



DELIBERA N. 272

30 marzo 2021

Oggetto

Indagine in tema di avvalimento ex art. 89 del d.lgs. 50/2016, nell'ambito della procedura aperta di gara per l'affidamento di "Accordo quadro di durata biennale con tre operatori economici ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. n° 50/2016 e smi, avente a oggetto l'esecuzione di lavori di manutenzione degli edifici e impianti dell'Azienda Sociosanitaria ligure n° 3". Importo complessivo del contratto euro 5.400.000,00" – S.A. ASL 3 Liguria.

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 28.10.2020 il Consiglio dell'Autorità deliberava l'avvio di una specifica attività d'indagine volta a verificare gli impegni assunti dai Consorzi stabili, nella qualità di imprese ausiliarie, nel triennio 2018/2020 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, in riferimento al campione di procedure, individuato in ragione della rilevanza tra gli appalti esaminati e della ricorrenza dei medesimi Consorzi Stabili nell'assunzione di impegni a prestare i requisiti di qualificazione nell'ambito di diverse gare d'appalto nel periodo di riferimento.

Nell'ambito dell'indagine, è risultata ricompresa, tra l'altro, la procedura aperta di gara per l'affidamento di "Accordo quadro di durata biennale con tre operatori economici ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. n° 50/2016 e smi, avente a oggetto l'esecuzione di lavori di manutenzione degli edifici e impianti dell'Azienda Sociosanitaria ligure n° 3", riferita alla Asl n° 3 - Sistema Sanitario Regione Liguria, aggiudicata, tra l'altro, all'impresa [... OMISSIS ...], con deliberazione n° 144 del 18/03/2020, trattandosi di accordo stipulato con più operatori economici ai sensi dei commi 4 e 5 dell'art. 54 del d.lgs. 50/2016, in cui la S.A. dà atto di privilegiare il criterio della rotazione per l'esecuzione delle prestazioni, con il richiamo al comma 4 lett. a) del medesimo articolo.

Considerato in fatto

Con comunicazione prot. n. 92714 del 04.12.2020, in esito ad approfondimenti preliminari presso la stazione appaltante per l'acquisizione di documentazione utile dell'appalto – che ha permesso di individuare lo stato dell'iter della procedura e l'ambito dell'avvalimento - è stato comunicato l'avvio del

procedimento istruttorio, finalizzato ad acquisire puntuali elementi conoscitivi e documentali in ordine alle modalità adottate per l'attuazione dell'istituto dell'avvalimento ai sensi del predetto art. 89 del codice, cui ha fatto ricorso l'operatore economico [... OMISSIS ...], risultato affidatario congiuntamente ad altri due operatori, nei riguardi, da ultimo, del Consorzio [... OMISSIS ...] e dell'Impresa [... OMISSIS ...], nella qualità di ausiliarie, per la dimostrazione della qualificazione SOA, rispettivamente, nelle categorie OG 01 - IV, OG 03 - II, OS 03 - II, OS 30 - II e nelle categorie OS 06 - III, OS 07 II, richieste dal bando, nonché del requisito della cifra d'affari ottenuta con lavori svolti mediante l'attività diretta ed indiretta non inferiore a tre volte l'importo a base di gara previsto, nonché a verificare il corretto utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, nella fase di esecuzione del contratto, in relazione all'effettività del prestito da parte della impresa ausiliaria dei mezzi e requisiti dichiarati in sede di gara ed al rispetto degli adempimenti di cui all'art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016, in ordine al riscontro, da parte del RUP, di tale effettivo impiego.

