



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 380 del 17 aprile 2019

Fascicolo n. 264/2019/B

Oggetto: Indagine concernente l'attività dei Consorzi Stabili operanti in qualità di imprese ausiliarie ex art. 89 del d.lgs. 50/2016, nell'ambito delle procedure di affidamento di lavori pubblici – “Lavori di riqualificazione di un edificio esistente di proprietà comunale in via circonvallazione – zona Mendola nel Comune di Torrice (FR)” - Importo appalto: Euro 295.000,00 - CIG: 7068468C4F.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visti il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il 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;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori

Premesse

L'Autorità, preso atto della partecipazione ricorrente di diversi Consorzi stabili nella qualità di imprese ausiliarie, in diverse gare d'appalto, facendo presupporre, al di là degli specifici approfondimenti di possibile svolgimento, una pressoché contemporanea assunzione di impegni plurimi, ha avviato una specifica attività d'indagine volta a verificare gli impegni assunti dai Consorzi sopra individuati, nella qualità di imprese ausiliarie, nel biennio 2017/2018 e l'effettività del prestito dei requisiti oggetto di avalimento, in conformità con quanto previsto dall'art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016, nonché lo svolgimento di specifici approfondimenti per verificare, da parte delle stazioni appaltanti, l'intercorso adempimento delle prescrizioni recate dal comma 9 dell'art. 89 del Codice dei contratti pubblici in tema di trasmissione all'ANAC delle dichiarazioni di avalimento.

Nell'ambito dell'indagine, risultava ricompreso, tra l'altro, il Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] il quale, in sede di informative preliminari, ha dato atto di aver partecipato, negli anni 2017 e 2018, a centinaia di procedure di gara, tra le quali sei risultano aggiudicate all'impresa ausiliata dal medesimo Consorzio Stabile, dando evidenza del sistematico ricorrere dell'assunzione di plurimi impegni a prestare i requisiti di qualificazione nell'ambito di diverse

gare d'appalto.

Tra le gare aggiudicate, ai fini dell'individuazione del campione d'indagine, risultano identificati, in ragione della rilevanza tra gli appalti esaminati, tra l'altro, i lavori in oggetto, concernenti "Lavori di riqualificazione di un edificio esistente di proprietà comunale in via circonvallazione - zona Mendola nel Comune di Torrice (FR)", di importo d'appalto pari a euro 295.000,00.

Considerato in fatto

Con comunicazione prot. 3983 del 17.01.2019 è stato comunicato l'avvio del procedimento istruttorio, volto ad acquisire puntuali elementi conoscitivi e documentali in ordine agli atti sottesi all'aggiudicazione della procedura di gara in oggetto ed alle modalità adottate dall'operatore economico [... OMISSIS ...] risultato affidatario, per la dimostrazione dei requisiti con il ricorso all'avvalimento di quanto messo a disposizione dal Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] nella qualità di impresa ausiliaria, nonché a verificare il corretto utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, nella fase di esecuzione del contratto, in relazione all'effettività del prestito da parte della impresa ausiliaria dei mezzi e requisiti dichiarati in sede di gara ed al rispetto degli adempimenti di cui all'art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016.

A riscontro di tale nota, perveniva la comunicazione del Comune di Torrice (FR), acquisita al protocollo dell'ANAC al n. 13043 del 18.02.2019, con allegata documentazione, dalla quale si è potuto rilevare in primo luogo che la procedura di gara in oggetto, indetta dalla Provincia di Frosinone quale stazione unica appaltante, ha riguardato l'affidamento di lavorazioni nelle categorie OG1-II (dando atto comunque dell'operatività dell'art. 61, comma 2 del d.p.r. 207/2010, ammettendo che la qualificazione nella prima categoria abilitasse a gare fino all'importo di euro 309.600), nonché OS3 e OS30 per importi inferiori ad euro 150.000, aggiudicata definitivamente dal medesimo Comune, con determinazione n. 414 del 16.10.2017, all'operatore economico [... OMISSIS ...], che ha offerto un ribasso pari al 3%, e dunque per l'importo di euro 286.390,00, di cui euro 8.000,00 per oneri della sicurezza.

In riferimento ai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa aggiudicataria, risulta prodotto in atti il contratto di avvalimento intercorso tra il Consorzio stabile ausiliario [... OMISSIS ...] e l'impresa [... OMISSIS ...], avente ad oggetto il requisito concernente la categoria OG1, posseduta all'epoca dall'ausiliaria nella classifica VI, nonché *"del requisito della cifra d'affari ottenuta con lavori svolti mediante l'attività diretta ed indiretta non inferiore a tre volte l'importo a base di gara previsto di cui la ditta ausiliata è carente"*.

Nel medesimo contratto risulta specificato l'obbligo dell'impresa ausiliaria *"a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente l'impresa ausiliata, Art. 89 comma 1) D.lgs. 50/2016, come di seguito indicativamente elencate: • Know-How tecnologico e commerciale, a mezzo del proprio direttore tecnico, [... OMISSIS ...] e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento; • Il numero necessario di Squadre tipo, composte da 1 operaio specializzato, 1 operaio qualificato e 1 operaio comune, i cui nominativi verranno comunicati prima dell'inizio dei lavori con le specifiche del relativo contratto applicato; • I mezzi necessari all'esecuzione dell'opera, quali: Ponteggi Omologati, Gru rotativa, Container alloggio*

attrezzi e Uffici, Molazze da cantiere, Impastatrice/Betoniere, Macchine da taglio legno/ferro, Martelli demolitori ad aria e/o elettrici, Puntelli varie misure, Badili, secchi, attrezzatura minuta, ecc”.

In riferimento allo stato di avanzamento dei lavori, risultano documentate la consegna dei lavori in data 10.01.2018, con inizio dei lavori stabilito per il giorno 22.01.2018, da ultimare il giorno 11.04.2018 (80 giorni consecutivi), con ulteriori n. 5 documentate sospensioni dei lavori, di cui l'ultima disposta con verbale del 16.01.2019, non risultando in atti la relativa ripresa, nonché la concessione di plurime proroghe dei termini contrattuali a favore dell'impresa; risulta, altresì, documentato il raggiungimento del terzo SAL in data 16.01.2019, per un importo pari ad euro 184.684,08.

In riferimento alla richiesta contenuta nell'avvio procedimentale, di documentare le verifiche svolte in corso di esecuzione ai sensi dell'art. 89, c. 9 del d.lgs. 50/2016, nonché l'adempimento agli obblighi di comunicazione all'ANAC, il RUP [... OMISSIS ...] ha riferito di aver svolto le verifiche riferite agli adempimenti di cui all'art. 89, comma 9 del Codice dei contratti, dichiarando che *“nelle visite effettuate in cantiere non risultavano presenti mezzi e personale della ditta ausiliaria”*.

A riscontro dell'avvio del procedimento, risulta, altresì, pervenuta la comunicazione del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...], acquisita al protocollo dell'ANAC n. 5375 del 22.01.2019, nella quale risulta evidenziato che *“è stata emessa n. 1 (una) fattura per il prestito dei requisiti, per l'importo di € 9783,08 iva inclusa”*, con la produzione dei titoli di credito, inoltrati dall'ausiliata in adempimento del contratto di avvalimento, rilevando da corrispondere nel mese corrente un'ultima frazione del totale.

Con riferimento, inoltre, alla richiesta di fornire i documenti fiscali comprovanti la messa a disposizione e l'effettivo utilizzo, da parte dell'impresa ausiliata, di personale e mezzi dell'impresa ausiliaria, il medesimo Consorzio ha riferito che *“sia l'ente appaltante che l'impresa [... OMISSIS ...] non abbiano ancora constatato la concreta necessità di un ausilio, che, qualora se ne palesasse l'esigenza, questo Consorzio Stabile non esiterebbe a fornire, in ottemperanza al contratto di avvalimento sottoscritto tra le parti”*; le medesime considerazioni risultano sostanzialmente confermate dall'impresa ausiliata [... OMISSIS ...] con nota acquisita al protocollo dell'Autorità al n. 12153 in data 14.02.2019.

Nel dettaglio l'impresa citata, nel richiedere di escludere l'eventuale divulgazione a terzi dei documenti contabili prodotti dal Consorzio Stabile [... OMISSIS ...], ha riferito tra l'altro di essere ricorsa *“all'avvalimento nella qualificazione SOA OG 1, class. I (sufficiente a coprire il valore complessivo del contratto), ritenendo di utilizzare le risorse indicate nel contratto di avvalimento per le sole opere di maggiore impegno tecnico, previste nella fase conclusiva dell'appalto”*, deducendo ulteriormente che *“a fronte dell'iter realizzativo particolarmente travagliato - che si è caratterizzato per numerose sospensioni dei lavori, dovute ad avverse condizioni climatiche e/o cause di forza maggiore, non imputabili all'Impresa - l'esecuzione della commessa in esame non è ancora terminata, mancando ancora la realizzazione di impianti e lavorazioni essenziali per il completamento del progetto dell'opera”* e che *“come emerge dal verbale sopra trascritto, sono sospese, e non ancora eseguibili, le lavorazioni di maggiore impegno tecnico, per le quali la scrivente impresa aveva programmato il materiale impiego delle risorse indicate nel contratto di avvalimento intercorso con il Consorzio Stabile [... OMISSIS ...], di cui la scrivente ha già acquisito la giuridica disponibilità in forza delle obbligazioni contratte*

dall'ausiliario”.

La stessa impresa, nel riferire che *“risulterebbe in corso di redazione anche una perizia di variante, in virtù della quale si dovrà ulteriormente valutare come utilizzare le risorse indicate nel contratto di avvalimento che, al momento della sua sottoscrizione, evidentemente non poteva tener conto di sopravvenute modifiche progettuali e adeguamenti delle prestazioni oggetto di appalto”*, ha ulteriormente dedotto di avere *“maturato in proprio, attraverso altre commesse, incrementati requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, più che sufficienti alla gestione ed esecuzione della commessa in esame, nella sua interezza”* e che *“A tal proposito, si rappresenta, infatti, che la deducente Società è in procinto di domandare ad un organismo di attestazione il rilascio dell'attestazione SOA in cat. OG 1, non appena verrà approvato il bilancio dell'esercizio appena trascorso”*, con la considerazione finale che *“le prestazioni sin qui svolte siano state perfettamente realizzate, e nessuna contestazione sia mai stata mossa all'operatore economico in ordine alla correttezza delle stesse”*.

Con nota prot. 21049 del 13.03.2019, l'Autorità comunicava ai soggetti interessati dal procedimento le risultanze istruttorie, evidenziando che dagli elementi acquisiti pareva potersi confermare che nella fase esecutiva dell'appalto, non vi fosse stato, all'attualità, alcun apporto dell'impresa ausiliaria, idoneo a supportare l'impresa esecutrice in relazione al possesso della qualificazione SOA richiesta per la partecipazione ai lavori in esame nella Categoria OG1-II, non posseduta dall'impresa ausiliata [... OMISSIS ...]; ciò consentiva di prospettare la sussistenza della violazione da parte dei contraenti (impresa ausiliaria e impresa ausiliata) della disciplina in tema di avvalimento, *“pena la risoluzione del contratto d'appalto”*, configurandosi inoltre profili di responsabilità in capo alla stazione appaltante in ordine alla mancata attivazione delle iniziative procedurali di cui all'art. 89 del Codice. Nella medesima comunicazione si evidenziava che nessuna specifica controdeduzione risultava fornita in relazione alla richiesta di documentare l'adempimento dell'obbligo di comunicazione all'ANAC di *“tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità”*, sollecitandosi al riguardo il riscontro richiesto, laddove, in assenza dello stesso, si prospetterebbe la violazione della disposizione normativa dell'art. 89, comma 9 del Codice.

A riscontro di detta comunicazione perveniva la nota da parte del Comune di Torrice, acquisita al prot. n. 26734 del 02.04.2019, con la quale, nel rilevare preliminarmente che *“Nell'ambito delle migliorie di gara proposte dall'impresa appaltatrice (nel rispetto di quanto previsto al sub criterio 62 del disciplinare di gara) è stato inserito anche un impianto ascensore per esterni di tipo panoramico, con l'obiettivo di favorire il collegamento pedonale tra la Via Circonvallazione, il piano parcheggi già in uso in copertura al fabbricato oggetto dell'intervento ed il centro storico del paese, comprese tutte le opere civili, la progettazione civile impiantistica e meccanica, i collaudi e quant'altro per dare l'opera perfettamente funzionante e fruibile al termine dei lavori”*, risulta precisato, in ordine allo stato d'avanzamento lavori, che gli stessi *“... come risulta dal relativo verbale, sono stati consegnati in data 10.01.2018, con inizio effettivo stabilito per il giorno 22.01.2018, con un tempo contrattualmente definito di giorni 80 ed ultimazione prevista per il giorno 11.04.2018”* e che *“Durante l'esecuzione dei lavori si è reso necessario sospendere i lavori”*. A tale riguardo, risulta ulteriormente precisato che *“le sospensioni dei lavori n° 1 e n° 2 e relative riprese, sono state disposte per condizioni meteorologiche avverse, quindi per causa di forza maggiore rappresentata da eventi*

atmosferici di eccezionali intensità, neve e pioggia; - la sospensione n° 3 e relativa ripresa, è stata disposta per necessità dell'Amministrazione circa la possibilità di effettuare variazioni non essenziali all'ocale Piana Terra;”.

Con riguardo all'ulteriore sospensione n° 4 e relativa ripresa, la stessa stazione appaltante ha evidenziato che essa *“è stata predisposta in quanto i lavori di finitura (quote pavimentazioni esterne, giunti tecnici, opere fognanti e impiantistiche esterne, finiture esterne in genere, ecc) non potevano procedere temporaneamente, utilmente ed a regola d'arte se non dopo aver eseguito le fasi dei lavori strutturali per la realizzazione dell'ascensore per i quali ancora non era stata ottenuta l'Autorizzazione Sismica e che sarebbero risultati interferenti”;* con riferimento alla successiva sospensione n° 5 e relativa ripresa, risulta altresì precisato che la stessa *“è stata predisposta in quanto ottenuta l'Autorizzazione Sismica per i lavori strutturali dell'ascensore in data 12.12.2018, ... ed avendo ripreso gli stessi in data 16.01.2019 con verbale di ripresa n° 4, per l'inizio della realizzazione delle opere strutturali di fondazione e pareti della fossa del vano ascensore in c.c.a., vi è stata la necessità di sospenderli di nuovo in quanto le fasi dei lavori strutturali successive non potevano procedere se non dopo i tempi di maturazione del calcestruzzo delle opere strutturali realizzate. I lavori sono quindi ripresi in data 11.03.2019 con verbale di ripresa n° 5 ...”.*

Infine, con riguardo alla sospensione n° 6 in data 01.04.2019, risulta precisato che *“è stata predisposta per approvazione Perizia di Variante in corso d'opera. Infatti a seguito di proposta di Variante in corso d'opera avanzata dal Direttore dei Lavori di cui alla nota Prot. 1726 del 29.03.2019 ..., in data 30.03.2019 è stata rilasciata una valutazione favorevole alla predisposizione della Perizia di Variante in corso d'opera, ritenuta vantaggiosa per la pubblica amministrazione, con immediata sospensione dei lavori ...”.*

In riferimento a tali modalità operative, la stazione appaltante ha riferito che *“Al fine di non incorrere nella fattispecie di consegna in ritardo dando all'esecutore la possibilità di chiedere la rescissione del contratto si è stabilito di fatto di consegnare il cantiere all'impresa al netto della aree temporaneamente indisponibili (zona Ascensore e per il quale non si era in possesso della dovuta Autorizzazione Sismica) tenuto conto che l'art. 154 del DPR 207/2010 era stato abrogato dal D.Lgs. 50/2016 e fino al maggio 2018 entrata in vigore del D.M. 49/2018 non era prevista dalla norma la consegna parziale”* e che *“Nei casi di consegna parziale, la data di consegna a tutti gli effetti di legge è quella dell'ultimo verbale di consegna parziale redatto dal direttore dei lavori e quindi riconducibile a quella del 16.01.2019 momento in cui l'impresa ha avuto la disponibilità di tutte le aree di cantiere. E quindi la data di ultimazione degli stessi coinciderebbe con quella del 06.04.2019”.*

In ordine all'attuale stato di avanzamento, risulta precisato che *“I lavori realizzati ad oggi riguardano circa 90% dell'importo contrattuale e possono così sintetizzarsi: tamponature esterne; coibentazioni; tramezzi interni; impianti elettrici; impianti idro-sanitari; intonaci interni ed esterni; rivestimenti esterni di facciata in mattoncini e marmo; tinteggiature interne ed esterne; massetti interni ed esterni; impermeabilizzazioni; pavimenti e rivestimenti; infissi esterni ed interni; opere in ferro; impianto di riscaldamento; impianto fognario; opere varie di rifiniture interne ed esterne come si evince dalla documentazione fotografica ... Tali lavori sono stati contabilizzati, approvati e liquidati fino al 3° SAL”.*

Riguardo, infine, all'effettivo utilizzo delle risorse dell'ausiliaria, risulta precisato che *“Con nota pec 19.03.2019, il CONSORZIO STABILE [... OMISSIS ...] tramite la ditta ausiliata M.D.A.*

ha comunicato quale risorsa un direttore tecnico del Know how occorrente per l'esecuzione di determinate prestazioni, quali montaggio castelletto in acciaio ed opere connesse alla realizzazione dell'ascensore. Da sopralluogo effettuato in cantiere in data 29.03.2019 alle ore 16.00 veniva riscontrata la presenza effettiva in cantiere dell'Arch. [... OMISSIS ...] che presiedeva le operazioni di montaggio della struttura in acciaio dell'ascensore stesso”, non coincidente con il nominativo del direttore tecnico riportato nel contratto di avvalimento, né con il tecnico indicato nell’attestazione SOA del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...].

A riscontro delle suddette risultanze istruttorie risulta pervenuto il riscontro della società [... OMISSIS ...], acquisito al prot. n. 0027129 del 3.4.2019, volto a puntualizzare che “L'art. 89, co. 9, D.Lgs. n. 50/ 16, nel demandare al RUP di effettuare le verifiche, in corso di esecuzione, sull'utilizzo delle risorse oggetto del contratto di avvalimento, non ha modificato la ratio dell'istituto dell'avvalimento che è volto a permettere ad un'impresa di spendere requisiti in possesso di un soggetto terzo ai fini della partecipazione alle gare pubbliche; evidentemente, affinché tale spendita del requisito non si risolva in un prestito meramente cartolare, il Legislatore del 2016 ha circondato l'utilizzo dell'avvalimento di alcune cautele, tra cui quelle inerenti le verifiche del RUP contemplate dall'art. 89, co. 9 in questione.....”, ritenute dalla medesima impresa volte ad “appurare che le capacità dell'ausiliario intervengano concretamente nelle lavorazioni per le quali vi sia una effettiva esigenza di impiego delle stesse”.

Prosegue la medesima impresa nel sostenere che “la norma impone che le risorse e mezzi, oggetto di avvalimento, siano utilizzate per la realizzazione di quelle sole prestazioni che l'appaltatore non potrebbe realizzare in proprio, e non già che dette risorse e mezzi debbano essere comunque presenti in cantiere sin dal primo giorno del programma esecutivo, e per tutta la durata dell'appalto” e che “la verifica da parte del RUP non potrebbe prescindere nemmeno dal considerare le dotazioni già nella diretta disponibilità dell'impresa appaltatrice ausiliata, la quale ha evidentemente modo di intervenire nell'esecuzione dell'appalto anche attraverso proprie risorse e propri mezzi”, precisando ulteriormente che “nel caso di specie, ogni accertamento eventualmente compiuto dal RUP dovrebbe considerarsi ancora prematuro ed inattuale, in quanto le lavorazioni, per le quali sono necessarie le risorse messe a disposizione dall'ausiliario, sono attualmente sospese. Peraltro, è in corso la predisposizione di una variante progettuale”.

Infine, risulta precisato che “Si conferma pertanto che, allo stato attuale, sono sospese, e non ancora eseguibili, le lavorazioni di maggiore Impegno tecnico, per le quali la scrivente Impresa aveva programmato il materiale impiego delle risorse indicate nel contratto di avvalimento intercorso con il Consorzio Stabile [... OMISSIS ...], di cui la scrivente ha già acquisito la giuridica disponibilità in forza delle obbligazioni contratte dall'ausiliario”, dando ulteriore atto, in merito all'impiego delle risorse dell'impresa ausiliaria, che “In ogni caso, deve anche evidenziarsi che, nel corso dell'esecuzione della commessa sino ad ora svolta, e segnatamente dal 19 marzo 2019, è stato effettivamente impiegato, quale risorsa messa a disposizione dall'ausiliario Consorzio [... OMISSIS ...] un direttore tecnico dotato del know how occorrente per l'esecuzione di determinate prestazioni (quali: realizzazione di struttura in acciaio per ascensore e interventi di finitura e completamento)”.

Infine, risulta acquisito il riscontro del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] con nota acquisita al prot. N. 26566 del 01.04.2019, rappresentando in primo luogo che “avendo cura di riferirsi alla littera legis e, in specie, al comma 9 dell'art 89, D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., si rileva come lo

stesso richiami l'inderogabilità di un diretto coinvolgimento dell'ausiliaria nell'esecuzione dei lavori in ottemperanza delle obbligazioni contratte con l'ausiliaria", sostenendo tuttavia, con il richiamo al contenuto del contratto di avvalimento nella parte in cui risulta richiamata la "messa a disposizione", che "tale è, dunque l'oggetto della prestazione di contratto richiamato dalla norma: la messa a disposizione delle risorse richiamate nel medesimo. Alla luce di tale precisazione, consegue che, sempre restando al dato normativo nazionale, la fruizione da parte dell'impresa ausiliata di tali risorse è sì vincolata, ma si sostanzia nell'obbligato ricorso a mezzi, personale etc. posto a disposizione dell'ausiliaria e non da soggetti altri estranei ad ogni qualsivoglia relazione inerente la gara aggiudicata, dunque in elusione delle verifiche dell'ente appaltante" e che "In questo senso, dunque, né la norma, né il contratto che tale dettato richiama induce a ritenere necessaria la presenza di risorse dell'ausiliaria nei cantieri indipendentemente dall'effettiva utilità di queste ultime per le attività concretamente poste in essere, né una tale interpretazione risulterebbe conforme alle intenzioni del legislatore, posto che l'interesse pubblico a fondamento dell'istituto dell'avvalimento, di matrice europea, è rivolto a scongiurare che, in ossequio al principio comunitario di concorrenza, una piccola o media impresa possa risultare indirettamente svantaggiata nella partecipazione ai procedimenti di evidenza pubblica dalla previsione di requisiti gravosi utili all'acquisizione di una maggiore tutela della Pubblica Amministrazione circa l'effettiva competenza ed affidabilità del contraente nell'effettuazione delle opere richieste", evidenziando al contempo che "introdurre per via interpretativa limitazioni ulteriori al libero esercizio dell'attività di impresa fondate sulla legge nazionale di recepimento della Direttiva 2014/24/UE al di fuori delle già stringenti norme comunitarie in materia di contratti pubblici, esporrebbe la norma interna a vizio di legittimità".

Da ultimo, si evidenzia che *"Un siffatto contratto di avvalimento risulta, oltretutto, conforme anche alle riflessioni che la Giustizia Amministrativa ha fatto proprie nella sent. Cons. Stato, 24 luglio 2014 n. 3949, miranti a scongiurare che gli avvalimenti si condensino in meri prestiti cartolari di requisiti, posto che le risorse di cui al contratto fra le parti, sempre disponibili nella struttura di codesto Consorzio stabile, permangono sino all'ultimazione dei lavori, a pronta e piena disposizione dell'impresa ausiliata richiedente, nella misura e per il tempo ritenuti da quest'ultima congrui ad un fedele adempimento del contratto sottoscritto con l'Ente, a tutela dell'interesse pubblico".*

Considerato in diritto

Come rilevato nelle considerazioni in fatto, nella fattispecie in esame risulta configurabile la sussistenza di un contratto di avvalimento nella categoria OG1, intercorso tra la società [... OMISSIS ...] in qualità di ausiliata ed il Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] in qualità di impresa ausiliaria, ai fini della dimostrazione dei requisiti di qualificazione nella citata categoria, seconda classifica, ovvero prima classifica con il beneficio della maggiorazione del quinto prevista dall'art. 61, comma 2 del d.p.r. 207/2010, non posseduta dall'impresa ausiliata.

A tale riguardo, si evidenzia quanto disposto dall'art. 89 del d.lgs. 50/2016, con particolare riferimento al comma 9 il quale, nel recepire indirizzi giurisprudenziali sulla necessità di un concreto apporto dei mezzi e delle risorse dell'impresa ausiliaria nella fase esecutiva dell'appalto, prevede che *"In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto*

dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto d'appalto. Ha inoltre l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni di cui all'articolo 52 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori”.

In riferimento all'osservanza di tale disposto normativo, la stazione appaltante, nel documentare le verifiche svolte alla data del 14.02.2019 (al momento del riscontro all'avvio procedimentale), ha dato atto che “*nelle visite effettuate in cantiere non risultavano presenti mezzi e personale della ditta ausiliaria*”, aggiungendo, in sede di riscontro alla comunicazione delle risultanze istruttorie, che “*Con nota pec 19.03.2019, il CONSORZIO STABILE [... OMISSIS ...] tramite la ditta ausiliata M.D.A. ha comunicato quale risorsa un direttore tecnico del Know how occorrente per l'esecuzione di determinate prestazioni, quali montaggio castelletto in acciaio ed opere connesse alla realizzazione dell'ascensore. Da sopralluogo effettuato in cantiere in data 29.03.2019 alle ore 16.00 veniva riscontrata la presenza effettiva in cantiere dell'Arch. [... OMISSIS ...] che presiedeva le operazioni di montaggio della struttura in acciaio dell'ascensore stesso*”.

Le stesse considerazioni risultano formulate dall'impresa [... OMISSIS ...] nel riferire in ordine all'effettivo impiego “*..... dal 19 marzo 2019 ..., quale risorsa messa a disposizione dall'ausiliario Consorzio [... OMISSIS ...]*” di “*.....un direttore tecnico dotato del know how occorrente per l'esecuzione di determinate prestazioni (quali: realizzazione di struttura in acciaio per ascensore e interventi di finitura e completamento)*”.

Tali considerazioni, tenendo peraltro presente lo stato di avanzamento dei lavori, evidenziato dalla stazione appaltante in una percentuale pari al 90% dell'importo contrattuale, non si ritengono idonee a configurare il concreto apporto delle risorse e mezzi dell'impresa ausiliaria, atti a supportare le capacità esecutive connesse alla qualificazione richiesta per la partecipazione alla procedura di gara e per l'esecuzione dei lavori *de quibus*, tenuto presente il dedotto limitato apporto alla figura del direttore tecnico, riscontrato in cantiere alla data del 29.03.2019, per il presidio delle “*operazioni di montaggio della struttura in acciaio dell'ascensore*”.

A tale riguardo, come sopra evidenziato, si osserva che il nominativo del direttore tecnico riscontrato dalla stazione appaltante in cantiere nel corso delle verifiche effettuate non coincide con il direttore tecnico riportato nel contratto di avvalimento, né con il tecnico indicato nell'attestazione SOA del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...]; pertanto, non risulta immediatamente apprezzabile il diretto utilizzo delle risorse riportate nel contratto di avvalimento, facente riferimento alla messa a disposizione di “*• Know-How tecnologico e commerciale, a mezzo del proprio direttore tecnico, [... OMISSIS ...] e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento; • Il numero necessario di Squadre tipo, composte da 1 operaio specializzato, 1 operaio qualificato e 1 operaio comune, i cui nominativi verranno comunicati prima dell'inizio dei lavori con le specifiche del relativo contratto applicato; • I mezzi necessari all'esecuzione dell'opera, quali: Ponteggi Omologati, Gru rotativa, Container alloggio attrezzi e Uffici, Molazze da cantiere, Impastatrice/Betoniere, Macchine da taglio legno/ferro, Martelli demolitori ad aria e/o elettrici, Puntelli varie misure, Badili, secchi, attrezzatura minuta, ecc*”.

Peraltro, per quanto concerne l'avvalimento in tema di attestazione SOA, si osserva che la giurisprudenza ha precisato che *“l’attestazione SOA costituisce il frutto di una valutazione complessiva degli svariati elementi facenti parti dell’organizzazione aziendale, che non coincide con la mera sommatoria degli stessi e che non ne consente una considerazione atomistica”* e che qualora *“oggetto dell’avvalimento è un’attestazione SOA di cui la concorrente è priva, occorre, ai fini dell’idoneità del contratto, che l’ausiliaria metta a disposizione dell’ausiliata l’intera organizzazione aziendale – comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse – che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l’attestazione da mettere a disposizione”* (Cons. Stato, sentenza n. 852 del 23 febbraio 2017).

Altrettanto irrilevanti si ritengono le considerazioni svolte dal Consorzio Stabile [... OMISSIS ...], laddove lo stesso, in riferimento alla parte del disposto sopra richiamato, secondo cui *“le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell’impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto d’appalto”*, in relazione al mancato utilizzo di tali risorse oggetto del contratto di avvalimento, ha ritenuto di poter dedurre che *“la fruizione da parte dell’impresa ausiliata di tali risorse è sì vincolata, ma si sostanzia nell’obbligato ricorso a mezzi, personale etc. posto a disposizione dell’ausiliaria e non da soggetti altri estranei ad ogni qualsivoglia relazione inerente la gara aggiudicata, dunque in elusione delle verifiche dell’ente appaltante”* e che *“In questo senso, dunque, né la norma, né il contratto che tale dettato richiama induce a ritenere necessaria la presenza di risorse dell’ausiliaria nei cantieri indipendentemente dall’effettiva utilità di queste ultime per le attività concretamente poste in essere ...”*.

Tale considerazione - confermata dalla stessa impresa ausiliata in merito all’interpretazione dell’art. 89, comma 9 del Codice, affermando che *“la norma impone che le risorse e mezzi, oggetto di avvalimento, siano utilizzate per la realizzazione di quelle sole prestazioni che l’appaltatore non potrebbe realizzare in proprio, e non già che dette risorse e mezzi debbano essere comunque presenti in cantiere sin dal primo giorno del programma esecutivo, e per tutta la durata dell’appalto (e persino nei periodi in cui non possano essere utilizzate, per ragioni correlate alle vicende esecutive dell’appalto medesimo)”* - non appare condivisibile, posto il chiaro tenore letterale di cui alla novella legislativa sopra citata che, al fine di evitare un utilizzo meramente cartolare dell’istituto dell’avvalimento, salvaguardando al contempo le capacità esecutive sottese al rilascio dell’attestazione di qualificazione, ha espressamente richiesto l’effettivo utilizzo di quanto messo a disposizione da parte dell’ausiliaria.

È evidente, pertanto, che alla luce del disposto di cui all’art. 89, comma 9 del Codice, codificando un principio già consolidatosi nel tempo, la messa a disposizione dell’intera organizzazione aziendale da parte dell’impresa ausiliaria deve essere accompagnata dall’effettivo impiego delle risorse da parte dell’impresa ausiliata, prevedendo espressamente la legge, quale conseguenza di un’eventuale omissione, la risoluzione del contratto d’appalto.

Alla luce di quanto venuto in rilievo, pare potersi confermare che nell’attuale fase esecutiva dell’appalto non è stata riscontrata la presenza in cantiere di effettivi apporti dell’impresa ausiliaria idonei a configurare la messa a disposizione della capacità esecutiva connessa alla qualificazione richiesta ai fini della partecipazione, in contrasto con il disposto normativo di cui all’art. 89 del Codice e con i principi giurisprudenziali già consolidatisi nell’ambito del

precedente Codice dei contratti, secondo cui *“la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l’impegno dell’impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l’attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti). è sufficiente al riguardo rilevare che l’attestazione de qua è finalizzata a dimostrare l’esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell’affidamento dei lavori pubblici, così che nel caso di avvalimento ciò che può essere prestato non è l’attestazione formale (documento), quanto piuttosto il contenuto attestato e quindi le risorse strumentali, tecniche ed umane che hanno concorso a determinare quell’attestazione, necessarie per l’espletamento dei lavori”* (cfr. Consiglio di Stato n. 2547/2015).

Altresì, pare potersi rilevare la non corretta attuazione del disposto di cui all’art. 89, comma 9, nella parte in cui prevede che *“il responsabile unico del procedimento accerta in corso d’opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell’impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto d’appalto. Ha inoltre l’obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni di cui all’articolo 52 e quelle inerenti all’esecuzione dei lavori”*, laddove la stazione appaltante, nel dare atto di aver effettuato delle verifiche in corso d’opera, non riscontrando alla data del 14.02.2019 la presenza di mezzi e personale della ditta ausiliaria, non ha comunque evidenziato di aver posto in essere iniziative concrete per garantire l’attuazione di cui all’art. 89, a fronte del chiaro disposto normativo sopra richiamato e delle conseguenze rinvenibili dalla mancata attuazione di tali previsioni.

A tale riguardo, si osserva pertanto la necessità che la stazione appaltante adotti ogni opportuna iniziativa a fronte dell’accertamento del non corretto ricorso all’istituto dell’avvalimento, valutando altresì, i presupposti per procedere eventualmente alla risoluzione contrattuale, tenuto conto delle circostanze del caso e dell’eventuale venire in rilievo di profili di gravità dell’inadempimento agli obblighi di legge e comunque a tenere conto dei rilievi in esame nell’ambito dell’accertamento della regolarità dei lavori eseguiti da parte di impresa priva dell’adeguata qualificazione; ciò, anche al fine di impedire l’utilizzo, da parte dell’impresa ausiliata, dei lavori svolti senza l’adeguato supporto dell’impresa ausiliaria nell’ambito dell’ottenimento dell’attestazione di qualificazione.

Da ultimo, si evidenzia che nessuna specifica controdeduzione risulta fornita dal Comune di Torrice in relazione alla richiesta di documentare l’adempimento dell’obbligo di comunicazione all’ANAC di *“tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l’aggiudicatario, per l’esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità”*, formulata in sede di comunicazione delle risultanze istruttorie, laddove tale mancato riscontro alla richiesta dell’Autorità, formulata ai sensi dell’art. 213, comma 13 del Codice, lascia presumere il ricorrere della violazione della disposizione normativa dell’art. 89, comma 9 del Codice in relazione all’omissione dell’adempimento richiesto.

Infine, si rileva che l’appalto in esame risulta connotato da un significativo ritardo di esecuzione, laddove la stessa stazione appaltante ha evidenziato, quali tempistiche per l’esecuzione dei lavori, la data di inizio dei lavori per il giorno 22.01.2018, da ultimare il giorno 11.04.2018 (80

giorni consecutivi), dando atto della ricorrenza di plurime sospensioni (da ultimo la n. 6 in data 01.04.2019) e di 2 proroghe concesse all'impresa per la durata di 60 giorni.

In relazione a tale andamento, la stazione appaltante, nell'ambito del riscontro fornito con la suddetta comunicazione acquisita al prot. n. 26734 in data 02.04.2019, ha riferito in ordine all'inserimento di un impianto ascensore per esterni di tipo panoramico nell'ambito delle *"... migliorie di gara proposte dall'impresa appaltatrice"*, ricollegando all'esecuzione di tali lavorazioni la sospensione n. 4 (protrattasi dal 18.6.2018 al 15.1.2019), in relazione alla quale la stazione appaltante ha evidenziato l'intercorsa adozione della medesima *"... in quanto i lavori di finitura (quote pavimentazioni esterne, giunti tecnici, opere fognanti e impiantistiche esterne, finiture esterne in genere, ecc) non potevano procedere temporaneamente, utilmente ed a regola d'arte se non dopo aver eseguito le fasi dei lavori strutturali per la realizzazione dell'ascensore per i quali ancora non era stata ottenuta l'Autorizzazione Sismica e che sarebbero risultati interferenti;"*, nonché la successiva sospensione dei lavori n. 5 (protrattasi dal 17.1.2019 al 10.3.2019), laddove risulta precisato che essa *"è stata predisposta in quanto ottenuta l'Autorizzazione Sismica per i lavori strutturali dell'ascensore in data 12.12.2018, ... ed avendo ripreso gli stessi in data 16.01.2019 con verbale di ripresa n° 4, per l'inizio della realizzazione delle opere strutturali di fondazione e pareti della fossa del vano ascensore in c.c.a., vi è stata la necessità di sospenderli di nuovo in quanto le fasi dei lavori strutturali successive non potevano procedere se non dopo i tempi di maturazione del calcestruzzo delle opere strutturali realizzate. I lavori sono quindi ripresi in data 11.03.2019 con verbale di ripresa n° 5"*.

A tale riguardo, parrebbe potersi rilevare l'avvenuta valorizzazione, nell'ambito dell'offerta dell'impresa appaltatrice, di opere aggiuntive costituite dal suddetto impianto elevatore, rispetto al quale la stazione appaltante ha evidenziato che tale installazione *"migliora la funzionalità del complesso edilizio senza apportare stravolgimento al progetto a base di gara"*, prospettandosi pertanto una possibile violazione dell'art. 95, comma 14-bis del d.lgs. 50/2016, laddove risulta previsto che *"In caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta"*.

Si rileva, ulteriormente, che il perfezionamento di tale miglioria risulta aver contribuito al prolungamento dei lavori, in considerazione del fatto che in data 25.06.2018 risulta intervenuta il *"verbale di verifica e validazione offerta migliorativa del progetto esecutivo-Integrazione ascensore, del 25.06.2018"* e solamente in data 12.12.2018 risulta acquisita l'autorizzazione sismica per i lavori strutturali dell'ascensore, laddove il contratto di appalto risulta stipulato in data 12.12.2017, dando atto dell'intervenuta approvazione del progetto esecutivo con determinazione n. 45 del 27/10/2015, senza dare evidenza della necessità di integrazione progettuale, riferita all'offerta migliorativa.

In tale contesto, risulta altresì documentata la consegna dei lavori, di cui al verbale del 18.01.2018, che evidenzia l'approvazione del progetto così come intervenuta con determinazione dirigenziale del 27.10.2015, senza tuttavia dare evidenza di impedimenti e/o limitazioni al complesso delle aree oggetto dei lavori, laddove risulta specificamente rilevato che *"lo stato attuale è tale da non impedire l'avvio e la prosecuzione dei lavori"*, con l'accettazione di tale consegna da parte dell'impresa appaltatrice *"senza sollevare riserva o eccezione alcuna"* e con l'indicazione della data prevista per l'ultimazione dei lavori all'11.04.2018, calcolata a decorrere dalla consegna medesima. Tale

circostanza non trova riscontro, quindi, in quanto riferito dalla stazione appaltante, laddove viene evidenziato che *“Al fine di non incorrere nella fattispecie di consegna in ritardo dando all'esecutore la possibilità di chiedere la rescissione del contratto si è stabilito di fatto di consegnare il cantiere all'impresa al netto delle aree temporaneamente indisponibili (zona Ascensore e per il quale non si era in possesso della dovuta Autorizzazione Sismica)”*, rilevandosi pertanto che *“Nei casi di consegna parziale, la data di consegna a tutti gli effetti di legge è quella dell'ultimo verbale di consegna parziale redatto dal direttore dei lavori e quindi riconducibile a quella del 16.01.2019 momento in cui l'impresa ha avuto la disponibilità di tutte le aree di cantiere. E quindi la data di ultimazione degli stessi coinciderebbe con quella del 06.04.2019”*. Tali modalità operative non si ritengono coerenti con i principi volti a richiedere, già prima dell'avvio delle procedure di scelta del contraente l'avvenuta validazione del progetto e l'attestazione circa l'assenza di impedimenti alla realizzabilità del progetto, sopravvenuti rispetto agli accertamenti effettuati prima dell'approvazione del progetto medesimo, espressi ad oggi nell'art. 26 del d.lgs. 50/2016 e nell'art. 4 del DM 49/2018, già sanciti dall'art. 106 del d.p.r. 207/2010.

Merita, poi, osservare che nel caso di specie non si configurerebbero i presupposti per l'applicazione di quanto già previsto dall'art. 154 del d.p.r. 207/2010 in tema di consegna parziale, riprodotto dall'art. 5, comma 9 del DM 49/2018, facendo decorrere il termine per l'esecuzione dei lavori dal verbale del 16.01.2019, asseritamente denominato di consegna parziale, tenuto conto che in caso di consegna parziale a causa di temporanea indisponibilità delle aree e degli immobili, rilevata dalla stessa stazione appaltante, la citata norma, al più prevede che *“l'esecutore è tenuto a presentare, a pena di decadenza dalla possibilità di iscrivere riserve per ritardi, un programma di esecuzione dei lavori che preveda la realizzazione prioritaria delle lavorazioni sulle aree e sugli immobili disponibili. Realizzati i lavori previsti dal programma, qualora permangano le cause di indisponibilità si applica la disciplina relativa alla sospensione dei lavori.”*.

Peraltro, si evidenzia che le norme citate non parrebbero applicabili al caso di specie, posto che l'incompletezza progettuale venuta in rilievo non consentiva di poter perfezionare il contratto in esame con la consegna di lavori, in presenza di un progetto esecutivo, richiamato nel contratto e nella successiva consegna dei lavori, invero parziale/incompleto in riferimento all'integrazione riguardante l'ascensore, che ha impedito il regolare andamento dei lavori, necessitando il relativo progetto esecutivo del recepimento dell'offerta migliorativa, in relazione alla verifica e validazione degli *“elaborati progettuali aggiornati alle proposte migliorative del progetto esecutivo proposti dall'impresa aggiudicataria”* e al conseguimento dell'autorizzazione sismica.

Si osserva, infine, che la suddetta proposta migliorativa contiene modifiche del progetto esecutivo, non coerentemente con i principi già espressi dall'Autorità con Delibera n. 210 del 1 marzo 2017, secondo cui *“Le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione; le seconde, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva previsione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal*

concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla pubblica amministrazione”.

Tutto ciò considerato e ritenuto, in esito all'istruttoria espletata nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe

DELIBERA

- di confermare i rilievi e le criticità contestate alle parti con la comunicazione delle risultanze istruttorie prot. 21049 del 13.03.2019, ravvisando la non corretta applicazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, ed in particolare di quanto previsto dal comma 9 del citato articolo, posto che non è risultato, nella fase esecutiva dei lavori allo stato attuale, un effettivo apporto dell'impresa ausiliaria CONSORZIO STABILE [... OMISSIS ...], in termini di personale e risorse, idoneo a configurare la messa a disposizione della capacità esecutiva connessa al possesso della qualificazione nella categoria OG1, classifica II;
- di ritenere censurabile l'operato della stazione appaltante COMUNE DI TORRICE, per non aver posto in essere, durante l'esecuzione dei lavori, iniziative concrete per garantire l'attuazione di cui all'art. 89, comma 9 del Codice, a fronte del chiaro disposto normativo richiamato e delle conseguenze rinvenibili dalla mancata attuazione di tali previsioni;
- di richiamare il COMUNE DI TORRICE al puntuale adempimento agli obblighi informativi, concernenti la trasmissione delle dichiarazioni di avvalimento all'ANAC, di cui all'art. 89, comma 9 del Codice;
- di ritenere ravvisabile una non corretta gestione della procedura da parte del COMUNE DI TORRICE in relazione all'ammissibilità di opere aggiuntive nell'ambito delle proposte migliorative dell'offerta risultata aggiudicataria non coerentemente con la previsione di cui all'art. 95, comma 14-bis del d.lgs. 50/2016, operando la successiva stipula del contratto e la consegna dei lavori antecedentemente alla verifica e validazione dell'integrazione progettuale dell'offerta migliorativa e del conseguimento dell'autorizzazione sismica;
- dà mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera ai soggetti già destinatari della comunicazione di risultanze istruttorie, invitando la stazione appaltante COMUNE DI TORRICE a valutare i presupposti per procedere all'eventuale risoluzione contrattuale, tenuto conto delle circostanze del caso, nonché a comunicare, entro 30 giorni dalla trasmissione della presente delibera, le determinazioni assunte al fine di conformarsi al contenuto del deliberato consiliare ed al rispetto di quanto previsto dall'art. 89, comma 9 del Codice.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 maggio 2019

Il Segretario *Maria Esposito*