Delibera n. 753 del 23 luglio 2019

Fascicolo n. 266/2019/E

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 – AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI RIFACIMENTO MARCIAPIEDI E MANTI STRADALI - Importo appalto: Euro 612.850,00 - CIG: 7350158642 – Stazione appaltante: Comune di Buccinasco.

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 avvalimento, 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 della procedura di "AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI RIFACIMENTO MARCIAPIEDI E MANTI STRADALI", per un importo dell'appalto pari ad euro 612.850,00.

Considerato in fatto

Con comunicazione prot. 9945 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 Comune di Buccinasco (MI), acquisita al protocollo dell'ANAC al n. 17792 del 04.03.2019, cui è seguita l'allegazione della documentazione ivi elencata, dalla quale si evince in primo luogo che la procedura di gara in oggetto, condotta dalla Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Buccinasco e Melegnano, ha riguardato "Affidamento dei lavori di rifacimento marciapiedi e manti stradali", richiedendosi il possesso della qualificazione SOA nella categoria OG3, classifica II, aggiudicati all'impresa [... OMISSIS ...], per aver offerto un ribasso del 19,68% 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 il requisito concernente la categoria OG3-II, non posseduta dall'impresa esecutrice al momento dell'aggiudicazione, avendo conseguito solo in data 22.03.2019 la relativa attestazione, comportante 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 di quanto segue: • Know-How tecnologico e commerciale e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento; • Il numero di tecnici necessari per le varie tipologie di lavoro, assunti con contratto da distacco, quali:n.1 ingegnere, n.1 architetto, n.1 geometra; • Le attrezzature necessarie all'esecuzione dell'opera, attraverso contratto di noleggio, 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. vedasi scheda elenco mezzi ed attrezzatura allegato; • I mezzi necessari all'esecuzione dell'opera, attraverso contratto di noleggio, quali: Camion con ribaltabile, Escavatori, Mini Escavatori, Furgoni attrezzati, ecc. vedasi scheda elenco mezzi ed attrezzatura allegato*".

In riferimento alla fase di esecuzione dei lavori, viene prodotto il verbale di consegna del 17.09.2018, a firma del RUP del Comune, dal quale far decorrere i termini di esecuzione, fissati contrattualmente in 140 giorni consecutivi, nonché documentazione afferente ad una richiesta in data 31.01.2019, di proroga del termine per l'ultimazione dei lavori, formulata dall'impresa appaltatrice, unitamente alla determinazione di accoglimento della citata proroga, con differimento del termine per l'ultimazione dei lavori al 26.03.2019, indicando le seguenti

motivazioni "*rallentamento nelle fasi di scavo dovuto alla presenza di apparati radicali. Lavorazione aggiuntiva questa già recepita con variante n° 1 senza incremento dei tempi contrattuali. Le lavorazioni si sono in effetti protratte più lungamente del previsto; - condizioni climatiche: l'impresa non ha interrotto le lavorazioni nonostante stia lavorando con temperature anche al di sotto dello zero. Questo comporta una più difficile esecuzione delle lavorazioni di scavo e preparazione*".

Riguardo allo stato di avanzamento dei lavori, vengono prodotti stralci di documentazione contabile (SAL n. 2 e relativo certificato di pagamento etc.), da cui si evince la contabilizzazione di lavori, alla data del 15.01.2019, per un importo globale pari ad euro 260.297,96, precisandosi il mancato intervento di subappaltatori.