A riscontro di tale nota, è pervenuta la comunicazione della committente Azienda Sociosanitaria figure n° 3, acquisita al prot. n. 98342 del 24.12.2020, con allegata documentazione, nella quale si dà atto delle vicende che avevano comportato, da parte dell'impresa appaltatrice, la sostituzione di un precedente Consorzio ausiliario, colpito da informazione Antimafia interdittiva ex artt. 84, 89-bis e 91 del d.lgs. 159/2011 e smi, con l'ingresso delle due imprese ausiliarie Consorzio [... OMISSIS ...] e dell'Impresa [... OMISSIS ...], dando evidenza, in ordine alle modalità di svolgimento delle prestazioni nelle more delle verifiche nei riguardi delle ausiliarie subentranti, che *"con nota pec prot. n° 78893 del 18/06/2020 (trasmessa per opportuna conoscenza ed eventuale competenza anche alla Prefettura di Bologna procedente nei confronti dell'Ausiliario interdetto) questa S.A. rappresentava che sino all'esito delle verifiche della regolarità dei soggetti indicati, poteva procedere solo a un'immissione parziale e condizionata alla fase esecutiva dell'Accordo, limitata all'Impresa [... OMISSIS ...] e a contratti attuativi (ordini di lavoro) per cui fosse sufficiente la capacità tecnico-economica dalla direttamente posseduta, come comprovata in analogia a quanto disposto ex art. 90 DPR 207/2010 (per lavori di importo inferiore a € 150.000). Contestualmente si richiedeva pertanto a [... OMISSIS ...] elenco dei lavori effettuati dall'Impresa nelle categorie oggetto dell'Accordo Quadro, accompagnato dalle copie delle relative fatture e dalla restante documentazione richiesta ex art. 90 D.P.R. 207/2010"*.

La stessa Stazione appaltante riferiva ulteriormente, tra l'altro, che *"con nota pec prot. n° 100267 del 4/08/2020 rappresentava alla [... OMISSIS ...] di ritenere di procedere all'immissione contrattualmente prevista della stessa alla fase esecutiva (pertanto con avvalimento dei nuovi OE Ausiliari), fatta salva la clausola risolutiva espressa sopra richiamata dell'Accordo Quadro sottoscritto il 5/05/2020 e ogni propria migliore tutela"*, in ragione della circostanza che non risultava *".....ancora pervenuto nulla-osta Antimafia dalle Prefetture di competenza"* e comunque dell'intervenuta decorrenza dei *"...termini di legge ai sensi degli artt.84, 88 e 89-bis D.Lgs. 159/2011 e smi"*.

In ordine allo svolgimento dell'effettiva fase di esecuzione del contratto, risulta evidenziato dalla medesima stazione appaltante - dando preliminarmente evidenza che la stessa si trova ancora nel periodo iniziale, con la produzione di un SAL che attesta alla data del 28.10.2020 un avanzamento dei lavori pari ad euro 115.280,64 - che *"... dai monitoraggi del primo semestre eseguiti dalla DL e dallo scrivente RUP per conto della SA risulta che gli importi degli affidamenti di lavori assegnati alla [... OMISSIS ...] che hanno dato origine al primo SAL, di cui si allega copia unitamente a copia del Registro di contabilità, sono stati singolarmente inferiori ai € 150.000 e di natura tale per cui l'Impresa in questione ha potuto farvi fronte con mezzi propri, in quanto in possesso di requisiti tecnico-organizzativi sufficienti ex art. 90 del DPR 207/2010"*, con la precisazione che *"resta inteso che, in conformità alla vigente normativa, per gli affidamenti all'Impresa [... OMISSIS ...] di lavori di importo superiore a € 150.000 o richiedenti capacità tecnico-organizzativa dalla stessa non possedute in proprio dovranno intervenire gli*



OE ausiliari, che hanno dimostrato di possedere risorse e mezzi necessari a supporto dell'Impresa ausiliata', dando evidenza di procedere "a un costante monitoraggio della fase esecutiva tramite gli organi tecnici preposti".

In riferimento agli obblighi di comunicazione ex art. 89 c. 9 del Codice, la stessa Stazione appaltante ha riferito che *".....sono in corso contatti con la competente componente della piattaforma ANAC per risolvere alcune problematiche tecniche e adeguare il profilo del RUP (attualmente ancora quello del precedente, di recente cessato dalle sue funzioni per collocamento a riposo)".*

