

Presidente

Ill.mo Prefetto di Foggia
S.E. Dott. Maurizio Valiante

Fascicoli UCOM n. 1164/2024 - 1165/2024

Oggetto: *Omissis* e *Omissis*. Proposta di applicazione della misura di accantonamento degli utili di cui all'art. 32, comma 1, lett. b-bis) del d.l. 90/2014 e s.m.i. - Procedimento penale n. 11977/2021 RGNR e 234/2022 RG GIP presso il Tribunale di Foggia

VISTO l'articolo 32 del d.l. 90/2014 e s.m.i., che disciplina l'applicazione di misure straordinarie nel caso in cui l'Autorità giudiziaria proceda per i delitti ivi contemplati ovvero in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali, attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un contratto pubblico nonché ad un'impresa che esercita attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale o ad un contraente generale, e ricorrano fatti gravi e accertati;

VISTE le Linee Guida adottate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito, Autorità o Anac) congiuntamente al Ministero dell'Interno, pubblicate sul sito istituzionale dell'Autorità;

VISTE le "*Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.AC. di adozione delle misure straordinarie ai sensi dell'articolo 32 del d.l. 90/2014, convertito con modificazioni dalla legge 114/2014, e s.m.i.*" (di seguito Disposizioni), pubblicate sul sito istituzionale dall'Autorità;

VISTI gli atti acquisiti ai fascicoli dell'Ufficio Misure straordinarie e commissariamenti (di seguito, UCOM) n. 1164/2024 e n. 1165/2024 e, in particolare:

- le note informative dell'Ufficiale di collegamento della Guardia di Finanza prot. n. 83133 del 29.09.2023 e n. 20484 del 09.02.2024;
- l'ordinanza di applicazione di misure cautelari adottata dal Tribunale di Foggia in data 12.01.2023;
- il decreto che dispone il giudizio, adottato dal Tribunale di Foggia all'esito dell'udienza del 22.01.2024
- le note delle imprese riunite in RTI, **Omissis** (mandataria) e **Omissis** (mandante);
- la nota della stazione appaltante Ospedali Riuniti di Foggia, acquisita al prot. n. 77469 del 04.07.2024;

VISTA la relazione dell'Ufficio Misure straordinarie e commissariamenti prot. n. 97357 del 22.08.2024;

ESAMINATI i predetti atti al fine di valutare la sussistenza dei presupposti per la formulazione di una proposta di adozione di misure ai sensi dell'articolo 32 del d.l. 90/2014 e s.m.i., in conformità alla citata norma, alle indicazioni interpretative fornite dalle Linee Guida e dalle Disposizioni sopra indicate;

DATO ATTO CHE:

- con nota n. 39553 del 26.03.2024 (Fasc. 1164/2024), l'UCOM ha comunicato all'impresa **Omissis** e alla stazione appaltante Ospedali Riuniti di Foggia, ai sensi degli artt. 7 e ss. della L. 241 del 1990, l'avvio del procedimento finalizzato all'adozione di una proposta di misure di cui all'art. 32 del d.l. 90/2014 in relazione ai fatti di reato di cui al procedimento penale in oggetto e, in particolare, a quelli riferiti alla gara di cui al CIG **Omissis**, bandita dalla suddetta stazione appaltante per l'affidamento del "*servizio di gestione e manutenzione, ordinaria e straordinaria, degli impianti elettrici dei plessi ospedalieri dell'azienda ospedaliero-universitaria Ospedali-Riuniti di Foggia*".
- con nota acquisita al prot. n. 42445 del 04.04.2024, la **Omissis** ha formulato richiesta di accesso agli atti - cui è stato dato riscontro con nota n. 43441 del 05.04.2024;
- con successiva nota acquisita al prot. n. 48989 del 22.04.2024, la Società ha presentato memoria difensiva, chiedendo l'archiviazione del presente procedimento;

DATO ATTO ALTRESI' CHE:

- con nota n. 39559 del 26.03.2024 (Fasc. 1165/2024), l'UCOM ha comunicato all'impresa **Omissis** e alla stazione appaltante Ospedali Riuniti di Foggia, ai sensi degli artt. 7 e ss. della L. 241 del 1990, l'avvio del procedimento finalizzato all'adozione di una proposta di misure di cui all'art. 32 del d.l. 90/2014 in relazione ai fatti di reato di cui al procedimento penale in

oggetto e, in particolare, a quelli riferiti alla medesima gara di cui sopra, contraddistinta dal CIG *omissis*;

