



Presidente

Alla Città Di Bordighera
Ufficio Lavori Pubblici
Al Responsabile
[... OMISSIS ...]
Al Responsabile del Procedimento
[... OMISSIS ...]
PEC: [... OMISSIS ...]

All'Impresa Appaltatrice
[... OMISSIS ...]
In persona del Legale Rappresentante
PEC: [... OMISSIS ...]

All'Impresa ausiliaria
[... OMISSIS ...]
In persona del Legale Rappresentante
PEC: [... OMISSIS ...]

Fasc. Anac n. 4974/2023

Oggetto:

"Lavori di riposizionamento con salpamento e rimessa in pristino massi smossi e parziale nuova fioritura scogliera pennello capo S. Ampelio – Bordighera (IM) – Progetto riparazione danni a seguito di mareggiata del 29/30 ottobre 2019 - Gara CUC n. 6/2019 - CUP [... OMISSIS ...]– CIG [... OMISSIS ...]". – Nota di definizione dell'istruttoria a firma del Presidente ai sensi dell'art. 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Nell'esercizio del potere di vigilanza ex art. 222, comma 3 del d.lgs. 36/2023, che ha sostituito il precedente art. 213, comma 3 del d.lgs. 50/2016, con nota prot. 95910 del 27.10.2023 e con successiva comunicazione prot. 33876 del 12.03.2024, è stata inoltrata richiesta informativa all'Ente comunale di Bordighera, al fine di acquisire puntuali elementi conoscitivi e documentali in ordine alle modalità adottate per l'attuazione dell'istituto dell'avvalimento ai sensi dell'allora vigente art. 89 del d.lg. 50/2016, cui ha fatto ricorso l'operatore economico [... OMISSIS ...] nei riguardi del [... OMISSIS ...], nella qualità di ausiliaria, per la dimostrazione della qualificazione nella categoria OG7, I classifica, richiesta ai fini della partecipazione alla procedura indetta ai sensi dell'allora vigente articolo 36, comma 2 lettera c) del decreto legislativo n. 50/2016, per un importo complessivo dei lavori pari ad euro 216.152,11. Ciò anche nell'ottica di 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, in ordine al riscontro, da parte del RUP, di tale effettivo impiego.

In risposta a tale richiesta informativa risulta pervenuto in data 19.03.2024 il riscontro completo della Stazione appaltante, a fronte di una prima risposta non esaustiva, acquisito al protocollo dell'Autorità al n. 36490 del 19.03.2024 e successive integrazioni per la trasmissione della documentazione richiesta.

Nel merito la Stazione appaltante – nel dare atto di trasmettere il contratto di avvalimento contenente l'indicazione delle risorse umane e strumentali messe a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria e le dichiarazioni attestanti il possesso da parte della ditta ausiliaria dei requisiti generali di cui all'art.80 nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento - con specifico riferimento all'effettivo impiego delle risorse oggetto del contratto di avvalimento, coinvolgente l'ausiliaria [... OMISSIS ...], ha precisato che *"L'impresa esecutrice ha indicato nel proprio Piano di Sicurezza e Coordinamento l'impiego anche di maestranze messe a disposizione dalla ditta ausiliaria"* e che *"il RUP con nota prot. n. 27345 del 11/11/2019 ha incaricato il Direttore dei Lavori e Coordinatore della Sicurezza in fase di Esecuzione di verificare l'effettivo intervento della ditta ausiliaria nel processo di realizzazione dei lavori"*.

Con riferimento ai controlli svolti dalla Direzione Lavori, la Stazione appaltante ha precisato che *"Il direttore dei lavori ha svolto tutte le verifiche, ha regolarmente compilato il giornale dei lavori e relazionato in merito al regolare svolgimento dei lavori, all'adeguatezza delle maestranze operanti in cantiere, all'idoneità delle attrezzature e dei materiali utilizzati; successivamente all'ultimazione dei lavori nei tempi previsti, ha emesso il Certificato di Regolare Esecuzione"*, risalente al 15 giugno 2020.

