



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 559 del 31 maggio 2017

Oggetto: Fascicolo 3385/7/2016 - Gara europea a procedura aperta per l'appalto di progettazione esecutiva e realizzazione del servizio di raccolta e gestione dei rifiuti solidi urbani e altri servizi attinenti per i comuni dell'ARO 3/Le - Importo presunto dell'appalto € 110.066.361,00.

Stazione appaltante: A.R.O. 3/Le

Esponente: Indagine d'Ufficio

Riferimenti normativi: art. 75 d.lgs. 163/2006 e s.m.
art. 38 d.lgs. 163/2006 e s.m.
art. 46 d.lgs. 163/2006 e s.m.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 31 maggio 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. 163/06 costituite sotto forma di fideiussioni*", 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.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Successivamente, con nota prot. ANAC n. 121490 del 12.8.2016, veniva formulata richiesta di informazioni preliminari al Sig. Sindaco del Comune di Copertino, 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. 133518 del 14.9.2016 il responsabile dell'Ufficio Comune ARO 3/LE comunicava di avere dato corso a dette operazioni di gara in data successiva alla segnalazione della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia - Direzione Distrettuale Antimafia circa la falsità della polizza n. AMI-2015-068 della FGIC UK LIMITED sottoscritta il 24.03.2015 dalla società Ecotecnica s.r.l. di Lequile (LE).

Infatti, come riportato nel verbale di gara n. 2 del 5.10.2015, all'apertura della busta contenente la documentazione della costituenda ATI "Ecotecnica - Igeco - Axa", il Presidente di gara dava notizia ai membri della Commissione e a tutti i partecipanti alla seduta pubblica della richiesta della Direzione Distrettuale Antimafia della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia.

Con riferimento a detta circostanza, il delegato della costituenda ATI "Ecotecnica - Igeco - Axa", con note a verbale, confutando le contestazioni sollevate in ordine alla cauzione provvisoria di cui si discute, dichiarava che la stessa fosse stata regolarmente emessa, risultasse conforme alla *lex specialis* e allo schema tipo 1.1 di cui al DM 12.03.2004 n. 123, e pertanto valida ad ogni effetto di legge. Inoltre, informava che la società Garante, al momento della stipula della polizza, operava in Italia in regime di Libera Prestazione di Servizi (LPS) e risultava iscritta nell'Albo IVASS col n. 11.00490 (cod. ISVAP n. 10748) ed allegava n. 2 visure IVASS estratte dal sito ufficiale dell'istituto in data 23.01.2015 e 06.03.2015 oltre alla nota di chiarimenti, resi al contraente richiedente, dalla medesima società FGIC UK LIMITED del 04.06.2015, con la quale la stessa asseriva di aver operato in Italia, fino a tutto il 2008, attraverso una presenza diretta e con emissione delegata e che, a partire dal 2009, aveva cessato l'attività diretta in Italia, mantenendo le iscrizioni in passporting (Libera prestazione di servizi) dalla sede centrale nel Regno Unito. Nella medesima nota la società informava che la cancellazione dall'elenco IVASS fosse intervenuta il 15.04.2015 e che le polizze sottoscritte entro tale data e regolarmente autenticate, tra cui quella identificata con il cod. AMI - 2015 -0068, fossero valide ed in copertura. Infine, comunicava che la polizza era stata autenticata presso uno studio notarile londinese con postilla internazionale n. K445568 del 24.03.2015, della quale allegava report e riportava link del sito internet per la verifica, e chiedeva, nell'eventualità la Commissione non avesse ritenuto sufficienti i chiarimenti forniti o riscontrare talune irregolarità sulla cauzione provvisoria, sulla base delle proprie verifiche, l'applicazione degli artt. 38, co. 2-bis e 46 co. 1 ed 1-ter del d.lgs. 163/2006 e ss.mm.ii., per la regolarizzazione anche mediante produzione di nuova polizza, fornendo, in caso di esclusione dalla partecipazione alla gara, preavviso di ricorso.

In seguito alle dichiarazioni della costituenda ATI "Ecotecnica - Igeco - Axa", come pure riportato nel verbale della seduta, il delegato della costituenda ATI "MONTECO - CICLAT



Autorità Nazionale Anticorruzione

TRASPORTI E AMBIENTE” chiedeva alla Commissione di escludere la costituenda ATI “Ecotecnica - Igeco - Axa”, in quanto la polizza presentata dalla stessa non fosse idonea. A supporto della richiesta citava il comunicato stampa del 2 luglio 2015 dell’IVASS, con cui rendeva nota la segnalazione di polizze fideiussorie false intestate a FGIC UK LIMITED, in quanto in data 23.2.2015 FGIC UK LIMITED aveva dichiarato di aver cessato di sottoscrivere nuove polizze da gennaio 2008 e che la validità dell’ultima polizza emessa in Italia fosse terminata nel mese di agosto 2012. Pertanto, l’eventuale stipulazione di polizze recanti l’intestazione FGIC UK LIMITED comportava per i contraenti l’insussistenza della copertura assicurativa.

Il delegato della costituenda ATI “Ecotecnica - Igeco - Axa”, intervenendo ancora nella seduta di gara, rimarcava che il comunicato stampa del 2.7.2015 dell’IVASS si riferiva alle polizze emesse in Italia nel periodo antecedente all’attività di libera prestazione di servizi resa dalla Compagnia FGIC UK LIMITED, la quale - riportandosi alla documentazione già prodotta - aveva dichiarato la cessazione di tale attività in LPS a far data dal 15 aprile 2015, data in cui è intervenuta la cancellazione dai registri IVASS.

Nella seduta del 5.10.2015, la Commissione riteneva di ammettere con riserva la costituenda ATI “Ecotecnica - Igeco - Axa”, nonché di ammettere con riserva l’ulteriore concorrente, costituenda ATI “TEKNO SERVICE, ASV, RACCOLIO” che risultava aver sottoscritto anch’esso la polizza per la cauzione provvisoria con la FGIC UK LIMITED, quantunque la stessa non fosse inclusa nell’elenco allegato alla nota della Direzione Distrettuale Antimafia della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia. Nella seduta riservata del 19.10.2016 la Commissione di gara esaminava la questione di cui si discute, rilevando che:

- 1) per quanto contenuto nella nota della Direzione Distrettuale Antimafia della Procura della Repubblica di Brescia, sino a quando l’indagine non si fosse conclusa, non poteva escludersi che anche la costituenda ATI “ECOTECNICA - IGEKO - AXA” potesse risultare “parte offesa”. Per detta ragione, la Commissione ha ritenuto che disporre l’esclusione dalla gara sulla base della potenziale falsità della polizza fosse irragionevole e contrario ai principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza ai quali deve conformarsi l’operato amministrativo, nonché - da ultimo - a quello del *favor participationis*;
- 2) indipendentemente dall’esito dell’indagine penale, la Commissione ha ritenuto che la polizza in commento fosse regolare, in quanto rispondeva alle prescrizioni della *lex specialis*, riportando fedelmente i contenuti di cui all’art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii. e, come comprovato dalle visure IVASS estratte dal sito ufficiale del 23.1.2015 e del 6.3.2015 (entrambe allegate alle “note a verbale” del delegato dell’ATI “ECOTECNICA - IGEKO - AXA” ed acquisite agli atti della gara), essa era stata emessa da società iscritta, al tempo della stipula (24.03.2015), nell’Albo dell’IVASS. A conferma di quanto innanzi, la Commissione ha ritenuto operassero anche i “chiarimenti” del 04.06.2015 forniti dalla medesima FGIC UK LIMITED, in riscontro alla richiesta avanzata dalla costituenda ATI, che asseriva che la cancellazione dall’Elenco IVASS «è effettiva dal 15 aprile 2015» e che «tutte le polizze emesse



Autorità Nazionale Anticorruzione

entro tale data sono valide in quanto emesse dalla Sede e regolarmente autenticate. Pertanto la polizza N. AMI-2015-0068 è regolarmente emessa e in copertura»;

- 3) tuttavia - attesi, da un lato, l'incertezza dell'esito dell'indagine e, dall'altro, lo scopo al quale assolve la cauzione provvisoria che è quello di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario - a tutela dell'interesse dell'Ente, la Commissione avrebbe ritenuto di dover dar luogo al "soccorso istruttorio" di cui al combinato disposto degli artt. 38, co. 2-bis e 46, co. 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii, senza irrogazione della sanzione pecuniaria atteso che, la previsione di cui all'art. 38, co. 2-bis richiede un coefficiente di imputabilità soggettiva della violazione sanzionata, la cui sussistenza la Commissione riteneva quantomeno dubbia, anche in considerazione della circostanza che la concorrente, all'esito dell'indagine penale, si sarebbe potuta rivelare parte offesa.

Successivamente, con nota prot. n. 2069 del 9.10.2015, acquisita in pari data al protocollo dell'Ente col n. 28417, la costituenda ATI in questione aveva confermato la validità dell'offerta presentata in data 9.4.2015 per ulteriori 180 gg. e, ai fini del rinnovo della cauzione provvisoria, aveva prodotto nuova polizza fideiussoria emessa da CHINA TAIPING INSURANCE (UK) CO.LTD (Codice IVASS Imprese 40633) con decorrenza 9.4.2015 e scadenza al 9.10.2015, ed appendice dell'8.10.2015 di estensione della validità della predetta polizza sino al 9.4.2016. Pertanto, la Commissione concludeva che, quand'anche la polizza n. AMI-2015-0068 emessa da FGIC UK UNITED dovesse, all'esito dell'indagine penale, risultare irregolare e/o priva di copertura finanziaria, in ogni caso la produzione della nuova polizza sanava l'eventuale irregolarità poiché assicurava la serietà dell'offerta, tutelando la Stazione appaltante rispetto all'eventuale mancata sottoscrizione del contratto d'appalto: ciò anche in conformità al combinato disposto di cui agli artt. 38, co. 2-bis e 46, co. 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii. e, sciogliendo la riserva, ammetteva la concorrente alla successiva fase di gara.

Con riferimento alla riserva espressa nei riguardi della costituenda ATI "TEKNOSERVICE, ASV, RACCOLIO" la Commissione riteneva valide le stesse considerazioni espresse in merito alla regolarità della polizza presentata dalla costituenda ATI "ECOTECNICA - IGECO - AXA" invitando l'ATI in questione a regolarizzare la propria offerta, producendo, entro il termine perentorio di 10 giorni decorrenti dalla notifica del verbale della seduta riservata, una nuova polizza.

Nella seduta pubblica del 26.10.2015, la Commissione comunicava alle imprese concorrenti l'esito dell'esame della documentazione integrativa e delle verifiche eseguite nelle sedute riservate precedenti, rispetto alle riserve formulate in seno all'ammissione di alcune candidate alle successive fasi di gara, dando lettura dei verbali delle stesse sedute in cui sono riportati i motivi che hanno consentito lo scioglimento delle riserve formulate.