- con nota acquisita al prot. n. 42725 del 04.04.2024, la *Omissis* ha formulato richiesta di accesso agli atti - cui è stato dato riscontro con nota n. 44767 del 10.04.2024;
- con successiva nota acquisita al prot. n. 48883 del 22.04.2024, la Società ha presentato memoria difensiva, chiedendo l'archiviazione del presente procedimento;
- con nota prot. n. 57208 del 17.05.2024, la Società è stata chiamata in audizione al fine di avere chiarimenti sulle circostanze rappresentate nella propria memoria difensiva;
- in riscontro a quanto richiesto nel corso dell'audizione del 05.06.2024, la Società ha trasmesso con note acquisite al prot. n. 68052 e n. 68097 del 17.06.2024: (i) il proprio codice etico del 17.06.2024; (ii) il report della *due diligence* legale espletata da una società di consulenza e finalizzata all'adozione di un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del d.lgs. 231/2001; (iii) il documento denominato "*executive summary*", contenente il riepilogo dell'attività di *risk assesment* fino ad oggi svolta; (iv) visura aggiornata della Società; (v) l'organigramma aziendale in relazione alla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; (vi) il documento contenente la descrizione del procedimento di gestione del canale di segnalazione di cui al d.lgs. 24/2023;
- con nota acquisita al prot. n. 8316 del 18.06.2024, la Società, ad integrazione delle precedenti note, ha trasmesso lo scambio di comunicazioni tra la stazione appaltante e l'impresa mandataria in merito al subentro del nuovo appaltatore;

DATO ATTO INFINE CHE:

- con nota n. 69253 del 19.06.2024 e con nota di sollecito n. 77255 del 04.07.2024, l'UCOM ha rappresentato alla stazione appaltante la necessità di acquisire elementi informativi, unitamente alla relativa documentazione, circa la durata della proroga del servizio *de quo*, svolto sin qui dal suddetto RTI, in quanto dall'istruttoria svolta è risultato che in data 26 aprile 2024 era previsto il subentro del nuovo gestore, ma tale subentro non ha avuto luogo e, pertanto, il gestore uscente, su richiesta della stazione appaltante, sta continuando a svolgere il servizio;
- con nota acquisita al prot. n. 77469 del 04.07.2024, la stazione appaltante ha riscontrato la predetta richiesta;
- i due procedimenti sopra citati, di cui ai fascicoli n. 1164/2024 e n. 1165/2024, sono stati riuniti, stante la connessione oggettiva fra di essi;

In fatto

PREMESSO CHE l'esame delle note informative dell'Ufficiale di collegamento della Guardia di Finanza sopra menzionate e l'istruttoria svolta dall'UCOM hanno consentito di acclarare che:

- il RTI composto da *Omissis* (di seguito, anche solo Mandataria o *Omissis*) e *Omissis* (di seguito, anche solo Mandante o *Omissis*) è risultato aggiudicatario della gara di cui al CIG *omissis*, bandita dalla stazione appaltante Ospedali Riuniti di Foggia per l'affidamento del "servizio di gestione e manutenzione, ordinaria e straordinaria, degli impianti elettrici dei plessi ospedalieri dell'azienda ospedaliero-universitaria Ospedali-Riuniti di Foggia";
- il relativo contratto sottoscritto in data 12.01.2021, rep. n. 538, risulta tutt'ora in corso di esecuzione, stante il mancato subentro del contraente individuato all'esito della nuova gara;
- la gara *de qua* sarebbe stata oggetto di due distinte ipotesi di turbativa:
 - a) secondo quanto riportato al capo 3 dell'ordinanza di applicazione di misure cautelari adottata dal Tribunale di Foggia in data 12.01.2023, la procedura sarebbe stata turbata da un pubblico ufficiale in concorso con un imprenditore, interessato ad eseguire in subappalto i lavori oggetto dell'affidamento in esame; i soggetti sopra indicati sono stati rinviati a giudizio con decreto adottato dal Tribunale di Foggia all'esito dell'udienza del 22.01.2024;
 - b) secondo quanto riportato nel successivo avviso di chiusura delle indagini preliminari e nella richiesta di rinvio a giudizio del 17.05.2023 – con l'aggiunta di due nuovi capi d'imputazione – i legali rappresentanti della Mandataria e della Mandante all'epoca in carica (di seguito, anche rispettivamente **Soggetto 1** e **Soggetto 2**) sarebbero colpevoli dei reati di cui agli artt. 110, 479 e 353 c.p.;
- con decreto che dispone il giudizio, adottato dal Tribunale di Foggia all'esito dell'udienza del 22.01.2024, il Soggetto 1 e il Soggetto 2 sono stati rinviati a giudizio per concorso nei reati di turbativa d'asta (353 c.p.) e di falso in autentica di firma (479 c.p.), in concorso con un notaio, con riferimento alla documentazione presentata nella gara sopra indicata.

In particolare, come risulta dalla citata ordinanza di misure cautelari - a cui si rinvia per la ricostruzione e l'accertamento delle condotte penalmente rilevanti - il RTI sopra menzionato, nella seduta pubblica del seggio di gara dell'8.09.2020, veniva escluso dalla procedura *de qua* in quanto il sopralluogo, previsto come obbligatorio dall'art. 3 del disciplinare di gara, sarebbe stato condotto in data 25.08.2020 unicamente dal delegato della Mandataria.

Quello stesso giorno, nel pieno svolgimento delle operazioni di gara, il Presidente del seggio si sarebbe sentito telefonicamente sul cellulare con il legale rappresentante della Mandataria, che avrebbe poi anche incontrato nel pomeriggio. Successivamente, il legale rappresentante della Mandataria avrebbe contattato, prima, un notaio di sua fiducia per fissare un appuntamento e, dopo, il legale rappresentante della Mandante per avvisarlo di recarsi il giorno seguente, ossia il 09.09.2020, dal predetto notaio. Sempre in data 09.09.2020, il legale rappresentante della Mandataria avrebbe contattato la compagna del Presidente del seggio di gara per avvisarlo che era tutto a posto.