Con successiva comunicazione acquisita al prot. n. 898 del 07.01.2021, indirizzata, tra l'altro, anche nei riguardi della medesima impresa, la medesima stazione appaltante informava ulteriormente che *"con nota della Prefettura di Treviso rubricata Fasc. n° 2019004465 - Prot. in uscita n° 0105305 Area I – Antimafia del 30/12/2020 (ns. prot. n° 176102 del 31/12/2020)..... è stato trasmesso alla scrivente Stazione Appaltante il provvedimento Fasc. n° 2019004465 con il quale è stata adottata informazione antimafia interdittiva ai sensi degli artt. 84, 89-bis e 91 del D.Lgs. 159/2011 nei confronti del CONSORZIO [... OMISSIS ...], indicato quale Impresa Ausiliaria da codesto Operatore Economico", e, rivolgendosi all'impresa appaltatrice, assegnava 15 giorni *".....per ricevere, entro e non oltre il 22/01/2021, esaustivi chiarimenti e idonea documentazione relativa alla sostituzione ex art. 89 c. 3 D.Lgs. n° 50/2016 e smi dell'Ausiliario....."*, dando evidenza al contempo che *"...codesta Impresa è pertanto interdetta con effetto immediato dall'avvalimento del soggetto indicato, che consentiva la fruizione dei requisiti concernenti le Categorie OG 1 – IV, OG 3 – II, OS 3 – II, OS 30 – II" e che *".....nell'attuale fase interinale questa S.A. non può che procedere nei confronti di codesta Impresa a disporre cautelatamente una prosecuzione solo parziale e condizionata dell'esecuzione dell'Accordo quadro, con riferimento ai soli contratti attuativi (ordini di lavoro) per cui sia sufficiente la capacità tecnico-economica direttamente posseduta o posseduta tramite ricorso al secondo contratto di avvalimento....., riferito ai requisiti concernenti le Categorie OS 6 – III (FINITURE DI MATERIALI LIGNEI, PLASTICI, METALLICI) e OS 7 – II (FINITURE DI NATURA EDILE)".***

Con comunicazione acquisita al prot. n. 97265 del 22.12.2020, risulta pervenuto, altresì, il riscontro dell'impresa appaltatrice, con allegata documentazione, nell'ambito del quale – nel confermare di avere fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione prescritti dalla documentazione di gara, ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016, in quanto non in possesso delle certificazioni SOA per lavorazioni e classifiche richieste dalla Stazione Appaltante - risulta precisato, in primo luogo, che *"nei contratti di avvalimento stipulati, le due imprese ausiliare, Consorzio [... OMISSIS ...] e [... OMISSIS ...], hanno prestato alla Scrivente le attestazioni SOA richieste per le lavorazioni di cui all'accordo quadro e si sono, altresì, obbligate verso l'impresa Ausiliata e nei confronti della stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente l'impresa Ausiliata".*

Con riferimento alla fase esecutiva, risulta ulteriormente evidenziato che *"i Direttori dei Lavorihanno proceduto con la consegna dei relativi lavori in data 29 giugno 2020, specificando, conseguentemente, che il termine ultimo di scadenza dell'accordo quadro è stabilito al 31 maggio 2022" e che *"dalla recente data di consegna dei lavori, avvenuta peraltro in noto periodo di emergenza epidemiologica da COVID-19 che ha comportato obiettivi rallentamenti nella gestione dei lavori pubblici con conseguenti necessità, anche legislativamente regolate, di adattamento dei cantieri e delle relative fasi e costi di gestione alla normativa e agli oneri connessi alla gestione del fenomeno epidemico stesso, la Stazione Appaltante ha dato parziale e iniziale esecuzione al contratto di appalto con la Scrivente attraverso notifica di diversi ordini di servizio"*, con l'ulteriore precisazione che *"sono ordini, come si potrà ben leggere, che richiedono semplici attività di manutenzione e riparazione, con importi**

esigui, come peraltro asseverato dall'unico certificato di pagamento allo stato emesso, allegato anch'esso alla presente, del 29 ottobre 2020, per l'importo totale di euro 114.704,24".

