

DELIBERA N. 360

27 aprile 2021.

Oggetto

Fascicolo n. 2691/2020 – Direttiva Programmatica per l'attività di vigilanza dell'ANAC per il 2020 e connesso Piano Ispettivo. Esiti Accertamenti ispettivi in materia di avvalimento ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016, svolti in collaborazione con la Guardia di Finanza - Nucleo Speciale Anticorruzione - Istruttoria inerente a ""Adeguamento dei locali al Tronchetto per sede uffici vigili urbani - ristrutturazione per allestimento Smart Control Room" - CIG 777148393A. - S.A. INSULA S.p.A.

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

Premessa

Nell'adunanza del 29 luglio 2020, in attuazione della Direttiva Programmatica per l'attività di vigilanza dell'ANAC per il 2020 e del connesso Piano Ispettivo, il Consiglio dell'Autorità ha deliberato di sottoporre ad indagine ispettiva, avvalendosi della collaborazione del personale della Guardia di Finanza ai sensi dell'art. 213, comma 5 del d.lgs. 50/2016, la procedura di gara, contraddistinta con il CIG 777148939A, avente ad oggetto "*Appalto n.02/2019. PA.822 Adeguamento locali al Tronchetto per sede uffici vigili urbani C.I. 14422 CUP F75H18000350001. PA.835 VE.2.2.1.A Smart Control Room Ristrutturazione per allestimento presso sede vigili urbani-Tronchetto (intervento PON METRO) C.I. 14483 CUP F71E16000370007*", aggiudicata dalla società INSULA s.p.a. all'impresa [... OMISSIS ...] - che si è avvalsa dell'istituto dell'avvalimento per la dimostrazione della qualificazione SOA nella categoria OG1 classifica III, richiesta dal bando, nei riguardi dell'impresa ausiliaria [... OMISSIS ...] - volta alla verifica dell'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché dell'effettività del prestito nella fase di esecuzione dell'appalto delle risorse possedute dall'ausiliaria, in relazione agli adempimenti di cui all'art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016 in ordine al riscontro, da parte del RUP, dell'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto, nonché agli obblighi informativi a carico della stazione appaltante relativamente alla comunicazione all'Autorità degli avvalimenti intercorsi nell'ambito della procedura in esame.

Con comunicazione acquisita al prot. n. 4454 del 19.01.2021 la Guardia di Finanza ha trasmesso le risultanze documentali dell'attività ispettiva condotta presso la stazione appaltante in data 24.11.2020, nonché presso l'impresa ausiliaria in data 03.12.2020 e presso l'impresa Ausiliata in data 10.12.2020.

Considerato in fatto

Con nota prot. n. 13341 del 15.02.2021, alla luce degli esiti degli accertamenti comunicati dalla Guardia di Finanza, è stata fornita comunicazione delle risultanze ispettive e dell'avvio dell'istruttoria, nei riguardi della committente INSULA s.p.a. e delle imprese coinvolte, contestando in primo luogo, quanto riferito dal R.U.P. in sede di accertamenti, subentrato nel ruolo in data in data 06.06.2019, secondo cui *"Solo in data 04.06.2020, a seguito della formalizzazione da parte di Anac di una richiesta di informazioni, sono venute a conoscenza del contratto di avvalimento intervenuto in fase di gara"*, con l'ulteriore rappresentazione di avere *"... constatato che in cantiere era sempre presente mediamente una forza lavoro della [... OMISSIS ...] sufficiente alla tipologia di lavorazioni così come programmate in relazione agli spazi di intervento. Anche i mezzi e le attrezzature utilizzate dalla [... OMISSIS ...] durante i lavori risultavano sufficienti al tipo di lavorazioni previste"*, dando ulteriore evidenza che *"Inoltre, esaminando il contratto di avvalimento emerge che alcune attrezzature indicate nel contratto di avvalimento non sarebbero risultate idonee per il tipo di lavorazioni previste, con particolare riferimento alla pala caricatrice, al mini escavatore ed agli autocarri di grosse dimensioni, giacché le lavorazioni in questione riguardavano specificatamente opere di adeguamento da eseguirsi, tutte, all'interno di un immobile esistente"*.