Il 10.09.2020, tramite pec, il legale rappresentante della Mandataria ha presentato apposita istanza di riammissione alla gara, allegando alla richiesta la delega mancante della Mandante ad effettuare il predetto sopralluogo. Il seggio di gara disponeva la riammissione del RTI,

dando atto che il concorrente aveva trasmesso la delega della Mandante autenticata in data 24.08.2020.

Secondo la tesi accusatoria, tale delega sarebbe falsa in quanto rilasciata in realtà solo dopo lo svolgimento del sopralluogo in questione e l'iniziale esclusione del RTI, per sanare la mancanza riscontrata dal seggio di gara. In realtà, in data 24.08.2020 i legali rappresentanti della Mandataria e della Mandante non si sarebbero mai recati presso lo studio del notaio che autenticò la delega in questione, tanto è vero che il cellulare del legale rappresentante della Mandante agganciava il 24.08.2020 una cellula telefonica di un Comune diverso rispetto a quello in cui si trovava lo studio notarile. In cambio della riammissione del RTI, il Presidente del seggio di gara avrebbe ottenuto la promessa di assunzione del proprio figlio presso la Mandante.

In diritto

RICHIAMATO l'art. 3 delle predette Disposizioni, che reca i presupposti per l'esercizio del potere di proposta di cui all'art. 32 del d.l. 90/2014 e s.m.i. e il successivo art. 12, commi 4 e 5, che disciplinano la conclusione del relativo procedimento;

CONSIDERATO CHE l'istruttoria svolta ha consentito di accertare la sussistenza, nella presente fattispecie, di tutti i presupposti sopra menzionati in quanto:

- nel giudizio penale *de quo*, le condotte illecite poste in essere dagli imputati integrano il reato di cui all'art. 353 c.p., fattispecie espressamente contemplata nell'art. 32, comma 1, del d.l. 90/2014, e il reato di cui all'art. 479 c.p., con riferimento ad atti presentati in gara; tale ultima fattispecie delittuosa realizza quella tipologia di situazioni anomale, che parimenti può giustificare il ricorso alle misure straordinarie di cui al citato articolo 32.

Al riguardo, è opportuno richiamare le Prime Linee Guida, assunte congiuntamente dall'Anac e dal Ministero dell'Interno, nella parte in cui chiariscono che: «*Le circostanze suscettibili di dare luogo ai provvedimenti amministrativi di cui all'articolo 32, comma 1, del citato decreto legge 90/2014 debbono essere individuate non solo in fatti riconducibili a reati contro la pubblica amministrazione, ma anche a vicende e situazioni che sono propedeutici alla commissione di questi ultimi o che comunque sono ad esse contigue. Si pensi, a titolo esemplificativo, ai reati di truffa aggravata di cui all'art. 640-bis c.p., di riciclaggio (art. 648-bis c.p.), a quelli di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti ovvero con altri artifici, l'emissione di fatture e altri documenti per operazioni inesistenti, l'occultamento o la distruzione di documenti contabili finalizzata all'evasione fiscale (artt. 2, 3, 8 e 10 del D. Lgs. n. 74/2000), i delitti di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.). Inoltre, non si può escludere che la presenza di situazioni anomale di cui al comma 1 possa essere ricondotta a fattispecie distorsive della regolarità e trasparenza delle procedure di aggiudicazione quali ad esempio: la comprovata sussistenza*

di collegamenti sostanziali tra imprese partecipanti alla gara; la rilevata sussistenza di accordi di desistenza artatamente orientati a favorire l'aggiudicazione nei confronti di un'impresa; la accertata violazione dei principi che sorreggono la trasparenza delle procedure ad evidenza pubblica, qualora da elementi di contesto possa formularsi un giudizio di probabile riconducibilità del fatto a propositi di illecita interferenza»;

- le condotte illecite sono riferibili all'operatore economico in veste di RTI, risultato aggiudicatario della gara *de qua*, stante la carica rivestita dagli imputati all'epoca dei fatti all'interno delle rispettive società Mandataria e Mandante;
- l'avvenuto rinvio a giudizio degli imputati per i reati di cui agli artt. 353 c.p. e 479 c.p. consente di considerare i fatti penali come gravi e accertati, secondo le indicazioni fornite dalle Prime Linee assunte congiuntamente dall'Autorità e dal Ministero dell'Interno.

Al riguardo, infatti, queste ultime hanno già chiarito in via interpretativa che l'articolo 32 non subordina «*l'applicazione delle misure all'acquisizione di una certezza probatoria, tipica del procedimento penale. È sufficiente, piuttosto, che gli elementi riscontrati siano indicativi della probabilità dell'esistenza delle predette condotte ed eventi (...)*». Le stesse Linee Guida, inoltre, puntualizzano che nel contesto delle misure introdotte dall'art. 32 – destinate ad intervenire in un momento antecedente al giudicato penale – devono considerarsi "fatti accertati" quelli corroborati da riscontri oggettivi, mentre il requisito della "gravità", richiamato anche dal comma 2 della disposizione sopra citata, implica che i fatti stessi abbiano raggiunto un livello di concretezza tale da rendere probabile un giudizio prognostico di responsabilità nei confronti dei soggetti della compagine di impresa per condotte illecite o criminali.

