



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 652 del 10 luglio 2019

Fascicolo n. 266/2019/D

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 - "II.1.4) - Intervento OT02 - S.P.38 - Legge 147/2013 - Lavori di ripristino nelle strade statali e provinciali della Regione Sardegna, interrotte o danneggiate dagli eventi alluvionali del mese di Novembre 2013. Lavori di ripristino del corpo stradale, a seguito di frana e interventi vari di verifica e ripristino opere idrauliche e sovrastruttura stradale, in vari tratti a monte e a valle della zona di frana di cui alla scheda 5 (scheda 21), SP 38-bis - Progetto esecutivo" - Importo appalto: Euro 5.848.943,15 - CIG: 6910177A72

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 avvalimento.

Nell'ambito dell'indagine è risultato ricompreso il Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] nella qualità di impresa ausiliaria e i lavori affidati all'impresa ausiliata [... OMISSIS ...], nell'ambito dei lavori concernenti "II.1.4) - Intervento OT02 - S.P.38 - Legge 147/2013 - Lavori di ripristino nelle strade statali e provinciali della Regione Sardegna, interrotte o danneggiate dagli eventi alluvionali del mese di Novembre 2013. Lavori di ripristino del corpo stradale, a seguito di frana e interventi vari di verifica e ripristino opere idrauliche e sovrastruttura stradale, in vari tratti a monte e a valle della zona di frana di cui alla scheda 5 (scheda 21), SP 38-bis - Progetto esecutivo", per un importo dell'appalto pari ad euro 5.848.943,15.

Considerato in fatto

Con nota prot. 9917 del 06.02.2019, 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 dell'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 della Stazione appaltante ANAS S.p.a., acquisita al protocollo dell'ANAC al n. 17170 del 01.03.2019, cui è seguita l'allegazione della documentazione ivi elencata, dalla quale si evince in primo luogo che la procedura di gara in oggetto ha riguardato: "II.1.4) - Intervento OT02 - S.P.38 - Legge 147/2013 - Lavori di ripristino nelle strade statali e provinciali della Regione Sardegna, interrotte o danneggiate dagli eventi alluvionali del mese di Novembre 2013. Lavori di ripristino del corpo stradale, a seguito di frana e interventi vari di verifica e ripristino opere idrauliche e sovrastruttura stradale, in vari tratti a monte e a valle della zona di frana di cui alla scheda 5 (scheda 21), SP 38-bis - Progetto esecutivo", richiedendosi il possesso della qualificazione SOA nelle categorie OG3-IV-bis, OG8-III, OG13-I e OS21-II, aggiudicati all'impresa [... OMISSIS ...], per aver offerto un ribasso del 33,197% sull'importo dei lavori posto a base di gara.

In riferimento ai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa aggiudicataria, risulta prodotto in atti il contratto di avvalimento intercorso tra l'ausiliaria Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] e l'impresa [... OMISSIS ...], avente ad oggetto i requisiti di qualificazione concernenti le categorie OG3-IV -bis, OG8-III e OG13-I, non posseduta dalla citata impresa ausiliata, attestata unicamente per le categorie OG1-I, OG3-II e OG6-III.

Nell'ambito di tale contratto di avvalimento risulta riportata l'assunzione dell'obbligo dell'impresa ausiliaria, verso l'impresa ausiliata e nei confronti della stazione appaltante, di *"mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto oltre al requisito oggetto di avvalimento, sia all'ausiliata sia alla Stazione Appaltante, per tutta la durata dell'appalto, quanto segue: • Know-How tecnologico e commerciale e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento; • Il numero di addetti necessari per le varie tipologie di lavoro, assunti con contratto*

da distacco, quali: n. 1 Capo Cantiere, n. 1 Operai Specializzati, n. 1 Operai Qualificati, n. 1 Operai Comuni, n. 1 Addetto alla Qualità aziendale e alla Sicurezza in cantiere; • Le attrezzature necessarie all'esecuzione dell' opera, quali: Ponteggi Omologati, Gru rotativa, Container alloggio attrezzi e Uffici, Molazze da cantiere, Impastatrice/Betoniere, Macchina da taglio legno/ferro, Martelli demolitori ad aria e/o elettrici, Puntelli varie misure, Badili, Secchi, attrezzatura minuta, ecc. (vedasi schede elenco mezzi ed attrezzature in allegato); • I mezzi necessari all'esecuzione dell'opera, quali: Camion con ribaltabile, Escavatori, Mini Escavatori, Furgoni attrezzati, ecc. (vedasi scheda elenco mezzi ed attrezzature in allegato)”.

