



Delibera n. SSG

del 12 giugno 2019

Fascicolo n. 265/2019/A

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 – "Procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016, per l'affidamento di un Accordo Quadro, ai sensi del comma 3 art. 4 del D.Lgs. 50/2016 relativo ai lavori di Manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili ERP e a reddito del Comune di Napoli, da compiere nel territorio di Napoli e Provincia" - GARA nº 6542566 - LOTTO 3 - CIG 68327313FE - Importo lotto: euro 3.500.000,00.

# Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto 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 TELEGARE nella qualità di impresa ausiliaria e i lavori affidati all'impresa ausiliata ATI CO.GES.AP Soc. Coop / Zaira Soc Soc. Coop., nell'ambito della "Procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016, per l'affidamento di un Accordo Quadro, ai sensi del comma 3 art. 4 del D.Lgs. 50/2016 relativo ai lavori di Manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili ERP e a reddito del Comune di Napoli, da compiere nel territorio di Napoli e Provincia", GARA n° 6542566 - LOTTO 3 - CIG 68327313FE, di importo d'appalto per ogni singolo lotto pari a euro 3.500.000,00.



## Considerato in fatto

Con comunicazione prot. n. 16806 del 28.02.2019 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 CO.GES.AP. Società Cooperativa di Produzione e Lavoro risultato affidatario, per la dimostrazione dei requisiti con il ricorso all'avvalimento, di quanto messo a disposizione dal Consorzio Stabile TELEGARE 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 Napoli Servizi S.p.a., acquisita al protocollo dell'ANAC al n. 25244 del 27.03.2019, con allegata documentazione, dalla quale si evince in primo luogo che la procedura di gara in oggetto ha riguardato un accordo quadro per gli anni 2018-2022, di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili ERP e a reddito del Comune di Napoli, il cui valore per ogni singolo lotto ammonta ad un totale di euro 3.500.000,00, richiedendosi il possesso della qualificazione SOA nella categoria OG1, classifica IV, nonché nella categoria OG11, classifica III bis.

Con riferimento al lotto 3, la stessa società committente ha evidenziato l'intervenuta aggiudicazione del lotto citato all'ATI CO.GES.AP Soc. Coop / Zaira Soc Soc. Coop., in possesso della qualificazione nella categoria OG1, limitatamente alla classifica I.

Pertanto, in riferimento ai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa aggiudicataria, risulta prodotto in atti il contratto di avvalimento intercorso tra l'ausiliaria Consorzio Stabile TELEGARE e l'ausiliata CO.GES.AP. Società Cooperativa di Produzione e Lavoro, avente ad oggetto il requisito concernente la categoria OG1, posseduta dall'ausiliaria nella classifica VII, contenente l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto, oltre al requisito oggetto di avvalimento, quanto segue: "Know-How tecnologico e commerciale e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento; • Il numero di addetti necessari per le varie tipologie di lavoro, assunti con contratto da distacco, quali:n.1 Capo Cantiere, n.1 Operai Specializzati, n.1 Operai Qualificati, n.1 Operai Comuni, n.1 addetto alla Qualità aziendale e alla Sicurezza in cantiere; • Le attrezzature necessarie all'esecuzione dell'opera, 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. • I mezzi necessari all'esecuzione dell'opera, attraverso contratto di noleggio, quali: Camion con ribaltabile, Escavatori, Mini Escavatori, Furgoni attrezzati".

In riferimento allo stato di avanzamento dei lavori, risulta rilevato che "la Napoli Servizi S.p.A. ha, fino ad oggi, commissionato alla CO.GES.AP. lavori di manutenzione che non hanno mai superato l'importo di  $\epsilon$  100.000,00 cadauno", sostenendo che "dunque, possono essere eseguiti direttamente dalla summenzionata impresa titolare del contratto di esecuzione dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili ERP e a reddito del Comune di Napoli con la Napoli Servizi, in quanto in possesso della OG 1 class I (valida per la esecuzione di lavori sino ad  $\epsilon$  250.000,00)".

In riferimento alla richiesta contenuta nell'avvio procedimentale, di documentare le verifiche svolte in corso di esecuzione ai sensi dell'art. 89, c. 9 del d.lgs. 50/2016, nonché l'adempimento agli obblighi di comunicazione all'ANAC, la stazione appaltante ha evidenziato che "il Responsabile Unico del Procedimento, non avendo mai attivato singoli interventi del valore superiore ad € 250.000,00, non si è trovato nella condizione di porre in essere, ai sensi dell'art. 89 D.lgs. 50/2016 "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", nonché ad accertare "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", aggiungendo sul punto che "tutto ciò premesso, è fuori dubbio che, in caso di affidamento di lavori di importo superiore ad € 250.000,00, fermo restando la validità del contratto di avvalimento ed i relativi reciproci obblighi delle parti, il Responsabile Unico del Procedimento provvederà immediatamente ad attivare la richiesta all'ausiliaria dei mezzi e delle risorse dedotte nel contratto di avvalimento ai sensi dell'art. 89 comma 9 d.lgs. 50/2016'.

A riscontro dell'avvio del procedimento risulta, altresì, pervenuta la comunicazione del Consorzio Stabile TELEGARE, acquisita al protocollo dell'ANAC n. 24901 del 27.03.2019, nella quale risulta evidenziato che "a tutt'oggi non ci sono fatture emesse per il prestito dei requisiti" e che "a tutt'oggi non abbiamo ricevuto nessuna richiesta riguardante la messa a disposizione di persone e mezzi", allegando le comunicazioni intercorse.

Infine, risulta pervenuto il riscontro dell'impresa ausiliata CO.GES.AP. Società Cooperativa di Produzione e Lavoro, acquisito al prot. 25119 del 27.03.2019, con il quale risulta evidenziato, tra l'altro, che "allo stato i lavori commissionati dalla Stazione Napoli servizi hanno riguardato opere manutentive piuttosto elementari, di risibile valore economico e difficoltà tecnica, con la conseguenza che non si è ancora ad oggi creato il presupposto per la necessità di ottenere il supporto tecnico della ditta ausiliaria Consorzio Stabile Telegare" dando atto che "tutti i lavori commissionati e sinora eseguiti dalla CO.GES.AP. non hanno superato l'importo di € 100.000,00 e che, dunque, possono essere tranquillamente eseguiti direttamente dalla scrivente in possesso della OG1 I (valida per la esecuzione di lavori sino ad €250.000,00)", e sottolineando che "allo stato, dunque, a nessun titolo il RUP era tenuto ad effettuare, ai sensi dell'art. 89 D.lgs. 50/2016 "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...". La stessa impresa, inoltre, ha ritenuto di evidenziare che "restano ferme ed impregiudicate tutte le risorse, i mezzi e gli obblighi assunti dalla ditta ausiliaria nei confronti della Stazione appaltante e, in particolare, resta in ogni caso ferma ed impregiudicata la responsabilità solidale assunta dal Consorzio TELEGARE direttamente nei confronti della Napoli Servizi in ordine alla corretta esecuzione delle opere" e che "in caso di affidamento di lavori di importo superiore ad € 250.000,00 la scrivente provvederà immediatamente ad attivare la richiesta alla ausiliaria dei mezzi e delle risorse dedotte nel contratto di avvalimento anche in vista della verifica che, a quel punto, il RUP dovrà necessariamente avviare ai sensi dell'art. 89 comma 9 d.lgs. 50/2016".

In ordine alla richiesta di trasmissione delle fatture emesse per il prestito dei requisiti, dei relativi atti contabili nonché dei documenti contabili comprovanti la messa a disposizione e l'effettivo utilizzo dei mezzi e risorse dell'impresa ausiliaria, la stessa impresa ha ulteriormente rappresentato che "essi non esistono in quanto, sino ad ora, non sono stati effettuati pagamenti al Consorzio Stabile Telegare" e che "ad ogni modo, non si comprende quale sia l'interesse nell'acquisizione dei detti documenti contabili atteso che trattasi di vicende di natura privatistica che attengono esclusivamente la COGESAP e la sua ausiliaria e non già la sfera pubblicistica e, dunque, i rapporti con la Stazione appaltante", concludendo nel rilevare che "l'appalto de quo procede in maniera regolare, i lavori sono effettuati a regola d'arte e non ci sono contestazioni di sorta da parte della P.A.", formulando infine istanza di essere sentita in audizione personale ai sensi dell'art. 16 del regolamento e "Di poter prendere visione ed estrarre copia di tutti i documenti del procedimento di cui in oggetto, con particolare riferimento alle eventuali segnalazioni che, ai sensi dell'art. 5 del regolamento, hanno eventualmente dato il via al procedimento stesso".

Con nota prot. n. 34970 del 02.05.2019, l'Ufficio comunicava ai soggetti interessati dal procedimento le risultanze istruttorie, prospettando di poter confermare che nella fase esecutiva dell'appalto non vi era stato 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 OG1-IV, non posseduta dall'impresa ausiliata CO.GES.AP. Società Cooperativa di Produzione e Lavoro, con conseguente violazione da parte dei contraenti (impresa ausiliaria e impresa ausiliata) della disciplina in tema di avvalimento, "pena la risoluzione del contratto d'appalto",

configurandosi inoltre 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.

Si osservava, inoltre, quanto riferito dalle imprese in ordine all'inesistenza di fatture ascrivibili al rapporto contrattuale di avvalimento, rilevando tra l'altro che nell'ambito della procedura di gara risultava richiesta, ai fini della partecipazione, anche la qualificazione nella categoria OG11, classifica III-bis, che parrebbe non posseduta dall'ATI aggiudicataria CO.GES.AP Soc. Coop / Zaira Soc Soc. Coop., laddove l'impresa CO.GES.AP Soc. Coop risultava sprovvista di tale requisito, né lo stesso risultava integralmente posseduto dall'impresa mandante, né tantomeno risultava richiamato nell'ambito dell'avvalimento prodotto in atti il prestito connesso alla categoria OG11.