Con plico prot. n. 9635 del 8.4.2015, la costituenda ATI "ECOTECNICA - IGECO - AXA" trasmetteva ulteriore conferma della validità dell'offerta formulata per la partecipazione alla gara per i



Autorità Nazionale Anticorruzione

successivi 180 giorni (9.4.2016 - 9.10.2016) e il rinnovo della cauzione provvisoria emessa da CHINA TAIPING INSURANCE (UK) CO.LTD (Codice IVASS Imprese 40633) con decorrenza 9.4.2016 e scadenza al 9.10.2016.

Le operazioni di gara proseguivano con l'ammissione di tutti i candidati e la valutazione delle offerte tecniche fino alla data del 5.8.2016. Nella seduta pubblica dell'11.8.2016 la Commissione comunicava gli esiti della valutazione delle offerte tecniche condotte nelle sedute riservate e procedeva all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e alla stesura della graduatoria provvisoria, come riportato nel verbale n. 25. Da tali operazioni è risultato che l'offerta collocata al primo posto della graduatoria provvisoria fosse quella presentata dalla costituenda ATI "ECOTECNICA - IGECO - AXA" e che, la stessa, risultasse anormalmente bassa, ai sensi dell'articolo 86, co. 2 del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii., e pertanto, soggetta alla procedura di verifica descritta al p.to 14 del Disciplinare di gara.

Con successivo plico prot. 24429 del 30.8.2016, la costituenda ATI "ECOTECNICA - IGECO - AXA" trasmetteva la documentazione richiesta per la verifica dell'offerta risultata anormalmente bassa,

che doveva essere esaminata per il prosieguo delle operazioni di gara.

Nella seduta riservata del 2.9.2016, come riportato nel verbale della stessa, la Commissione di gara, in esito alla nota dell'Autorità prot. n. 121490 del 12.8.2016 rilevava, anzitutto, che nessuna ulteriore comunicazione fosse pervenuta all'Ente dalla Procura di Brescia in ordine all'indagine in corso, sicché le polizze di cui all'elenco allegato alla nota a suo tempo inviata dalla stessa Procura di Brescia, possono ritenersi solo "presuntivamente false". Per detta ragione, la Commissione riteneva ancora valide le considerazioni già espresse sul punto nell'ambito della procedura di gara e, conseguentemente, confermava le determinazioni assunte in merito all'ammissione della costituenda ATI interessata, riportandosi integralmente ai contenuti del verbale n. 4 del 19.10.2015, ivi compresi quelli che afferiscono alla regolarità della polizza in commento, in quanto rispondente a tutte le prescrizioni della *lex specialis*, riportando essa fedelmente tutti i contenuti di cui all'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii. Inoltre, sull'argomento, la Commissione evidenziava quanto di recente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, ovvero che: «l'art. 46 comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 prevede l'esclusione non per ogni vizio del contenuto dell'offerta ma nei soli casi di "incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta" stessa. Deve, pertanto, rilevarsi che la mancanza o irregolarità della cauzione provvisoria, pur incidendo sul contenuto dell'offerta, non ne determina l'incertezza assoluta" e ciò in ragione della funzione meramente accessoria riconosciuta alla stessa dalla medesima giurisprudenza invocata da parte resistente secondo cui la cauzione può essere ricondotta alla "caparra confirmatoria, sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione risulta la più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno .. In definitiva e in sostanza, si tratta di una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati" (A.P.



Autorità Nazionale Anticorruzione

n. 34/2014). In nessun caso, pertanto, la cauzione provvisoria costituisce elemento strutturale essenziale la cui mancanza possa legittimare, ai sensi dell'art. 46 comma 1-bis d.lgs. n. 163/2006 l'esclusione dalla gara» (così Tar Lazio, Roma, III, 10.6.2015 n. 8143, confermata dal Consiglio di Stato, 6.4.2016 n. 1377).

Inoltre, la Commissione ha ritenuto - per completezza di accertamento - di dare mandato al Presidente al fine di richiedere alla Procura di Brescia informazioni in merito all'indagine di che trattasi, nonché all'ATI interessata dalla polizza de qua perché comunichi le eventuali azioni intraprese a tutela dei propri interessi e diritti.

Con note prot. n. 25702 del 8.9.2016 e prot. n. 25759 del 8.09.2016 venivano, quindi, inoltrate le richieste di cui sopra alla Procura di Brescia ed alla costituenda ATI "ECOTECNICA - IGECO - AXA". Quest'ultima, con nota prot. n. 26054 del 12.9.2016, comunicava:

- 1) di aver sporto formale denuncia/querela cautelativa nei confronti della FGIC UK LIMITED, successivamente alla operazioni di gara svolte in seduta pubblica il 5 e 26 ottobre 2015, al fine di tutelarsi da eventuali condotte dolose poste in essere nei propri confronti e che potrebbero emergere all'esito dell'indagine pendente presso la Procura di Brescia (P.P. 13228/15 RGNR Mod. 21) e di non essere stata convocata per l'ascolto presso la Procura di Brescia;
- 2) di voler acquisire copia della nota dell'Autorità prot. n. 121490 del 12.8.2016, anche per contribuire ulteriormente all'attività istruttoria dell'Ente e della medesima Autorità;
- 3) di ritenere che, fino a quando un Giudice non si dovesse pronunciare sull'asserita falsità della polizza AMI-2015-0068 emessa da FGIC UK LIMITED, la stessa deve ritenersi regolarmente emessa, essendo conforme alle previsioni della *lex specialis* e allo schema tipo di cui al DM 12.03.2004, n. 123 e quindi valida, come già asserito nelle note rese durante la seduta di gara del 5.10.2015 e stabilito dalla commissione nel verbale di gara del 19.10.2016;
- 4) di aver, successivamente, presentato la polizza sostitutiva ed i relativi rinnovi sottoscritti con altra compagnia, mediante il ricorso al "soccorso istruttorio". Circa la possibilità di far ricorso al "soccorso istruttorio" previsto dal combinato disposto dell'art. 38, co. 2-bis e 46 co. 1-bis e 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii., nella fattispecie di cui si discute, citando recente giurisprudenza in materia, nonché la Determina n. 1/2015 dell'Autorità e ha concluso che, un'eventuale esclusione della candidata dalla procedura di gara, esporrebbe la Stazione Appaltante ad un contenzioso e ad una richiesta risarcitoria;
- 5) formale invito alla Stazione appaltante a concludere le operazioni di gara con l'esame delle giustificazioni presentate in relazione all'anomalia dell'offerta, in considerazione che il prossimo 9.10.2016 andranno a scadere i rinnovi delle polizze sottoscritte dalle candidate con conseguente aggravio dei costi per le stesse.

Per tutto quanto sopra esposto il responsabile dell'Ufficio Comune ARO 3/LE richiedeva di comunicare l'esito del procedimento, di cui alla nota prot. n. 121490 del 12.08.2016, con cortese sollecitudine, per consentire la ripresa delle operazioni di verifica delle giustificazioni presentate dal candidato collocato al primo posto della graduatoria provvisoria redatta nella seduta di gara dell'11.8.2016.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Con nota prot. ANAC n. 146087 del 6.10.2016, veniva comunicato l'avvio del procedimento istruttorio nei confronti dell'Ufficio Comune ARO 3/Le, dell'ATI Ecotecnica S.r.l./Axa S.r.l./Igeco Costruzioni S.p.A. e dell'ATI Teknoservice/ASV/Raccolio, per la verifica della procedura di affidamento dell'appalto in oggetto nonché degli atti presupposti e conseguenti. Con la medesima nota veniva richiesta la seguente documentazione:

- copia della domanda di partecipazione presentata dall'ATI Ecotecnica S.r.l./Axa S.r.l./Igeco Costruzioni S.p.A.;
- copia della documentazione presentata dall'ATI Ecotecnica S.r.l./Axa S.r.l./Igeco Costruzioni S.p.A. in sede di gara ivi comprese le polizze fideiussorie richieste per la partecipazione alla gara;
- copia della domanda di partecipazione presentata dall'ATI Teknoservice/ASV/Raccolio;
- copia della documentazione presentata dall'ATI Teknoservice/ASV/Raccolio in sede di gara ivi comprese le polizze fideiussorie richieste per la partecipazione alla gara;
- una breve relazione istruttoria su eventuale contenzioso sulla procedura di gara fin qui espletata.

La documentazione richiesta veniva trasmessa dall'Ufficio Comune ARO 3/Le, con nota acquisita al prot. ANAC n. 160438 del 31.10.2016.

La società Ecotecnica s.r.l., con nota acquisita al prot. ANAC n. 152271 del 17.10.2016, nel comunicare che l'offerta presentata dall'ATI Ecotecnica S.r.l./Axa S.r.l./Igeco Costruzioni S.p.A. aveva conseguito il miglior punteggio tecnico ed economico tra tutte le partecipanti alla gara, richiedeva di essere convocata in audizione. L'audizione si teneva in data 15.11.2016, previa convocazione con nota prot. ANAC n. 160489 del 31.10.2016. Alla stessa ha preso parte il difensore dell'ATI Ecotecnica S.r.l./Axa S.r.l./Igeco Costruzioni S.p.A. come da verbale redatto. Con la memoria e la documentazione acquisita in sede di audizione la società Ecotecnica S.r.l., vista la nota di avvio del procedimento, che muoveva anche dalla Delibera ANAC n. 770/2016 e dal comunicato IVASS del 4.4.2016, evidenziava preliminarmente che quanto rappresentato nella Delibera ANAC n. 770/2016 non era in alcun modo paragonabile con i fatti da valutare nel procedimento avviato a carico dell'ATI Ecotecnica S.r.l.

Rilevava, infatti, che per la partecipazione alla procedura di gara di qua, presentava cauzione provvisoria n. AMI-2014-0068, rilasciata dalla FGIC UK Ltd di Londra, in conformità alle prescrizioni della *lex specialis* ed allo schema Tipo 1.1. del D.M. 13.3.2004, n. 12, in data 24.3.2015, autenticata dal notaio Edward Young, iscritto nel collegio notarile di Londra, con allegato postilla internazionale di validità ai sensi degli artt. 2, 3, 4 della Convenzione dell'Aia del 5.10.1961, ratificata dall'Italia e dall'Inghilterra. La cauzione rispondeva alle prescrizioni della legge di gara sia per l'importo da garantire (€ 1.100.663,61) sia per la validità richiesta (9.4.2015-9.10.2015).

