firma del garante, la data di emissione (26.11.2015) non compatibile con la data di trasmissione della polizza all'Amministrazione (18.2.2016), il comunicato IVASS del 4.4.2016 che ha dato evidenza come la predetta CHINA TAIPING Insurance (UK) Co. Ltd. abbia riscontrato un numero di polizze fideiussorie contraffatte intestate a proprio nome ed ha fornito gli elementi per verificare la genuinità delle polizze stesse, l'Amministrazione comunale ha dettagliato con puntualità le verifiche compiute circa la reale emissione della polizza sia prima della stipula del contratto integrativo che successivamente alla presa visione dei comunicati pubblicati sul sito IVASS, confermandone la sua veridicità e regolare emissione.

In merito alla durata della nuova garanzia (5 anni), inferiore alla durata della concessione (12 anni), la Sport Management S.p.A., stante la difficoltà di reperire sul mercato assicurativo una fideiussione per tutta la durata della concessione, in sostituzione della cauzione risultata falsa, ha presentato al Comune di Busto Arsizio una cauzione la cui validità è pari a cinque anni. Detta polizza, nonostante non coprisse l'intero arco temporale di esecuzione della concessione, è stata comunque accettata dall'Amministrazione comunale che, in data 16.3.2016, ha sottoscritto l'atto di modifica dell'art. 12 del contratto di concessione del 13.5.2015 inserendo l'impegno del concessionario, a garanzia del buon adempimento degli obblighi contrattuali, a stipulare una prima garanzia di durata quinquennale che dovrà essere sostituita, con successive nuove fideiussioni, sino alla scadenza della concessione, da consegnare all'Amministrazione entro i sei



Autorità Nazionale Anticorruzione

mesi antecedenti la scadenza della precedente fideiussione. Sul punto l'Amministrazione comunale, da un lato ha osservato che l'importo della garanzia definitiva è stato parametrato nella documentazione di gara secondo principi di proporzionalità e ragionevolezza, come affermato da ANAC (ex AVCP) con deliberazione n. 44 del 18.4.2012, e dall'altro che da una successiva verifica delle reali condizioni del mercato delle cauzioni, ha ritenuto irragionevole e altamente vessatorio imporre all'aggiudicatario di produrre una cauzione unica dell'intera durata della concessione, che si sarebbe potuta costituire con altissimi costi solo rivolgendosi ad un istituto bancario, non essendo allo stato nessuna società di intermediazione finanziaria autorizzata al rilascio di garanzie al pubblico ed essendo la durata della concessione pari a 12 anni esclusa dalle compagnie assicurative. Proprio le considerazioni rappresentate dall'Amministrazione confermano i rilievi formulati dall'Autorità con la comunicazione risultante istruttorie. Infatti, se da un lato l'Amministrazione avrebbe ragionevolmente parametrato l'importo della garanzia definitiva richiesta sui valori dei ricavi del primo triennio di gestione risultanti dal piano economico finanziario presentato in sede di offerta, considerati unitamente alla durata del rapporto (12 anni), dall'altro, aver consentito all'aggiudicatario di garantire la concessione con una cauzione di durata inferiore alla durata della concessione stessa (con il solo impegno di successivi rinnovi), senza che della circostanza ne fosse stata data evidenza negli atti di gara, deve ritenersi una oggettiva alterazione della parità di condizione dei concorrenti, in violazione del principio di certezza delle situazioni giuridiche sotteso alla immutabilità della *lex specialis*; contrariamente il bando di gara perderebbe la sua forza cogente per i soggetti partecipanti, ai quali non è dato interpretare e precisare il senso e la portata di quei parametri di gara la cui immutabilità è posta a garanzia di tutti indistintamente i partecipanti (Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451). Nel caso esaminato poi, l'asserita difficoltà della Sport Management S.p.A. di reperire fideiussioni per elevati importi e per elevata durata risulta smentita dall'Ufficio Fideiussioni della Banca Popolare dell'Emilia Romagna che ha confermato il proprio impegno originario a rilasciare la cauzione definitiva alla Sport Management S.p.A., così come indicato nella cauzione provvisoria rilasciata alla medesima società per la partecipazione alla gara, qualora richiesta. Non possono rilevare, quindi, quegli elementi oggettivi (i tempi d'istruttoria della Banca, gli oneri delle commissioni bancarie, le linee di credito accordate e la segnalazione alla Centrale dei Rischi) rappresentati dalla Sport Management S.p.A. per la mancata richiesta alla Banca Popolare dell'Emilia Romagna del rilascio della cauzione definitiva, non avendo peraltro reperito sul mercato altra garanzia conforme come richiesta dagli atti di gara. Non può escludersi, peraltro, che l'asserita difficoltà di reperire fideiussioni per elevati importi e per elevata durata potrebbe essere stata la conseguenza dell'andamento stesso della gara che ha visto partecipare solo due operatori economici, uno dei quali escluso per mancanza dei requisiti tecnici richiesti.