Per tale ragione, in un'ottica garantista, l'Autorità non ritiene sufficiente né la mera iscrizione del registro degli indagati né la mera richiesta di rinvio a giudizio per procedere in sede amministrativa ai sensi del citato articolo 32, ma richiede un provvedimento dell'autorità giudiziaria, quale, ad esempio un'ordinanza cautelare o un decreto di rinvio a giudizio.

CONSIDERATO CHE, con nota prot. n. 48989 del 22.04.2024, la Mandataria *Omissis* ha supportato la richiesta di archiviazione in considerazione delle previsioni dell'art. 12, comma 2, lett. k) e del comma 3, lett. c), delle Disposizioni sopra citate, facendo presente in particolare quanto segue:

- quanto al procedimento penale,

l'ordinanza applicativa di misure cautelari adottata dal Tribunale di Foggia in data 12.01.2023 non conteneva alcuna ipotesi di reato nei confronti del legale rappresentante della società e, quindi, non disponeva misure cautelari nei confronti di quest'ultimo. Di contro, l'autorità giudiziaria aveva ritenuto sussistente una diversa ipotesi di reato di cui all'art. 353 c.p. con riferimento ad altro operatore economico. L'iscrizione del legale rappresentante nel registro degli

indagati avveniva solamente in data 28.02.2023, lo stesso giorno in cui veniva emesso l'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

A seguito della richiesta di rinvio a giudizio, l'imputato chiedeva apposito interrogatorio, durante il quale rimarcava di non essersi effettivamente mai recato presso il notaio in questione, atteso che la delega avrebbe dovuto essere rilasciata dalla Mandante e non dalla Mandataria. Conseguentemente chiedeva il suo proscioglimento perché il fatto non sussiste ovvero per non aver commesso il fatto;

– quanto al presente procedimento,

mancherebbero i presupposti per proporre l'applicazione delle misure straordinarie contemplate dall'art. 32 del d.l. 90/2014 in quanto:

- 1) il Soggetto 1 non riveste più alcuna carica sociale; a far data dal 12.01.2022 si è dimesso sia dalla carica di amministratore unico, sia da quella di responsabile tecnico e di direttore tecnico, recidendo ogni legame gestionale e operativo con la Società;
- 2) nel corso dell'assemblea del 12.01.2022, la Società ha nominato un nuovo amministratore unico e un nuovo direttore tecnico e responsabile tecnico;
- 3) in data 06.11.2023, a seguito delle dimissioni dell'amministratore da ultimo citato, la Società ha nominato un ulteriore amministratore, tutt'ora in carica;
- 4) la scadenza naturale del contratto in esame era fissata al 25.10.2023 e la stazione appaltante, nelle more dell'individuazione del nuovo contraente, ha disposto in data 06.11.2023 una proroga tecnica, per un massimo di sei mesi. La stazione appaltante ha espletato la nuova gara e ha fissato la data del 26.04.2024 per il subentro del nuovo contraente;
- 5) la Società ha sempre avuto un comportamento trasparente nei rapporti con la Pubblica Amministrazione, tanto è vero che nel corso della sua attività ultraventennale non avrebbe mai subito alcuna risoluzione negoziale, né sarebbe mai incorsa in qualsivoglia grave illecito professionale, ovvero in alcun provvedimento di esclusione per (ritenuto) difetto dei requisiti professionali e morali;

– quanto alle misure di ravvedimento operoso,

successivamente al periodo in cui si sarebbero verificati i fatti ipotizzati in sede penale (risalenti al mese di agosto 2020), la Società ha adottato numerose iniziative finalizzate a contrastare fenomeni corruttivi, nonché a prevenire, monitorare e gestire il rischio di verifica di reati contro la Pubblica Amministrazione, ivi compreso quello di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.). In particolare:

- 1) con determinazione dell'1.08.2022, il primo amministratore unico subentrato al Soggetto 1 ha avviato il procedimento per conseguire la certificazione di qualità anticorruzione ai sensi della norma ISO 37001:2016;
- 2) in data 18.01.2023 la Società ha effettivamente conseguito la predetta certificazione;

- 3) sempre con determinazione dell'1.08.2022 è stato adottato il modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d.lgs. 231/2011, designando un avvocato quale Organismo di Vigilanza esterno in forma monocratica;
- 4) il predetto modello è stato consegnato al personale dipendente, che ha ricevuto apposita attività di formazione;
- 5) il modello in esame è stato aggiornato in data 08.04.2024 alla nuova disciplina del *whistleblowing* prevista dal d.lgs. 24/2023;
- 6) nell'ambito del modello in esame, in data 09.04.2024 è stato adottato, inoltre, uno specifico protocollo per la prevenzione del rischio di commissione del reato di cui all'art. 353 c.p.;