A fronte dell'emissione della polizza n. AMI-2014-0068, la Ecotecnica S.r.l. documentava di aver disposto, in data 5.3.2015, per il pagamento del premio un bonifico europeo unico (Intesa San Paolo S.p.A.) di € 11.300,00 in favore della FGIC UK Ltd.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Dal sistema informativo dell'IVASS la FGIC UK Ltd, al momento della sottoscrizione delle polizze, risultava operativa con numero di iscrizione IL.00490. Quanto al comunicato IVASS del 2.7.2015 dal quale si rileva che la società ha dichiarato di aver cessato di sottoscrivere nuove polizze a partire da gennaio 2008 e che la validità dell'ultima polizza emessa in Italia è terminata nel mese di agosto 2012, deve intendersi riferito esclusivamente alle polizze emesse in Italia nel periodo antecedente all'attività di libera prestazione di servizi (LPS), che poi la compagnia ha cessato a far data dal 15.4.2015, e quindi, non alla polizza rilasciata all'ATI Ecotecnica S.r.l.

Ciò emerge anche dalla comunicazione effettuata dalla medesima FGIC UK Ltd alla Commissione di gara, con nota di chiarimenti in data 4.6.2015, secondo cui la società "ha mantenuto le iscrizioni in passporting (Libera prestazione di servizi) emettendo nuove polizze direttamente dalla sede centrale nel Regno Unito. Solo recentemente la compagnia ha deciso di terminare definitivamente la propria attività in Italia ed ha pertanto volontariamente richiesto la cancellazione dall'elenco IVASS. Pertanto, la polizza n. AMI-2014-0068 è regolarmente emessa ed in copertura".

Successivamente, l'ATI Ecotecnica S.r.l., essendo in scadenza la polizza n. AMI-2014-0068, in data 9.10.2015, presentava nuova polizza fideiussoria n. CTIT1500267 emessa in data 8.10.2015 da CHINA TAIPING INSURANCE (UK) CO.LTD con validità retroattiva, ossia a copertura anche del periodo di validità della polizza n. AMI-2014-0068. Detta polizza reca in allegato l'autentica della firma del procuratore ad negotia della società fideiubente. A fronte dell'emissione della polizza n. CTIT1500267, la Ecotecnica S.r.l. documentava di aver disposto, in data 8.10.2015, per il pagamento del premio, un bonifico domestico (Intesa San Paolo S.p.A.) di € 11.000,00 in favore di Peschiulli Insurance Broker S.r.l. Fa parte integrante del contratto di assicurazione n. CTIT1500267 l'appendice n. 2 al contratto stesso, datata 8.10.2015, con la quale "si estende la suddetta polizza fino al 9.4.2016 dietro corrispettivo di Euro 11.000. Fermo tutto il resto". Inoltre, con appendice n. 3 al contratto di assicurazione n. CTIT1500267, datata 6.4.2015, "la durata della polizza è da intendersi la seguente: Decorrenza 9.4.2016 – Scadenza 9.10.2016. Per il periodo prorogato il Contraente si impegna a versare ancora l'importo di € 11.150,00".

Sulla polizza fideiussoria n. CTIT1500267 la società Ecotecnica S.r.l., in esito al comunicato IVASS del 4.4.2016, effettuava la procedura ivi descritta per la verifica dell'autenticità della polizza mediante richiesta in data 17.5.2016, ottenendo conferma di veridicità in data 20.5.2016.

Ciò premesso l'ATI Ecotecnica S.r.l. analizzava il comportamento tenuto dalla Commissione di gara come dettagliatamente indicato nei verbali di gara n. 2 del 5.10.2015, n. 4 del 19.10.2015, n. 5 del 26.10.2015 e n. 26 del 2.9.2016.

Infine, l'ATI Ecotecnica S.r.l. nell'evidenziare che dalla comunicazione della Procura della Repubblica di Brescia non emerge alcun accertamento definitivo in ordine alla presunta falsità delle polizze, e che la medesima Procura, più volte compulsata dalla Stazione appaltante, non ha mai dato riscontro circa la conclusione delle indagini, una mera presunzione di falsità non può in alcun modo giustificare l'esclusione del partecipante, sacrificando, peraltro, l'interesse pubblico a godere della migliore offerta possibile. Peraltro, nessuna esclusione può essere disposta in danno



Autorità Nazionale Anticorruzione

dell'ATI Ecotecnica S.r.l. avendo la stessa presentato una nuova cauzione con la garanzia retroattiva del periodo precedentemente coperto con la polizza oggetto di contestazione.

Per quanto sopra evidenziava che il comportamento posto in essere dall'ATI Ecotecnica S.r.l. in sede di gara appare caratterizzato da buona fede, diligenza e serietà così come il comportamento della Commissione di gara appare in linea con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa e di proporzionalità nelle scelte.

Da ultimo, l'ATI Ecotecnica S.r.l. nel richiamare l'ordinanza n. 525 del 11.11.2016 emessa dal TAR di Bari nell'ambito di un giudizio amministrativo relativo anche alla Delibera ANAC n. 770/2016 con la quale si dà atto che la garanzia provvisoria oggetto della Delibera ANAC n. 770/2016 pure essendo ricompresa nell'elenco diffuso dalla Procura di Brescia, la cui indagine è in corso, "non può ritenersi equiparata all'ipotesi della produzione di una garanzia provvisoria falsa o omessa", trattandosi semmai – in quel caso – di una garanzia sanabile in sede di soccorso istruttorio, siccome rilasciata da compagnia assicurativa non abilitata, richiedeva l'archiviazione del procedimento ed audizione presso il Consiglio.

Dall'esame complessivo degli atti acquisiti emergeva che la Stazione Appaltante Ufficio Comune dell'ARO 3/Le indicava una procedura aperta da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento della progettazione esecutiva e realizzazione del "servizio di raccolta e gestione dei rifiuti solidi urbani e altri servizi attinenti per i Comuni dell'ARO 3/Le" – Importo complessivo presunto a base di gara € 110.066.361,00. Il punto III.1 del bando rinviava al disciplinare di gara le richieste delle cauzioni di cui all'art. 75 e 113 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.; il termine per la presentazione delle offerte veniva fissato al 10.3.2015 poi prorogato al 9.4.2015.

Il punto 5 del disciplinare di gara – Cauzioni e garanzie richieste - prescriveva che "L'offerta dei concorrenti deve essere corredata da cauzione provvisoria, come definita dall'art. 75 del Codice In caso di prestazione della cauzione provvisoria mediante fideiussione bancaria o assicurativa queste dovranno:

a. essere conformi agli schemi di polizza tipo previsti dal Decreto Ministeriale 12 Marzo 2004, n. 123, pubblicato sul S.O. n. 89/L alla Gazzetta Ufficiale n. 109 dell'11 Maggio 2004;

b. essere prodotte in originale con espressa menzione dell'oggetto e del soggetto garantito;

c. essere, qualora si riferiscano a raggruppamenti temporanei, aggregazioni di imprese di rete o consorzi ordinari o GEIE non ancora costituiti, tassativamente intestate a tutte le imprese che costituiranno il raggruppamento, l'aggregazione di imprese di rete, il consorzio o il GEIE;

d. prevedere espressamente:

1) la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 del codice civile, volendo ed intendendo restare obbligata in solido con il debitore;

2) la rinuncia ad eccepire la decorrenza dei termini di cui all'art. 1957 del codice civile;

3) la loro operatività entro quindici giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante;

4) la dichiarazione contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, a richiesta del concorrente, una fideiussione bancaria oppure una polizza assicurativa fideiussoria, relativa alla



Autorità Nazionale Anticorruzione

cauzione definitiva di cui all'art. 113 del Codice, in favore della stazione appaltante, valida fino alla data di conclusione del servizio.

La presentazione di cauzioni provvisorie inferiori o prive delle caratteristiche richieste costituirà causa di esclusione dalla procedura di gara.”

Il punto 10 del disciplinare di gara prescriveva che il concorrente doveva produrre nella busta A-Documenti Amministrativi, [.....] punto IV – documento attestante il versamento in contanti o in titoli della cauzione provvisoria o fideiussione bancaria oppure polizza assicurativa relativa alla cauzione provvisoria valida per almeno 180 giorni dalla presentazione dell'offerta, con allegata la dichiarazione dell'istituto bancario o dell'assicurazione contenente l'impegno, verso il concorrente a rilasciare, la garanzia fideiussoria relativa alla cauzione definitiva di cui all'art. 113 del Codice.

Con domanda di partecipazione sottoscritta in data 8.4.2015 l'ATI Ecotecnica s.r.l. (mandataria)/Igeco Costruzioni S.p.A. (mandante)/Axa s.r.l. (mandante) chiedeva di partecipare alla procedura di gara. Alla domanda venivano, tra l'altro, allegati:

- elenco documentazione allegata alla domanda di ammissione con l'indicazione al documento n. 16 della garanzia provvisoria Polizza n. AMI-2015-068 rilasciata dall'istituto fidejubente FIGC Uk Limited, con sede legale ed operativa in 28 Old Brompton, SW7 3SS, Londra;
- garanzia provvisoria Polizza n. AMI-2015-068 rilasciata dall'istituto fidejubente FIGC Uk Limited, con sede legale ed operativa in 28 Old Brompton, SW7 3SS, Londra, iscrizione IVASS n. 11.00490, sottoscritta per l'istituto fidejubente dal suo Amministratore e per l'ATI dall'Amministratore unico Ecotecnica s.r.l., dal Presidente del CdA della società Igeco Costruzioni S.p.A., dall'Amministratore unico della Axia s.r.l., polizza emessa in Londra in data 24.3.2015; risultano allegati alla polizza la documentazione attestante l'autenticità della firma del garante con atto notarile e apostille convention, entrambi datati 24.3.2015, certificazione di qualità della società costituenti l'ATI.

Presentava domanda di partecipazione alla procedura di gara in data 8.4.2015 anche l'ATI Tekno Service s.r.l., (mandataria)/ A.S.V. S.p.A. (mandante)/ Raccolio s.r.l. (mandante). Alla suddetta domanda veniva, tra l'altro, allegata:

- garanzia provvisoria Polizza n. AMI-2015-042 (valida dal 10.3.2015 al 11.9.2015) rilasciata dall'istituto fidejubente FIGC Uk Limited, con sede legale ed operativa in 28 Old Brompton, SW7 3SS, Londra, iscrizione IVASS n. 11.00490, sottoscritta per l'istituto fidejubente dal suo Amministratore e per l'ATI dal rappresentante della Tekno Service s.r.l., dall'Amministratore unico della A.S.V. S.p.A. e dall'Amministratore unico della Raccolio s.r.l., polizza emessa in Londra in data 27.2.2015; risultano allegati alla polizza la documentazione attestante l'autenticità della firma del garante con atto notarile e apostille convention, entrambi datati 27.2.2015, procedura per la verifica dell'autenticità e convalida della polizza;



Autorità Nazionale Anticorruzione

- appendice alla predetta garanzia provvisoria Polizza n. AMI-2015-042 (conferma validità dal 9.4.2015 al 10.10.2015), rilasciata dall'istituto fidejubente FIGC Uk Limited, con sede legale ed operativa in 28 Old Brompton, SW7 3SS, Londra, iscrizione IVASS n. 11.00490, sottoscritta per l'istituto fidejubente dal suo Amministratore e per l'ATI dal rappresentante della Tekno Service s.r.l., dall'Amministratore unico della A.S.V. S.p.A. e dall'Amministratore unico della Raccolio s.r.l., appendice emessa in Londra in data 18.3.2015; risultano allegati alla polizza la documentazione attestante l'autentica della firma del garante con atto notarile e apostille convention, entrambi datati 18.3.2015.