Nell'ambito della predetta comunicazione, risulta inoltre, contestato quanto riferito dalla stessa impresa Ausiliaria [... OMISSIS ...], nel precisare, tra l'altro, che *".....che le risorse materiali, immateriali e umane messe a disposizione nel contratto di avvalimento, non sono state mai richieste né dall'impresa [... OMISSIS ...], né dalla stazione Appaltante. Tale circostanza è stata, tra l'altro, comune a tutti i contratti di avvalimento finora attivati dalla scrivente"*, nonché dando evidenza, riguardo alla disponibilità delle risorse indicate nel contratto di avvalimento, di *"...mezzi erroneamente indicati nel contratto di avvalimento..."*, in quanto *"... non facevano più parte del parco macchine aziendale alla data di stipula del contratto di avvalimento..."*, riferendosi in particolare a *"minipala GEHL 462dx targata [... OMISSIS ...], erroneamente indicata nel contratto di avvalimento in quanto oggetto di furto che a mio ricordo risale al periodo 2010/2012, la stessa Minipala è comunque trascritta nel registro dei cespiti ammortizzabili"* e a *"... pala caricatrice Caterpillar 951b serie 69H3203, anch'essa erroneamente indicata nel contratto di avvalimento in quanto dismessa dall'anno 2012/2013, presente anch'essa nel registro dei cespiti ammortizzabili"*.

Infine, con riguardo agli accertamenti condotti nei riguardi della società appaltatrice [... OMISSIS ...], è stato evidenziato quanto riferito dal rappresentante nel rilevare che *"per quanto riguarda i mezzi e le attrezzature impiegate nel cantiere in questione specifico che sono state utilizzate esclusivamente risorse di nostra proprietà o noleggiate quando servivano, ossia a seguito di specifica variante adottata dalla stazione appaltante per l'adeguamento antisismico di tutta la struttura"* e che *"le risorse strumentali di proprietà dell'impresa ausiliaria [... OMISSIS ...] indicate nel relativo contratto di avvalimento non sono state utilizzate in quanto non ci sono servite"*; anche con riferimento alle risorse umane impiegate in cantiere è stato specificato che *".....è intervenuto sia personale della nostra società che personale specializzato proveniente da distacco aziendale,...."* e che *"le risorse umane della società ausiliaria indicate nel contratto di avvalimento non sono state utilizzate poiché non ci sono servite"*. Risulta inoltre aggiunto che *"... per quanto concerne i riscontri eseguiti dalla stazione appaltante in corso d'opera in termini di apporto da parte dell'ausiliaria dei mezzi, delle attrezzature e delle risorse umane indicate nel relativo contratto di avvalimento, preciso che la stazione appaltante non mi ha mai formulato alcuna richiesta o osservazione in merito"*.

Sulla scorta di tali dichiarazioni è stata prospettata, nella sostanza, la mancata corretta attuazione della normativa di cui all'art. 89 del codice dei contratti, in relazione al mancato apporto dell'impresa ausiliaria, idoneo a supportare l'impresa esecutrice in relazione al possesso della qualificazione SOA richiesta per la partecipazione ai lavori in esame nella categoria OG1, classifica III, configurandosi, al contempo, possibili profili di responsabilità in capo alla stazione appaltante in ordine all'omessa verifica del



contenuto dell'avvalimento e dell'idoneità delle risorse indicate a soddisfare la corretta esecuzione dell'appalto, finanche sul rispetto degli impegni contrattuali derivanti dagli avvalimenti, ex art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016.

