



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 1017 del 30.10.2019

Fascicolo 2302/2019

Oggetto: Comune di Pescara – Contratto di quartiere 1 localizzato nel Piano di Recupero Urbano del quartiere 3 della città di Pescara. Importo a base d'asta € 4.057.570,24. CIG 7165014499.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Nell'adunanza del 30.10.2019

Visto il d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 e 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

In data 02.04.2019 risulta pervenuto all'Autorità l'esposto acquisito al protocollo ANAC con il numero 40560 nel quale si segnalava che la procedura di cui in oggetto non sarebbe stata pienamente rispettosa delle prescrizioni di legge, essendo in essa ravvisabili, secondo quanto riferito, diverse anomalie afferenti l'esecuzione dell'appalto, ed in particolare il contratto di subappalto stipulato tra la M.A. s.r.l. e la M.D.M. s.r.l.s. in quanto illegittimo per la mancanza dell'attestazione SOA in capo al subappaltatore, il quale ha fatto ricorso all'avvalimento, nonché per l'assenza di istanza di autorizzazione al subappalto in sede di gara.

L'Ufficio competente, preso atto del contenuto di tale esposto, ha inoltrato, con comunicazione prot. n. 53246 del 02.07.2019 richiesta di informazioni preliminari al fine di chiarire le anomalie evidenziate nell'esposto.

Con nota acquisita al prot. ANAC n. 5440 del 05.07.2019 il Comune, nella persona del Responsabile Unico del Procedimento ha fatto pervenire le considerazioni in merito alle criticità rappresentate, tuttavia non considerate esaustive in sede istruttoria, e con successiva nota prot. 57693 del 16.07.2019, ad integrazione della precedente, comunicava all'Ufficio l'intervenuto recesso del subappaltatore M.D.M. s.r.l.s. dal contratto di subappalto in data 15.07.2019, allegando la relativa comunicazione mail intercorsa tra la consorziata esecutrice ed il subappaltatore.

Stante la persistenza delle criticità, con nota prot. n. 75282 del 26.09.2019 si è proceduto all'avvio del procedimento istruttorio, formulando all'amministrazione interessata la richiesta di ulteriori chiarimenti documentali, nonché di rappresentare lo stato di avanzamento dei lavori.

Con riferimento alle contestazioni avanzate, il Comune di Pescara ha fatto pervenire le note acquisite al prot. ANAC n. 79109, in data 08.10.2019 rappresentando le considerazioni che di seguito si riportano congiuntamente agli ulteriori elementi fattuali di interesse.

Considerato in fatto

Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 107 del 15.09.2019 il Comune di Pescara ha indetto una procedura ad evidenza pubblica ai sensi degli artt. 59 e 60 del D.lgs. 50/2016 avente ad oggetto i lavori di realizzazione dell'opera denominata "Contratto di Quartiere 1 localizzato nel Piano di Recupero Urbano del quartiere 3 della città di Pescara", da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d'asta pari a € 4.057.570,24 (di cui € 3.949.313,37 per lavori e € 108.256,87 per oneri di sicurezza).

Entro la data di scadenza stabilita dal bando nel giorno 20.10.2017, sono pervenute n. 32 offerte, ammesse alle successive operazioni di gara che si sono svolte nei giorni 7.11.2017 e 9.11.2017.

Nella seduta pubblica di apertura delle offerte economiche, tenutasi in data 30.01.2018 la migliore offerta risultata congrua è stata quella presentata da Consorzio Artek, nei confronti del quale, dopo la verifica dei requisiti, si è proceduto all'aggiudicazione definitiva in data 3 luglio 2018 con determinazione n. 2537 a firma del Responsabile del settore.