La Commissione di gara, nominata con Determinazione dirigenziale del 25.9.2015, nella seduta per la disamina della documentazione prodotta dai concorrenti, svoltasi in data 5.10.2015 (verbale n. 2), ammetteva, con riserva, l'ATI Ecotecnica s.r.l. (mandataria)/Igeco Costruzioni S.p.A. (mandante)/Axa s.r.l. (mandante), in attesa di valutare più dettagliatamente la documentazione che il delegato della medesima ATI richiedeva di allegare al verbale di gara ed in particolare la nota dell'ATI datata 5.10.2015, le visure IVASS del 27.1.2015 e 6.3.2015, la nota datata 4.6.2015 della FIGC Uk Limited indirizzata all'ARO 3/Le ed all'ATI Tecnotecnica con la quale veniva comunicato che la Polizza n. AMI-2015-068 era regolarmente emessa ed in copertura, nonché il documento contenente la visura sulla verifica della documentazione della polizza.

Nella seduta riservata svoltasi in data 19.10.2016 (verbale n. 4) la Commissione di gara scioglieva la riserva ed ammetteva alle successive fasi l'ATI Ecotecnica s.r.l. (mandataria)/Igeco Costruzioni S.p.A. (mandante)/Axa s.r.l. (mandante) rilevando che:

- 1) per quanto contenuto nella nota della Direzione Distrettuale Antimafia della Procura della Repubblica di Brescia, sino a quando l'indagine non si fosse conclusa, non poteva escludersi che anche la costituenda ATI "ECOTECNICA - IGEKO - AXA" potesse risultare "parte offesa". Per detta ragione, la Commissione ha ritenuto che disporre l'esclusione dalla gara sulla base della sola potenziale falsità della polizza fosse irragionevole e contrario ai principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza ai quali deve conformarsi l'operato amministrativo, nonché - da ultimo - a quello del *favor participationis*;
- 2) indipendentemente dall'esito dell'indagine penale, la Commissione ha ritenuto che la polizza in commento fosse regolare, in quanto rispondeva alle prescrizioni della *lex specialis*, riportando fedelmente i contenuti di cui all'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii. e, come comprovato dalle visure IVASS estratte dal sito ufficiale del 23.1.2015 e del 6.3.2015 (entrambe allegate alle "note a verbale" del delegato dell'ATI "ECOTECNICA - IGEKO - AXA" ed acquisite agli atti della gara), essa era stata emessa da società iscritta, al tempo della stipula (24.03.2015), nell'Albo dell'IVASS. A conferma di quanto innanzi, la Commissione ha ritenuto operassero anche i "chiarimenti" del 04.06.2015 forniti dalla medesima FGIC UK LIMITED, in riscontro alla richiesta avanzata dalla costituenda ATI, che asseriva che la cancellazione dall'Elenco IVASS «è effettiva dal 15 aprile 2015» e che «tutte le polizze emesse entro tale data sono valide in quanto emesse dalla Sede e regolarmente autenticate. Pertanto la polizza N. AMI-2015-0068 è regolarmente emessa e in copertura».



Autorità Nazionale Anticorruzione

- 3) tuttavia - attesi, da un lato, l'incertezza dell'esito dell'indagine e, dall'altro, lo scopo al quale assolve la cauzione provvisoria che è quello di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario - a tutela dell'interesse dell'Ente, la Commissione avrebbe ritenuto di dover dar luogo al "soccorso istruttorio" di cui al combinato disposto degli artt. 38, co. 2-bis e 46, co. 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii, senza irrogazione della sanzione pecuniaria atteso che, la previsione di cui all'art. 38, co. 2-bis richiede un coefficiente di imputabilità soggettiva della violazione sanzionata, la cui sussistenza la Commissione riteneva quantomeno dubbia, anche in considerazione della circostanza che la concorrente, all'esito dell'indagine penale, si sarebbe potuta rivelare parte offesa;
- 4) l'ATI, con nota prot. n. 2069 del 9.10.2015, ha confermato la validità dell'offerta presentata in data 9.4.2015 per ulteriori 180 gg. e, ai fini del rinnovo della cauzione provvisoria, ha prodotto nuova polizza fideiussoria emessa da CHINA TAIPING INSURANCE (UK) CO.LTD (Codice IVASS Imprese 40633) con decorrenza 9.4.2015 e scadenza al 9.10.2015, ed appendice dell'8.10.2015 di estensione della validità della predetta polizza sino al 9.4.2016. Pertanto, quand'anche la polizza n. AMI-2015-0068 emessa da FGIC UK LIMITED dovesse, all'esito dell'indagine penale, risultare irregolare e/o priva di copertura finanziaria, in ogni caso la produzione della nuova polizza sana l'eventuale irregolarità poiché assicura la serietà dell'offerta, tutelando la Stazione appaltante rispetto all'eventuale mancata sottoscrizione del contratto d'appalto: ciò anche in conformità al combinato disposto di cui agli artt. 38, co. 2-bis e 46, co. 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii.

Nella medesima seduta riservata la Commissione di gara scioglieva la riserva anche per l'ATI "TEKNO SERVICE, ASV, RACCOLIO" nel medesimo senso indicato per l'ATI "ECOTECNICA - IGECO - AXA", applicando, tuttavia, a tutela dell'interesse dell'Ente, il "soccorso istruttorio" di cui al combinato disposto degli artt. 38, co. 2-bis e 46, co. 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii, senza irrogazione della sanzione pecuniaria, invitando l'ATI a regolarizzare la propria offerta, producendo entro il termine di 10 giorni una nuova polizza.

Con nota prot. n. 3066-2015 del 9.11.2015 l'ATI TEKNO SERVICE, ASV, RACCOLIO" trasmetteva, quindi, quale nuova cauzione provvisoria la polizza fideiussoria n. BIT 0001745/00 rilasciata dalla CIG Pannonia in Budapest in data 9.11.2015 (validità dal 28.10.2015 al 25.4.2016), successivamente integrata da polizza fideiussoria n. BIT 0002375/02 rilasciata dalla CIG Pannonia in Budapest in data 7.10.2016 (validità dal 28.10.2015 al 30.4.2017).

Nella seduta pubblica dell'11.8.2016 (verbale n. 25) la Commissione comunicava gli esiti della valutazione delle offerte tecniche condotte nelle sedute riservate e procedeva all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e alla stesura della graduatoria provvisoria che vedeva collocata al primo posto l'offerta presentata dalla costituenda ATI "ECOTECNICA - IGECO - AXA"; l'offerta risultava anormalmente bassa, ai sensi dell'articolo 86, co. 2 del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii., e pertanto, soggetta alla procedura di verifica descritta al p.to 14 del Disciplinare di gara.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Con successivo plico prot. 24429 del 30.8.2016, la costituenda ATI "ECOTECNICA - IGECO - AXA" trasmetteva la documentazione richiesta per la verifica dell'offerta risultata anormalmente bassa,

che dovrà essere esaminata per il prosieguo delle operazioni di gara.

Nella seduta riservata del 2.9.2016 (verbale n. 26) la Commissione di gara, in esito alla nota dell'Autorità prot. n. 121490 del 12.8.2016 rilevava, anzitutto, che nessuna ulteriore comunicazione era pervenuta all'Ente dalla Procura di Brescia in ordine all'indagine in corso, sicché le polizze di cui all'elenco allegato alla nota a suo tempo inviata dalla stessa Procura di Brescia, possono ritenersi solo "presuntivamente false". Per detta ragione, la Commissione riteneva ancora valide le considerazioni già espresse sul punto nell'ambito della procedura di gara e, conseguentemente, confermava le determinazioni assunte in merito all'ammissione della costituenda ATI interessata, riportandosi integralmente ai contenuti del verbale n. 4 del 19.10.2015, ivi compresi quelli che afferiscono alla regolarità della polizza in commento, in quanto rispondente a tutte le prescrizioni della *lex specialis*, riportando essa fedelmente tutti i contenuti di cui all'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii. Inoltre, sull'argomento, la Commissione evidenziava quanto di recente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, ovvero che: «l'art. 46 comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 prevede l'esclusione non per ogni vizio del contenuto dell'offerta ma nei soli casi di "incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta" stessa. Deve, pertanto, rilevarsi che la mancanza o irregolarità della cauzione provvisoria, pur incidendo sul contenuto dell'offerta, non ne determina l'incertezza assoluta" e ciò in ragione della funzione meramente accessoria riconosciuta alla stessa dalla medesima giurisprudenza invocata da parte resistente secondo cui la cauzione può essere ricondotta alla "caparra confirmatoria, sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione risulta la più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno .. In definitiva e in sostanza, si tratta di una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati" (A.P. n. 34/2014). In nessun caso, pertanto, la cauzione provvisoria costituisce elemento strutturale essenziale la cui mancanza possa legittimare, ai sensi dell'art. 46 comma 1-bis d.lgs. n. 163/2006 l'esclusione dalla gara» (così Tar Lazio, Roma, III, 10.6.2015 n. 8143, confermata dal Consiglio di Stato, 6.4.2016 n. 1377).