In riferimento alla fase di esecuzione dei lavori, è stato prodotto il verbale di consegna del 03.05.2018, a firma del RUP della stazione appaltante ANAS S.p.a., dal quale far decorrere i termini di esecuzione, fissati contrattualmente in 467 giorni naturali e consecutivi, con previsione di ultimazione degli stessi alla data del 12.08.2019.

Riguardo allo stato di avanzamento dei lavori, è stato prodotto il SAL n. 5 per lavori contabilizzati alla data del 20.12.2018, per un importo pari ad euro 562.817,61, unitamente alla documentazione afferente al subappalto autorizzato nei riguardi dell'impresa [... OMISSIS ...], afferente alle prestazioni di cui alla categoria OS21, per un importo pari ad euro 120.923,62, nonché documentazione afferente all'intercorsa sospensione dei lavori di fondazione a far data dal 27.07.2018 ed alla loro successiva ripresa in data 26.11.2018, a fronte dell'adozione di una modifica progettuale ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50/2016, per aver individuato un substrato lapideo non indicato nei relativi elaborati progettuali.

Con riguardo alle modalità di attuazione dell'avvalimento, è stata trasmessa una specifica relazione del RUP, dandosi atto che *“In via preliminare si chiarisce che il contratto di avvalimento tra l'Impresa [... OMISSIS ...] e il Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] afferisce alle categorie Soa OG3 classifica IV bis, OG8 III e OG13 I. Nello specifico per la categoria OG3 l'avvalimento si è reso necessario per il raggiungimento della classifica, invece per le altre per sopperire alla carenza del possesso del requisito da parte dell'aggiudicataria”*, precisando ulteriormente che *“Allo stato attuale non è stato attivato il suddetto contratto di avvalimento; ad oggi sono state eseguite lavorazioni per un importo complessivo di € 610.000,00 circa, comprensivo degli oneri per la sicurezza, afferenti alla categoria OG3, per un importo ricadente nella classe posseduta dalla Impresa [... OMISSIS ...] al momento della gara, e alla categoria OS21, con lavorazioni eseguite in subappalto”*.

Riguardo all'andamento dei lavori, risulta precisato che *“Con l'Ordine di Servizio n. 3 del 25.01.2019, stante il disallineamento, sia in termini temporali che in termini economici, tra l'andamento teorico delle attività di cantiere, come pianificato nel Cronoprogramma dei lavori, e il reale avanzamento delle lavorazioni, la Direzione lavori ha ordinato l'avvio e/o il completamento di talune lavorazioni, secondo termini prestabiliti”* e che *“Con nota n. CDG-0093261-P del 18.02.2019, trascorsi i termini temporali indicati nell'Ordine di Servizio n. 3, la Direzione Lavori ha convocato il Direttore Tecnico dell'Impresa Affidataria e, in forza dell'Art. 89 comma 9, il Legale Rappresentante dell'Impresa Ausiliaria, per il giorno di mercoledì 20.02.2019, alle ore 10:00 presso il cantiere di che trattasi, per procedere alla verifica in contraddittorio dell'effettivo avvio delle lavorazioni, tale da recuperare il tempo infruttuosamente trascorso”*, fornendo al contempo rassicurazioni sul fatto che *“sarà cura del RUP verificare, a termini di legge, il rispetto del contratto di avvalimento durante il prosieguo dell'appalto”*.

In merito alla comunicazione degli avvalimenti all'ANAC, la Stazione appaltante ha precisato che *“seppur tardivamente, causa un disguido meramente burocratico, il RUP ha provveduto al corretto aggiornamento della stessa”*.