A riscontro di tale nota, perveniva la comunicazione della stazione appaltante INSULA S.p.a., acquisita al prot. n. 22508 del 17.03.2021, con la quale veniva preliminarmente rappresentato, con riferimento all'obbligo di cui all'art. 89 comma 9 e alla richiesta di "documentare la trasmissione all'Autorità delle dichiarazioni di avvalimento ai sensi dell'art. 89 del Codice dei contratti", di avere proceduto mediante trasmissione via PEC inviata all'ANAC in data 5 agosto 2019, come da indicazioni ricevute dal Contact Center dell'Autorità.

Con riferimento, invece, alla contestata violazione in ordine allo svolgimento delle verifiche di cui all'art. 89 comma 9 del codice, la stazione appaltante confermava quanto già dichiarato in fase di accertamento ispettivo, rappresentando, nella sostanza, che la gestione del contratto di avvalimento prodotto dalla [... OMISSIS ...] in fase di gara veniva analizzata solo a seguito della richiesta di informazioni dell'ANAC del 4 giugno 2020, riscontrando *"omissioni da parte dell'impresa ausiliata e le omissioni di verifica e controllo da parte della stessa stazione appaltante"*.

Atteso che la conclusione dei lavori è intercorsa in data 30 maggio 2020, INSULA S.p.a. evidenziava che *"lo stato di avanzamento lavori, di fatto, ha richiesto una riflessione sull'opportunità di azionare l'istituto della risoluzione contrattuale, anche avuto riguardo al rispetto del principio civilistico dell'indebito arricchimento in capo alla stazione appaltante, e la volontà di evitare, per quanto possibile, il rischio di conteziosi risarcitori instaurati dall'appaltatore"*.

Veniva tuttavia sottolineato che *"quanto emerso in fase di accertamento ispettivo ad opera di codesta spettabile Autorità costituisce fatto assolutamente impeditivo per l'emissione da parte della scrivente stazione appaltante della certificazione della correttezza dell'esecuzione dei lavori oggetto di appalto"*, evidenziando altresì che era *"evidente che in fase di gare sono state prodotte dichiarazioni mendaci da parte dell'impresa ausiliaria e dell'impresa ausiliata, elementi che consentiranno alla stazione appaltante di assumere i conseguenti provvedimenti"* e che *"Tenuto conto di tutte le circostanze del caso, sarà posto in essere da parte della scrivente stazione appaltante ogni comportamento atto ad impedire che l'impresa ausiliata si possa giovare dei lavori svolti nell'ambito dell'appalto per l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione"*.

Infine la S.A., per evitare nel futuro analoghe omissioni, informava che era *"stata adottata una procedura interna per garantire il perfetto e puntuale rispetto dell'art. 89 del codice dei contratti, procedura i cui passaggi determinanti prevedono:*

- *in fase di gara: obbligo della commissione di gara, nel caso di presentazione del contratto di avvalimento, di consultazione del progettista circa l'adeguatezza dei mezzi e risorse oggetto del contratto di avvalimento;*
- *in fase di aggiudicazione d'appalto: richiesta di produzione da parte dell'impresa ausiliata e verifica da parte della stazione appaltante di tutta la documentazione attestante l'effettiva disponibilità dei beni, risorse umane e certificazioni messe a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria. Il tutto quale condizione necessaria ed essenziale per procedere con la firma del contratto di appalto*
- *in fase di esecuzione: inserimento tra le verifiche obbligatorie in fase di pagamento dei SAL dell'effettiva messa a disposizione di quanto promesso in fase di contratto di avvalimento, certificazione che dovrà avvenire a cura del RUP"*.

Nell'ambito del riscontro dell'impresa [... OMISSIS ...], acquisito al prot. n. 20082 del 09.03.2021, veniva confermato quanto riferito in sede ispettiva, in ordine all'utilizzo di *"...quasi esclusivamente mezzi propri, salvo il noleggio di mezzi, quali MERLO e SOLLEVATORE, che si sono resi necessari a seguito della variante adottata dalla stazione appaltante per l'adeguamento antisismico e che non erano posseduti dalla società ausiliaria, o comunque non indicati tra i mezzi messi a disposizione dalla stessa"*.