Con riguardo alle modalità di attuazione dell'avvalimento, viene trasmessa una specifica relazione del RUP, in carico dal 07.01.2019, dandosi atto che "*Da accertamenti effettuati in corso d'opera, non risulta che la ditta ausiliata abbia al momento utilizzato risorse umane o strumentali dell'impresa ausiliaria, ma solo riconosciuto nei confronti di quest'ultima un acconto dell'importo contemplato nel contratto di avvalimento, pari ad euro 10.00,00 oltre IVA, effettuato nel mese di novembre u.s. (come da bonifico agli atti dell'Ente e che si allega alla presente)*", evidenziando ulteriormente che "*La Società* [... OMISSIS ...], *interpellata sulla questione in occasione di uno degli ultimi sopralluoghi effettuati in fase di esecuzione, comunicava che per le lavorazioni finora svolte non aveva ancora avuto la necessità di attivare le risorse della società ausiliaria poiché i lavori compiuti riguardano essenzialmente marciapiedi ed aiuole, fatto salvo qualche ripristino della sede stradale, ovvero tutte opere realizzabili mediante la propria capacità aziendale*" e che "*Di fatto, i lavori portati a termine e finora liquidati riguardano circa il 50% dell'importo contrattuale e non sono relativi ad opere di rifacimento vero e proprio dei manti stradali (scarificazioni/fresature, stesura strato binder, strato tappetino d'usura, ecc.), che sono invece attività che verranno effettuate nelle prossime settimane e per le quali la Società* [... OMISSIS ...] *ha comunicato di voler attivare il contratto di avvalimento".*

Sulla scorta di tali considerazioni, il Comune di Buccinasco ha concluso rilevando che "*Dall'esame di tutta la suelencata documentazione si evince che la stazione appaltante, rappresentata dal Comune di Buccinasco e facente parte della Centrale Unica di Committenza (C.U.C.) congiuntamente al Comune di Melegnano, ha operato nelle varie fasi costituenti l'appalto di cui trattasi (indizione gara, espletamento gara, controlli post-gara, affidamento provvisorio, affidamento definitivo, controlli in fase di esecuzione, svolgimento dei lavori, ecc.) secondo gli specifici dettami del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.*".

A riscontro dell'avvio del procedimento risulta, altresì, pervenuta la comunicazione del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...], acquisita al protocollo dell'ANAC n. 21134 del 14.03.2019, con la trasmissione della fattura emessa per il prestito dei requisiti e degli estremi del bonifico effettuato 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*".

Infine, risulta pervenuto il riscontro dell'impresa ausiliata [... OMISSIS ...], acquisito al prot. 19663 del 11.03.2019, con il quale, in riscontro alla comunicazione di avvio del procedimento, nel

confermare gli estremi dell'avvenuto pagamento della fattura sopra riportata nei riguardi del Consorzio stabile ausiliario, in merito all'andamento dell'appalto, è stato evidenziato che "*attualmente è stato eseguito circa il 50% dei lavori appaltati, e precisamente sono in fase di ultimazione i lavori di rifacimento dei marciapiedi e delle strade e, allorquando questi saranno ultimati, si procederà alla stesura dei manti stradali*", con l'ulteriore precisazione che "*...sino ad oggi la* [... OMISSIS ...] *non ha avuto necessità di avvalersi di persone e mezzi dell'impresa ausiliaria di cui, peraltro, dovrà avvalersi nel momento in cui eseguirà i lavori rientranti nella categoria OG3 ("manti stradali") oggetto del contratto di avvalimento*" e che "*Alla luce di quanto sopra esposto e documentato si evince che nel caso di specie l'istituto dell'avvalimento è stato correttamente introdotto ed utilizzato dalla* [... OMISSIS ...] *nel rispetto delle disposizioni all'uopo previste dall'art. 89 del d.lgs. 50/2016*".

Con nota prot. 40865 del 21.05.2019, l'Ufficio comunicava ai soggetti interessati dal procedimento le risultanze istruttorie, prospettando di poter confermare che, nella fase esecutiva dell'appalto, non vi sia stato, almeno sino all'epoca dei riscontri forniti, 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 OG3-II classifica, non posseduta dall'impresa ausiliata sino alla data del 22.03.2019; alla luce di tale ipotizzata carenza si prospettava 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, al contempo, profili di responsabilità in capo alla stazione appaltante in ordine all'omessa verifica sul rispetto degli impegni contrattuali derivanti dagli avvalimenti, ex art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016.

Da ultimo, 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*", nella medesima comunicazione delle risultanze istruttorie si evidenziava che nessuna specifica controdeduzione risultava fornita dalla stessa stazione appaltante, richiedendo pertanto uno specifico riscontro documentale, in assenza del quale si prospettava la violazione della normativa di cui all'art. 89, comma 9 del Codice.