In allegato risulta inoltre prodotta una nota del Direttore dei Lavori del 20.11.2019, in risposta ad una richiesta del RUP, con la quale lo stesso comunicava *"...sentito l'Appaltatore... che il supporto tecnico del soggetto ausiliario verrà fornito sia attraverso la messa a disposizione del proprio layout, sia attraverso l'utilizzo di un subappaltatore locale specializzato del settore per la posa in opera dei massi da scogliera"*.

Dalle risultanze documentali acquisite emerge, pertanto, che l'impresa ausiliaria, con il contratto di avvalimento del 18.07.2019, si era obbligata 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 risultava carente la medesima impresa aggiudicataria, facendo riferimento a *"a) Know-How tecnologico e commerciale,.....: Responsabile Tecnico con qualifica di: Ingegnere e/o Architetto e/o Geometra e/o Perito; b) Il numero necessario di Squadre tipo, i cui nominativi verranno comunicati prima dell'inizio dei lavori con le specifiche del relativo contratto applicatocosì come di seguito meglio specificati: .- 1 Operaio Specializzato C.C.N.L. 3° Liv.; ..- 1 Operaio Qualificato C.C.N.L. 2° Liv.; ..- 1 Operaio Comune C.C.N.L. 1° Liv. c) I mezzi necessari all'esecuzione dell'opera, 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., nel rispetto dell'art. 89, comma 9 del d.lgs 50/2016 e s.m.e.i. così come meglio specificati nell' ELENCO MEZZI ALLEGATO alla presente, quale parte integrante e sostanziale. d) 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"*.

Orbene, in relazione alla corretta attuazione di tale obbligo da parte del soggetto ausiliario, teso a consentire all'impresa appaltatrice di avvalersi della qualificazione SOA ai fini della partecipazione alla gara e della corretta esecuzione dei lavori – al di là della verifica dell'adeguatezza dei mezzi messi a disposizione non risultando prodotto il relativo elenco - viene in rilievo l'applicazione dell'art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016, secondo cui *"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'.

Come già precisato dall'Autorità, con riferimento alle disposizioni del previgente codice, "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" mettendo in evidenza 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) (cfr. Delibera N. 85 del 27 gennaio 2021). La stessa giurisprudenza ha precisato che "nel caso di avvalimento che abbia ad oggetto l'attestazione SOA oggetto di prestito è l'intero apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all'esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074 in cui si è ulteriormente specificato che "tale risultato (la disponibilità dell'intero complesso produttivo, n.d.s.) si potrebbe ottenere con un contratto di affitto di azienda o di ramo di azienda, ma la peculiarità di questa modalità di collaborazione tra imprese, che fa transitare l'avvalimento nella atipicità o, come altri dice, nella transtipicità, sta nel fatto che non si verifica il trasferimento definitivo dell'azienda, ma solo, appunto, una sua temporanea e parziale messa a disposizione per la singola gara e per il tempo necessario all'esecuzione del contratto d'appalto")" e che "è necessaria l'effettiva integrazione dei complessi aziendali dell'avvalente e dell'ausiliaria; diversamente, il contratto di avvalimento si risolve in una "scatola vuota" ossia in un trasferimento documentale cui non corrisponde alcun reale intervento dell'ausiliario nell'esecuzione dell'appalto, e, in definitiva, ove non si disponga diversamente, nell'affidamento dell'opera ad un concorrente che si è dichiarato incapace di eseguirla nella sua interezza" (cfr. Cons. Stato, sentenza n. 00169/2022).

Tale principio risulta ad oggi codificato nell'art. 104 comma 2 del d.lgs. 36/2023, secondo cui " .. Qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, o di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta".

Pertanto, risulta innegabile che, già alla luce del disposto di cui all'art. 89, comma 9 del previgente Codice, entro cui si colloca la procedura in esame, la messa a disposizione dell'intera organizzazione aziendale da parte dell'impresa ausiliaria doveva essere accompagnata dall'effettivo impiego di tali risorse da parte dell'impresa ausiliata, prevedendo espressamente la legge, quale conseguenza di un'eventuale omissione, la risoluzione del contratto d'appalto.