Inoltre, la Commissione ha ritenuto - per completezza di accertamento - di dare mandato al Presidente al fine di richiedere alla Procura di Brescia informazioni in merito all'indagine di che trattasi, nonché all'ATI interessata dalla polizza de qua perché comunichi le eventuali azioni intraprese a tutela dei propri interessi e diritti. Con note prot. n. 25702 del 8.9.2016 e prot. n. 25759 del 8.09.2016 venivano inoltrate le richieste di cui sopra alla Procura di Brescia ed alla costituenda ATI "ECOTECNICA - IGECO - AXA". Quest'ultima, con nota prot. n. 26054 del 12.9.2016, comunicava:



Autorità Nazionale Anticorruzione

- 1) di aver sporto formale denuncia/querela cautelativa nei confronti della FGIC UK LIMITED, successivamente alla operazioni di gara svolte in seduta pubblica il 5 e 26 ottobre 2015, al fine di tutelarsi da eventuali condotte dolose poste in essere nei propri confronti e che potrebbero emergere all'esito dell'indagine pendente presso la Procura di Brescia (P.P. 13228/15 RGNR Mod. 21) e di non essere stata convocata per l'ascolto presso la Procura di Brescia;
- 2) di voler acquisire copia della nota dell'Autorità prot. n. 121490 del 12.8.2016, anche per contribuire ulteriormente all'attività istruttoria di questo ente e della medesima autorità;
- 3) di ritenere che, fino a quando un Giudice non si dovesse pronunciare sull'asserita falsità della polizza AMI-2015-0068 emessa da FGIC UK LIMITED, la stessa deve ritenersi regolarmente emessa, essendo conforme alle previsioni della lex specialis e allo schema tipo di cui al DM 12.03.2004, n. 123 e quindi valida, come già asserito nelle note rese durante la seduta di gara del 5.10.2015 e stabilito dalla commissione nel verbale di gara del 19.10.2016;
- 4) di aver, successivamente, presentato la polizza sostitutiva ed i relativi rinnovi sottoscritti con altra compagnia, mediante il ricorso al "soccorso istruttorio". Circa la possibilità di far ricorso al "soccorso istruttorio" previsto dal combinato disposto dell'art. 38, co. 2-bis e 46 co. 1-bis e 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii., nella fattispecie di cui si discute, citando recente giurisprudenza in materia, nonché la Determina n. 1/2015 dell'Autorità e ha concluso che, un'eventuale esclusione della candidata dalla procedura di gara, esporrebbe la Stazione Appaltante ad un contenzioso e ad una richiesta risarcitoria;
- 5) formale invito alla Stazione appaltante a concludere le operazioni di gara con l'esame delle giustificazioni presentate in relazione all'anomalia dell'offerta, in considerazione che il prossimo 9.10.2016 andranno a scadere i rinnovi delle polizze sottoscritte dalle candidate con conseguente aggravio dei costi per le stesse.

Comunicazione risultanze istruttorie – nota prot. ANAC n. 6459 del 17.1.2017– In esito all'attività istruttoria venivano comunicate all'ARO N. 3 della Provincia di Lecce, al Presidente della Commissione di Gara, all'ATI Ecotecnica S.r.l./Axa S.r.l./Igeco Costruzioni S.p.A., all'ATI Teknoservice/ASV/Raccolio ed al Sig. Sindaco del Comune di Copertino le risultanze istruttorie, disposte dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 11.1.2017; tali risultanze evidenziavano in sintesi:

- 1) che la procedura di affidamento era apparsa contraria ai principi di cui all'art. 2 del Codice dei contratti (parità di trattamento e non discriminazione nonché economicità, efficacia, tempestività e correttezza);
- 2) che la garanzia provvisoria n. AMI-2015-068 presentata dall'ATI Ecotecnica s.r.l. (mandataria)/Igeco Costruzioni S.p.A. (mandante)/Axa s.r.l. (mandante) rientrava nell'elenco di polizze per le quali la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia aveva accertato la falsità;
- 3) che la garanzia provvisoria n. AMI-2015-042 presentata dall'ATI Tekno Service s.r.l., (mandataria)/ A.S.V. S.p.A. (mandante)/ Raccolio s.r.l. (mandante) non rientrava nell'elenco di polizze per le quali la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia aveva



Autorità Nazionale Anticorruzione

accertato la falsità ma presentava comunque le medesime caratteristiche di tutte le altre polizze per le quali la Procura della Repubblica ne aveva comunicato la falsità;

- 4) che entrambi gli operatori economici sono stati ammessi alle successive fasi di gara dalla Commissione di gara le cui valutazioni, in ordine alle garanzie provvisorie prestate dai predetti concorrenti, sono apparse superficiali e contraddittorie;
- 5) che accertata la falsità della garanzia provvisoria n. AMI-2015-068 del 24.3.2015 prestata dal citato concorrente ATI “ECOTECNICA - IGECO – AXA”, al netto della valutazione del dolo o della colpa grave del concorrente stesso che la ha prodotta in seno al procedimento di gara, tenuto conto che la polizza falsa è da considerarsi *tamquam non esset*, la Stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all’esclusione del concorrente resosi colpevole della mancata presentazione della garanzia provvisoria (ovvero della presentazione di una garanzia provvisoria falsa) non potendo trovare applicazione peraltro l’istituto del soccorso istruttorio ex art. 46, co. 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e s.m., per la ripresentazione di un’altra cauzione, che lederebbe la par condicio;
- 6) che i rilievi trovavano conferma anche con riferimento alla garanzia provvisoria prestata dall’ATI “TEKNO SERVICE, ASV, RACCOLIO” (Polizza n. AMI-2015-042), previa verifica della veridicità o meno della polizza prima dell’adozione delle conseguenti determinazioni;
- 7) che l’Ordinanza TAR Puglia n. 525/2016, di accoglimento dell’istanza cautelare avverso un provvedimento di esclusione di un O.E. disposto da altra Stazione appaltante, adottato in linea con quanto statuito nella Delibera ANAC n. 770/2016, fondava la motivazione sul presupposto che la garanzia provvisoria (risultata falsa) era stata emessa dalla compagnia assicurativa “Assured Guaranty (UK) Ltd”. Tuttavia detta garanzia, proprio perché falsa, non poteva essere stata emessa dalla compagnia assicurativa; infatti, non è stata presentata una garanzia provvisoria rilasciata da una compagnia assicurativa non più abilitata alla nuova operatività, bensì è stata presentata una garanzia provvisoria falsa e, quindi, omessa.

Controdeduzioni Ufficio Comune di ARO 3/Le – nota prot. ANAC n. 25564 del 17.2.2017 - In esito alla comunicazione risultanze istruttorie il RUP e Presidente della Commissione di gara dell’ARO 3/Le controdeduceva ritenendo l’operato della commissione giudicatrice e della SA pienamente legittimo ed immune da censure, pervenendo alle seguenti conclusioni:

- a) se si assume che la polizza AMI 2015-068 rilasciata in favore della costituenda ATI Ecotecnica-Igeco-Axa fosse valida al momento in cui fu presentata e sia successivamente dimostratasi falsa, per fatto non addebitabile al concorrente, seguendo l’orientamento espresso nelle determinazioni ANAC 1/2014 e 1/2015, bisogna riconoscere che tale carenza sia sanabile mediante il soccorso istruttorio; nella fattispecie la costituenda ATI Ecotecnica-Igeco-Axa, unitamente al rinnovo della cauzione provvisoria (originariamente valida fino al 9/10/2015) ha sostituito la polizza dimostratasi falsa con una nuova polizza rilasciata da China Tiping Insurance CO UK LTD con decorrenza 9/4/2015 e scadenza 9/4/2016, includendovi così anche il semestre 9/4/2015-9/10/2015 originariamente coperto dalla polizza AMI 2015-068; poiché la polizza emessa da China Taiping Insurance si assume che sia valida, se ne deve concludere che l’ammissione della



Autorità Nazionale Anticorruzione

costituenda ATI Ecotecnica-Igeco-Axa, originariamente disposta con riserva, può solo essere confermata definitivamente in quanto esiste comunque una polizza valida anche per il semestre 9/4/2015-9/10/2015;

b) se si assume che la polizza AMI 2015-068 rilasciata in favore della costituenda ATI Ecotecnica-Igeco-Axa fosse falsa fin dall'origine e, quindi, equivalga ad una polizza totalmente mancante, seguendo l'orientamento giurisprudenziale ampiamente consolidato, bisogna riconoscere che tale carenza sia sanabile mediante il soccorso istruttorio; poiché nella fattispecie il soccorso istruttorio è già avvenuto e la polizza falsa è stata sostituita dalla polizza rilasciata da China Taiping Insurance CO UK LTD con decorrenza 9/4/2015 e scadenza 9/4/2016, se ne deve concludere che l'ammissione dell'ATI Ecotecnica-Igeco-Axa, originariamente disposta con riserva, può solo essere confermata definitivamente;

c) se, al contrario, si assume che la polizza AMI 2015-068 rilasciata in favore della costituenda ATI Ecotecnica-Igeco-Axa fosse valida fin dall'origine e sia tuttora valida, la decisione della SA di ammettere la suddetta ATI era corretta ed ogni provvedimento di esclusione del concorrente che venisse successivamente assunto sarebbe viziato.

Analoghe considerazioni possono essere operate per la costituenda ATI "Teknoservice – ASV – Raccolio".

In merito all'assunto che la polizza n. AMI 2015-068 della costituenda ATI Ecotecnica-Igeco-Axa, rilasciata da FIGC UK Limited in data 24/3/2015 sarebbe falsa osservava l'Amministrazione che solamente l'Autorità afferma con assoluta certezza la falsità della polizza. Ad onore del vero, l'unica certezza è che la Procura di Brescia nel settembre 2015, aveva in corso le indagini preliminari.

Dall'analisi della nota inviata dalla Procura di Brescia al Comune di Copertino (registrata al prot. comunale con il n. 24536 dell'8.9.2015), non emerge alcun accertamento definitivo in ordine alla falsità della polizza in questione. Lo stesso "silenzio" della Procura di Brescia alle varie note inviate dal RUP rappresentano un'evidente dimostrazione del mancato accertamento definitivo della falsità delle polizze.

Quindi, allo stato attuale non si sa se le indagini preliminari siano ancora in corso né se le indagini si siano concluse con l'archiviazione né se sia stata promossa l'azione penale.

Pertanto, non risulta che vi sia alcuna sentenza di condanna (men che meno passata in giudicato) che abbia accertato la falsità della polizza AMI 2015-068 della costituenda ATI Ecotecnica-Igeco-Axa, rilasciata da FIGC UK Limited in data 24/3/2015.

Ne deriva, quindi, che fino a che non verrà accertata, nelle competenti sedi giurisdizionali, la falsità della polizza, ogni provvedimento amministrativo che si fondi su tale assunto, rischierebbe di essere censurabile sotto il profilo del falso presupposto di fatto. Inoltre, in assenza di un accertamento definitivo da parte dell'Autorità penale, sarebbe stato del tutto irragionevole sacrificare l'interesse pubblico (a causa dell'esclusione dei partecipanti) a godere della migliore offerta possibile tra più concorrenti.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ad ulteriore dimostrazione della incertezza sulla falsità della polizza, depone anche il fatto che la polizza AMI 2015-068 è stata emessa a Londra in data 24/3/2015 direttamente dalla sede centrale della società che operava in Italia in regime di libera prestazione di servizi; peraltro, fino al 15/4/2015 la FIGC UK Limited risultava regolarmente iscritta nel sistema informativo anagrafico IVASS e con ciò autorizzata ad emettere polizze fideiussorie valide anche in Italia.

Inoltre, la polizza AMI 2015-068 era pienamente conforme a quanto era richiesto nella *lex specialis* e nell'articolo 75 D.Lgs.163/2006.

In merito all'assunto che la polizza n. AMI 2015-042 della costituenda ATI "Teknoservice-ASV_Raccolio", presenterebbe rilevanti indizi di falsità osservava l'Amministrazione che detta polizza è stata trasmessa nel mese di ottobre 2015 alla Procura di Brescia e, allo stato attuale, nessun rilievo e/o comunicazione è stata resa all'Ente.

Effettuare un accertamento diretto presso il garante e/o presso il notaio sarebbe stata un'attività sovrabbondante, in conflitto con le esigenze di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa.

L'unica Autorità deputata ad accertare la veridicità delle suddette polizze, avendone i poteri e gli strumenti, era la Procura di Brescia.

Relativamente all'assunto dell'inapplicabilità del soccorso istruttorio nel caso di cauzione provvisoria dimostratasi falsa successivamente alla sua presentazione in gara rilevava la Stazione appaltante che l'orientamento giurisprudenziale, al momento ampiamente consolidato, è difforme dalla interpretazione espressa dall'Autorità nelle determinazioni 1/2014 e 1/2015, in quanto supera la distinzione tra polizza presentata ma incompleta e polizza non presentata.

Conseguentemente, l'adozione di un provvedimento di esclusione della costituenda ATI "Ecotecnica-Igeco-Axa" difforme dall'orientamento giurisprudenziale espone la Stazione appaltante ad un elevato rischio:

- di soccombenza nel giudizio che la costituenda ATI Ecotecnica-Igeco-Axa promuoverebbe nei confronti della Stazione appaltante avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva;
- di danno erariale, avendo scelto di assumere un provvedimento in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale consolidato ed avendo esposto l'amministrazione ad un contenzioso in sede giurisdizionale il cui esito è ragionevolmente prevedibile in senso sfavorevole alla Stazione appaltante.

Da ciò deriva che la fattispecie oggetto del presente procedimento, se e quando verrà accertata la falsità della polizza, sarebbe riconducibile alla ipotesi a) sopra indicata.

Conseguentemente, ogni eventuale provvedimento di esclusione della costituenda ATI Ecotecnica-Igeco-Axa che venisse assunto sul presupposto che la polizza sia falsa, si porrebbe in contrasto con le indicazioni dell'Autorità espresse nelle Determinazioni n.1/2014 e 1/2015.

Né si può ritenere contraddittorio l'operato della Commissione che, quantunque abbia "ritenuto regolari le garanzie provvisorie prestate, dall'altro, per la tutela dell'interesse dell'Ente, ha ritenuto di dover dar luogo al "soccorso istruttorio" di cui al combinato disposto degli artt. 38, co. 2-bis e 46, co. 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii, senza irrogazione della sanzione



Autorità Nazionale Anticorruzione

pecuniaria, consentendo ai concorrenti di sostituire la garanzia provvisoria precedentemente prestata”.

Inoltre, la scelta di non irrogare la sanzione di € 50.000,00 a nessuno dei concorrenti in gara a cui è stato consentito, col soccorso istruttorio, di sostituire la cauzione provvisoria, è stata imposta dal tenore della previsione di cui all'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163/06, che richiedeva un coefficiente di imputabilità soggettiva della violazione sanzionata (“... chi vi ha dato causa ...”). A tal fine la Commissione ha ritenuto che la sussistenza di tale coefficiente di imputabilità fosse quantomeno dubbia, in considerazione della circostanza che, all'esito dell'indagine penale, le concorrenti sarebbero potute risultare “parti offese” e quindi in buona fede.

La Stazione appaltante comunicava, infine, che secondo l'indirizzo dell'Assemblea ARO 3/Le, la Commissione avrebbe dovuto concludere i propri lavori entro il 31.12.2016; la Commissione ha verificato la congruità dell'offerta risultata anormalmente bassa e, conseguentemente, ha disposto l'aggiudicazione provvisoria della costituenda ATI Ecotecnica-Igeco-Axa; il RUP ha avviato tempestivamente la verifica dei requisiti dichiarati in sede di gara, ai fini dell'approvazione dell'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii., in corso di completamento; la competente struttura regionale ha diffidato la Stazione appaltante a concludere le operazioni di affidamento dell'appalto entro 30 giorni, per quanto previsto art. 14-bis L.R. n. 24/2012 e ss.mm.ii., al fine di non dover attivare i poteri sostitutivi nei confronti degli ARO inadempienti, anche in considerazione delle indicazioni contenute nella Delibera ANAC n. 215/2016.

Controdeduzioni ATI Ecotecnica-Igeco-Axa – nota prot. ANAC n. 24895 del 16.2.2017 – In esito alla comunicazione risultanze istruttorie il procuratore della società Ecotecnica S.r.l. controdeduceva nel senso di non condividere le conclusioni istruttorie dell'Autorità, che ha ritenuto “contraddittorio” l'operato della Commissione di gara, e richiedeva l'archiviazione del procedimento avviato con la nota n. 146087 del 6.10.2016.

In particolare, sulla contraddittorietà delle valutazioni della Commissione di gara, evidenziava che, nella seduta riservata del 19.10.2015 la Commissione di gara, pur ritenendo regolare, rispetto alle prescrizioni della *lex specialis*, la polizza emessa dalla società FGIC UK LIMITED (e soltanto presuntivamente falsa), ha ritenuto di dover consentire il soccorso-istruttorio per due ordini di ragioni:

- 1) in primo luogo, perché comunque pendeva una indagine penale, che, sebbene dall'esito incerto, avrebbe potuto successivamente confermare ciò che, in quel momento della gara, era soltanto una ipotesi, ossia che la polizza fosse falsa: circostanza, questa, che seppur riferita ad un teorico futuro, ha richiesto la massima considerazione da parte della Commissione, la quale, in virtù dei principi di proporzionalità, buon andamento, imparzialità, trasparenza e *favor participationis*, ha ritenuto di dover ammettere alla gara la concorrente in questione, che sarebbe anche potuta essere “parte offesa” e, quindi, in totale buona fede;
- 2) in secondo luogo, in considerazione della natura temporanea e della funzione a cui assolve la cauzione provvisoria, che è quella di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire una



Autorità Nazionale Anticorruzione

liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario.

Tale secondo aspetto ha, poi, richiesto un ulteriore approfondimento della Commissione durante la seduta riservata del 2.9.2016: ossia, successivamente alla ricezione, da parte della Stazione appaltante, della nota ANAC prot. n. 121490 del 12.8.2016. Più specificamente, nella seduta del 2.9.2016, la Commissione ha rilevato, prima di tutto, che nessuna ulteriore comunicazione fosse pervenuta all'Amministrazione dalla Procura di Brescia in ordine all'indagine in corso, dovendo, ancora una volta, concludere per una "presunzione di falsità" della polizza emessa dalla società FGIC UK LIMITED.

Per detta ragione, la Commissione ha confermato le considerazioni già espresse sul punto nell'ambito della procedura di gara e, conseguentemente, ha "convalidato" le determinazioni assunte in merito all'ammissione dell'ATI Ecotecnica, riportandosi integralmente ai contenuti del verbale n. 4 del 19.10.2015. Sempre nella seduta riservata del 2.9.2016, la Commissione ha comunque ulteriormente precisato che le anzidette determinazioni e valutazioni trovavano saldo sostegno nella giurisprudenza amministrativa in materia di "polizza provvisoria mancante".

In altre parole, quand'anche la polizza emessa dalla società FGIC UK LIMITED fosse risultata falsa e, dunque, mancante, in ogni modo l'assenza o la irregolarità della cauzione provvisoria non avrebbe potuto comportare l'automatica esclusione della concorrente, dovendosi ricorrere all'istituto del soccorso istruttorio ex artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, d.lgs. n. 163/06, «trattandosi di irregolarità sanabili».

A ciò si aggiunga che «l'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006, in tema di garanzie, non prevede l'esclusione per la mancanza ed i vizi della cauzione provvisoria, a differenza di quanto stabilisce, al comma 8, per la carenza dell'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto (cauzione definitiva).

Inoltre, con riferimento alla procedura di gara in questione, il corretto ricorso al "soccorso istruttorio" è stato altresì imposto dalla presunzione di buona fede della concorrente ATI Ecotecnica, atteso che, anche qualora la polizza fosse risultata falsa, non si poteva escludere l'opera fraudolenta di terzi a danno del c.d. "contraente inconsapevole", avendo peraltro pagato il relativo premio.

La stessa Procura di Brescia ha espressamente evidenziato che «Questa Procura ha in corso un'articolata e ramificata indagine per i reati di cui agli artt. 416, 476, 482, 479, 485, 61, 648 C.p e art. 7 d.l. 152/91, ove vede coinvolte, in qualità di parti offese, numerose compagnie assicurative estere, società private nonché enti pubblici»; tant'è vero che, con nota prot. n. 26054 del 12.09.2016, l'ATI Ecotecnica ha comunicato alla Stazione appaltante di aver sporto formale denuncia/querela cautelativa nei confronti della FGIC UK LIMITED e di chiunque fosse risultato responsabile della eventuale falsità della polizza stipulata. Ad oggi, peraltro, la Procura di Brescia non ha ancora convocato i rappresentanti dell'ATI e/o i delegati in gara della medesima per essere ascoltati sui fatti oggetto di indagine.



Autorità Nazionale Anticorruzione

A completamento di quanto sopra rappresentato rilevava la difesa dell'ATI Ecotecnica che proprio con riferimento alla vicenda che ha originato l'adozione della deliberazione ANAC n. 770 del 2016, citata nella nota prot. n. 146087 del 6.10.2016, è intervenuta di recente l'ordinanza del TAR di Bari n. 525 del 11.11.2016. Nel provvedimento giurisdizionale si è dato atto che la garanzia provvisoria oggetto della delibera ANAC n. 770 del 2016, pur essendo ricompresa (così come la polizza emessa all'ATI Ecotecnica) nell'elenco diffuso dalla Procura di Brescia, la cui indagine è ancora in corso, "non può ritenersi equiparata all'ipotesi della produzione di una garanzia provvisoria falsa o omessa", trattandosi semmai in quel caso di garanzia sanabile in sede di soccorso istruttorio, siccome rilasciata da compagnia assicurativa non abilitata (ma non è questo il caso della polizza rilasciata all'ATI Ecotecnica, che è stata rilasciata da compagnia regolarmente abilitata ad operare in regime di LPS). Peraltro, l'anzidetta pronuncia del TAR Bari è stata recentemente confermata dal Consiglio di Stato, che, con ordinanza n. 248/2017, ha «ritenuto, ad un primo esame, che non emergono apprezzabili profili di fumus dell'appello cautelare» e, «comunque, che sulla base di un giudizio di bilanciamento degli opposti interessi, appare prevalente l'interesse pubblico della stazione appaltante ad avviare la realizzazione delle opere infrastrutturali messe a gara».

Quanto, poi, alla scelta della Commissione di non irrogare la sanzione di € 50.000,00, si deve fugare ogni dubbio da qualunque ipotesi secondo cui vi possa essere stata una qualunque volontà di favorire l'ATI Ecotecnica, atteso che i commissari di gara hanno tenuto, durante l'intera procedura, un comportamento trasparente, imparziale, scrupoloso e ossequioso delle garanzie giuridiche nei confronti di tutti i concorrenti. Ciò si evince con plastica evidenza dagli stessi verbali di gara e, in particolare, dal n. 4 del 19.10.2015, ove - per tutte le imprese partecipanti incorse in fattispecie di irregolarità della polizza provvisoria - la Commissione ha ritenuto di non dover applicare la sanzione pecuniaria, in ragione del tenore della previsione di cui all'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163/06, che richiede un coefficiente di imputabilità soggettiva della violazione sanzionata. Nel caso di specie, la Commissione ha ritenuto che la sussistenza di tale coefficiente di imputabilità fosse quanto meno dubbio, anche in considerazione della circostanza che, all'esito dell'indagine penale, la concorrente ATI Ecotecnica sarebbe potuta risultare "parte offesa" e, quindi, in buona fede.

Controdeduzioni società Tekno Service S.p.A. – nota prot. ANAC n. 20618 del 8.2.2017 – In esito alla comunicazione risultanze istruttorie il procuratore della società Teknoservice S.p.A. controdeduceva nel senso di non condividere le conclusioni istruttorie dell'Autorità circa l'invocata esclusione dell'ATI nel presupposto che la polizza presentata in sede di gara potesse essere falsa e formulava richiesta di audizione. L'audizione si teneva nell'adunanza del Consiglio del 5.4.2017 nel corso della quale la società Teknoservice S.p.A. ed il procuratore della stessa puntualizzavano quanto indicato nella memoria già depositata. In particolare documentava che la società, per la garanzia della FGIC UK Limited, aveva corrisposto il premio di € 8.000,00 mediante bonifico bancario in data 24.2.2015 presso la banca del beneficiario Barclays Bank Plc; la nuova polizza emessa in sostituzione di quella della FGIC UK Limited, invece, è costata alla



Autorità Nazionale Anticorruzione

società solo € 1.666,25. Considerato, pertanto, che la prima polizza sia stata pagata molto di più della seconda, nessun beneficio può essere stato tratto dalla società per la presentazione della garanzia della compagnia inglese; quand'anche il documento emesso dalla FGIC UK Limited risultasse falso, non può dubitarsi della buona fede della Teknoservice S.p.A. Ciò in linea con quanto affermato dal TAR Bari con l'Ordinanza n. 525 del 10.11.2016. Peraltro, sul mero sospetto di una potenziale falsità della polizza, non è condivisibile la decisione di escludere la Teknoservice S.p.A. dalla procedura di gara.

Rilevava, inoltre, il nuovo orientamento giurisprudenziale volto a sostenere che «a seguito della chiarificante novella di cui al d.l. n. 70/2011, e all'introduzione del comma 1 bis all'art. 46, deve decisamente escludersi che irregolarità relative alla cauzione possano condurre all'esclusione dalla gara». Inoltre, per quanto concerne al soccorso istruttorio gratuito consentito dalla Commissione di gara, che non ha applicato la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163/2006 e s.m., nel richiamare la recente giurisprudenza che ha ritenuto potersi dare corso all'applicazione della sanzione solo se l'errore che ha dato corso al soccorso istruttorio sia colpevole, ribadiva la buona fede della Teknoservice S.p.A. nel caso di specie. Sul punto, infine, evidenziava che il TAR Lazio aveva recentemente investito la Corte di Giustizia sull'interpretazione dell'art. 38, comma 2-bis d.lgs. n. 163/2006 e s.m. in rapporto alla disciplina prevista dagli artt. 45 e 51 della Direttiva 2004/18/CE, sotto il profilo dell'importo eccessivamente elevato e del carattere predeterminato della sanzione, circostanza che confermerebbe l'illegittimità di una pena pecuniaria applicata ad un soggetto che sia incorso in un errore incolpevole.

Comunicazioni IVASS – nota prot. ANAC n. 15402 del 31.1.2017 – Con nota prot. ANAC n. 8992 del 20.1.2017 venivano richieste all'IVASS informazioni, tra l'altro, sulle modalità di pubblicazione del comunicato riferito alla FGIC UK Limited del 2.7.2015 nonché la data dell'effettiva cessazione, per la suddetta società, dell'autorizzazione ad operare in Italia, la sua espunzione dagli elenchi pubblicati dall'IVASS ed ogni eventuale ulteriore elemento ritenuto utile all'istruttoria avviata dall'Autorità.

Con nota acquisita al prot. ANAC n. 15402 del 31.1.2017 l'IVASS comunicava che dopo il ricevimento della lettera del 23.2.2015 di FGIC UK Limited, con la quale la società comunicava la falsità di alcune polizze intestate a suo nome e di non emettere più polizze in Italia dal 2008, è seguito un intenso scambio di contatti telefonici e corrispondenza tra l'IVASS e la Procura della Repubblica di Brescia.

In data 27.3.2015 l'IVASS ha richiesto conferma all'Autorità di Vigilanza del Regno Unito - Prudential Regulation Authority (PRA) circa la data di cessazione della operatività dell'impresa in Italia al fine di aggiornare gli elenchi pubblicati sul sito. Con nota del 7.4.2015, l'Autorità di vigilanza inglese comunicava che FGIC UK Limited aveva cessato definitivamente la propria attività in Italia dal 26.6.2013. Nella stessa data del 7.4.2015, l'IVASS aveva provveduto a cancellare FGIC UK Limited dall'Elenco delle imprese estere pubblicato sul sito.

Ritenuto in diritto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Va preliminarmente evidenziato che il Consiglio dell'Autorità, a conclusione di un'omologa istruttoria, con la Delibera n. 770 del 13.7.2016, ha ritenuto che "la garanzia provvisoria falsa prestata dai concorrenti, al netto della valutazione del dolo o della colpa grave dei concorrenti stessi che le hanno prodotte in seno al procedimento di gara, è da considerarsi *tamquam non esset*, comportando l'esclusione del concorrente, non potendo trovare applicazione peraltro l'istituto del soccorso istruttorio ex art. 46, co. 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e s.m., per la ripresentazione di un'altra cauzione, pena la lesione della *par condicio*". Le contestazioni dedotte con la Delibera ANAC n. 770 del 13.7.2016, sono state oggetto di una pronuncia sfavorevole del TAR Puglia che, con sentenza n. 1845/2016, ha ritenuto illegittimi i provvedimenti di esclusione dei concorrenti adottati dalla stazione appaltante Italferr S.p.A. a seguito della citata delibera. La sentenza TAR Puglia n. 1845/2016 è stata appellata al Consiglio di Stato ed è pendente il relativo giudizio di merito.

Ciò premesso, nel caso di specie, deve rilevarsi che la documentazione di gara pubblicata dall'ARO 3/Le ai punti 5 e 10 del disciplinare di gara (cui faceva esplicito rinvio il punto III.1 del bando di gara in materia di garanzie di cui all'art. 75 e 113 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.) prescriveva, tra l'altro, che il concorrente doveva produrre nella busta A-Documents Amministrativi, polizza assicurativa relativa alla cauzione provvisoria valida per almeno 180 giorni dalla presentazione dell'offerta, con allegata la dichiarazione dell'istituto bancario o dell'assicurazione contenente l'impegno, verso il concorrente, a rilasciare la garanzia fideiussoria relativa alla cauzione definitiva di cui all'art. 113 del Codice, aventi le caratteristiche indicate al punto 5 del disciplinare stesso, costituendo causa di esclusione dalla procedura di gara la presentazione di cauzioni provvisorie inferiori o prive delle caratteristiche richieste.

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

Nel procedimento di gara de quo l'ATI Ecotecnica s.r.l. (mandataria)/Igeco Costruzioni S.p.A. (mandante)/Axa s.r.l. (mandante) risulta aver presentato la garanzia provvisoria n. AMI-2015-068 apparentemente rilasciata dall'istituto fideiubente FIGC Uk Limited, in data 24.3.2015; mentre l'ATI Tekno Service s.r.l.(mandataria)/ A.S.V. S.p.A. (mandante)/ Raccolio s.r.l. (mandante) ha



Autorità Nazionale Anticorruzione

presentato la garanzia provvisoria n. AMI-2015-042 apparentemente rilasciata dall'istituto fideiubente FIGC Uk Limited, in data 27.2.2015 ed appendice alla medesima garanzia rilasciata in data 18.3.2015.

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 Copertino, ha notificato un elenco di polizze per le quali ha accertato la falsità. Nel predetto elenco rientra, tra altre, la cauzione provvisoria presentata dall'ATI Ecotecnica s.r.l. (mandataria)/Igeco Costruzioni S.p.A. (mandante)/Axa s.r.l. (mandante) n. AMI-2015-068 nella procedura di gara de quo; mentre, non rientra la cauzione provvisoria presentata dall'ATI Tekno Service s.r.l., (mandataria)/ A.S.V. S.p.A. (mandante)/ Raccolio s.r.l. (mandante) n. AMI-2015-042, che presenta le medesime caratteristiche di tutte le altre polizze per le quali la Procura della Repubblica ha comunicato la falsità.

Nel merito la Commissione di gara, che ha esaminato la comunicazione della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia nella seduta in data 5.10.2015, ha dapprima ammesso con riserva le predette ATI e, successivamente, valutata nel merito la comunicazione della Procura nonché le controdeduzioni acquisite in sede di gara dai concorrenti, nella seduta svoltasi in data 19.10.2016, ha ammesso alle successive fasi di gara entrambi gli operatori economici.

Deve, tuttavia, rilevarsi che le valutazioni operate dalla Commissione di gara in ordine alle garanzie provvisorie prestate dai predetti concorrenti non possono trovare condivisione. Preliminarmente, infatti, deve rilevarsi che non si riscontra agli atti alcun accertamento diretto, da parte della Commissione di gara ovvero del RUP, circa l'autenticità delle suddette garanzie provvisorie, da doversi effettuare mediante richiesta di verifica presso la società fideiubente FGIC UK LIMITED emittente le medesime polizze e/o presso il notaio che ha autenticato la firma del garante; invero, la Commissione, ha ritenuto, nonostante quanto segnalato dalla Procura della Repubblica, che le polizze in commento fossero regolari, solo ed in quanto rispondevano alle prescrizioni della *lex specialis*, e ciò anche alla luce dei chiarimenti forniti dai concorrenti nonché dalla medesima FGIC UK LIMITED con nota del 4.6.2015. Era da ritenersi necessario, invece, alla luce degli elementi di criticità emersi circa la veridicità delle polizze, procedere ad un loro puntuale controllo di veridicità, e ciò anche al fine di assicurare la correttezza della procedura di gara. Peraltro, la nota datata 4.6.2015 della FIGC Uk Limited indirizzata all'ARO 3/Le ed all'ATI Ecotecnica S.r.l. (invero per un refuso risulta indirizzata alla Tecnotecnica S.r.l.) con la quale veniva comunicato che la Polizza n. AMI-2015-068 era regolarmente emessa ed in copertura, risulta essere stata prodotta in sede di gara dal delegato dell'ATI Ecotecnica s.r.l. (mandataria)/Igeco Costruzioni S.p.A. (mandante)/Axa s.r.l. (mandante); la stessa non appare essere stata acquisita dalla Commissione e/o Stazione appaltante in esito ad una specifica richiesta dalla medesima formulata. Ciò risulta anche dal verbale n. 4 del 19.10.2015 dove la Commissione afferma: "a conferma della validità della polizza depongono anche i "chiarimenti" del 4.6.2015 forniti dalla medesima FGIC UK LIMITED in riscontro alla richiesta avanzata dall'ATI".



Autorità Nazionale Anticorruzione

Contrariamente è da ritenersi che la falsità delle polizze in parola trova conferma, oltre che dalla comunicazione della Procura della Repubblica, anche dalla comunicazione all'IVASS dell'Autorità di Vigilanza del Regno Unito - Prudential Regulation Authority (PRA) che, con nota del 7.4.2015, ha comunicato che FGIC UK Limited aveva cessato definitivamente la propria attività in Italia dal 26.6.2013 nonché dalla cancellazione, in data 7.4.2015, della FGIC UK Limited dall'Elenco delle imprese estere pubblicato sul sito dell'IVASS.

Quanto sopra appare ancor più rilevante se messo in relazione alla nota della FGIC UK LIMITED del 4.6.2015, prodotta in sede di gara dal delegato dell'ATI Ecotecnica s.r.l. (mandataria)/Igeco Costruzioni S.p.A. (mandante)/Axa s.r.l. (mandante), contenente chiarimenti sulla validità della polizza presentata. Infatti, quanto riportato nel verbale n. 4 del 19.10.2015 nella parte in cui la commissione afferma “a conferma della validità della polizza depongono anche i “chiarimenti” del 4.6.2015 forniti dalla medesima FGIC UK LIMITED in riscontro alla richiesta avanzata dall'ATI [....]”, contrasta con quanto cominciato dall'Autorità di Vigilanza del Regno Unito - Prudential Regulation Authority (PRA) all'IVASS con nota del 7.4.2015 circa la cessazione definitivamente dell'attività in Italia dal 26.6.2013 della FGIC UK Limited stessa.

Le valutazioni operate dalla Commissione di gara appaiono, inoltre, contraddittorie avendo la Commissione stessa da un lato ritenuto regolari le garanzie provvisorie prestate e, dall'altro, per la tutela dell'interesse dell'Ente, ritenuto di dover dar luogo al “soccorso istruttorio” di cui al combinato disposto degli artt. 38, co. 2-bis e 46, co. l-ter del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii, senza irrogazione della sanzione pecuniaria, consentendo ai concorrenti di sostituire la garanzia provvisoria precedentemente prestata (prima valutata regolare). Nel concreto, poi, è risultato che l'ATI Ecotecnica s.r.l. (mandataria)/Igeco Costruzioni S.p.A. (mandante)/Axa s.r.l. (mandante) in data 9.10.2015, ha presentato una nuova polizza fideiussoria (n. CTIT1500267 emessa in data 8.10.2015 da CHINA TAIPING INSURANCE (UK) CO.LTD) con validità retroattiva, ossia a copertura anche del periodo di validità della polizza n. AMI-2014-0068 ed appendice, sempre datata 8.10.2015, di estensione della validità della predetta polizza sino al 9.4.2016; mentre, l'ATI TEKNO SERVICE, ASV, RACCOLIO” veniva invitata a regolarizzare la propria offerta, producendo entro il termine di 10 giorni una nuova polizza; polizza che veniva prodotta (n. BIT 0001745/00 rilasciata dalla CIG Pannonia in Budapest in data 9.11.2015) e successivamente integrata.

A fronte dell'emissione della polizza n. AMI-2014-0068 (validità 9.4.2015-9.10.2015), la Ecotecnica S.r.l. ha documentato di aver pagato il premio a mezzo bonifico europeo unico di € 11.300,00 in favore della FGIC UK Ltd; mentre, a fronte dell'emissione della polizza n. CTIT1500267 (validità 9.4.2015-9.10.2015 ed estensione fino al 9.4.2016), di aver pagato il premio a mezzo bonifico domestico di € 11.000,00 in favore del broker. Nel merito è da rilevarsi che il premio di € 11.000,00 debba ritenersi riconducibile alla sola copertura assicurativa della prima proroga; ciò anche in ragione del fatto che per la seconda proroga (dal 9.4.2016 al 9.10.2016), la medesima società ha richiesto il pagamento del premio di € 11.150,00.



Autorità Nazionale Anticorruzione

In ordine alla polizza n. 1500267 rilasciata dalla CHINA TAIPING Insurance (UK) Co. Ltd. ed al comunicato IVASS del 4.4.2016 che ha dato evidenza che la predetta società ha riscontrato un numero di polizze fideiussorie contraffatte intestate a proprio nome, la Ecotecnica S.r.l. ha documentato di aver verificato la genuinità della polizza stessa secondo le istruzioni riportate nel predetto comunicato IVASS; appare opportuno, tuttavia, evidenziare come detta verifica doveva essere effettuata dalla stazione appaltante.

Ritenuto, quindi, diversamente da quanto rilevato dalla Commissione di gara, la falsità della garanzia provvisoria n. AMI-2015-068 del 24.3.2015 prestata dal citato concorrente ATI “ECOTECNICA - IGECO – AXA”, al netto della valutazione del dolo o della colpa grave del concorrente stesso che la ha prodotta in seno al procedimento di gara, il cui accertamento esula dal presente procedimento istruttorio, ciò che rileva è l’oggettiva falsità del documento prodotto; infatti, la produzione di un documento risultato falso si configura quale inadempimento del partecipante agli obblighi sanciti dal bando e dal disciplinare di gara ed al generale dovere di correttezza nelle trattative precontrattuali, senza che assuma rilievo l’imputabilità psicologica della falsità stessa.

Anche a voler superare l’oggettiva falsità della garanzia provvisoria prodotta, la produzione di una cauzione falsa equivale, di fatto, alla produzione di una cauzione inesistente, e quindi alla sua mancata produzione, circostanza che costituisce causa di esclusione e che non è nemmeno suscettibile di soccorso istruttorio (Cfr. Determinazione ANAC n. 1/2015).

In tal senso si è anche espresso l’Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici che, con nota prot. n. 100278 del 24.6.2016, in ordine alle conseguenze della produzione di una cauzione provvisoria falsa riferiva che “l’Autorità e la giurisprudenza amministrativa hanno ritenuto che la produzione della cauzione provvisoria falsa costituisce di per sé causa di esclusione del concorrente (determinazione n. 4/2012 e Consiglio di Stato, sez. IV, 8 dicembre 2013 n. 6088). In ogni caso, la produzione della cauzione falsa equivale, di fatto, alla produzione di una cauzione inesistente, e quindi alla sua mancata produzione, circostanza che non solo costituisce causa di esclusione, ma che non è nemmeno suscettibile di soccorso istruttorio: infatti, nella determinazione n. 1/2015, è stato chiarito che *“tenuto conto che il comma 1-ter dell’articolo 46 ora consente la sanatoria di elementi che devono essere prodotti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara (e la cauzione è un elemento da produrre a corredo dell’offerta in base alla legge), considerato che, ai fini del pagamento della sanzione, la cauzione costituisce solo una garanzia, la novella normativa trova applicazione anche con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria a condizione che quest’ultima sia stata già costituita alla data di presentazione dell’offerta e rispetti la previsione dell’articolo 75, comma 5, vale a dire decorra da tale data. Diversamente sarebbe alterata la parità di trattamento tra i concorrenti”*. Alla luce di tali considerazioni e fermo restando che esulano dai fini che rilevano in questa sede le valutazioni in ordine all’imputabilità psicologica del falso, tenuto conto che la polizza falsa è da considerarsi *tamquam non esset*, non è ammissibile l’istituto del soccorso istruttorio per la ripresentazione di un’altra cauzione, che lederebbe la par condicio, né appare ammissibile ignorare la mancata



Autorità Nazionale Anticorruzione

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

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

Le censure riferite alla garanzia provvisoria n. AMI-2014-0068 del 24.3.2015 presentata dall'ATI Ecotecnica s.r.l. (mandataria)/Igeco Costruzioni S.p.A. (mandante)/Axa s.r.l. (mandante) assumono il medesimo rilievo se riferite alla garanzia provvisoria n. AMI-2015-042 del 27.2.2015 presentata dall'ATI Tekno Service s.r.l., (mandataria)/A.S.V. S.p.A. (mandante)/Raccolio s.r.l. (mandante); infatti, detta garanzia, nonostante non rientri tra quelle elencate nella comunicazione della Procura della Repubblica di Brescia, oltre a presentare rilevanti indizi di falsità, non può che essere considerata falsa se solo si considera quanto dichiarato all'IVASS dall'Autorità di Vigilanza del Regno Unito - Prudential Regulation Authority (PRA) circa la cessazione della operatività dell'impresa FGIC UK Limited in Italia dal 26.6.2013.

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- che la procedura di gara europea per l'affidamento dell'appalto di progettazione esecutiva e realizzazione del servizio di raccolta e gestione dei rifiuti solidi urbani e altri servizi attinenti per i comuni dell'ARO 3/Le non appare coerente con i principi di parità di trattamento e non discriminazione nonché economicità, efficacia, tempestività e correttezza cui all'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.;
- che la garanzia provvisoria falsa prestata dal concorrente, al netto della valutazione del dolo o della colpa grave del concorrente stesso che l'ha prodotta in seno al procedimento di gara, è da considerarsi *tamquam non esset*, comportando l'esclusione del concorrente, non potendo trovare applicazione peraltro l'istituto del soccorso istruttorio ex art. 46, co. 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 e s.m., per la ripresentazione di un'altra cauzione, pena la lesione della *par condicio*;
- che le verifiche compiute sulle garanzie provvisorie dell'ATI Ecotecnica s.r.l. (mandataria)/Igeco Costruzioni S.p.A. (mandante)/Axa s.r.l. (mandante) e dell'ATI Tekno Service s.r.l., (mandataria)/A.S.V. S.p.A. (mandante)/Raccolio s.r.l. (mandante), non presentano quel grado di approfondimento idoneo a tutelare l'interesse della Stazione appaltante e degli operatori economici concorrenti;



Autorità Nazionale Anticorruzione

- di trasmettere la presente delibera all'ARO 3/Le all'ATI Ecotecnica s.r.l. (mandataria)/Igeco Costruzioni S.p.A. (mandante)/Axa s.r.l. (mandante) e all'ATI "Tekno Service s.r.l., (mandataria)/ A.S.V. S.p.A. (mandante)/ Raccolio s.r.l. (mandante)";
- 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 13 giugno 2017
Il Segretario, Maria Esposito