Infine, si richiedeva alla stazione appaltante di documentare l'attuale stato di avanzamento dei lavori, dando atto dei presupposti normativi che avevano determinato lo slittamento del termine di esecuzione dei lavori in esito ad una richiamata variante intercorsa, nonché in riferimento allo stato d'avanzamento da parte di [... OMISSIS ...], pari al 50% alla data dell'11.03.2019, che sembrava prospettare un corso dei lavori non coerente con la programmata ultimazione degli stessi.

A riscontro di detta comunicazione pervenivano le note della stazione appaltante Comune di Buccinasco, acquisite al prot. n. 46489 del 10.06.2019 e n. 46837 dell'11.06.2019, con la produzione della relazione del RUP, volta a contestare in primo luogo quanto prospettato nella comunicazione delle risultanze istruttorie in ordine ad una presunta "*omessa verifica sul rispetto degli impegni contrattuali derivanti dagli avvalimenti, ex art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016*", riferendo di avere "*... acquisito quietanza del premio iniziale (pari ad euro 10.00,00 oltre IVA, effettuato nel mese di novembre u.s.) che la ditta ausiliata ha riconosciuto alla ditta ausiliaria quale acconto dell'importo contemplato nel contratto di avvalimento, proprio al fine di verificare l'effettivo avvio e valenza*

dell'impegno contrattuale tra le parti (anche sotto il profilo degli impegni economici)" e che "*La società* [... OMISSIS ...], *è stata interpellata in fase d'esecuzione in merito all'utilizzo delle risorse oggetto d'avvalimento (strumentali e professionali), ma la stessa ha più volte e prontamente comunicato che, per le lavorazioni finora svolte, non aveva ancora avuto la necessità di attivare le risorse della società ausiliaria poichè i lavori compiuti riguardano essenzialmente opere secondarie, ovvero tutte opere realizzabili mediante la propria capacità aziendale*", aggiungendo che "*La capacità aziendale in merito all'appalto in questione è, in qualche modo, attestata anche all'interno dello stesso contratto di avvalimento, nella parte in cui si dice che la ditta ausiliata sia già " ..... tecnicamente ed economicamente organizzata ... " seppur " ... carente del requisito relativo alla Categoria OG3 - II classifica" (poi acquisito, per quanto rilevato dalla Vs. missiva, a far data del 22.03.2019)*".

Al riguardo, la stazione appaltante ha ulteriormente aggiunto che "*I requisiti e le risorse messe a disposizione, sono sì indicate nel contratto, ma non vi è una alcuna specifica sui tempi di attivazione, né specifiche e puntuali indicazioni sulle attrezzature che veramente necessita la ditta ausiliata (l'elenco è l'insieme delle attrezzature che la ditta ausiliaria può mettere a disposizione)"* e che "*In ogni caso, buona parte delle attrezzature sopra citate (sia strumentali che umane), possono effettivamente essere necessarie ed utili per l'esecuzione della restante parte del contratto (ovvero la parte più importante sotto il profilo dei mezzi e delle attrezzature da impiegare, oltre che sotto il profilo delle professionalità tecniche necessarie per il coordinamento delle attività da eseguirsi su sedime stradale e quindi in mezzo alla carreggiata)*", riferendo ancora che "*La Società* [... OMISSIS ...], *di fatti, ha più volte manifestato l'intenzione di attivare il contratto di avvalimento proprio per questa seconda fase di lavorazioni, e si ritiene che l'Ente, in ogni caso, non abbia il potere di confutare tale scelta, anche sulla base dei documenti in suo possesso".*