Per quanto concerne le risorse umane, analogamente l'impresa evidenziava di avere "... fatto ricorso all'impiego di manodopera specializzato proveniente da altra azienda e impiegata per lavori concernenti gli impianti tecnologici, per i quali non era previsto alcun apporto da parte dell'impresa ausiliaria" e che "In assoluta buona fede, era nostro convincimento essere tenuti ad utilizzare le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria solo qualora le stesse si fossero rese necessarie perché non possedute direttamente dalla nostra società".

Peraltro, la medesima impresa precisava, tra l'altro, di avere "...fatto ricorso ai servizi di una società di professionisti individuata tramite internet....., operante in ambito lavori pubblici (gare di appalto, Raggruppamenti Temporanei di Imprese, Contratti di Avvalimento. etc.), ha individuato quindi l'impresa ausiliaria, ne ha curato il rapporto e ha predisposto il relativo contratto di avvalimento" e che "Non vi erano motivi da parte nostra per dubitare della regolarità e/o idoneità del contratto allo scopo a cui è preposto".

L'impresa concludeva significando, tra l'altro, che "Da parte nostra abbiamo operato in assoluta buona fede, abbiamo adempiuto a tutte le obbligazioni contrattuali assunte e sempre convinti della regolarità degli atti sottoscritti e del rispetto delle leggi e delle disposizioni in genere".

Nessun riscontro risulta pervenuto da parte dell'impresa ausiliaria [... OMISIS ...] in relazione al predetto avvio dell'istruttoria.

Considerato in diritto

Come rappresentato in premessa, l'indagine ispettiva e la conseguente istruttoria ha riguardato la verifica del corretto utilizzo dell'avvalimento, intercorso tra l'impresa esecutrice e l'impresa ausiliaria per la dimostrazione del possesso della qualificazione SOA richiesta per la partecipazione ai lavori in esame nella categoria OG1, classifica III, non posseduta integralmente dall'impresa ausiliata attestata nella categoria OG1, limitatamente alla I classifica, a fronte del possesso, viceversa, della qualificazione nella categoria OG11, classifica III, parimenti richiesta ai fini della partecipazione.

Come rilevabile nelle premesse, dalle dichiarazioni acquisite nel corso degli accessi ispettivi è emerso che l'impresa ausiliata non ha utilizzato i mezzi, attrezzature e manodopera dell'impresa ausiliaria [... OMISIS ...] in forza del predetto contratto di avvalimento in essere, facendosi riferimento alla circostanza, dedotta, tra l'altro, dall'impresa appaltatrice, secondo cui "le risorse strumentali di proprietà dell'impresa ausiliaria [... OMISIS ...] indicate nel relativo contratto di avvalimento non sono state utilizzate in quanto non ci sono servite", estendendosi nella sostanza le medesime considerazioni riguardo all'utilizzo delle risorse umane dell'impresa ausiliaria, parimenti non utilizzate nell'esecuzione dell'appalto.

Tali modalità operative non risultano 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".

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).

Pertanto, risulta innegabile 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, né potendo valere, il convincimento espresso dall'impresa ausiliata di *"...essere tenuti ad utilizzare le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria solo qualora le stesse si fossero rese necessarie perché non possedute direttamente dalla nostra società"*.

Riguardo agli adempimenti richiesti dall'art. 89 nei riguardi della stazione appaltante, si rileva che la stazione appaltante ha espressamente ammesso che *"...Solo in data 04.06.2020, a seguito della formalizzazione da parte di Anac di una richiesta di informazioni, sono venute a conoscenza del contratto di avvalimento intervenuto in fase di gara"*, confermandosi, pertanto, il venire in rilievo dei profili di responsabilità in capo ai soggetti preposti della Stazione appaltante in riferimento alla mancata attuazione del sopra disposto di cui all'art. 89, comma 9, in riferimento alle verifiche che devono essere condotte al fine di accertare l'effettivo utilizzo delle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria.