Circa il "principio di invarianza" e immutabilità della *lex specialis* la Sport Management S.p.A., nel richiamare il comma 5 dell'art. 113 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. - "*la garanzia copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del*



Autorità Nazionale Anticorruzione

certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione” - ha rilevato che la cauzione definitiva e la sua sorte attengono alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale e gli atti negoziali che la riguardano, compresi i suoi elementi patologici come modificazione e incameramento, sfuggono alla fase pubblicitica e alla giurisdizione del Giudice amministrativo. Nell'autonomia negoziale e nell'interesse pubblico, ferma la piena osservanza di tutti gli atti, al momento della stipulazione del contratto, alle norme di gara, la stazione appaltante ha esercitato un legittimo *jus variandi* contrattuale che era riconosciuto dal vecchio Codice ed è confermato dal nuovo. Quanto affermato dalla Sport Management S.p.A., tuttavia, non può essere condiviso atteso che la fattispecie riscontrata non può assimilarsi ad una legittima modifica contrattuale avvenuta in corso di esecuzione della concessione. Infatti, deve evidenziarsi che la sottoscrizione della concessione è avvenuta solo a seguito della presentazione della prima garanzia definitiva, apparentemente rilasciata dalla FGIC UK per tutta la durata della concessione stessa, che la Sport Management S.p.A. ha prodotto all'Amministrazione, come prevista dagli atti di gara, e che solo successivamente è risultata essere falsa. A prescindere dai profili di carattere soggettivo, l'accertata falsità della polizza equivale oggettivamente ad una mancata presentazione della garanzia della cauzione definitiva, mancanza alla quale il particolare contesto normativo di riferimento – art. 113 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. – riconnette l'impossibilità di stipulazione del contratto e la conseguente automatica decadenza dall'aggiudicazione. Non può, quindi, assumersi quale legittima modifica contrattuale di una concessione quella divenuta necessaria solo a seguito della presentazione di una garanzia definitiva, poi risultata falsa, che era essa stessa necessaria e propedeutica alla sottoscrizione della concessione medesima. Peraltro, la seconda cauzione definitiva rilasciata dalla CHINA TAIPING Insurance (UK) Co. Ltd. non è stata prestata dalla Sport Management S.p.A. per tutta la durata della concessione. Rileva sul punto l'Amministrazione comunale che la garanzia definitiva, come ad oggi disciplinata nel contratto del 16.3.2016, afferisce all'intero importo prescritto in sede di gara; anziché essere unica e di lunga durata è costituita da diverse fidejussioni di durata inferiore che si sostituiscono senza soluzione di continuità, coprendo l'intera durata contrattuale. Anche a voler superare la violazione del principio di immodificabilità dell'offerta, teso a garantire, da un lato, la *par condicio* fra i concorrenti, e dall'altro, l'affidabilità del contraente, anche quest'ultimo assunto dell'Amministrazione non può essere condiviso, se non in astratto, non potendo ad oggi prevedere alcunché su come saranno espletate dal concessionario le prestazioni previste dalla concessione e garantite dalla cauzione definitiva quinquennale così come non può oggi essere prevista la successiva capacità della Sport Management S.p.A. di sostituire la garanzia definitiva alla scadenza dei primi cinque anni con una nuova garanzia.

Al di là della buona fede della Sport Management S.p.A. che ha documentato di aver pagato il prezzo della polizza falsa ed il prezzo della mediazione, ha instaurato un giudizio civile nei confronti del broker e del mediatore per il risarcimento del danno, ha presentato denuncia alla Procura della Repubblica riservandosi di costituirsi parte civile, quali strumenti a propria tutela, la fattispecie accertata deve configurarsi, allo stato degli atti, quale mancata costituzione della



Autorità Nazionale Anticorruzione

garanzia definitiva prevista dagli atti di gara, sanzionata con la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria, in conformità alla previsione di cui all'art. 113, comma 4 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. - *“La mancata costituzione della garanzia di cui al comma 1 determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria di cui all'articolo 75 da parte della stazione appaltante, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue nella graduatoria”.*

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- che la procedura di gara per l'affidamento del contratto di concessione ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. della gestione del servizio pubblico “Balneazione e bagni pubblici” non appare coerente con i principi di parità di trattamento e non discriminazione ex art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.;
- che alla luce degli atti esaminati la garanzia polizza n. AMI-2014-036 apparentemente rilasciata dalla FGIC UK e prestata dal concorrente aggiudicatario della concessione Sport Management S.p.A. è da ritenersi falsa;
- che la garanzia definitiva polizza n. CTIT1502634 rilasciata dalla CHINA TAIPING Insurance (UK) Co. Ltd., prestata dal concorrente aggiudicatario della concessione in sostituzione della polizza n. AMI-2014-036 apparentemente rilasciata dalla FGIC UK, non è conforme a quella richiesta dagli atti gara per l'affidamento del contratto di concessione de quo;
- che la mancata costituzione della garanzia definitiva nella forma e nei modi previsti dagli atti gara è sanzionata con la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria, in conformità alla previsione di cui all'art. 113, comma 4 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.;
- di trasmettere la presente delibera al concedente Comune di Busto Arsizio ed alla società concessionaria Sport Management S.p.A.;
- 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 14 luglio 2017

Il Segretario, Maria Esposito