Orbene, a fronte di tali disposizioni, dagli atti trasmessi, ed in particolare dalle dichiarazioni rese dalla D.L., emerge che l'impresa ausiliaria avrebbe fornito il proprio apporto tecnico e strumentale "attraverso la messa a disposizione del proprio layout", risultando, inoltre, richiamato l'intervento del Consorzio ausiliario nell'esecuzione del contratto, "attraverso l'utilizzo di un subappaltatore locale specializzato del settore per la posa in opera dei massi da scogliera".

Al di là della genericità della locuzione adoperata, che non risulta supportata da un'adeguata relazione esplicativa della Stazione appaltante, in merito all'effettivo apporto dell'impresa ausiliaria parrebbe assumere rilevanza quanto rilevato in atti, secondo cui "L'impresa esecutrice ha indicato nel proprio Piano di Sicurezza e Coordinamento l'impiego anche di maestranze messe a disposizione dalla ditta

ausiliaria", potendosi fare riferimento alle maestranze riportate nel POS che è stato fornito dalla Stazione appaltante.

In tale documento risulta evidenziato, tra l'altro, che *"l'Impresa Ausiliaria metterà a disposizione un operaio qualificato e un mezzo d'opera, che sono sufficienti, insieme al personale e ai mezzi e/o attrezzature della ditta subappaltatrice e dell'Impresa aggiudicataria, a svolgere i lavori da eseguire"*, facendo riferimento a personale e mezzi dell'impresa ausiliaria, non corrispondenti alle risorse organiche e materiali riportate nel contratto di avvalimento.

Tale contributo - al di là dell'effettivo apporto intervenuto (non risultando documentata dalla Stazione l'effettiva presenza in cantiere delle predette risorse per tutta la durata dell'appalto) - non parrebbe comunque idoneo ad integrare la messa disposizione dell'intero apparato aziendale sotteso alla qualificazione SOA, nei predetti termini precisati dalla giurisprudenza (cfr. altresì Cons. Stato - Adunanza Plenaria sentenza n. 22/2020)

Né si può sostenere che l'apporto dell'impresa ausiliaria possa ritenersi soddisfatto attraverso *"l'utilizzo di un subappaltatore"* terzo, laddove in tale modo si violerebbe il contenuto degli obblighi del soggetto ausiliario di mettere a disposizione le proprie risorse nell'esecuzione dell'appalto, consentendo all'impresa appaltatrice di conseguire la necessaria capacità tecnica e professionale sottesa alla qualificazione SOA.

Peraltro, la scelta di ricorrere al subappalto compete all'impresa appaltatrice, ivi compreso lo svolgimento degli adempimenti conseguenti, consentendosi in tale ottica che l'ausiliario possa assumere il ruolo di subappaltatore per l'esecuzione dei lavori nei limiti dei requisiti prestati.

Si tenga infatti presente che l'art. 89, comma 8 del previgente d.lgs. 50/2016, prevede che *"il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati"*.

In tale contesto, parrebbe potersi osservare, in linea generale, che consentire al soggetto ausiliario di effettuare la scelta di supportare il soggetto affidatario mediante l'utilizzo di un subappaltatore – oltre a violare il disposto dell'art. 89, comma 6 del d.lgs. 50/2016 all'epoca vigente secondo cui *"L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto"* – realizzerebbe comunque un'ingerenza dell'ausiliario che va oltre il necessario supporto tecnico, determinando una sostituzione del medesimo soggetto ausiliario nelle scelte operative nella conduzione dell'appalto, non coerenti con le disposizioni normative all'epoca vigenti e con il divieto di cessione del contratto di appalto ai sensi dell'art. 105, comma 1 del d.lgs. 50/2016.