CONSIDERATO altresì che, secondo la Mandataria, alla luce delle circostanze sopra riferite, non sarebbe applicabile la misura straordinaria di cui al citato art. 32, comma 1, lett. a), in quanto l'imputato è stato sostituito già da anni nella sua carica; parimenti non sarebbe applicabile la misura straordinaria di cui all'art. 32, comma 1, lett. b) e b)-bis in quanto il contratto e la relativa proroga tecnica sarebbero ormai conclusi e il contratto sarebbe completamente eseguito; infine, non potrebbe essere adottata la misura del sostegno e del monitoraggio in quanto la disposizione che la contempla sarebbe riferita testualmente a fattispecie riguardanti organi societari diversi dagli amministratori e, comunque, la Società sin dal 2022 avrebbe adottato diverse e diffuse misure di *self cleaning*, costantemente aggiornate;

CONSIDERATO CHE, con nota prot. n. 48883 del 22.04.2024, anche la Mandante Omissis ha chiesto l'archiviazione del procedimento in esame, in considerazione della previsione dell'art. 12, comma 3, lett. c, delle citate Disposizioni, sostenendo l'occasionalità dei fatti penali contestati all'imputato, e ritenendo che le misure straordinarie di cui all'art. 32, comma 1, lett. b e b-bis siano ultronee, in quanto la Società non starebbe più eseguendo l'appalto oggetto dell'indagine penale, e la misura di "tutoraggio" prevista del comma 8 della citata disposizione non potrebbe trovare applicazione in quanto riferita a fattispecie riguardanti "organi societari diversi".

La stessa ha fatto presente:

- quanto al procedimento penale,

che quest'ultimo è ancora in una fase embrionale, né la società né il suo legale rappresentante, benché imputato, sono stati attinti da misure cautelari con l'ordinanza adottata in data 12.01.2023 dal Tribunale di Foggia; conseguentemente l'accertamento delle condotte delittuose non sarebbe mai avvenuto. Il legale rappresentante della Mandante si è visto recapitare, solo successivamente all'adozione dell'ordinanza *de qua*, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari datato 28.02.2023 (data con la quale coincideva anche la sua iscrizione nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p.) e la richiesta di rinvio a giudizio del 17.05.2023, accolta in esito

all'udienza celebratasi il 22.01.2024. Le imputazioni formulate a suo carico atterrebbero ad una sola condotta, non accertata giudizialmente, neppure in forma di gravità indiziaria a livello cautelare.

Il legale rappresentante della Mandante, a seguito dell'iscrizione nel registro degli indagati, richiedeva l'interrogatorio al pubblico ministero per chiarire la propria posizione, nel corso del quale spiegava che il 24.08.2020 si era recato da solo dal notaio, senza il Soggetto 1, in ragione del fatto che doveva essere autenticata soltanto la sua delega. Il dichiarante precisava, inoltre, che proveniva da località di villeggiatura, dove aveva dimenticato il proprio cellulare. Tale circostanza spiegherebbe il motivo per cui il predetto giorno il suo cellulare risultava agganciare una cellula non ricompresa nella città dove era lo studio notarile;

– quanto alla procedura di gara incriminata,

che si sarebbe trattato di un'unica gara e inoltre il relativo contratto sarebbe interamente eseguito, poiché in data 26.04.2024 sarebbe previsto il subentro del nuovo contraente;

– quanto al presente procedimento,

che mancherebbero i presupposti per proporre l'applicazione delle misure straordinarie contemplate dall'art. 32 del d.l. 90/2014 in quanto:

- 1) difetterebbe l'accertamento dei fatti, atteso che il procedimento penale da cui è scaturito il procedimento per la proposta applicativa delle misure straordinarie è ancora in una fase embrionale e nessuna misura cautelare è stata adottata a carico della Società né tanto meno a carico del suo legale rappresentante;
- 2) la Mandante non è attinta da contestazioni ai sensi del d.lgs. 231/2001;
- 3) i fatti per i quali si procede penalmente risalgono al mese di settembre 2020;
- 4) il Soggetto 2, in qualità di imputato, ha richiesto l'interrogatorio, serbando un comportamento da subito collaborativo con l'Autorità Giudiziaria;
- 5) la "gara incriminata" sarebbe l'unica a cui la Mandante avrebbe partecipato, avendo avuto, quali propri clienti, unicamente soggetti privati;

– quanto alle misure di ravvedimento operoso,

che la Mandante è pronta ad impegnarsi a non intrattenere, in futuro, alcun tipo di rapporto con la Pubblica Amministrazione, trasmettendo all'Autorità, a cadenza annuale – ovvero con altra periodicità da indicare eventualmente - una relazione sull'attività svolta corredata di specifica dichiarazione, sottoscritta dall'amministratore, attestante che la società non ha partecipato a gare pubbliche e non ha ricevuto affidamenti diretti da parte di Pubbliche Amministrazioni;

CONSIDERATO che in data 05.06.2024 si è svolta l'audizione della Mandante, nel corso della quale la Società:

- 1) ha indicato di aver partecipato alla gara *de qua* in RTI verticale;