A riscontro dell'avvio del procedimento risulta, altresì, pervenuta la comunicazione del Consorzio Stabile [... OMISIS ...], acquisita al protocollo dell'ANAC n. 21083 del 14.03.2019, con la trasmissione delle fatture emesse per il prestito dei requisiti e degli estremi dei bonifici effettuati nei riguardi del medesimo, precisando, relativamente alla richiesta di produzione di documentazione contabile comprovante l'effettivo utilizzo di persone e mezzi messi a disposizione dell'impresa ausiliaria, che *“ Si comunica che per quanto riguarda il punto C) Relativamente alla messa a disposizione di persone e mezzi, non abbiamo ad oggi, ricevuto nessuna richiesta”*.

Nessun riscontro risulta pervenuto da parte dell'impresa ausiliata [... OMISIS ...] all'avvio del procedimento istruttorio dell'Autorità.

Con nota prot. 41396 del 22.05.2019, l'Autorità comunicava ai soggetti interessati dal procedimento le risultanze istruttorie, prospettando di poter confermare, nella fase esecutiva, l'assenza di 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 nelle categorie OG3- IV-bis, OG8-III e OG13-I, non possedute dall'impresa ausiliata, evidenziando la possibile 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, al contempo, profili di responsabilità in capo alla stazione appaltante in ordine all'omessa verifica sul rispetto degli impegni contrattuali derivanti dagli avvalimenti.

Al contempo, si evidenziava che il rappresentato stato d'avanzamento dei lavori alla data dei riscontri forniti prospettava un corso dei lavori non rispettoso della programmata ultimazione degli stessi, in relazione al quale veniva richiesto di dare contezza delle motivazioni e dei presupposti normativi che avevano determinato tali lungaggini, assegnando il termine di venti giorni per il riscontro.

A riscontro di detta comunicazione perveniva la nota della stazione appaltante ANAS S.p.a., acquisita al prot. n. 46726 dell'11.06.2019, con la quale, in riferimento al rilievo circa il mancato apporto delle risorse dell'impresa ausiliaria nell'ambito delle lavorazioni allo stato eseguite, inquadrabili secondo le risultanze del SAL in “Opere idrauliche”, di cui alla declaratoria del bando in OG8, viene ribadito che *“si conferma che le lavorazioni ammesse in contabilità afferiscono alla categoria di lavoro OG3”*, rinviando alla Relazione del Direttore dei Lavori laddove, in merito all'inquadramento delle opere, si precisa che *“la voce a corpo "Opere Idrauliche" si compone di lavorazioni afferenti alle categorie di lavoro OG3 e OG8. Le opere idrauliche, come intese, si compongono dello scatolare idraulico, realizzato in c.a. e ricadente nella categoria di lavoro OG3, e delle opere di inalveazione, in ingresso e in uscita dallo scatolare idraulico. Le opere di inalveazione ricadono nella categoria di lavoro OG8. Alla data del SAL n. 8 per lavori a tutto il 30.04.2019, sono stati contabilizzati, nello specifico, solo i lavori di realizzazione delle opere in cemento armato, e pertanto rientranti nella categoria di lavoro OG3”*.

In merito al profilo inerente allo svolgimento delle verifiche in corso d'opera in ordine

all'effettività dell'avvalimento, la stazione appaltante, nell'evidenziare uno stato di avanzamento lavori pari a circa il 30%, ha riferito che *“Lo scrivente RUP e il Direttore dei Lavori hanno sempre vigilato sui lavori e sulla corretta attuazione del contratto e con specifico riferimento all'avvalimento hanno sollecitato l'impresa all'utilizzo dei mezzi e delle risorse di cui al contratto di avvalimento, in un primo momento per le vie brevi e, successivamente, con gli ordini di servizio e la nota CDG 213101-P del 12/04/2019 allegati alla presente”*, precisando, riguardo all'emissione di detti ordini di servizio, che gli stessi erano *“indirizzati ad entrambe le imprese (ausiliaria e ausiliata), con i quali sono stati richiamati gli obblighi di legge avuto riguardo in particolare all'esecuzione del contratto di avvalimento richiamando la responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria”*, con l'ulteriore precisazione di non ritenere chiaro *“come debba interpretarsi l'“effettivo impiego delle risorse” da parte dell'impresa ausiliaria nell'esecuzione dell'appalto: se cioè il suddetto impiego debba essere preteso sin dall'avvio delle attività oggetto di cantiere. Si ritiene pertanto di avere ottemperato alle prescrizioni normative”*.