Sul punto si richiama quanto dedotto dall'Autorità secondo cui *"l'istituto dell'avvalimento, consentendo agli operatori economici privi di determinati requisiti tecnico-professionali o economico-finanziari previsti per la partecipazione ad una determinata gara di avvalersi di tali requisiti provenienti da altro operatore economico che ne è in possesso, ha come fine precipuo quello dell'ampliamento della platea dei potenziali concorrenti e non anche quello di accollare le prestazioni contrattuali oggetto di appalto all'impresa ausiliaria e che l'esistenza di un avvalimento c.d. tecnico od operativo, com'è peraltro quello individuato nel caso in esame, non contraddice tale finalità in quanto, la messa a disposizione dell'impresa avvalente di mezzi d'opera e di personale da parte dell'impresa ausiliaria non determina una sostituzione, totale o parziale, della prima nell'esecuzione dell'appalto, ma consente, nei casi in cui oggetto dell'avvalimento non siano i soli requisiti di carattere economico-finanziario (e, in particolare, il fatturato globale o specifico), solo la creazione di un "supporto" tecnico-logistico-formativo a favore dell'impresa avvalente che potrà così essere sostenuta nell'esecuzione diretta delle prestazioni contrattuali, mentre la Stazione appaltante avrà la garanzia che nonostante l'affidataria non abbia i requisiti tecnico-professionali che la legge di gara richiedeva questa sia comunque in grado di eseguire a regola d'arte i lavori, i servizi o le forniture oggetto di affidamento;"* e che *"qualora l'appaltatore intendesse affidare a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di*

appalto dovrebbe ricorrere al subappalto (art. 105 del Codice), che parimenti all'avvalimento ha la funzione di favorire la partecipazione alle gare anche delle piccole, medio e micro imprese ma si colloca nella fase esecutiva (e non in quella di gara) e prevede tutta una serie di limiti e condizioni specifiche che lo differenziano formalmente e sostanzialmente dall'avvalimento (anche al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare);" (cfr. Delibera n. 125 del 16 marzo 2022).

Al di là di tali considerazioni, che snaturerebbero il ruolo del soggetto ausiliario, va comunque tenuto presente il contenuto del subappalto intercorso, laddove l'autorizzazione è stata rilasciata per "Lavori di posa in opera dei massi" per l'importo di € 69.129,00, poi incrementato di ulteriori euro 23.581,84, pari al 40% dell'importo contrattuale. Ne consegue che i lavori sono stati eseguiti dall'impresa aggiudicataria quanto meno nella misura del 60%, senza un'adeguata dimostrazione di un effettivo apporto del Consorzio Stabile ausiliario, in termini di personale e risorse materiali, idoneo a configurare la messa a disposizione della capacità esecutiva connessa al possesso della qualificazione nella categoria OG7, richiesta ai fini della partecipazione alla procedura in esame e per l'esecuzione dei lavori. Ciò, tenuto peraltro conto che l'importo dei lavori ha subito un incremento nel corso dell'esecuzione dell'appalto, a seguito di perizia di variante, che ha modificato l'importo contrattuale da euro 172.824,78 ad euro 231.779,43.

In tale contesto, va sottolineato che l'apporto dell'impresa ausiliaria si rilevava indispensabile per la corretta esecuzione dei lavori, laddove l'impresa appaltatrice [... OMISSIS ...], alla data di indizione della procedura di cui alla lettera di invito del 18.07.2019, non risultava in possesso di valida attestazione SOA, laddove l'attestazione di qualificazione conseguita nel 2012 risultava scaduta in data 07.05.2015, senza ricomprendere la categoria OG7, risultando successivamente conseguita l'attestazione di qualificazione, abilitante anche per la categoria OG7-I classifica, solamente in data 11.05.2021, successivamente alla fine dei lavori, certificata in data 25.05.2020.