L'aggiudicatario, in sede di gara, designava come consorziata esecutrice l'operatore economico Melillo Appalti s.r.l. e dichiarava di voler subappaltare le seguenti lavorazioni: *"completamento struttura, tamponature esterne, massetti, impermeabilizzazioni, coibentazione acustica e termica, partizione interne, pavimenti interni, controsoffitti, intonaci e rivestimenti interni, infissi, ringhiere e corrimano in acciaio, tinteggiature interne, intonaci esterni, tinteggiature esterne, pavimenti e rivestimenti esterni, sistemazioni esterne, nel rispetto del limite totale consentito"*.

In particolare con atto sottoscritto in data 25.08.2018 ed autenticato dal Notaio – Dott.sa M.C. S., il Sign. P. D., amministratore del Consorzio Artek dichiarava di conferire a M. U. - in qualità di amministratore unico e direttore tecnico di Melillo Appalti s.r.l. - procura speciale a *"sottoscrivere atti, contratti, presentare istanze, rendere dichiarazioni, assumere obbligazioni, assumere l'esecuzione dei lavori, ed in genere fare tutto ciò che si renderà necessario ed utile, anche se non previsto dal presente atto"*.

In seguito all'aggiudicazione, con nota prot. n. 104 del 14.11.2018 l'amministratore dell'impresa Melillo Appalti S.r.l. presentava istanza di autorizzazione al subappalto in favore dell'impresa M.D.M. s.r.l.s. per parte delle lavorazioni appartenenti alla categoria SOA OG1, per un importo di 400.000,00 euro, (comprensivo degli oneri per la sicurezza ammontanti ad euro 12.000,00), in virtù del contratto di subappalto precedentemente concluso tra le medesime parti in data 13.11.2018, avente ad oggetto l'esecuzione di: *"opere in c.a. per completamento torrioni e vani scala in copertura, tamponature esterne in blocchi di laterizio, ripartizioni interne in mattoni forati, opere per l'impermeabilizzazione, l'isolamento e la pavimentazione del piano copertura, l'assistenza muraria all'esecuzione degli impianti mediante apertura e chiusura tracce e la realizzazione di intonaci civili interni"*.

Con determina n. 3617 del 06.12.2018 veniva, quindi, autorizzato il subappalto in favore della ditta M.D.M. s.r.l. in avalimento con la ditta Giada Costruzioni s.r.l., in virtù del quale il subappaltatore

poteva disporre “*di capacità tecniche, attrezzature necessarie e sufficienti per garantire l'esecuzione di quanto in argomento, nei tempi e nei modi concordati, assumendosi ogni onere e rischio a riguardo*”.

Secondo quanto disposto nel contratto di avvalimento stipulato in data 29.10.2018 tra M.D.M. s.r.l.s. e Giada Costruzioni s.r.l., infatti, quest'ultima dichiarava di volersi obbligare a mettere a disposizione dell'ausiliata subappaltatrice i requisiti inerenti alla categoria OG1 per la classifica V, in quanto la stessa risultava priva di attestazione SOA necessaria per lo svolgimento delle lavorazioni oggetto del subappalto.

I lavori in questione sono stati consegnati in via d'urgenza ai sensi dell'art. 32 comma 8 del D.lgs. 50/2016 in data 19.11.2018, secondo quanto emerge dalla nota n. 54440 del 05.07.2019 di riscontro a firma del Rup, in riferimento al verbale di consegna dei lavori “*sottoscritto in nome e per conto del Consorzio Artek dall'Ing. U. M., legale rappresentante della Ditta Melillo Appalti s.r.l.*” Alla medesima evenienza si fa riferimento nel verbale di acquisizione della documentazione del Comando Nucleo Polizia Economica Finanziaria di Pescara, redatto in data 25.1.2019, secondo cui i lavori presso il cantiere sarebbero già stati avviati in data 19.11.208 per motivi di ordine e sicurezza pubblica nonché d'urgenza.

Relativamente alla stipula di ulteriori subcontratti intervenuti in corso d'esecuzione si evidenzia l'autorizzazione all'ingresso al cantiere alla Ditta Europoints s.r.l.s. per l'esecuzione dei lavori di adeguamento ponteggio di importo inferiore al 2% per 14.0000€, di cui alla nota prot. n. 23290, mentre con nota prot. 72538 del 19.04.2019 è stato autorizzato il subappalto all'impresa Begatoraj Mark per l'esecuzione di lavorazioni relative ad impianti elettrici per 120.000,00 €.

In data 15.07.2019 il rappresentante legale di M.D.M. s.r.l.s. – M. M. comunicava il recesso dal contratto di subappalto stipulato con la Melillo Appalti s.r.l. in data 13.11.2018 “*considerato che ad oggi sono state ultimate tutte le lavorazioni previste dal contratto di subappalto a esclusione delle lavorazioni di intonacatura interna delle pareti e dei soffitti, considerato che i tempi di esecuzione delle successive lavorazioni risultano dilatati e rallentati per cause non imputabili alla scrivente impresa subappaltatrice, considerato, altresì, che la M.D.M. s.r.l.s. ha in essere ulteriori contratti di lavoro per i quali può utilizzare la manodopera fino ad ora impegnata per il contratto di che trattasi?*”.

Allo stato attuale i lavori in esame risultano ancora in corso, con emissione del primo stato di avanzamento e pagamento della relativa fattura in data 02.08.2019 per un importo di 400.700 euro.

Ritenuto in diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la questione in esame verte in ordine alla possibilità in capo al subappaltatore di ricorrere all'istituto dell'avvalimento previsto dall'art. 89 D.lgs. 50 /2016 ai fini della qualificazione richiesta per le categorie di lavori oggetto di subappalto.

L'art. 105 comma 4 lett. b), nel disciplinare i presupposti per l'autorizzazione al subappalto, dispone che il subappaltatore debba essere qualificato nella relativa categoria, ovvero, debba essere in possesso dei requisiti previsti, non potendo, conseguentemente, avvalersi di quelli altrui ricorrendo all'istituto dell'avvalimento.

La necessaria sussistenza di tutti i requisiti – di carattere generale e speciale in capo al subappaltatore al momento della stipula del relativo contratto, trova, inoltre, conferma nel disposto dell'art. 105 comma 7 secondo cui l'aggiudicatario, oltre del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante, trasmette, altresì, la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal codice in relazione alla prestazione subappaltata, nonché la

dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo allo stesso dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.

Tale interpretazione trova espresso riconoscimento nella giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato sent. n. 3563 del 19.5.2012), nonché negli orientamenti dell'Autorità (delibere n. 275 del 3.04.2019, e n. 508 del 30.5.2018).

Ebbene, nel caso di specie, la necessaria sussistenza dei requisiti di qualificazione viene richiamata anche nel punto 20 del disciplinare di gara allegato al bando, secondo cui *“qualora si intenda subappaltare la categoria prevalente: di impegnarsi a subappaltare i lavori relativi alla categoria prevalente ad imprese in possesso dei requisiti di qualificazione, con l'indicazione dei lavori o delle parti di opere che si intendono eventualmente subappaltare”*.

L'espresso riferimento nella lex specialis, a maggior ragione, non avrebbe consentito l'autorizzazione al subappalto in favore di un soggetto privo della relativa qualificazione.

Ciò stante, dunque, risulta preclusa la stipula di un contratto di subappalto in favore di un soggetto privo dell'attestazione SOA per la categoria e classifica oggetto delle lavorazioni da subappaltare, non potendo, questi, invocare di avvalersi di tale requisito prestato da un altro operatore ausiliario.

Sebbene infatti l'art. 89 D.lgs. 50/2016 non rechi un espresso divieto per il subappaltatore di qualificarsi mediante l'istituto dell'avvalimento, tuttavia, un'interpretazione sistematica delle due norme porta ad escludere che tal istituto possa trovare applicazione in una fase successiva alla partecipazione della gara, ovvero nella fase esecutiva in cui opera invece il subappaltatore.

La ratio dell'avvalimento, ovvero garantire la più ampia partecipazione alla gara anche ad imprese medio piccole carenti di determinati requisiti, non può essere frustrata dall'utilizzo dell'istituto per finalità diverse.

Il legislatore, infatti, nel delineare la portata soggettiva dell'istituto, si riferisce all'operatore economico singolo o in raggruppamento che partecipa ad una procedura di gara, senza alcun riferimento ai soggetti della fase esecutiva. Tale scelta è espressione della funzione dell'istituto che *“consente al concorrente di integrare i requisiti mancanti necessari per la partecipazione alla gara facendo affidamento di quelli di altro soggetto, il quale diviene parte sostanziale del contratto di appalto, assumendo insieme al concorrente principale una responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante”* - contrariamente al subappalto che *“comporta una mera sostituzione nell'esecuzione della prestazione contrattuale ovvero costituisce uno dei modi di organizzazione dell'impresa dell'appaltatore”* (delibera n. 1333 del 20.12.2017).

In merito alla differente natura dei due istituti si è espressa ulteriormente l'Autorità ribadendo che *“subappalto e avvalimento sono due istituti completamente differenti, atteso che mentre quest'ultimo consiste, in estrema sintesi, nella possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti necessari per partecipare ad una procedura di gara facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti, con la conseguenza che l'impresa ausiliaria diviene parte sostanziale dell'affidamento mediante l'assunzione di corresponsabilità in via solidale con il concorrente verso la stazione appaltante per le prestazioni derivanti dal contratto, il subappalto non realizza un'integrazione delle capacità dell'aggiudicatario, in quanto lo stesso risulta pienamente qualificato in proprio, ma comporta una mera sostituzione nell'esecuzione della prestazione contrattuale ovvero costituisce uno dei modi di organizzazione dell'impresa dell'appaltatore”* (delibera n. 181 del 21.2.2018).

L'avvalimento, dunque, volto a consentire la partecipazione ad una gara anche al soggetto privo di requisito speciale, non può essere invocato dal subappaltatore per l'esecuzione dell'opera in subappalto,

in quanto, in virtù del relativo contratto lo stesso deve già risultare in possesso di tutti i requisiti previsti.

L'ammissibilità dell'avvalimento della qualificazione in capo al subappaltatore, oltre a costituire una non condivisibile applicazione analogica, si porrebbe, altresì, di fatto, in contrasto con il principio posto alla base del divieto di subappalto a cascata previsto dall'art. 105 comma 19 secondo cui *“l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto”* ovvero l'esigenza di evitare il rischio che l'esecuzione delle opere oggetto dell'appalto possa essere realizzata da soggetti rispetto ai quali non sono comprovati i requisiti previsti dalla legge, nonché garantire un effettivo controllo da parte della pubblica amministrazione nei confronti dell'aggiudicatario e dell'esecutore, evitando intermediazioni non funzionali alla soddisfazione del pubblico interesse alla soddisfazione del pubblico interesse posto alla base dell'attività negoziale della stessa P.A. e potenziali rischi di infiltrazioni criminali.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, dunque, è da ritenere inammissibile l'avvalimento da parte della subappaltatrice M.D.M. s.r.l. dell'attestazione SOA nella categoria OG1 per la classifica V posseduta dall'ausiliaria Giada Costruzioni s.r.l., non rilevando, sul punto, le controdeduzioni svolte dal Comune nella nota di riscontro secondo cui *“pare logico che se l'operatore economico aggiudicatario e di conseguenza esecutore dell'appalto può usufruire dell'istituto dell'avvalimento, tale possibilità sia estensibile anche ai soggetti della fase esecutiva dei lavori, tanto più che nelle norme di riferimento non viene esplicitamente espresso divieto in caso di subappalto”*. Un'interpretazione analogica dell'avvalimento porterebbe ad un uso distorsivo di tale istituto e, inoltre, non potrebbe in alcun modo superare il limite della necessaria sussistenza dei requisiti che la subappaltatrice M.D.M s.r.l.s. avrebbe dovuto possedere alla stipula del contratto.