Riguardo alle verifiche da condurre ai sensi dell'art. 89, comma 9 del codice, risulta ulteriormente riferito che "*In assenza di apposite linee guida o di manuali che disciplinino puntualmente come debba esser svolta l'attività di "verifica" prevista nell'art. 89 del Codice (basterebbe una check list degli adempimenti da dover assolvere), le modalità di svolgimento della stessa sono oggettivamente lasciate in capo all'Ente che, in molti casi, non conoscendo le dinamiche societarie degli operatori economici né, tanto meno, la loro struttura organizzativa, rischia di brancolare nel buio non potendo confutare specifiche scelte aziendali*", aggiungendo che "*In ogni caso, la scrivente Stazione Appaltante ha richiesto e sollecitato già in un paio di occasioni alla Soc.* [... OMISSIS ...], *l'invio di documenti ed informazioni in merito all'avvalimento (qui di seguito allegate), senza però ottenere alcun riscontro (si presume a causa del fermo cantiere ad opera della vigente sospensione lavori)*" e che "*Con la ripresa dei lavori, verranno riavviate le azioni di accertamento del concreto impiego delle risorse oggetto d'avvalimento, ed in caso negativo si provvederà ad inviare apposita comunicazione alla Vs. struttura mediante i canali all'uopo dedicati*".

A tale riguardo, lo stesso Comune di Buccinasco, con nota acquisita al prot. n. 53304 del 02.07.2019, ha prodotto una richiesta di sopralluogo congiunto, inoltrata all'impresa appaltatrice, per verificare "*l'effettivo utilizzo della totalità delle risorse strumentali e professionali contemplate nel summenzionato contratto di avvalimento*".

In merito agli obblighi informativi in ordine alle dichiarazioni di avvalimento, ai sensi dell'art. 89, comma 9 del Codice, lo stesso Ente, a riscontro delle risultanze istruttorie, ha evidenziato che *"le stesse al momento non sono state ancora inserite per problematiche di caricamento*

dati riconducibili al portale ANAC, e per le quali si è attivata/si attiverà apposita richiesta di supporto (Ticket)".

Infine, in ordine alla tempistica per lo svolgimento dei lavori, nel riferire in ordine alla proroga di 50 giorni concessa all'impresa con la determinazione di un nuovo termine dei lavori al 26.03.2019, nonché in ordine ad intercorse tre sospensioni dei lavori, con la precisazione che "*.... di fatto, si può ragionevolmente affermare che i lavori non sono mai ripresi a pieno regime, ...*", il citato Comune ha riferito che "*Alla data odierna si è ancora in regime di sospensione poichè si sta effettuando il coordinamento con l'impresa dell'appalto del verde, per l'organizzazione ottimale del cantiere (sia sotto il profilo della calendarizzazione delle lavorazioni che del coordinamento della sicurezza in fase d'esecuzione)*" e che "*Di fatto, il Settore LL.PP. dell 'Ente è in attesa che il Settore Ambiente porti a compimento il suo appalto, per poi riprendere ed intervenire con le lavorazioni stradali mancanti di competenza* [... OMISSIS ...] *(fresatura e asfaltatura pista ciclabile, fresatura e asfaltatura strade, formazione attraversamento pedonale rialzato, nuova segnaletica stradale, nuova fermata ATM, ecc.)*".

In data 10.06.2019, risulta acquisita la comunicazione prot. n. 46508, con la quale il Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] trasmetteva all'ANAC p.c., il preventivo formulato all'impresa [... OMISSIS ...] per la messa a disposizione di vari mezzi tecnici; seguiva ulteriore comunicazione del medesimo Consorzio Stabile, acquisita al prot. n. 55492 del 09.07.2019, con la quale si sollecitava l'impresa appaltatrice al ritiro dei mezzi messi a disposizione.

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 nella categoria OG3-II, posseduta dalla citata impresa ausiliata solo a far data dal 22.03.2019.

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 tecnici necessari per le varie tipologie di lavoro, assunti con contratto da distacco, quali:n.1 ingegnere, n.1 architetto, n.1 geometra;* • *Le attrezzature necessarie all'esecuzione dell'opera, attraverso contratto di noleggio, 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. vedasi scheda elenco mezzi ed attrezzatura allegato;* • *I mezzi necessari all'esecuzione dell'opera, attraverso contratto di noleggio, quali: Camion con ribaltabile, Escavatori, Mini Escavatori, Furgoni attrezzati, ecc. vedasi scheda elenco mezzi ed attrezzatura 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, facendo sostanzialmente riferimento alla circostanza in base alla quale "*La Società* [... OMISSIS ...], *interpellata sulla questione in occasione di uno degli ultimi sopralluoghi effettuati in fase di esecuzione, comunicava che per le lavorazioni finora svolte non aveva ancora avuto la necessità di attivare le risorse della società*

ausiliaria poiché i lavori compiuti riguardano essenzialmente marciapiedi ed aiuole, fatto salvo qualche ripristino della sede stradale, ovvero tutte opere realizzabili mediante la propria capacità aziendale", con la produzione di documentazione attestante la richiesta dell'utilizzo dei mezzi dell'ausiliaria, intercorsa a giugno 2019.