- 2) ha ribadito che i suoi clienti sono unicamente soggetti privati e la gara pubblica sopra menzionata è l'unica pubblica a cui ha partecipato. Al riguardo, l'Ufficio UCOM ha richiesto chiarimenti dal momento che secondo i dati presenti in BDNCP la società risulta aggiudicataria di ulteriori due contratti. La società ha dichiarato di non averli menzionati in quanto già conclusi;
- 3) su apposita domanda al riguardo da parte dell'Ufficio UCOM, ha comunicato che il passaggio del servizio al nuovo affidatario, previsto per il 26.04.2024, non è ancora stato effettuato per problemi concernenti l'attuazione della clausola sociale. Stante la necessità di garantire la continuità del servizio e attesa la non immediata sostituibilità dell'appaltatore, la stazione appaltante ha comunicato al RTI uscente di continuare ad eseguire il contratto;
- 4) ha comunicato che il processo penale è ancora nella fase iniziale, non essendosi aperto il dibattimento.
- 5) ha fatto presente di essere una piccola società a conduzione familiare, che consta di 16 dipendenti, in cui l'imputato è l'unico soggetto che ha specifiche caratteristiche tecniche e, come tale, non immediatamente sostituibile. Il figlio, che pur lo coadiuva, non ha ancora acquisito le competenze necessarie per poter assumere un ruolo di maggior rilievo all'interno della Società; per tale motivo non è stata modificata la *governance*;
- 6) ha rimarcato, infine, di non avere una capacità culturale, patrimoniale, organizzativa e gestionale tale da adottare tempestivamente specifiche misure di ravvedimento operoso, quali l'adozione di modelli di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. 231/2001, essendo necessario prima costruire un ambiente idoneo a consentire che l'eventuale adozione del modello non rimanga un atto puramente formale. A tal fine, la società ha comunque avviato un percorso virtuoso di monitoraggio del *risk management*, con l'obiettivo di adottare un codice etico e uno specifico protocollo per la prevenzione dei reati di turbativa di gara. Per tali attività ha affidato specifico incarico a una società di consulenza.

CONSIDERATA la documentazione trasmessa dalla Mandante, a supporto delle proprie argomentazioni, con note acquisite al prot. n. 68052 e n. 68097 del 17.06.2024 e al prot. n. 8316 del 18.06.2024, in esito alle richieste istruttorie formulate dall'UCOM nel corso della suddetta audizione;

CONSIDERATO che, con nota n. 69253 del 19.06.2024, l'UCOM ha chiesto alla stazione appaltante informazioni in merito allo stato di esecuzione del contratto in esame e quest'ultima con nota assunta al prot. n. 77469 del 04.07.2024, ha comunicato che, nelle more dell'espletamento della gara per individuazione del nuovo contraente, con DDG n.114 del 13.02.2024, ha disposto, ai sensi dell'art. 106, comma 11 del d.lgs. 50/2016, la proroga tecnica del contratto in oggetto, scaduto il 25.10.2023, per un massimo di mesi 6 (sei) ovvero sino al minor tempo di affidamento del nuovo servizio.

A seguito dell'esperimento della procedura di gara, è stato individuato il nuovo aggiudicatario ed è stata fissata la data del 26 aprile 2024 per il subentro. Tale passaggio, tuttavia, non è ancora avvenuto a causa di una problematica nell'attuazione della clausola sociale di cui all'art. 12 del capitolato tecnico, che ha indotto la stazione appaltante ad aprire un apposito procedimento nei confronti del nuovo aggiudicatario, comunicando a quest'ultimo la propria determinazione di non procedere alla contrattualizzazione del rapporto negoziale. La stazione appaltante, infine, ha fatto presente di essere stata diffidata dal nuovo aggiudicatario, con nota prot. 13649 del 07.06.2024, a procedere alla stipula del contratto;

RITENUTO CHE le argomentazioni difensive delle due Società, Mandataria e Mandante, non sono idonee a superare le risultanze documentali che emergono dall'ordinanza e dal decreto di rinvio a giudizio in esame, non chiarendo appieno i fatti e le circostanze, né ad affievolire l'esigenza di un presidio di legalità, e, pertanto, non consentono di accogliere le istanze di archiviazione del presente procedimento.

In particolare, sotto il primo profilo, giova osservare che l'adozione di misure cautelari nei confronti degli imputati non è condizione necessaria per l'adozione delle misure di cui all'articolo 32, comma 1 e comma 8, del d.l. 90/2014, essendo sufficiente - come già sottolineato - che gli elementi riscontrati siano indicativi della probabilità dell'esistenza delle condotte illecite e tale probabilità può risultare - come nel caso in esame - anche dal decreto di rinvio a giudizio. Non rileva, quindi, la circostanza che il capo di imputazione nei confronti del Soggetto 1 e Soggetto 2 sia stato aggiunto solo in sede di conclusione delle indagini preliminari e di richiesta di rinvio a giudizio, posto che l'imputazione in parola ha già trovato un primo vaglio di attendibilità proprio nel decreto di rinvio a giudizio.

A ciò si aggiunga che né la Mandante né la Mandataria hanno smentito le risultanze dell'ordinanza in esame, che attesta diversi contatti telefonici e incontri non istituzionali tra i soggetti imputati e il Presidente del seggio di gara. Tali contatti - per le modalità con cui si sono svolti (utilizzo di WhatsApp, cellulare, AppSignal, con applicazione di messaggistica istantanea non intercettabile), tra l'altro, anche il giorno di esclusione del RTI dalla gara e il giorno della sua riammissione in gara - non possono essere certo ricondotti alle ordinarie interlocuzioni tra stazione appaltante ed operatori economici partecipanti a un leale confronto concorrenziale, e anzi denotano una certa confidenza tra i predetti soggetti, che rileva come indice di anomalia dei comportamenti tenuti da questi ultimi.