Riguardo agli ulteriori profili di contestazione, in ordine alla tempistica dell'andamento dei lavori, non coerente con la programmazione dei lavori, la stazione appaltante ha riferito che *“durante il corso dei lavori è stata disposta una sospensione parziale per difficoltà esecutive nella realizzazione dei pali di fondazione. Tale sospensione ha portato ad una protrazione dei tempi contrattuali di GG 49”*, con differimento del termine di ultimazione al 29.09.2019, richiamando al riguardo la soprarichiamata Relazione del Direttore dei Lavori, nella parte in cui si riferisce che *“Con nota del 19.09.2018 (Prot Anas n. CDG-0492052-A del 20.09.2018) l'Appaltatore chiedeva la Sospensione Parziale dei Lavori per le difficoltà riscontrate durante l'esecuzione delle perforazioni per la realizzazione dei pali di grande diametro. Con la medesima nota del 19.09.2018 l'Appaltatore, ai sensi dell'Art. 2.5 del Capitolato Speciale d'Appalto - Norme Generali, comunicava alla Direzione Lavori di adoperarsi per la redazione del Progetto Costruttivo di Dettaglio delle opere di fondazione dell'opera 15”*, aggiungendo tra l'altro che *“Con il Verbale di Sospensione Parziale dei Lavori del 21.09.2018 i lavori sono stati temporaneamente sospesi in corrispondenza delle opere di fondazione dell'opera 15”*, dandosi ulteriormente rilievo alla circostanza che *“Con l'Ordine di Servizio n. 1 del 20.11.2018 la Direzione Lavori ha disposto l'approvazione del Progetto Costruttivo di Dettaglio per la realizzazione dell'opera 15”*.

Infine, con riguardo al rilievo mosso circa l'esecuzione dei lavori nella categoria OS21, non posseduta dall'impresa esecutrice, la stazione appaltante, nel dare atto dell'applicazione, al caso di specie, della disciplina antecedente all'entrata in vigore del DM 248/2016, ha riferito che *“in merito alla categoria superspecialistica OS21, quantificata nel bando in esame in € 525.751,89, ovvero per un importo inferiore al 15% dell'importo a base d'appalto la stessa è subappaltabile al 100% in quanto il richiamato art. 37 comma 11 del D.Lgs. 163/06 stabiliva che il limite di subappaltabilità del 30% delle superspecialistiche valeva solo nel caso in cui l'importo della categoria fosse superiore al 15% dell'importo dell'appalto”*, richiamando l'autorizzazione al subappalto dell'impresa [... OMISSIS ...].

A riscontro della suddetta comunicazione delle risultanze istruttorie, risultano inoltre pervenute le note dell'impresa [... OMISSIS ...], acquisite al prot. 47180 del 12.06.2019 e 49444 del 19.06.2019, con le quali, anche per il tramite dello Studio Legale [... OMISSIS ...], nel richiamare lo stato di avanzamento dell'appalto, in merito alle circostanze inerenti all'attuazione

del rapporto di avvalimento intercorso con l'impresa ausiliaria, viene precisato che “già dal mese di aprile con nota pec Prot. CDG-0213101 del 12/04/2019, la [... OMISSIS ...] che sino ad allora aveva svolto i lavori rientranti nella categoria di appartenenza, richiedeva all'ausiliaria l'integrale esecuzione di quanto concordato nel contratto di avvalimento, con esplicita richiesta all'impresa ausiliaria di fornire personale e mezzi”, evidenziando ulteriormente, con un richiamo ad ulteriori inviti formulati nei confronti del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...], che “ancora ad oggi il Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] non ha messo a disposizione le risorse indicate nel contratto di avvalimento stipulato tra le parti”.

Al riguardo, la stessa impresa evidenziava, tra l'altro, di aver comunicato all'ANAS “di aver regolarmente eseguito con risorse proprie tutte le attività entro i limiti della categoria di appartenenza OG3 II ed oltre” e che “Nonostante l'ente Appaltante fosse a conoscenza che la [... OMISSIS ...] avesse ultimato le opere nei limiti della propria categoria limiti della OG3 II, con sorpresa, ordinava la prosecuzione delle attività, pur nella consapevolezza (non avendo mai vigilato in ordine al contratto d'appalto) che [... OMISSIS ...] s.r.l. non poteva svolgere dette lavorazioni e che l'impresa ausiliaria non aveva mai fornito il proprio apporto”.