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".*

In riferimento alle suddette considerazioni svolte, si rileva che, alla luce del sopra richiamato quadro normativo, nella fase iniziale e per tutta la durata dell'appalto dovrà essere assicurato 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).

Ne consegue pertanto, la necessità 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*", il cui apporto non risulta fornito, atteso l'avanzamento dei lavori certificati alla data del 15.01.2019 con il SAL n. 2, per un importo globale pari ad euro 260.297,96, corrispondenti a circa il 50% dell'importo contrattuale, e in ordine a quanto riferito dalla stazione appaltante riguardo alla permanenza delle sospensioni dei lavori.

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, il Comune di Buccinasco ha fatto riferimento alle richieste di informazioni e documenti formulata nei riguardi dell'impresa [... OMISSIS ...], risalenti all'aprile 2019, successivamente all'avvio dell'istruttoria da parte dell'Autorità, trasmettendo inoltre una richiesta di sopralluogo congiunto del 19.06.2019, finalizzata alla verifica dell'effettivo utilizzo "*della totalità delle risorse strumentali e professionali*

contemplate nel summenzionato contratto di avvalimento", nonché corrispondenza intercorsa tra le imprese in ordine all'utilizzo delle risorse dell'ausiliaria, risalente al giugno 2019, che si ritengono non idonei ad assolvere il citato adempimento in relazione al consistente avanzamento dei lavori, certificato al gennaio 2019 nella misura del 50% 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.

Al riguardo, si evidenzia ulteriormente che la normativa succitata introduce anche uno specifico obbligo informativo a carico della stazione appaltante, prevedendo che "*La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità*"; adempimento non ancora svolto in considerazione di asserite "*problematiche di caricamento dei dati riconducibile al portale ANAC, e per le quali si è attivata/si attiverà apposita richiesta di supporto (Ticket)*".

Nel rilevare la produzione in atti di una richiesta di assistenza al contact center dell'ANAC in data 07.06.2019, dunque con una tempistica di gran lunga successiva all'aggiudicazione dei lavori (determinazione del 26.06.2018), pare potersi richiamare la stazione appaltante ad una maggiore solerzia nell'adempimento *de quo*.

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-II, posseduta dall'impresa ausiliata [... OMISSIS ...] solo a far data dal 22.03.2019; 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.

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.

Infine, nel prendere atto delle considerazioni svolte dal Comune di Buccinasco sulla tempistica dei lavori, resta comunque da osservare quanto riferito dalla citata stazione appaltante relativamente alla protrazione dei lavori oltre il termine originariamente previsto, anche oltre la citata proroga concessa all'impresa, in considerazione del protrarsi della sospensione dei lavori per problematiche connesse al coordinamento con altro appalto del Settore Ambiente, prospettandosi pertanto, alla luce degli elementi in atti, problemi di organizzazione interna all'Ente, che nulla hanno a che vedere con l'insorgenza di circostanze sopravvenute impreviste e/o imprevedibili, inerenti alle lavorazioni in esame.

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. 40865 del 21.05.2019, 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 all'attualità, 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 nella Categoria OG3-II, richiesta ai fini della partecipazione alla procedura di gara in esame;
- di ritenere censurabile l'operato della stazione appaltante Comune di Buccinasco, in relazione 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;
- di richiamare il Comune di Buccinasco 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 che il protrarsi della sospensione dei lavori per problematiche connesse al coordinamento con altro appalto del Settore Ambiente sia da ricondurre a problemi di organizzazione interna all'Ente, non ravvisandosi l'insorgenza di circostanze sopravvenute impreviste e/o imprevedibili, inerenti alle lavorazioni in esame;
- 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 Buccinasco 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 1 agosto 2019

Il Segretario *Rosetta Greco*