Sotto il secondo profilo, l'esame della nota prot. n. 77469 del 04.07.2024 della stazione appaltante induce a ritenere che il RTI in esame stia ancora eseguendo l'appalto *de quo*, sebbene in regime di proroga. Tale circostanza rafforza l'esigenza di garantire un presidio di legalità, in una situazione in cui - come nel caso in esame - in assenza delle condotte delittuose non è stato dimostrato che aggiudicatario avrebbe comunque rivestito simile ruolo. Nel corso dell'istruttoria, infatti, non è stato comprovato che la delega della Mandante fosse già stata rilasciata all'atto del sopralluogo.

Ciò anche in considerazione del fatto che:

- 1) la Mandataria, pur avendo disposto diverse misure di ravvedimento operoso, non ha reciso tutti i legami con il Soggetto 1, che è rimasto socio con una quota del 93,3% del capitale sociale e, pertanto, quest'ultimo può ancora influenzare le scelte della società. Quest'ultima, inoltre, non ha proposto denunce penali o azioni di responsabilità nei confronti dell'ex amministratore indagato, come richiesto dalla giurisprudenza amministrativa, al fine di dimostrare la concreta e tangibile dissociazione della Società dalla condotta penalmente sanzionabile del reo (Tar Piemonte, sez. I, n. 615/2023), né ha dimostrato di aver risarcito o di essersi impegnata a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, o di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale, ai sensi dell' art. 96, comma 6, d.lgs. 36/2023;
- 2) la Mandataria, come ammesso dalla stessa nella propria memoria difensiva, contratta abitualmente con la Pubblica Amministrazione (dato confermato dai riscontri effettuati dalla Guardia di Finanza con nota prot. n. 20484 del 09.02.2024) e, pertanto, è opportuno garantire un pieno recupero della sua affidabilità sul mercato dei contratti pubblici;
- 3) la Mandante ha iniziato un processo di ravvedimento operoso solo successivamente all'apertura del presente procedimento, avvenuta con nota prot. n. 39559 del 26.03.2024; le misure adottate dalla stessa non sono pertanto tempestive;
- 4) dalla documentazione trasmessa risulta che la Mandante riveste i connotati della tipica azienda familiare, «*nella quale la figura apicale del socio amministratore [ossia il soggetto imputato] assume un'importanza rilevante ed imprescindibile per la vita della società. Per tale ragione la società presenta un modello di governance non strutturato caratterizzato dall'informalità delle procedure e dei processi decisionali*» (così a pag. 23 del Report Due Diligence dalla stessa prodotto in allegato). L'analisi dell'organigramma aziendale conferma i risultati della *due diligence*, rilevando il ruolo centrale che la persona dell'imputato conserva nell'organizzazione aziendale e che probabilmente continuerà a conservare, considerata la natura familiare della stessa e il numero ridotto di addetti, pari a 16 unità (dato riferito alla visura camerale trasmessa dalla società). In tale situazione di fatto c'è il rischio che le misure assunte spontaneamente dalla società non siano sufficienti a modificare concretamente la gestione dell'impresa, rimanendo così un mero adempimento formale;
- 5) diversamente da quanto sostenuto dalla Mandante (pag. 4 memoria difensiva), quest'ultima non ha esclusivamente committenti privati: dalla BDNCP risultano, infatti, tre aggiudicazioni a suo favore, compreso il contratto in oggetto (dato emerso dai riscontri effettuati dall'Ufficiale di Collegamento della Guardia di Finanza con nota prot. 20484 del 09.02.2024);
- 6) sebbene la Mandante abbia dichiarato che non intende in futuro partecipare a nuove gare, tale circostanza non può essere considerata un'adeguata misura di ravvedimento operoso, posto che non ha l'effetto di recuperare l'affidabilità e la credibilità della società sul mercato dei contratti pubblici, ma semplicemente di contrarre la concorrenza in esso;

CONSIDERATO che, in ottemperanza al principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, il Presidente dell'Autorità è chiamato a ponderare gli elementi fattuali emersi, anche sotto il profilo della loro gravità e delle connesse esigenze di tutela, al fine di individuare, tra le diverse misure previste dall'art. 32, quella più adeguata, tenuto conto di diversi indicatori, quali il ruolo e il complessivo comportamento dell'autore dell'illecito, il coinvolgimento della compagine societaria, la spregiudicatezza dei soggetti coinvolti, lo stato del contratto coinvolto nelle vicende illecite, la permanenza negli assetti societari di soggetti con una notevole capacità di influenzare le scelte dell'impresa o la presenza di ulteriori elementi attestanti il rischio di condizionamenti nella esecuzione dei contratti in essere.