Peraltro, nella valutazione della rilevanza della mancata corretta attuazione della normativa in tema di avvalimento, va osservato che la condotta della S.A. ha comunque consentito l'avvenuta ultimazione dei lavori, in assenza dell'apporto dell'impresa ausiliaria, tenuto conto che, nell'ambito degli accertamenti ispettivi, è emersa l'avvenuta certificazione dell'ultimazione dei lavori in data 11.06.2020, per lavori già conclusi in data 30.05.2020 salve opere di finitura, dandosi ulteriore evidenza che *"...la società sta elaborando il conto finale ed organizzando la documentazione necessaria alle operazioni di collaudo tecnico amministrativo"*.

Nella valutazione dell'operato della stazione appaltante va, inoltre, osservato quanto emerso in ordine alla mancata idoneità di alcune attrezzature indicate nel contratto di avvalimento con le lavorazioni oggetto dell'appalto, da eseguirsi *"all'interno di un immobile esistente"*; circostanza rilevata dalla medesima stazione appaltante a seguito di una lettura a posteriori del contratto di avvalimento.

Sotto tale profilo, va tenuto presente che, come è noto, l'art. 89 comma 1 prevede che *"...il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria"*; come precisato dalla giurisprudenza *"L'esigenza di una puntuale analitica individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (e l'indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali pubbliche, nella necessità di non consentire facili e strumentali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare (Cons. St., sez. V, 30.11.2005, n. 5396)." (cfr. Consiglio Stato sentenza n. 346 /2016).* Sul punto si richiamano ulteriori pronunciamenti giurisprudenziali tesi a ritenere, in ordine alla determinazione delle risorse impiegate nell'avvalimento, che *"il Legislatore ha inteso anticipare alla fase di predisposizione della documentazione di gara e di redazione del contratto, anche al fine di consentire alla stazione appaltante di verificare ex ante l'adeguatezza degli obblighi assunti dall'ausiliaria e il rispetto delle prescrizioni sui requisiti di partecipazione"* (cfr. TAR Campania sentenza n. 1022/2020).

In tale contesto sembra evidente che il giudizio sulla congruità e sulla sufficienza delle risorse indicate nel contratto di avvalimento diventa quindi il momento cardine per la valutazione dell'applicazione concreta dell'avvalimento, in ordine alla validità del contratto e alla sua idoneità al raggiungimento dello scopo, tenuto conto di quanto precisato dalla giurisprudenza nel ritenere che *"La causa concreta del contratto di avvalimento presenta dunque una funzione peculiare, non solamente diretta a colmare il gap del*

concorrente rispetto ai requisiti di partecipazione, procurandosi risorse finanziarie ed operative di cui lo stesso è carente, ma anche e soprattutto a garantire la stazione appaltante sulla serietà ed affidabilità dell'impresa concorrente e dunque sulla sua idoneità ad eseguire correttamente le prestazioni messe in gara" (cfr. Tar Napoli, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 51), con il richiamo, nella stessa pronuncia, alla *"...necessità di un controllo più penetrante confronti della causa, e di tenere conto della compresenza di più interessi (tra cui quello della stazione appaltante e dei terzi concorrenti estranei all'accordo), verificando in concreto se l'operazione negoziale arrechi effettivamente il possesso di quei requisiti tali da garantire l'affidabilità del concorrente in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto"*.

Sotto tale profilo, le dichiarazioni della Stazione appaltante, rese a seguito di una lettura a posteriori del contratto di avvalimento, in ordine alla mancata coerenza dei mezzi d'opera e delle attrezzature riportate nel contratto di avvalimento, *"...con particolare riferimento alla pala caricatrice, al mini escavatore ed agli autocarri di grosse dimensioni"*, rendono configurabile un ulteriore profilo di addebito nei riguardi della stazione appaltante in ordine alla mancata verifica del contenuto dell'avvalimento e dell'idoneità delle risorse indicate a soddisfare la corretta esecuzione dell'appalto, prospettandosi, peraltro, profili di carenza che renderebbe il predetto contratto di avvalimento inidoneo allo scopo a cui è preposto, con ripercussioni intorno alla validità del medesimo in applicazione dei principi civilistici.

In tale contesto, in merito all'operato della stazione appaltante, va comunque valutata positivamente l'attuale implementazione di una procedura per garantire la corretta attuazione del disposto dell'art. 89 del codice dei contratti, mediante la quale garantire l'assolvimento delle necessarie verifiche sia in fase di gara e stipula del contratto in merito all'adeguatezza dei mezzi e risorse oggetto del contratto di avvalimento e all'effettiva disponibilità dei beni da parte dell'impresa ausiliaria, nonché in fase di esecuzione in ordine alla verifica dell'effettiva messa a disposizione di quanto promesso in fase di contratto di avvalimento, richiamandosi, tuttavia, a tale ultimo riguardo, la necessità di svolgimento di verifiche sistematiche, atte a garantire la regolare esecuzione del contratto per tutta la durata dell'appalto, non limitate, pertanto, alla fase di pagamento dei SAL come prospettato dalla stazione appaltante nell'ambito della rappresentazione operata. Infatti, si ritiene che verifiche condotte unicamente in sede di stati di avanzamento dei lavori, tra i quali possono intercorrere anche tempi non brevi, non consentano un'adeguata vigilanza sull'appalto.

Al riguardo, corre l'obbligo di rammentare il disposto normativo ex art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016, richiamando, in particolare, la precisazione che *"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"*.

Al riguardo, si ritiene che la necessaria messa a disposizione dell'ausiliata dell'intera organizzazione aziendale (comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse), espressamente richiamata nella sopra citata giurisprudenza del Consiglio di Stato, imponga al RUP di verificare con sistematicità ed adeguata frequenza, tenuto conto della natura delle opere e delle connesse fasi realizzative, di concerto con la direzione lavori, i soggetti che operano all'interno del cantiere, rilevando l'eventuale assenza delle risorse e dei mezzi propri dell'impresa ausiliaria.

Conseguentemente, la procedura interna implementata dalla stazione appaltante per garantire *"il perfetto e puntuale rispetto dell'art. 89 del codice dei contratti"*, attinente alla fase dell'esecuzione, non si ritiene possa garantire la dovuta assiduità e costanza nei controlli da parte del RUP, prefigurandosi la necessità di una sua pronta ottimizzazione nei sensi su espressi.

Inoltre, sempre con riferimento alle risorse indicate nel contratto di avvalimento, si evidenzia che le verifiche condotte afferenti all'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, hanno consentito di rilevare - in merito alle risorse indicate nel contratto di



avvalimento, laddove si indicano come mezzi di proprietà dell'ausiliaria *"...quali: Autocarro Fiat fiat iveco 240-42 targato [... OMISSIS ...] – Autocarro astra targato [... OMISSIS ...] – Minipala GHSL 462dx targata [... OMISSIS ...] – Pala Caricatrice caterpillar 951b serie 69H3203. Miniecavatore Komatsu F71936"* – il richiamo a mezzi che *"non facevano più parte del parco macchine aziendale alla data di stipula del contratto di avvalimento..."*, con riferimento in particolare a *"minipala GEHL 462dx targata [... OMISSIS ...]"* e a *"... pala caricatrice Caterpillar 951b serie 69H3203"*, per i quali è stato riferito, rispettivamente, il ricorrere di furto nel periodo 2010/2012 e/o oggetto di dismissione dall'anno 2012/2013.

Come è noto, l'art. 89, comma 1 del codice prevede che *"L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80 nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento....."*, con l'ulteriore precisazione che *"L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente"*, dandosi ulteriore evidenza della previsione normativa, secondo cui *"Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia"*.

In merito a tale profilo, in ordine alla prospettazione circa la mancanza di veridicità dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria in riferimento a mezzi non più disponibili, la medesima stazione appaltante ha riconosciuto *"...che in fase di gara sono state prodotte dichiarazioni mendaci ..."*, risultando necessaria l'adozione delle iniziative procedurali attuative del disposto dell'art. 80, comma 12 del codice dei contratti a carico dei soggetti a cui sono riferibili le dichiarazioni prive di veridicità, alla luce degli atti acquisiti nel corso della procedura di aggiudicazione.

Alla luce di quanto esposto, nel confermare la sussistenza della violazione da parte dei contraenti (impresa ausiliaria e impresa ausiliata) della disciplina in tema di avvalimento, 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 - sia pure prendendo atto dell'avvenuto completamento dei lavori, a fronte dell'avvenuta produzione del certificato di ultimazione emesso in data 11.06.2020 - di sollecitare la stazione appaltante ad adottare ogni opportuna iniziativa a fronte dell'accertamento del non corretto ricorso all'istituto dell'avvalimento, tenuto conto delle circostanze del caso e dell'eventuale venire in rilievo di profili di gravità dell'inadempimento agli obblighi di legge, e comunque a tenere conto dei rilievi in esame nell'ambito dell'accertamento della regolarità delle prestazioni contrattuali eseguite nella citata categoria OG1 da parte di impresa priva dell'adeguata qualificazione, con ripercussioni nell'eventuale spendita, da parte dell'impresa appaltatrice, del CEL riferito ai lavori oggetto di avvalimento per il conseguimento della qualificazione SOA, come già prospettato dalla medesima appaltante nel preannunciare l'adozione di iniziative atte a *"ad impedire che l'impresa ausiliata si possa giovare dei lavori svolti nell'ambito dell'appalto per l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione"*.

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

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 27 aprile 2021

DELIBERA

- di ravvisare 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 nella fase esecutiva dei lavori, non è risultato un effettivo apporto dell'impresa ausiliaria in termini di personale e risorse, idoneo a configurare la messa a disposizione della capacità esecutiva connessa al possesso della qualificazione nella categoria OG1, classifica III, richiesta, tra l'altro, ai fini della partecipazione alla procedura di gara in esame e dell'esecuzione del contratto, non posseduta integralmente dall'impresa ausiliata, con invito alla stazione appaltante a tenere conto dei rilievi in esame nell'ambito dell'accertamento della regolarità dei lavori eseguiti nella citata categoria OG1 da parte di impresa priva dell'adeguata qualificazione, al fine di consentire l'attuazione della normativa in esame;
- di ritenere censurabile l'operato della stazione appaltante, in relazione all'omessa adeguata verifica sul rispetto degli impegni contrattuali derivanti dall'avvalimento, ex art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016;
- di richiamare la medesima stazione appaltante ad una più puntuale verifica del contenuto del contratto di avvalimento in riferimento alla congruità e all'idoneità delle risorse ivi indicate al fine di soddisfare la corretta esecuzione dell'appalto;
- di sollecitare alla medesima stazione appaltante, in riferimento al venire in rilievo della mancanza di veridicità dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria in riferimento a mezzi non più disponibili, l'attivazione delle valutazioni ed iniziative procedimentali attuative del disposto dell'art. 80, comma 12 del codice dei contratti a carico dei soggetti a cui sono riferibili le dichiarazioni prive di veridicità, alla luce degli atti acquisiti nel corso della procedura di aggiudicazione;
- dà mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera ai soggetti già destinatari della comunicazione dell'avvio dell'istruttoria, invitando la stazione appaltante INSULA S.p.a. a comunicare, entro 30 giorni dalla trasmissione della presente delibera, le valutazioni condotte e le determinazioni assunte a fronte dell'accertamento del non corretto ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 maggio 2021

Il Segretario verbalizzante
Maria Esposito

Atto firmato digitalmente