Né, inoltre, pare accoglibile il riferimento da parte della S.A. alla *“procedura d'infrazione n. 2273/2018 con la quale la Commissione Europea si esprime in merito al divieto per il soggetto sulle cui capacità l'operatore intende fare affidamento di affidarsi a sua volta alle capacità di altro soggetto”*; pur non ignorando, infatti, la posizione proconcorrenziale assunta dal legislatore europeo, si deve evidenziare, tuttavia, che lo strumento da esso utilizzato nel normare gli istituti qui in considerazione, ovvero la direttiva, consente margini di apprezzamento da parte del legislatore nazionale nella scelta dei mezzi più opportuni per il perseguimento del fine previsto nella medesima e che, ad oggi, la normativa e l'interpretazione da considerare conforme è quella sopra descritta, occorrendo bilanciare le finalità di segno proconcorrenziale con l'esigenza di garantire alla stazione appaltante un'aggiudicatario/esecutore certo e stabile.

Acclarata, dunque l'inammissibilità del contratto di subappalto nei confronti di un soggetto che, privo dell'attestazione SOA si avvale dei requisiti di altro soggetto, viene in rilievo un'ulteriore perplessità inerente al possibile difetto di legittimazione in capo alla consorziata esecutrice del potere di stipulare il contratto di subappalto, che tuttavia, rileva in tal sede solo collateralmente, stante l'intervenuto recesso dal contratto da parte della subappaltatrice.

In particolare come evidenziato nelle premesse fattuali, l'istanza di autorizzazione al subappalto risulta essere stata presentata da Melillo Appalti s.r.l. non in nome e per conto del consorzio, bensì in nome proprio, in assenza di qualsiasi riferimento alla procura speciale con cui Artek aveva conferito ampi poteri alla consorziata. Parimenti, il contratto di subappalto stipulato in data 13.11.2018 con M.D.M. s.r.l.s. vede come parte la Melillo Appalti s.r.l. e non il Consorzio Artek.

Sul punto, come espresso dall’Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa (C.d.S. sez VI, sent. 2183 del 29.4.2003), il potere di stipulare contratti e subcontratti sarebbe rinvenibile solo in capo al consorzio in quanto esclusivo soggetto interlocutore nei confronti della pubblica amministrazione, e non in capo alle singole consorziate, sebbene esecutrici dell’appalto. In particolare si rileva: *“il consorzio stabile opera come unica controparte del rapporto di appalto sia nella fase di gara che in quella di esecuzione del contratto, e in relazione alle singole consorziate opera sulla base di un rapporto organico, di modo che le attività compiute dalle consorziate siano imputabili organicamente al consorzio, è da ritenere inammissibile un eventuale rapporto di subappalto tra il consorzio stabile ed un proprio consorziato, proprio in ragione del rapporto di immedesimazione interorganica che lega il secondo al primo. Per la stessa motivazione e logica conseguenza deve escludersi che un consorziato esecutore dei lavori, servizi o forniture affidi in subappalto questi ultimi ad altro consorziato, in quanto entrambi appartenenti alla medesima struttura giuridica, quindi riconducibili ad un unico centro decisionale”* (delibera n. 2018 del 1.03.2017).

Tutto quanto sopra ritenuto e considerato,

DELIBERA

- La non conformità della procedura in analisi ai disposti di cui agli artt. 105 e 89 D.lgs. 50/2016, in quanto lesiva dell’obbligo di qualificazione del subappaltatore nella relativa categoria e dell’impossibilità di avvalimento dello stesso.
- Di trasmettere, a cura dell’Ufficio Vigilanza Lavori, la presente deliberazione al Comune di Pescara sollecitando lo stesso al rispetto del disposto normativo e dei principi più volte espressi da questa Autorità in merito alle illegittimità rilevate, in occasione dell’affidamento di lavori.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 novembre 2019

Il Segretario

Maria Esposito