Sulla scorta di tali considerazioni l'impresa affidataria ha ulteriormente precisato che "considerato il rilevante n. di ordini di servizio, il contenuto degli stessi, il ridotto importo, come sopra evidenziato, la Scrivente impresa, dotata di adeguata capacità tecnico-professionale, non ha rilevato alcuna carenza strutturale, professionale ed organizzativa nella esecuzione delle parti di lavorazioni affidate dalla Stazione Appaltante e ha, invero, riscontrato un numero di risorse a disposizione dei predetti lavori in realtà di gran lunga superiore alle effettive e temporaneamente specifiche esigenze del cantiere in oggetto", rilevando infine che "è fuor di dubbio che, nel corso dell'esecuzione dei lavori, la cui durata come anticipato è fissata sino al 31 maggio 2022, la [... OMISSIS ...] adopererà le ingenti e qualificate risorse, messe a disposizione dalle imprese ausiliarie come da contratti di avvalimento, che si renderanno necessarie per lo svolgimento di attività maggiormente complesse e per le quali è certamente necessario fare ricorso alle disponibilità delle imprese ausiliarie".

Risulta inoltre pervenuta con comunicazione acquisita al prot. n. 96154 del 17.12.2020 il riscontro del Consorzio ausiliario, volto a fornire una propria interpretazione del disposto dell'art. 89 del codice dei contratti, riferendo che "Tale è, dunque l'oggetto della prestazione di contratto richiamato dalla norma: la messa a disposizione delle risorse richiamate nel medesimo. Pertanto, la fruizione da parte dell'impresa ausiliata di tali risorse è sì vincolata, ma si sostanzia nell'obbligato ricorso a mezzi, personale etc. posto a disposizione dell'ausiliaria e non da soggetti altri estranei ad ogni qualsivoglia relazione inerente la gara aggiudicata, dunque in elusione delle verifiche dell'ente appaltante", e che "nel caso che ci occupa, né l'Ente Appaltante, né l'Impresa Ausiliata, non hanno ritenuto necessaria la presenza di risorse", confermando che "...nel procedimento in oggetto, il citato impegno a mettere a disposizione le risorse rimane pienamente concretizzato nei confronti dell'impresa ausiliata per l'esecuzione dei lavori e per tutta la durata dell'appalto", con la precisazione comunque che "nel caso che ci occupa, né l'Ente Appaltante, né l'Impresa Ausiliata, non hanno ritenuto necessaria la presenza di risorse dell'ausiliaria nel cantiere in oggetto, indipendentemente dall'effettiva utilità di queste ultime per le attività concretamente poste in essere".

Riguardo ai flussi finanziari intercorsi con l'impresa esecutrice, risulta evidenziato che "In data 23/06/2020 è stata emessa PROFORMA di FATTURA N. 10/2020 di importo € 16.712,28 + IVA per un totale complessivo di € 20.388,98...", con la precisazione che "alla data del 15/12/2020 sono state incassate n°2 rate per un totale di € 6.796,32.....", senza fornire specifici elementi di conoscenza relativamente alla titolarità dei mezzi indicati nel contratto di avvalimento.

Infine, con comunicazione, acquisita al prot. n. 98111 del 23.12.2020, risulta pervenuto il riscontro dell'impresa ausiliaria [... OMISSIS ...], nell'ambito del quale risulta evidenziato, con riguardo alle modalità di apporto delle risorse della medesima ausiliaria, che "l'impresa, nelle varie fasi delle lavorazioni oggetto di avvalimento, fornirà il tecnico, le squadre di operai e i mezzi d'opera in numero adeguato e necessario come indicato dall'art. 2 del Contratto di Avvalimento. Le stesse saranno quantificate ai sensi dell'ultimo paragrafo dell'art. 8 del citato contratto", dando evidenza di avere appreso ".....dalla comunicazione ricevuta in data 21.12.2020 dalla [... OMISSIS ...], che c'è stata la stipula del Contratto e la consegna lavori in data 29 giugno 2020 che ha comportato l'esecuzione di limitate attività di manutenzione e riparazione. Al momento da parte nostra non è stata emessa alcuna fattura per il prestito di requisiti che sono mantenuti a disposizione. Di conseguenza non esistono atti contabili attestanti l'intercorso movimento finanziario sotteso al pagamento delle suddette fatture e documenti contabili/fiscali", con la produzione, tra l'altro, della documentazione attestante la titolarità dei mezzi d'opera oggetto di avvalimento.



Considerato in diritto

Come rappresentato in premessa, l'istruttoria ha riguardato la verifica del corretto utilizzo dell'avvalimento, intercorso tra l'impresa esecutrice e le due imprese ausiliarie, intercorso per la dimostrazione della qualificazione SOA nelle categorie e classifiche richieste dal bando di gara, afferenti a OG 01 - IV, OG 03 - II, OS 03 - II, OS 30 - II e nelle categorie OS 06 - III, OS 07 II, non posseduta dall'impresa aggiudicataria, nonché del requisito della cifra d'affari ottenuta con lavori svolti mediante l'attività diretta ed indiretta non inferiore a tre volte l'importo a base di gara previsto.

Dalle risultanze emerge che l'impresa ausiliata, almeno sino alla data dei riscontri forniti, non ha utilizzato, nell'ambito dell'accordo quadro di durata biennale in essere con la ASL n. 3 Liguria, i mezzi e/o attrezzature oggetto di avvalimento, in forza dei due contratti di avvalimento in essere, seppure sia stato dato avvio dell'esecuzione delle prestazioni in data 29.06.2020, a fronte di ordini di lavori emessi per lavorazioni da eseguire a partire dalla predetta data e del processo e dal verbale di consegna prodotto dalla medesima impresa appaltatrice.

Ciò emerge sia dalle dichiarazioni rese dalla stazione appaltante, dando evidenza di avere assegnato lavori *"..... inferiori ai € 150.000 e di natura tale per cui l'Impresa in questione ha potuto farvi fronte con mezzi propri, in quanto in possesso di requisiti tecnico-organizzativi sufficienti ex art. 90 del DPR 207/2010"*, avendo proceduto *"a un'immissione parziale e condizionata alla fase esecutiva dell'Accordo,..."*; in quanto non risultava *".....ancora pervenuto nulla-osta Antimafia dalle Prefetture di competenza"* e comunque dell'intervenuta decorrenza dei *"...termini di legge ai sensi degli artt.84, 88 e 89-bis D.Lgs. 159/2011 e smi"*, successivamente pervenuto mediante acquisizione di informazione antimafia interdittiva ai sensi degli artt. 84, 89-bis e 91 del d.lgs. 159/2011 nei confronti del CONSORZIO STABILE ausiliario, manifestando la volontà di consentire anche in tale caso, nelle more della sostituzione ex art. 89 c. 3 d.lgs. n° 50/2016 e smi dell'Ausiliario, *"...cautelamente una prosecuzione solo parziale e condizionata dell'esecuzione dell'Accordo quadro, con riferimento ai soli contratti attuativi (ordini di lavoro) per cui sia sufficiente la capacità tecnico-economica direttamente posseduta o posseduta tramite ricorso al secondo contratto di avvalimento....."*.

Tali modalità operative non si ritengono 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. 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"*.

E' evidente che il sopra richiamato disposto normativo, al fine di evitare un utilizzo meramente cartolare dell'istituto dell'avvalimento, salvaguardando al contempo le capacità esecutive sottese al rilascio dell'attestazione di qualificazione, ha espressamente richiesto l'effettivo utilizzo di quanto messo a disposizione da parte dell'ausiliaria, potendosi a tale riguardo richiamare la giurisprudenza che ha avuto modo di ritenere, già nella fase di affidamento dell'appalto, non coerente con la normativa in materia i contratti di avvalimento qualora *"...l'impegno assunto fosse "condizionato e meramente eventuale, pertanto equivoco e non attuale, rendendo l'avvalimento inidoneo a determinare il prestito del requisito"*

mancante dell'impresa concorrente con conseguente sua doverosa esclusione dalla procedura di gara" (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 4630/2016; Tar Puglia, Lecce, sent. n. 907/2016; Tar Reggio Calabria, sent. n. 1/2014);" (cfr. TAR Piemonte sentenza n. 798/2020).

In particolare, per quanto concerne l'avvalimento in tema di attestazione SOA, la giurisprudenza ha ulteriormente 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.

In tale contesto risulta non condivisibile l'interpretazione prospettata dal Consorzio ausiliario della disciplina dell'avvalimento, limitando la portata del disposto normativo, per la corretta attuazione dell'istituto dell'avvalimento, alla mera *"messa a disposizione"*, prospettando un utilizzo meramente cartolare dell'istituto non coerente con il disposto sopra richiamato.

Né il mancato apporto risulterebbe giustificabile alla luce delle considerazioni svolte dalla stazione appaltante, facendosi riferimento agli importi dei singoli *"..contratti attuativi (ordini di lavoro)..."* e ritenendo *".. sufficiente la capacità tecnico-economica dalla direttamente posseduta, come comprovata in analogia a quanto disposto ex art. 90 DPR 207/2010 (per lavori di importo inferiore a € 150.000)"*.

A tale riguardo si precisa preliminarmente che la stazione appaltante, come rilevabile dallo stesso capitolato speciale d'appalto, ha specificato che gli interventi che formano oggetto dell'Accordo Quadro sono quelli di manutenzione ordinaria e straordinaria, richiedendo, in relazione all'intero importo complessivo delle prestazioni oggetto dell'Accordo Quadro, pari a euro 4.800.000,00, la qualificazione SOA, suddivisa in opere per edifici civili e industriali, finiture di natura edile, impianti idrico sanitario, cucine, lavanderie, strade e relative opere complementari, finiture di materiali lignei, plastici, metallici, impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi, non posseduta dall'impresa [...OMISSIS...] e dimostrata mediante avvalimento.

Oltre a ciò si evidenzia che gli interventi di manutenzione oggetto del contratto si riferiscono a lavori da attuare anche simultaneamente e su siti diversi, come confermato dalle indicazioni rinvenibili dal capitolato speciale in merito all'attuazione del principio di rotazione tra i tre operatori economici affidatari - laddove si definisce il numero massimo di lavori affidabili contemporaneamente (otto o due a seconda dei relativi importi) a ciascuna delle imprese con la possibilità, tra l'altro, di estensione, prevedendo che *"Pertanto non potrà accedere a nuovi appalti con relativo Ordine prima di avere effettuato la regolare ultimazione di almeno uno di essi, sottoscritta dalla Direzione dei Lavori"* e che *"in deroga alla disposizione di cui ai commi precedenti potranno essere autorizzati dal RUP ulteriori Ordini per inderogabili e motivate esigenze di sicurezza o di strategia aziendale"* - richiedendosi pertanto per l'esecuzione del contratto capacità esecutive, organizzative e tecniche che vanno oltre il singolo ordinativo, dimostrate con il possesso della qualificazione richiesta in sede di gara.

Pertanto, alla luce di quanto esposto, parrebbe evidenziarsi che i requisiti di qualificazione dell'impresa appaltatrice, nella fase d'esecuzione del contratto, non si possano valutare in relazione ai singoli



interventi eseguiti in attuazione del suddetto accordo quadro, quanto piuttosto all'importo dell'affidamento e delle categorie e classifiche richieste ai fini della partecipazione alla gara de qua e per la successiva esecuzione dei lavori, in considerazione dell'esigenza di soddisfare le garanzie richieste dalla stazione appaltante in tema di capacità nell'ambito di una visione globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto, in ottica anche di salvaguardia dei principi di par condicio degli operatori economici, di trasparenza e correttezza della procedura di gara.

Dalle ulteriori dichiarazioni fornite dalla stazione appaltante pare confermarsi, altresì, il mancato svolgimento delle specifiche verifiche, espressamente richieste dal Codice dei contratti, che devono essere rivolte ad accertare l'effettivo impiego, nell'esecuzione dell'appalto, delle risorse oggetto di avvalimento o comunque la mancata attivazione di iniziative per consentire il rispetto della citata disposizione normativa, non risultando infatti idonea la motivazione resa a supporto della mancata necessità di utilizzo delle risorse dell'ausiliaria, giustificata con il riferimento all'esiguità degli importi degli ordini dei lavori conferiti, per le ragioni sopra esposte.

Nell'ambito delle deduzioni svolte dalla Stazione appaltante, si rileva altresì, come sopra accennato, che l'Ente committente, in esito all'acquisizione della notizia della predetta interdittiva antimafia ai sensi degli artt. 84, 89-bis e 91 del d.lgs. 159/2011 a carico del Consorzio Stabile ausiliario, ha dato atto di consentire *"una prosecuzione solo parziale e condizionata dell'esecuzione dell'Accordo quadro, con riferimento ai soli contratti attuativi (ordini di lavoro) per cui sia sufficiente la capacità tecnico-economica direttamente posseduta o posseduta tramite ricorso al secondo contratto di avvalimento....."*.

In relazione a tale profilo, nel richiamare le predette considerazioni in ordine alla necessità di assicurare in tutte le fasi dell'esecuzione del contratto il possesso della capacità esecutiva prevista per la partecipazione e l'esecuzione del contratto, si rileva, altresì, che, come è noto, il codice dei contratti richiede il possesso dei requisiti soggettivi indistintamente a tutti coloro che - a qualsiasi titolo - prendano parte alla gara, ivi compresi i soggetti ausiliari ai sensi dell'art. 89 del codice, non risultando possibile nei riguardi dell'aggiudicataria la possibilità di avvalersi dei requisiti propri dell'ausiliaria nei cui riguardi sia intervenuta l'interdittiva antimafia; in tale ipotesi, il terzo comma del citato art. 89 è chiaro nel prevedere che la stazione appaltante debba imporre all'aggiudicatario la sostituzione dell'ausiliaria in relazione alla quale sussista un motivo obbligatorio di esclusione.

In tale contesto, non risulterebbe ammissibile la prospettata prosecuzione del rapporto di appalto con la predetta impresa aggiudicataria in assenza e nelle more della predetta sostituzione, in relazione alle lavorazioni interessate dall'avvalimento, anche se di importo inferiore a 150.000,00, in relazione alla necessità di garantire la corretta capacità esecutiva per tutta la durata contrattuale.

Alla luce di quanto esposto, nel tener conto del limitato stato d'avanzamento dell'accordo quadro, documentato nel corso dell'istruttoria, si rende necessario assicurare per il futuro il puntuale rispetto della normativa di settore, di cui all'art. 89 del codice, garantendo che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali delle imprese ausiliarie, di cui all'oggetto dei contratti di avvalimento, tenendo conto, nel caso di specie, nel venire in rilievo l'avvalimento della qualificazione SOA, della necessità di assicurare 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 hanno consentito di acquisire l'attestazione di qualificazione oggetto di avvalimento.

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 30 marzo 2021

DELIBERA

- di ravvisare la non corretta applicazione dell'art. 89 del d.lgs. 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 delle imprese ausiliarie, in termini di personale e risorse, idoneo a configurare la messa a disposizione della capacità esecutiva connessa al possesso della qualificazione nelle categorie e classifiche OG 01 - IV, OG 03 - II, OS 03 - II, OS 30 - II, OS 06 - III, OS 07 II richieste ai fini della partecipazione alla procedura di gara in esame e dell'esecuzione del contratto, in assenza di qualificazione posseduta in proprio dall'impresa aggiudicataria [... OMISSIS ...];
- di ritenere censurabile l'operato della stazione appaltante Asl n° 3 - Sistema Sanitario Regione Liguria, in relazione all'omessa adeguata verifica sul rispetto degli impegni contrattuali derivanti dall'avvalimento, ovvero in relazione, comunque, alla mancata attivazione di iniziative per consentire il rispetto della citata disposizione normativa ex art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016;
- di richiamare la medesima stazione appaltante ad una più puntuale applicazione della normativa di settore al fine di soddisfare la corretta esecuzione dell'appalto;
- 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 Asl n° 3 - Sistema Sanitario Regione Liguria a comunicare, entro 30 giorni dalla trasmissione della presente delibera, le valutazioni condotte e le determinazioni assunte al fine di garantire una corretta attuazione dell'istituto dell'avvalimento.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 aprile 2021

Il Segretario verbalizzante
Maria Esposito

Atto firmato digitalmente