In riferimento all'ulteriore profilo di accertamento, in ordine alla corretta attuazione dell'art. 89, comma 9 del previgente codice - riguardante lo svolgimento delle verifiche, da parte del RUP, volte ad accertare che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria - si evidenzia ulteriormente che la stazione appaltante ha fatto presente che il RUP ha incaricato il Direttore dei Lavori e Coordinatore della Sicurezza in fase di Esecuzione di verificare l'effettivo intervento della ditta ausiliaria nel processo di realizzazione dei lavori, fornendo al riguardo un unico riscontro della D.L., volto ad evidenziare che il supporto tecnico del soggetto ausiliario sarebbe stato "fornito sia attraverso la messa a disposizione del proprio layout, sia attraverso l'utilizzo di un subappaltatore locale specializzato del settore per la posa in opera dei massi da scogliera".

Tali produzioni documentali non evidenziano l'effettivo svolgimento di accertamenti, volti a rilevare, da parte del RUP, l'effettiva spendita delle risorse di cui al contratto di avvalimento per tutta la durata dell'appalto, non risultando peraltro neppure identificate le modalità con cui si è realizzato l'apporto dell'impresa ausiliaria, a mente di quanto precisato dalla giurisprudenza in merito alla necessità della messa a disposizione, da parte dell'ausiliaria, dell'intera organizzazione aziendale che le ha consentito di acquisire l'attestazione di qualificazione. Né possono assumere rilievo le considerazioni della Stazione appaltante nel rilevare che la Direzione Lavori avrebbe "... regolarmente compilato il giornale dei lavori e relazionato in merito al regolare svolgimento dei lavori, all'adeguatezza delle maestranze operanti in cantiere, all'idoneità delle attrezzature e dei materiali utilizzati.", non dando specifica evidenza delle modalità di verifica dell'apporto dell'impresa ausiliaria.

Al riguardo, parrebbe potersi osservare che lo svolgimento di accertamenti in tal senso, in corso di esecuzione, avrebbe consentito di verificare l'effettivo adempimento degli obblighi discendenti dal contratto di avvalimento, con conseguente possibile applicazione dell'art. 89, comma 9 del d.lgs.

50/2016 in merito alla risoluzione del contratto, cui la Stazione appaltante avrebbe potuto fare ricorso, tenuto conto delle circostanze del caso e dell'eventuale venire in rilievo di profili di gravità dell'inadempimento agli obblighi di legge. Inoltre, comunque si osserva che l'adeguatezza o meno dell'apporto delle risorse e mezzi, da parte dell'impresa ausiliaria, avrebbe dovuto essere valutata dalla Stazione appaltante nell'ambito dell'accertamento della regolarità dei lavori eseguiti nella citata categoria OG7, posto il mancato possesso in capo all'impresa appaltatrice, all'epoca dell'appalto, di adeguata qualificazione SOA. Viceversa, l'appalto è stato ultimato senza alcun rilievo, risultando intervenuta la certificazione di regolare esecuzione, senza alcun richiamo in ordine alle modalità di attuazione dell'avvalimento, che non risulta neppure citato.

Alla luce delle considerazioni istruttorie svolte, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 24 luglio 2024 ha disposto la trasmissione della presente nota, ritenendo di confermare che non è stato dimostrato, nella fase esecutiva dei lavori, un effettivo apporto dell'impresa ausiliaria [... OMISSIS ...], in termini di personale e risorse, idoneo a configurare la messa a disposizione della capacità esecutiva connessa al possesso della qualificazione nella categoria OG7, non posseduta dall'impresa aggiudicataria.

In tale contesto, si formula invito nei riguardi della Stazione appaltante e delle Imprese coinvolte a voler tener conto per il futuro di quanto specificatamente dedotto e rilevato nella presente comunicazione in vista di un più puntuale rispetto della normativa di settore, di cui all'art. 89 del d.lgs. 50/2016, come ad oggi sostituito dall'art. 104 del d.lgs. 36/2023, assicurando, per l'intera durata del contratto di appalto, l'effettività del prestito di cui alle risorse del contratto di avvalimento e garantendo l'adempimento e la tracciabilità da parte della Stazione appaltante delle verifiche condotte in corso d'opera ai sensi dell'allora citato art. 89, comma 9 del previgente codice, come ad oggi previsto dall'art. 104 comma 9 del d.lgs. 36/2023, sul corretto utilizzo dell'istituto dell'avvalimento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente