



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

Delibera n. 338 del 10 aprile 2019

Fascicolo n. 261/2019/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 - "Interventi di messa in sicurezza d'emergenza (MISE) della discarica dismessa in località Cuccuru de Monte Idi" - Stazione appaltante: Comune di Villacidro - Importo appalto: Euro 154.467,32 - CIG: 7227993882.**

### **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 è risultato ricompreso, tra l'altro, il Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] nella qualità di impresa ausiliaria e l'appalto aggiudicato all'impresa ausiliata [... OMISSIS ...], concernente lavori di "Interventi di messa in sicurezza d'emergenza (MISE) della

discarica dismessa in località Cuccuru de Monte Idi” presso il Comune di Villacidro, di importo d'appalto pari a euro 154.467,32.

### **Considerato in fatto**

Con comunicazione prot. 3916 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, risulta pervenuta la comunicazione del Comune di Villacidro, acquisita al protocollo dell'ANAC al n. 10907 del 11.02.2019, con allegata documentazione, dalla quale si evince in primo luogo che la procedura di gara in oggetto, indetta dal medesimo Ente, ha riguardato l'affidamento di lavorazioni nella categoria prevalente OS1-I per euro 115.390,85, nonché lavorazioni afferenti alla categoria OG1 per l'importo di euro 26.188,44, aggiudicata definitivamente all'impresa [... OMISSIS ...], per aver offerto un maggior ribasso percentuale pari al 29,937% con conseguente importo netto di aggiudicazione pari ad euro 109.419,54.

In riferimento ai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa aggiudicataria, risulta prodotto in atti il contratto di avvalimento intercorso tra l'ausiliaria [... OMISSIS ...] e l'impresa [... OMISSIS ...], avente ad oggetto il requisito concernente la qualificazione nella categoria OS1-I (non posseduta dall'impresa concorrente) e la cifra d'affari ottenuta mediante lavori svolti con attività diretta e indiretta, con *“messa 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 così come modificato dal D.Lgs. 56/2017, 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.;* • *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”.*

In riferimento allo stato di avanzamento dei lavori, risultano documentate la consegna dei lavori in data 23.03.2018, da ultimare in 60 giorni naturali e consecutivi, nonché l'emissione dell'ultimo SAL alla data del 10.08.2018, per un importo pari ad euro 107.461,68.

In merito alla documentazione afferente alle verifiche svolte in corso d'esecuzione, la stazione appaltante ha dato atto di produrre *“fatture emesse dal Consorzio Stabile [... OMISSIS ...]*

*relativa alla prestazione oggetto del contratto di avvalimento e corrispondenti pagamenti; documenti comprovanti i pagamenti della ditta [... OMISSIS ...] nei confronti del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] relativi alle prestazione oggetto del contratto di avvalimento; documentazione afferente l'adempimento degli obblighi di comunicazione all'ANAC ai sensi dell'art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016”.*

A riscontro dell'avvio del procedimento, è pervenuta la comunicazione del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...], acquisita al protocollo dell'ANAC n. 6074 del 24.01.2019, nella quale risulta preliminarmente evidenziato di aver emesso “*n. 6 (sei) fatture per il prestito dei requisiti, per l'importo di € 605.09 iva inclusa cadauna, frazioni dell'importo totale di € 3630.54, come da piano di ammortamento concordato tra le parti a seguito di emissione di proforma ... Si acclude, altresì, copia per immagine degli assegni bancari inoltrati dall'ausiliata in adempimento del contratto di avvalimento, per un importo totale rispondente a quello alla medesima fatturato, titoli tutti regolarmente incassati*”, aggiungendo, in relazione all'effettività del prestito, che “*Con riferimento alla richiesta di fornire i documenti fiscali comprovanti la messa a disposizione e l'effettivo utilizzo, da parte dell'impresa ausiliata, di persone e mezzi dell'impresa ausiliaria, si evidenzia come, 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 formulate dal riscontro fornito dall'impresa ausiliata [... OMISSIS ...] con nota acquisita al protocollo dell'Autorità al n. 12689 in data 15.02.2019, precisando tra l'altro che “*Si specifica inoltre che per l'esecuzione dei lavori, anche in rapporto alla natura degli stessi, non è stato necessario l'utilizzo di maestranze alle dirette dipendenze dell'impresa ausiliaria o di mezzi di sua proprietà*”.

Con nota prot. 18101 del 05.03.2019, l'Autorità comunicava ai soggetti interessati dal procedimento le risultanze istruttorie, confermando che nella fase esecutiva dell'appalto (ad oggi concluso), non pareva emergere 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 OS1-I; ciò consentiva di prospettare la sussistenza della violazione da parte dei contraenti (impresa ausiliaria e impresa ausiliata) della disciplina in tema di avvalimento, ex art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016, “*pena la risoluzione del contratto d'appalto*”, configurandosi inoltre profili di responsabilità in capo alla stazione appaltante in ordine all'omessa verifica sul rispetto degli impegni contrattuali derivanti dagli avvalimenti.

Nella medesima comunicazione si chiedeva alla stazione appaltante di voler fornire riscontro documentato in ordine agli atti concernenti la verifica della regolarità delle prestazioni eseguite, prendendo atto al contempo di quanto rilevato in adempimento dell'obbligo di trasmissione all'ANAC, da parte della medesima, delle comunicazioni di avvalimento ai sensi del citato art. 89, comma 9 del Codice.

A riscontro di detta comunicazione perveniva la nota del Comune di Villacidro, acquisita al prot. n. 23842 del 22.03.2019, con la quale preliminarmente lo stesso Ente ha ritenuto di porre in risalto e quantificare gli importi delle lavorazioni riferibili alla categoria OS1, per le quali la ditta appaltatrice ha presentato contratto di avvalimento; a tale riguardo, risulta

evidenziato che *“la somma degli importi riferibile ai soli lavori è pari € 141.579,29 e risulta pertanto inferiore alla soglia di cui all'art. 90 del DPR n. 207/2010 (art. 84 del Dlgs n. 50/2016) che consente la partecipazione agli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro, anche agli operatori sprovvisti dell'attestazione SOA”* e che *“Le lavorazioni da eseguire riferibili alla categoria OS1 costituiscono il 76,68 % pari a € 80.846,29 (Tabella "A" riportata di seguito) e di queste € 71.548,34 sono costituiti dalla voce di computo (Allegato n. 1 - Computo metrico estimativo - elaborato F) denominata "Capping" (num. ord. 11 - L.0018) di importo pari a € 71.548,334 (al netto del ribasso). Quest'ultima voce è costituita per il 88,19% da fornitura di materiale pari a € 63.098,74 (Allegato n. 2 - Analisi dei prezzi - elaborato G)”,* riferendo dunque che *“le lavorazioni da eseguire riferibili alla categoria OS1 pari a € 80.846,29 erano costituite, in progetto, per € 63.098,74 da fornitura di materiale mentre per € 17.747,55 dall'utilizzo di personale e mezzi”*.

A tale riguardo, evidenziata quindi l'incidenza delle risorse umane e strumentali riconducibili alla categoria OS1, identificate dalla stazione appaltante nella misura pari al 16,83% sull'entità complessiva dell'appalto, lo stesso Comune di Villacidro ha ulteriormente evidenziato che *“il contratto di avvalimento aveva per oggetto la messa a disposizione in favore della società partecipante alla gara ([... OMISSIS ...]) della SOA riferita alla categoria OS1”* e che lo stesso *“è stato ritenuto idoneo a conferire all'impresa ausiliata l'attestazione SOA di cui quest'ultima era priva, in quanto prevedeva oltre che la messa a disposizione di risorse materiali anche le risorse "immateriali" come il Know-How tecnologico e commerciale, la direzione tecnica e lo staff tecnico”*.

In riferimento alle verifiche svolte in corso di esecuzione, di cui all'art. 89, comma 9 del Codice, la stessa stazione appaltante ha riferito che *“La regolare esecuzione del contratto d'appalto, verificata nel corso dei lavori, ha dimostrato che la sinergia aziendale realizzata con l'avvalimento, sia stata effettiva ed idonea, tale da non richiedere ulteriori verifiche se non quella già comunicate alle S.V. con nota prot. 2019/3279”,* precisando che *“In ogni caso, con riferimento alle cosiddette risorse "immateriali" (SOA, Know-How ecc.) è praticamente impossibile per la stazione appaltante dimostrarne il non utilizzo da parte dell'impresa ausiliata”*.

Con riferimento, invece, alle risorse materiali messe a disposizione dall'impresa ausiliaria, lo stesso Comune di Villacidro ha precisato che *“l'impresa ausiliata non le ha utilizzate in quanto non necessarie alla stessa per il compimento dei lavori oggetto d'appalto”* e che *“Benché il contratto di avvalimento preveda la messa a disposizione di una pluralità di risorse immateriali e materiali, l'ausiliata ha utilizzato solo quelle che non era in grado di fornire direttamente”*.

Con particolare riferimento all'impiego della manodopera, risulta ulteriormente rilevato che *“è stato verificato nel corso dei lavori ... che l'impresa appaltatrice non era carente delle risorse necessarie per il compimento degli stessi e ha impiegato proprio personale”* e che *“Per quanto riguarda invece i mezzi e attrezzature, con particolare riferimento alle lavorazioni di cui alla categoria oggetto di avvalimento, le stesse si identificano, prevalentemente con l'utilizzo di "ESCAVATORE CINGOLATO", corrispondenti ad un importo complessivo di contratto pari a € 9.643,98”,* con l'ulteriore precisazione che *“L'escavatore non è stato previsto tra le risorse messe a disposizione dell'ausiliaria nel contratto di avvalimento, e in corso di esecuzione, come riportato dalle scritture contabili ... l'impresa [... OMISSIS ...] ha presentato apposito subcontratto ai sensi dell'art. 105 del Dlgs n. 50/2016”,* producendo a tale riguardo una comunicazione di subaffidamento nei riguardi dell'impresa [... OMISSIS ...].

Alla luce di tale considerazione, lo stesso Comune di Villacidro ha ulteriormente evidenziato che *“attivare nell'incertezza interpretativa della norma, il procedimento di risoluzione del contratto per un presunto non adempimento del contratto di avvalimento, in pratica difficilmente dimostrabile, avrebbe esposto la stazione appaltante al rischio di un contenzioso con esito molto incerto e costi elevati certamente contrari al principio di economicità e buon andamento della Pubblica Amministrazione e di conseguenza, considerato anche che si trattava di una messa in sicurezza di emergenza, contrario all'interesse pubblico”* e che *“il presunto non adempimento del contratto di avvalimento non è riconducibile alle fattispecie individuate dall'art. 108 del Dlgs n. 50/2016 in materia di risoluzione del contratto d'appalto”*, concludendo che *“Per quanto sopra, nonostante il fatto che questa stazione appaltante (come peraltro buona parte delle piccole e medie stazioni appaltanti) non possiede apposite figure professionali che oltre ad essere "tecnici", come richiesto dalla normativa vigente in materia di lavori pubblici, siano dotate di ampia formazione giuridica utilizzabile per interpretare la complessa normativa in materia di contratti pubblici e nel caso specifico dell'istituto dell'avvalimento, si ritiene che non vi sia stata alcuna omessa verifica sul rispetto degli impegni contrattuali derivanti dall'avvalimento e come rilevato dagli atti contabili, la stazione appaltante ha verificato puntualmente la regolarità delle prestazioni da eseguire ed eseguite, che si sono concluse positivamente come rilevabile dagli atti contabili”*.

A riscontro della suddetta comunicazione delle risultanze istruttorie, risulta inoltre pervenuta la nota dell'impresa [... OMISSIS ...], acquisita al prot. n. 24049 del 25.03.2019, con la quale si rileva preliminarmente l'interpretazione fornita dalla medesima alla normativa in tema di avvalimento, riferendo che tale normativa *“consente la messa a disposizione di attrezzature, mezzi, e personale, salvo poi la valutazione di una concreta necessità e opportunità di utilizzo”*, aggiungendo che *“Nello specifico, ed in maniera particolare, l'impresa ausiliaria ha messo a disposizione per tutta la durata dell'appalto il requisito concernente la Categoria OS 01 IV-BIS”* e che *“Tale categoria, per la quasi totalità, in termini economici pari all'88,50% della categoria oggetto di avvalimento, riguardava la realizzazione del capping della discarica dismessa in località Cuccuru de Monte Idi, ovvero prevedeva la fornitura e posa in opera di terra argillosa sopra una superficie di circa 6000 mq dell'ex discarica”*.

In riferimento a tali lavorazioni, la stessa impresa ha precisato che risultava richiesto *“l'utilizzo di alcuni comuni mezzi meccanici (escavatore e rullo vibrante), per circa 7 giorni, presumibilmente anche non continuativi per via delle imprevedibilità meteorologiche”* e che *“la scrivente e il Consorzio [... OMISSIS ...] hanno positivamente valutato la possibilità di ricorrere al noleggio a caldo degli stessi, sostenendo una spesa di € 5.600”*, con l'ulteriore specificazione che *“Tale lavorazione, nonché altri piccoli movimenti di terra (il restante 11,50 % della categoria OS1), sotto la direzione tecnica e amministrativa congiunta [... OMISSIS ...], è stata quindi realizzata mediante l'acquisto a piè d'opera del necessario materiale argilloso, individuato presso cave locali, posto in opera tramite i mezzi meccanici noleggiati a caldo per un costo complessivo di € 5.600”*.

L'impresa concludeva, quindi, ritenendo che *“Tale condotta, a posteriori lungimirante se si considerano le pessime condizioni climatiche che hanno accompagnato l'andamento dei lavori, frutto della duale direzione tecnica messa in campo per l'esecuzione dell'opera pubblica, ormai terminata dal 21.12.2018 e prossima al collaudo, è senz'altro da ritenersi conforme alla disciplina in tema di avvalimento e pertanto risulta evidente come nessuna violazione in materia sia stata commessa”*.

Infine, risulta acquisito il riscontro del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] con nota acquisita al prot. N. 24456 del 26.03.2019, 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**

Dalle considerazioni rese in particolare dalle imprese sopra citate, confermate dal Responsabile del procedimento, emerge che l’impresa ausiliata [... OMISSIS ...] non ha richiesto l’utilizzo di mezzi, attrezzature e manodopera messe a disposizione dal Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] in forza del contratto di avvalimento in essere, concernenti *“• 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.; • 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”.*

Tale modalità operativa non appare in linea con il disposto di cui all'art. 89 del d.lgs. 50/2016, con particolare riferimento al comma 9, il quale prevede espressamente 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”.*

Tale violazione non si ritiene in alcun modo confutata dalle considerazioni svolte nel corso del procedimento istruttorio, laddove la stessa stazione appaltante ha confermato l'impiego di proprio personale da parte dell'impresa appaltatrice, con l'ulteriore precisazione *“Per quanto riguarda invece i mezzi e attrezzature, con particolare riferimento alle lavorazioni di cui alla categoria oggetto di avvalimento, le stesse si identificano, prevalentemente con l'utilizzo di "ESCAVATORE CINGOLATO", corrispondenti ad un importo complessivo di contratto pari a € 9.643,98”,* evidenziando che *“L'escavatore non è stato previsto tra le risorse messe a disposizione dell'ausiliaria nel contratto di avvalimento, e in corso di esecuzione, come riportato dalle scritture contabili ... l'impresa [... OMISSIS ...] ha presentato apposito subcontratto ai sensi dell'art. 105 del Dlgs n. 50/2016”,* producendo a tale riguardo una comunicazione di subaffidamento nei riguardi dell'impresa [... OMISSIS ...].

Detta considerazione consente, in primo luogo, di rilevare l'inidoneità del contratto di avvalimento in riferimento alla messa a disposizione delle effettive risorse necessarie per l'esecuzione, apparendo il contenuto del medesimo non contestualizzato rispetto alla tipologia di interventi da eseguirsi nell'appalto, risultato peraltro pressoché identico al diverso contratto di avvalimento esaminato nel corso di diversa istruttoria, coinvolgente la medesima ausiliaria, non evidenziando, al contempo, alcun apporto partecipativo da parte dell'ausiliaria.

Privo di rilevanza si ritiene, altresì, quanto affermato sempre dalla stazione appaltante in ordine all'impossibilità di dimostrare il non utilizzo, da parte dell'impresa ausiliata, delle risorse immateriali, laddove peraltro non risulta dimostrata alcuna partecipazione attiva da parte dello staff tecnico e del direttore tecnico, identificato nella persona di [... OMISSIS ...], nonché in generale dell'organizzazione aziendale facente capo all'impresa ausiliaria, in presenza di lavori eseguiti direttamente dall'impresa appaltatrice, peraltro utilizzando macchinari presi a noleggio e quindi non di proprietà dell'ausiliaria.

Altrettanto prive di rilevanza si ritengono le considerazioni svolte dalla stazione appaltante e dall'impresa appaltatrice, volte a rilevare che *“le lavorazioni da eseguire riferibili alla categoria OS1 pari a € 80.846,29 erano costituite, in progetto, per € 63.098,74 da fornitura di materiale mentre per € 17.747,55 dall'utilizzo di personale e mezzi”*, posta comunque la necessità che le lavorazioni siano eseguite da impresa in possesso della qualificazione SOA e, comunque, della capacità esecutiva connessa al possesso della qualificazione nella categoria OS1-I classifica.

A tale riguardo, si evidenzia ulteriormente che il Consorzio ausiliario, 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 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., prevedendo 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”*.

In particolare, per quanto concerne l'avvalimento in tema di attestazione SOA, 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).

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.

Riguardo agli adempimenti richiesti dall'art. 89 nei riguardi della stazione appaltante, si rileva che il Comune di Villacidro riferisce di aver svolto le verifiche già comunicate con nota prot. 2019/3279, inoltrata a seguito dell'avvio del procedimento istruttorio, nell'ambito della quale si richiama la documentazione afferente alle verifiche svolte in corso di esecuzione dalla stazione appaltante, facendosi unicamente riferimento alle *“fatture emesse dal Consorzio Stabile*

[... OMISSIS ...] *relativa alle prestazione oggetto del contratto di avvalimento ... e corrispondenti pagamenti ... b) documenti comprovanti i pagamenti della ditta [... OMISSIS ...] nei confronti del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] relativi alle prestazione oggetto del contratto di avvalimento ...*”, aggiungendo di aver “*verificato puntualmente la regolarità delle prestazioni da eseguire ed eseguite, che si sono concluse positivamente come rilevabile dagli atti contabili*”.

A tale riguardo, 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 non risultano documentate verifiche effettuate in corso d’opera sull’effettivo utilizzo delle risorse dell’impresa ausiliaria e, comunque, non risultano attivate iniziative concrete per garantire l’attuazione di cui all’art. 89, a fronte del mancato apporto di quanto messo a disposizione con il contratto di avvalimento, ritenendo valida l’interpretazione secondo cui “*il contratto di avvalimento aveva per oggetto la messa a disposizione in favore della società partecipante alla gara ([... OMISSIS ...]) della SOA riferita alla categoria OS1*” e che, riguardo alle risorse materiali dell’ausiliaria, “*l’ausiliata ha utilizzato solo quelle che non era in grado di fornire direttamente*”.

Alla luce di quanto venuto in rilievo, pare potersi confermare che nella 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).

La suddetta violazione non consente, poi, di poter ritenere correttamente adempiuto il relativo contratto, in conformità all’art. 89, comma 9 del Codice, prospettandosi pertanto la necessità da parte della stazione appaltante - pur in presenza dell’avvenuta ultimazione dei lavori, certificata in data 21 gennaio 2019 - 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 nell’ambito dell’ottenimento dell’attestazione di qualificazione.

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. 18101 del 05.03.2019, 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, 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 OS1, classifica I;
- di ritenere censurabile l'operato della stazione appaltante Comune di Villacidro, in relazione alla mancata dimostrazione delle verifiche condotte sull'effettività dell'avvalimento;
- 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 Villacidro a comunicare, entro 30 giorni dalla comunicazione 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  
*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 7 maggio 2019

Il Segretario Rosetta Greco