

**DETERMINA DEL DIRETTORE GENERALE  
ASUR  
N. 936/ASURDG DEL 30/12/2013**

**Oggetto: Area Vasta 5 - Annullamento determina DG ASUR n. 544 del 01/07/2013 -  
Aggiudicazione gara procedura aperta per l'affidamento in concessione della  
gestione del bar presso lo s.o. di S. Benedetto del Tronto**

**IL DIRETTORE GENERALE  
ASUR**

- . . . . -

**VISTO** il documento istruttorio, riportato in allegato alla presente determina quale parte integrante e sostanziale della medesima;

**RITENUTO**, per i motivi riportati nel predetto documento istruttorio e che vengono condivisi, di adottare il presente atto;

**SENTITI** i pareri favorevoli del Direttore Amministrativo e del Direttore Sanitario, ciascuno per quanto di rispettiva competenza;

**- D E T E R M I N A -**

1. Di prendere atto che in sede di verifica sul possesso dei requisiti della ditta aggiudicataria, ai sensi dell'art. 11 comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006, è emersa la mancata conferma di quanto dichiarato relativamente alla circostanza di cui all'art. 38 comma 1 lett. c) D.Lgs. N. 163/2006;
2. di dichiarare, per l'effetto del disposto di cui al punto n. 1), l'esclusione dalla procedura dell'offerente classificato primo nella graduatoria;
3. di disporre, quindi, l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva disposta con determina n. n..544/DG ASUR del 01/07/2013 nei confronti del concorrente primo in graduatoria;
4. Di provvedere all'escussione della polizza fideiussoria n. 2068500132087, prestata dalla ditta aggiudicataria a garanzia dell'offerta, rilasciata in data 21/03/2012 da Milano Assicurazioni – agenzia 2068 di Ascoli Piceno – e relativa Appendice alla stessa dell'11/06/2013 **con scadenza il 31/12/2013** di € 15.525,00
5. Di dare atto che, per motivi attinenti alla tutela del diritto alla riservatezza di cui al D. Lgs n. 196/2003, i dati relativi alla ditta aggiudicataria, alla ditta avvalente ed ai rispettivi rappresentanti legali, non sono riportati nel presente provvedimento

6. Di dare atto dal presente provvedimento non deriva alcuna spesa a carico del budget 2013.
7. Di dare atto che la presente determina non è sottoposta a controllo ai sensi dell'art. 4 della Legge 412/91 e dell'art. 28 della L.R. 26/96 e s.m.i..
8. Di trasmettere il presente atto al Collegio Sindacale a norma dell'art. 17 della L.R. 26/96 e s.m.i.;
9. Di trasmettere il presente atto all'Osservatorio Regionale sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi della Deliberazione n. 1584 del 18.11.2003
10. Di dare atto, ai fini della repertoriatura nel Sistema Attiweb Salute, che la presente determina si configura come "*altre tipologie*".

**IL DIRETTORE GENERALE**

Dott. Piero Ciccarelli

**IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO**

Dott. Alberto Carelli

**IL DIRETTORE SANITARIO**

Dott. Giorgio Caraffa

La presente determina si compone di n. 8 pagine

**- DOCUMENTO ISTRUTTORIO -**  
**U.O. C. ACQUISTI E LOGISTICA**  
**AREA VASTA 5**

Normativa di riferimento :

- D. Lgs. n. 163 del 12.04.2006 e s.m.i. recante ad oggetto: “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE” e successive modificazioni ed integrazioni;
- L. R. n. 13 del 20/06/2003 e s.m.i. avente ad oggetto: “Riorganizzazione del Servizio Sanitario Regionale”.
- DPR n. 207/2010 Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163;

Premesso che

- con determina n. 45/DG ASUR del 24/01/2012 è stata indetta gara con procedura aperta per l’affidamento in concessione per anni 6 (sei) della gestione del bar con annessa rivendita di riviste e quotidiani presso lo stabilimento ospedaliero di San Benedetto del Tronto, per un importo a base d’asta di € 776.250,00 + IVA, comprensivo di oneri di sicurezza;
- con determina n.544/DG ASUR del 01/07/2013 si è proceduto all’aggiudicazione alla ditta prima in graduatoria, dell’affidamento in concessione per anni 6 della gestione del bar con annessa rivendita di riviste e quotidiani presso lo stabilimento ospedaliero di San Benedetto del Tronto, al canone annuo di € 191.000,00 + IVA, € 231.110,00 (IVA C.), per complessivi € 1.146.000,00 + IVA, € 1.386.660,00 (IVA C.),.
- la ditta aggiudicataria, in sede di gara, si è avvalsa dell’istituto dell’avvalimento, previsto dall’art. 49 del Codice degli appalti, per quanto riguarda i requisiti di carattere economico-finanziari richiesti nel capitolato di gara.  
In particolare il contratto di avvalimento sottoscritto tra le ditte citate dispone che “in caso di aggiudicazione della gara, l’impresa ausiliaria partecipa al 30% dei costi del canone previsto per i sei anni più eventuale proroga di mesi nove, di cui all’allegato C del disciplinare di gara CIG 3882489B44 e gestirà in subappalto il servizio di distribuzione automatica nei limiti del 30% dell’importo complessivo di gara”.

Ai fini dell’efficacia dell’aggiudicazione definitiva, in sede di verifica del possesso dei requisiti oggetto di autodichiarazione presentata in gara dalla ditta aggiudicataria e dalla ditta avvalente, così come prescritto dall’art. 10 comma 8 del D. Lgs n. 163/2006, dai certificati dei casellari giudiziari è emerso che, sia il titolare della ditta aggiudicataria, sia il socio amministratore a tempo indeterminato della ditta avvalente, hanno riportato delle condanne penali non debitamente dichiarate in sede di gara per reati che non sono stati depenalizzati o dichiarati estinti dopo la condanna e che per queste ultime non è intervenuta alcuna pronuncia di revoca o di riabilitazione.

Infatti il Codice dei Contratti pubblici all’art. 38, comma 2, testualmente recita: “**Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di al decreto del presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non**

**menzione. Ai fini del comma 1, lett. c) il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione”.**

Tenuto conto:

- che con determinazione n. 1 del 12.01.2010 (*Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'art. 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi*) l'A.V.C.P. si era già espressa nel senso che gli operatori economici hanno l'obbligo di dichiarare qualsiasi condanna o violazione relativa alle fattispecie indicate alla lett. c) - con l'eccezione di quelle per le quali sia intervenuta la riabilitazione o l'estinzione del reato per effetto di specifica pronuncia del giudice dell'esecuzione penale- in quanto *“la valutazione della gravità della condanna dichiarata e della sua incidenza sulla “moralità professionale” non è rimessa all'apprezzamento dell'impresa concorrente ma alla valutazione della stazione appaltante”* .

Sempre l'Autorità prescrive, al fine di evitare possibili incertezze applicative, che le stazioni appaltanti non si limitino a richiedere agli operatori economici partecipanti “di non trovarsi in alcuna delle condizioni di cui alla lett.c) dell'art. 38 del codice” ma prescrivano, nei disciplinari, che la dichiarazione relativa alla lett.c) contenga l'attestazione circa l'assenza di sentenze di condanna (con o senza beneficio della non menzione), e/o di irrogazione di pene pateggiate e/o di decreti penali di condanna, **ovvero, se presenti, l'elencazione di tali precedenti penali.**

Questa stazione appaltante si è attenuta a dette prescrizioni (si riporta di seguito l'estratto del modello di autodichiarazione) ma le ditte in questione hanno lasciato in bianco e barrato lo spazio riservato alla elencazione delle condanne.

- che con determinazione n. 1 del 16.05.2012 (*Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'art. 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi*) l'A.V.C.P. aggiunge che “in ipotesi di omessa dichiarazione di condanne riportate è legittimo il provvedimento di esclusione non dovendosi configurare in capo alla stazione appaltante l'ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente penale di cui è stata omessa la dichiarazione e conseguendo il provvedimento espulsivo alla omissione della prescritta dichiarazione.

- che con determinazione n. 4 del 10.10.2012 (*Bando Tipo: Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64 comma 4-bis, e 46, comma 1-bis del Codice dei Contratti Pubblici*) sempre l'A.V.C.P. afferma “.....(omissis) la dichiarazione deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dalla entità del reato e/o dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete alla stazione appaltante. .... Stante il chiaro disposto normativo, deve quindi ritenersi che, oltre all'ipotesi di falsità, l'omissione o l'incompletezza delle dichiarazioni da rendersi ai sensi dell'art. 38 da parte di tutti i soggetti ivi previsti costituiscono, di per sé, motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica anche in assenza di una espressa previsione del bando di gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 3 marzo 2011, n. 1371).”

- che in tal senso si è più volte pronunciato il Consiglio di Stato, da ultimo, sez. III, 4/01/2012 n. 8 “*Il Collegio giudica legittima l'esclusione dalla dell'impresa originariamente aggiudicataria motivata dal fatto che – in sede di controllo successivo dei requisiti – l'autodichiarazione relativa ai precedenti penali dell'impresa stessa sia risultata non veritiera. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte avuto occasione di giudicare causa rilevante ai fini della esclusione dalla gara le autodichiarazioni non veritiere in ordine alle condanne penali, a prescindere dalla gravità dei reati,*

*in considerazione del fatto che la verifica circa la loro gravità e rilevanza ai fini delle valutazioni relative alla moralità professionale spetta alla stazione appaltante (CdS n. 5674/2011, n. 2257/2011, n. 2334/2011, n. 1800/2011, n. 1909/2010, n. 1513/2010)”.*

Per tale motivo, con nota prot.n. 40596 del 4/09/2013 è stato avviato detto procedimento, in ottemperanza a quanto prescritto dalla legge n. 241 1990 e s.m.i., invitando la ditta aggiudicataria e la ditta avvalente ad effettuare un accesso agli atti con presentazione di eventuali controdeduzioni.

In data 5 settembre 2013 si è svolto l'accesso agli atti da parte del legale rappresentante della ditta aggiudicataria, assistito dal legale di fiducia, che, giusta delega agli atti, rappresentava anche il legale rappresentante della ditta ausiliaria.

Successivamente, in data 10/09/2013 (prot. n. 41381) il legale delle ditte presentava uno scritto difensivo (già trasmesso al Servizio Legale ASUR con prot.n. 41956 del 13/09/2013) nel quale, in sintesi, si sostiene quanto segue:

*per quanto concerne la posizione del legale rappresentante della ditta aggiudicataria:*

- 1. “il soggetto era del tutto ignaro dei propri precedenti penali nella convinzione che il pagamento delle somme di denaro avesse estinto completamente il reato ed ogni profilo penale; convincimento avvalorato dal fatto che dal certificato del Casellario Giudiziale richiesto dallo stesso titolare della ditta aggiudicataria risulta NULLA a suo carico.”*
- 2. lo stesso soggetto non avrebbe agito con dolo nel non indicare i propri precedenti penali, ma al contrario sarebbe stato in piena buona fede.*

*per quanto concerne il titolare della ditta ausiliaria:*

- 1. in occasione della gara per l'affidamento in concessione del bar presso il Presidio Ospedaliero di Ascoli Piceno, la ditta avvalente nella presente procedura parimenti non indicò nella autocertificazione presentata all'amministrazione le condanne riportate, ma dopo una richiesta di precisazioni da parte del RUP di detta gara, si addivenne ad aggiudicazione (DG ASUR n. 964 del 22/10/2010) ed alla successiva stipula del contratto.*
- 2. per il principio di parità di trattamento di casi simili, la stazione appaltante dovrebbe adottare lo stesso metro di giudizio.*

Alla luce della giurisprudenza del Consiglio di Stato sopra riportata e delle determine dell'AVCP citate, si ritiene che non vi siano margini di discrezionalità in ordine all'annullamento della determina di aggiudicazione, in quanto la questione non verte sulla tipologia di reati commessi, ma sulla loro omissione in sede di autodichiarazione presentata in di gara, che, di fatto, priva la stazione appaltante di conoscenze indispensabili per valutare la moralità professionale del concorrente/aggiudicatario. A tal riguardo, va evidenziato che nessun rilievo ha l'elemento soggettivo, - la cosiddetta teoria del “falso innocuo” come vorrebbe sostenere il legale della ditta, non dovendosi distinguere i casi di false dichiarazioni a seconda che la falsità sia dovuta a comportamenti dolosi o colposi; ciò che rileva è l'oggettiva falsità (in questo caso nella forma dell'incompletezza) di quanto dichiarato

Per quanto concerne l'aspetto del principio di parità di trattamento invocato dal legale delle parti, è stato verificato che il contesto normativo è mutato in quanto l'obbligo di dichiarare tutte le condanne penali riportate, comprese quelle per le quali sia stato concesso il beneficio della non menzione, è stato introdotto dal legislatore con la legge 12 luglio 2011 n. 106, per cui al momento dell'aggiudicazione

della procedura di gara per la concessione del bar dell'Ospedale "Mazzoni" di Ascoli Piceno (ottobre 2010) tale obbligo non sussisteva.

In ordine, infine, alle conseguenze di ordine penale in tema di falso ideologico in atto pubblico, si ritiene che il sottoscritto RUP possa limitarsi, ai sensi dell'art. 38, 1-ter del D. Lgs n. 163/2006, a dare segnalazione all'A.V.C.P. della presentazione di falsa dichiarazione, sulla base di sentenze della Cassazione Penale. Sez.V del 10/012/1999 n. 1963 e Cass. Pen. Sez. II del 23/02/1990 n. 1593 che escludono "..... il dolo del delitto di falso tutte le volte in cui la falsità risulti essere semplicemente dovuta ad una leggerezza o ad una negligenza".

Per quanto concerne infine l'escussione della cauzione provvisoria, sebbene la giurisprudenza non sia unanime sulla questione, si ritiene di aderire ai principi espressi dal Consiglio di Stato in adunanza plenaria (n. 8 del 4 maggio 2012) secondo cui *"la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria discende dall'art. 75, comma 6 del D. Lgs n. 163/2006 e riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 del codice."*

Preso atto altresì del parere richiesto al Servizio Legale con nota prot.n. 41956 del 13/09/2013.

#### SI PROPONE

1. Di prendere atto che in sede di verifica sul possesso dei requisiti della ditta aggiudicataria, ai sensi dell'art. 11 comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006, è emersa la mancata conferma di quanto dichiarato relativamente alla circostanza di cui all'art. 38 comma 1 lett. c) D.Lgs. N. 163/2006;
2. di dichiarare, per l'effetto del disposto di cui al punto n. 1), l'esclusione dalla procedura dell'offerente classificato primo nella graduatoria;
3. di disporre, quindi, l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva disposta con determina n. n..544/DG ASUR del 01/07/2013 nei confronti del concorrente primo in graduatoria;
4. Di provvedere all'escussione della polizza fideiussoria n. 2068500132087, prestata dalla ditta aggiudicataria a garanzia dell'offerta, rilasciata in data 21/03/2012 da Milano Assicurazioni – agenzia 2068 di Ascoli Piceno – e relativa Appendice alla stessa dell'11/06/2013 **con scadenza il 31/12/2013** di € 15.525,00
5. Di dare atto che, per motivi attinenti alla tutela del diritto alla riservatezza di cui al D. Lgs n. 196/2003, i dati relativi alla ditta aggiudicataria, alla ditta avvalente ed ai rispettivi rappresentanti legali, non sono riportati nel presente provvedimento
6. Di dare atto che dal presente provvedimento non deriva alcuna spesa a carico del budget 2013.

7. Di dare atto che la presente determina non è sottoposta a controllo ai sensi dell'art. 4 della Legge 412/91 e dell'art. 28 della L.R. 26/96 e s.m.i..
8. Di trasmettere il presente atto al Collegio Sindacale a norma dell'art. 17 della L.R. 26/96 e s.m.i.;
9. Di trasmettere il presente atto all'Osservatorio Regionale sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi della Deliberazione n. 1584 del 18.11.2003
10. Di dare atto, ai fini della repertoriatura nel Sistema Attiweb Salute, che la presente determina si configura come "*altre tipologie*".

**Il Responsabile del Procedimento**  
**dott. ssa Vanna Vannucci**

**Attestazione del Direttore dell'U.O. C. Acquisti e Logistica**

Il sottoscritto, vista la proposta di provvedimento sopra formulata, attesta la legittimità e la regolarità tecnica del presente provvedimento e ne propone l'adozione al Direttore Generale.

**Il Direttore U.O. C. Acquisti e Logistica**  
**Dott. Pietrino Maurizi**

**Attestazione del Direttore f.f. dell'U.O. Economico-Finanziaria**

La sottoscritta, vista la dichiarazione espressa dal Responsabile del Procedimento

Attesta

che dal presente provvedimento non deriva alcun impegno di spesa a carico del budget 2013 .

**per il Direttore f.f. dell'U.O. Economico-Finanziaria**  
**Il Funzionario delegato**  
**rag. Bruna Pelliccioni**

**- ALLEGATI -**

Nessun allegato