Sulla scorta di tali considerazioni, l'impresa concludeva rilevando che “l'impresa ausiliaria non ha rispettato nessuno dei termini di contratto, non si è mai presentata in cantiere ciò nonostante sia stata regolarmente retribuita e considerata l'entità dell'Appalto trattasi di situazione che guida l'impresa appaltatrice verso una situazione di default” e che “Lo stesso Ente Appaltante che non ha mai vigilato in ordine alle obbligazioni assunte dal Consorzio Stabile [... OMISSIS ...], che è ben consapevole dei gravi errori progettuali che hanno comportato anche delle sospensioni ad opera del Genio Civile, in modo illegittimo e al solo fine di preconstituirsì una prova di inadempimento della [... OMISSIS ...] obbliga [... OMISSIS ...] ad eseguire le attività di cantiere e dover sostenere dei costi nella consapevolezza di non poterli contabilizzare e quindi versare in favore di [... OMISSIS ...]”, con l'ulteriore precisazione che “La [... OMISSIS ...] che sino ad oggi non ha mai abbandonato il cantiere, ha eseguito regolarmente le attività rientranti nella categoria di appartenenza ed Anas S.p.a., ha ricevuto pagamenti sino al S.A.L. n. 8 (che supera l'importo S.O.A. OG3 II), ritiene di non dover procedere al completamento dell'opera divenuta antieconomica in virtù dei gravi errori progettuali e in conseguenza dell'inadempimento del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] già regolarmente retribuito e al quale verrà domandata la risoluzione del contratto con ogni conseguenza in ordine ai danni”.

Considerato in diritto

Come rappresentato in premessa, l'istruttoria ha riguardato la verifica del corretto utilizzo dell'avvalimento, intercorso tra l'impresa ausiliaria Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] e l'impresa ausiliata [... OMISSIS ...], per la dimostrazione del possesso della qualificazione SOA nelle categorie OG3-IV-bis, OG8-III e OG13-I, non posseduta dalla citata impresa ausiliata, attestata unicamente per le categorie OG1-I, OG3-II e OG6-III.

Dalle dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'istruttoria emerge che l'impresa ausiliata [... OMISSIS ...] non ha utilizzato mezzi, attrezzature e manodopera del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] in forza del contratto di avvalimento in essere, concernenti: “.....• Know-How tecnologico e commerciale e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante

coordinamento; • Il numero di addetti necessari per le varie tipologie di lavoro, assunti con contratto da distacco, quali: n. 1 Capo Cantiere, n. 1 Operai Specializzati, n. 1 Operai Qualificati, n. 1 Operai Comuni, n. 1 Addetto alla Qualità aziendale e alla Sicurezza in cantiere; • Le attrezzature necessarie all'esecuzione dell'opera, quali: Ponteggi Omologati, Gru rotativa, Container alloggio attrezzi e Uffici, Molazze da cantiere, Impastatrice/Betoniere, Macchina da taglio legno/ferro, Martelli demolitori ad aria e/o elettrici, Puntelli varie misure, Badili, Secchi, attrezzatura minuta, ecc. (vedasi schede elenco mezzi ed attrezzature in allegato); • I mezzi necessari all'esecuzione dell'opera, quali: Camion con ribaltabile, Escavatori, Mini Escavatori, Furgoni attrezzati, ecc. (vedasi scheda elenco mezzi ed attrezzature in allegato)”.

A tale riguardo, è stata dedotta dalle parti, come ragione del mancato utilizzo delle risorse dell'impresa ausiliaria, l'attuale stato di avanzamento dei lavori, asseritamente ascrivibili alla sola categoria OG3, sostanzialmente contenuti nell'ambito della qualificazione posseduta dall'ausiliata nella seconda categoria, pur dandosi atto di quanto riferito dalla stessa impresa [... OMISSIS ...] nel rilevare che “si indica che alla data odierna sono stati emessi n° 8 Stati Avanzamento Lavori (anziché 13 come da contratto d'Appalto) per un importo complessivo che supera l'importo da qualificazione SOA OG3 IP”, precisando altresì di aver richiesto “all'impresa ausiliaria di voler procedere con l'ausilio di mezzi e manodopera come da contratto di avvalimento. Purtroppo alla data odierna l'impresa ausiliaria non ha mai fornito l'apporto richiesto”.

In riferimento a dette risultanze, si richiama in primo luogo 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”.

Le deduzioni sopra riportate, confermate sia dalla stazione appaltante, sia dall'impresa ausiliata, non risultano idonee a legittimare l'esecuzione diretta delle lavorazioni da parte dell'ausiliata, senza l'apporto delle risorse dell'impresa ausiliaria, in possesso della qualificazione richiesta dal bando di gara nelle categorie sopra indicate, non risultando sufficiente il riferimento alla qualificazione posseduta dall'impresa ausiliata nella categoria OG3.

A tale riguardo, in primo luogo non si ritengono condivisibili le considerazioni svolte dalla stazione appaltante in ordine all'inquadramento dei lavori sinora svolti limitatamente alla categoria OG3, pur a fronte della descrizione delle opere contenuta nello stato di avanzamento n. 5 prodotto dalla medesima stazione appaltante, laddove si evince la contabilizzazione anche di lavori “a corpo”, suddivisi tra “Corpo stradale” ed “Opere idrauliche”, per un importo rispettivamente di euro 61.328,41 e di euro 305.918,81, confermando pertanto la prevalenza, a tale contabilizzazione, di opere eseguite nella categoria OG8 “Opere fluviali, di difesa, di sistemazione idraulica e di bonifica”, afferenti ad una qualificazione non posseduta dall'impresa

ausiliata [... OMISSIS ...] La direzione lavori, infatti, pretende di superare tale conferma sostenendo comunque la riconducibilità di talune opere idrauliche afferenti allo scatolare idraulico alla categoria OG3; nello specifico, viene asserito che *“la voce a corpo “Opere Idrauliche” si compone di lavorazioni afferenti alle categorie di lavoro OG3 e OG8. Le opere idrauliche, come intese, si compongono dello scatolare idraulico, realizzato in c.a. e ricadente nella categoria di lavoro OG3, e delle opere di inalveazione, in ingresso e in uscita dallo scatolare idraulico. Le opere di inalveazione ricadono nella categoria di lavoro OG8”*.

Tali deduzioni non si ritengono fondate, posto che tali opere (scatolare idraulico) non appaiono inquadrabili nella categoria OG3, riferita invece espressamente a *“Strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, metropolitane”*; invece afferendo più propriamente alla categoria generale OG8, riguardante *“Opere fluviali, di difesa, di sistemazione idraulica e di bonifica”*, che ricomprende *“la costruzione e la manutenzione o la ristrutturazione di interventi, puntuali e a rete, comunque realizzati, occorrenti per la sistemazione di corsi d’acqua naturali o artificiali nonché per la difesa del territorio dai suddetti corsi d’acqua, completi di ogni opera connessa, complementare o accessoria, nonché di tutti gli impianti elettromeccanici, elettrici, telefonici ed elettronici necessari”*, non essendo peraltro previste nel bando specifiche categorie specialistiche per un diverso inquadramento delle opere in esame.

Tra l’altro, anche a voler prescindere da tali considerazioni, va comunque osservato, in riferimento alla qualificazione posseduta in proprio dall’impresa [... OMISSIS ...], che il raggiungimento della percentuale del 30% circa delle lavorazioni eseguite rispetto all’importo del contratto (pari ad euro 4.086.709,70, di cui euro 540.633,94 per oneri della sicurezza), come rilevato dalla stazione appaltante, supera ogni possibile riferimento alla categoria OG3-II classifica; a ciò si aggiunge l’ulteriore considerazione, da ritenersi dirimente, che la capacità esecutiva dell’impresa appaltatrice non si può valutare in relazione allo stato di avanzamento dei lavori, dovendo piuttosto riferirsi alla qualificazione richiesta ai fini della partecipazione alla gara *de qua*, in ottica anche di salvaguardia della corretta esecuzione della prestazione globalmente intesa, nonché dei principi di *par condicio* degli operatori economici, di trasparenza e correttezza della procedura di gara.

Alla luce di tali considerazioni, si deduce pertanto che le modalità operative adottate nell’esecuzione del contratto non appaiono in linea con il disposto normativo sopra citato, volto a richiedere, tra l’altro, 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”*.

Peraltro, si osserva che in tema di avvalimento SOA è stato 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).

In riferimento all’assolvimento dell’adempimento posto a carico della stazione appaltante,

inerente allo svolgimento delle verifiche circa l'effettivo apporto, in fase di esecuzione, delle risorse dell'impresa ausiliaria oggetto di avvalimento, l'ANAS ha fatto riferimento a diversi ordini di servizio, che si ritengono non idonei ad assolvere il citato adempimento, non documentando tali verifiche e, comunque, non risultando 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.

In esito a quanto venuto in rilievo, pare quindi potersi confermare che nella fase esecutiva dell'appalto, non vi sia 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 nelle Categorie OG3-IV-bis, OG8-III e OG13-I, non posseduta integralmente dall'impresa ausiliata [... OMISSIS ...]; ciò consente di prospettare la sussistenza della violazione da parte dei contraenti (impresa ausiliaria e impresa ausiliata) della disciplina in tema di avvalimento di cui all'art. 89 del Codice, *“pena la risoluzione del contratto d'appalto”*, configurandosi inoltre profili di responsabilità in capo alla stazione appaltante in ordine alla mancata attivazione di iniziative concrete per garantire il rispetto degli impegni contrattuali derivanti dagli avvalimenti, ex art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016.

Da ultimo, in riferimento alla richiesta di documentare l'adempimento dell'obbligo di comunicazione all'ANAC delle dichiarazioni di avvalimento, si prende atto di quanto riferito dalla stazione appaltante in ordine all'avvenuto adempimento di quanto prescritto dalla normativa, di cui all'art. 89, comma 9 del Codice.

In tale contesto, si osserva che la normativa attuale prospetta la risoluzione del contratto d'appalto nel caso in cui si accerti in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto non sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria; si ritiene, pertanto, di sollecitare la stazione appaltante ad adottare ogni opportuna valutazione a fronte dell'accertamento del non corretto ricorso all'istituto dell'avvalimento, valutando altresì, in tale contesto, i presupposti per procedere eventualmente alla risoluzione contrattuale, in relazione alle circostanze del caso e del venire in rilievo di eventuali profili di gravità dell'inadempimento agli obblighi di legge, tenendo presente la fase di avanzamento del contratto, nonché i futuri sviluppi attuativi dello stesso, che dovranno conformarsi alle prescrizioni normative in tema di effettività dell'avvalimento.

Infine, nel prendere atto delle considerazioni svolte da ANAS S.p.a. sulle modalità di esecuzione delle prestazioni di cui alla categoria OS21, affidabili in regime di subappalto secondo la normativa antecedente all'entrata in vigore del DM 248/2016, resta comunque da osservare quanto riferito dalla stazione appaltante relativamente alla protrazione dei lavori oltre il termine originariamente previsto ed all'adozione di una sospensione dei lavori, disposta *“per la redazione del Progetto Costruttivo di Dettaglio delle opere di fondazione dell'opera 15”*, prospettandosi pertanto, alla luce degli elementi in atti, carenze/approssimazioni progettuali, senza la possibilità di riferirsi a circostanze sopravvenute impreviste e/o imprevedibili.

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. n. 41396 del 22.05.2019, 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 SOA nelle Categorie OG3-IV-bis, OG8-III e OG13-I, richiesta ai fini della partecipazione alla procedura di gara in esame;
- di ritenere censurabile l'operato della stazione appaltante ANAS S.p.a., in relazione alla mancata dimostrazione delle verifiche condotte sull'effettività dell'avvalimento e alla mancata attivazione di iniziative concrete per garantire l'attuazione di cui al citato articolo 89;
- di prospettare, in relazione alla protrazione dei lavori oltre il termine originariamente previsto, alla luce degli elementi in atti, carenze/approssimazioni progettuali senza la possibilità di riferirsi a circostanze sopravvenute imprevedute e/o imprevedibili;
- 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 ANAS S.p.a. 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
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2019

Il Segretario *Maria Esposito*