Rilevano ai fini della gravità le seguenti circostanze:

- 1) il ruolo degli indagati all'interno delle rispettive società;
- 2) le intercettazioni telefoniche riportate nell'ordinanza di misure cautelari assunta dal Tribunale di Foggia in data 12.01.2023, a cui si rinvia, le quali evidenziano diversi contatti telefonici tra il dipendente pubblico, Presidente del seggio di gara, e gli imputati successivamente alla pubblicazione del bando di gara in esame, di cui alla delibera dirigenziale n. 430 del 23 luglio 2020. Più precisamente, tali contatti sarebbero avvenuti in data 24.07.2020 (con il Soggetto 2) e in data 30.07.2020, 08.08.2020, 08.09.2020, 14.09.2020 (con il Soggetto 1). L'ordinanza, inoltre, dà atto anche di diversi incontri tra il pubblico ufficiale e il Soggetto 1 in data 08.09.2020 e 11.09.2020. A prescindere dalla rilevanza penale di tali condotte – che sarà considerata e valutata nella competente sede penale - sotto il profilo squisitamente amministrativo non può non rilevarsi l'anomalia di tali comportamenti, che denotano un *modus agendi* in violazione dei principi di correttezza, buona fede e trasparenza;
- 3) gli accertamenti compiuti dalla polizia giudiziaria e riportati nella citata ordinanza evidenziano, inoltre, che: (i) nel fascicolo ufficiale di gara sequestrato in occasione della perquisizione del 31.01.2022 non c'è traccia dell'istanza di riammissione alla gara e della delega della mandante; (ii) la pec inviata dalla Mandataria alla stazione appaltante, chiedendo la riammissione alla gara, risultava in data 10.09.2020 non letta. Parimenti non risultava aperto il file ad essa allegato, contenente la delega della Mandante. Ne deriva che la riammissione del RTI alla gara risulterebbe essere più la conseguenza degli accordi illeciti presi tra gli indagati e il pubblico ufficiale, che non l'esito di un regolare procedimento amministrativo in autotutela;
- 4) secondo quanto riportato nell'ordinanza in esame (pag. 197), il figlio del Presidente del seggio di gara risulta assunto dalla Mandante successivamente all'aggiudicazione della gara *de qua*. Nella memoria difensiva, la Mandante non ha mosso alcuna contestazione a simile circostanza;
- 5) la rilevanza delle condotte descritte nell'ordinanza in esame ai fini dell'aggiudicazione della gara: l'autentica della firma del legale rappresentante della Mandante sulla delega ad effettuare il sopralluogo per la gara è l'unico atto che ha permesso, nel caso di specie, di



provare che tale delega sia stata rilasciata prima dello svolgimento del sopralluogo, consentendo così al RTI di essere riammesso alla gara. Lo stesso notaio indagato, infatti, ha dichiarato nel corso del suo interrogatorio che l'atto in questione non è soggetto ad annotazione repertoriale;

- 6) nessuna delle due società in esame ha reciso i rapporti con i soggetti indagati: il Soggetto 1 è rimasto socio con una quota del 93,3% del capitale sociale, e il Soggetto 2 ha totalmente conservato il proprio ruolo nella società;

CONSIDERATO CHE, da un lato, il RTI in esame sta ancora eseguendo il contratto oggetto dell'indagine penale, e, dall'altro, sia la Mandante sia la Mandataria hanno comunque avviato un percorso di recupero della propria affidabilità nel mercato dei contratti pubblici; tali circostanze inducono a valutare, come corrispondente ai principi di proporzionalità e adeguatezza, la misura dell'ordine dell'accantonamento degli utili di cui all'art. 32, comma 1, lett. b-bis), del d.l. 90/2014 s.m.i.

La misura in parola, da un lato, consente di accantonare in un apposito fondo gli utili derivanti dalla completa esecuzione del contratto, che rappresentano il profitto delle condotte delittuose, e, dall'altro, a differenza delle altre due diverse misure del sostegno e monitoraggio e della temporanea e straordinaria gestione, non pone a carico degli operatori economici gli ulteriori costi di eventuali esperti o amministratori di nomina prefettizia;

RITENUTO di individuare l'organo competente ad adottare la misura di cui all'art. 32, comma 1, lett. b-bis), del d.l. 90/2014 s.m.i nel Prefetto di Foggia, in quanto Prefetto del luogo in cui ha sede la stazione appaltante, Ospedali Riuniti di Foggia, in conformità a quanto disposto dal citato comma 1;

Tutto quanto sopra premesso, considerato e ritenuto,

SI PROPONE

di disporre, fino all'effettivo subentro del nuovo aggiudicatario del servizio, **la misura prevista dall'art. 32, comma 1, lett. b-bis) del d.l. 90/2014 e s.m.i., ordinando alla stazione appaltante, Ospedali Riuniti di Foggia, che i pagamenti all'operatore economico in RTI, composto dalle società *Omissis* e *Omissis*, in relazione all'esecuzione del contratto di "servizio di gestione e manutenzione, ordinaria e straordinaria, degli impianti elettrici dei plessi ospedalieri dell'azienda ospedaliero-universitaria Ospedali-Riuniti di Foggia", di cui all'originaria gara CIG *omissis*, attualmente eseguito in regime di proroga da parte delle predette società, siano corrisposti al netto dell'utile derivante dalla conclusione del contratto, quantificato nel 10 per cento del corrispettivo, da accantonare, ai sensi del comma 7 del citato art. 32, in un apposito fondo.**

Si allegano i documenti di cui all'unito elenco.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente in data 27 agosto 2024