Nella medesima comunicazione si assegnava il termine di venti giorni per il riscontro, con la precisazione che, relativamente alla richiesta di audizione formulata dall'impresa CO.GES.AP Soc. Coop ai sensi dell'art. 16 del Regolamento di vigilanza, la stessa non risultava accoglibile, non ravvisandosi elementi suscettibili di approfondimenti in sede di audizione, rilevandosi al contempo che il procedimento in esame risultava attivato d'Ufficio in assenza di specifiche segnalazioni di terzi, suscettibili di istanza d'accesso.

A riscontro di detta comunicazione perveniva la nota della stazione appaltante Napoli Servizi S.p.a., acquisita al prot. n. 40464 del 20.05.2019 con la quale, in riferimento al rilievo circa il mancato riscontro in merito allo svolgimento delle verifiche in corso d'opera in ordine all'effettività dell'avvalimento, ha riferito che "a norma dell'art. 89 c. 9 D.Lgs. 50/2016, la scrivente ha provveduto ad attivare le stesse con nota Prot n. 29009/19 del 20/05/2019, trasmessa per conoscenza anche a codesta Autorità"; in allegato risulta trasmessa una richiesta del 20.05.2019, acquisita per conoscenza dall'ANAC al prot. n. 40396 del 20.05.2019, alle imprese volta a chiarire "se vi sia stato apporto dell'impresa ausiliaria idoneo a supportare l'impresa esecutrice in relazione al possesso della qualificazione SOA richiesta per la partecipazione dei lavori in oggetto", con l'espresso avviso che "in mancanza di riscontro entro i 7 gg solari e consecutivi dalla ricezione della presente, la Scrivente attiverà in autotutela le procedure volte alla risoluzione del contratto d'appalto".

Per quanto concerne, invece, l'invito formulato nella comunicazione delle risultanze istruttorie a Napoli Servizi S.p.a. di documentare l'adempimento dell'obbligo di comunicazione all'ANAC ai sensi dell'art. 89 c. 9 del Codice, la stessa stazione appaltante ha evidenziato che "tale adempimento è stato posto in essere con la relativa registrazione sul portale ANAC, come da documentazione che si allega".

Infine, relativamente alla prospettata anomalia circa il possesso della qualificazione nella categoria OG11, non completamente posseduta dall'ATI e non oggetto di avvalimento, la medesima Stazione appaltante ha evidenziato che "... in corso di gara, a seguito di alcuni quesiti posti dalle ditte concorrenti (quesiti n. 1/3/8/12/18/25 allegati alla presente ai nn. 1,2,3,4,5,6), questa Stazione Appaltante ha risposto alle FAQ specificando che:" 1) E' possibile partecipare alla gara con l'OG1-V e OG11-III dichiarando però il subappalto necessario del 30% di quest'ultima categoria (...).". Nel caso di specie, all'esito dell'aggiudicazione, la scrivente ha provveduto ad acquisire la dichiarazione attestante la ditta subappaltatrice e la relativa certificazione SOA. Si evidenzia altresì che alla predetta procedura ed in particolare per il lotto in questione hanno partecipato n. 38 Aziende e che alcun rilievo è stato avanzato alla Stazione Appaltante in ordine ai lavori della Commissione di Gara".

A riscontro della suddetta comunicazione delle risultanze istruttorie, risulta inoltre pervenuta la nota del Consorzio Stabile TELEGARE, acquisita al prot. n. 40429 del 20.05.2019, con la produzione della corrispondenza intercorsa tra il medesimo Consorzio e l'impresa ausiliata CO.GES.AP Soc. Coop in riferimento alle richieste di pagamento del corrispettivo dell'avvalimento.

A tale comunicazione seguiva l'ulteriore nota del Consorzio prot. n. 42268 del 27.05.2019, con la quale, in risposta alla richiesta della Napoli Servizi S.p.a. di chiarire gli apporti forniti dall'impresa ausiliaria, ha evidenziato che "alla data odierna l'ATI CO.GES.AP. SOC. COOP. / ZAIRA SOC. COOP.,



per i lavori di cui in oggetto, non ha richiesto alcun intervento all'Impresa Ausiliaria ai sensi dell'art. 89 c. 9 del D.Lgs 50/2016 e ss. mm. ii".

A riscontro alla comunicazione delle risultanze istruttorie risulta pervenuta la nota dell'impresa ausiliata CO.GES.AP Soc. Coop, acquisita al prot. n. 41011 del 22.05.2019 con la quale, richiamando le precedenti osservazioni in ordine ai limitati importi delle opere manutentive ad oggi commissionati da parte della Napoli Servizi S.p.a., che non avrebbero evidenziato la necessità di ottenere il supporto tecnico della ditta ausiliaria Consorzio Stabile Telegare, ha contestato le risultanze istruttorie, laddove veniva evidenziato che la capacità esecutiva dell'impresa appaltatrice non si possa valutare in relazione ai singoli interventi commissionati, quanto piuttosto all'importo del lotto oggetto di affidamento e della qualificazione richiesta ai fini della partecipazione alla gara de qua.

In particolare, l'impresa ha rilevato che "sebbene l'accordo quadro avesse un valore complessivo di  $\in 3.500.000,00$  allo stato sono stati attivati due soli contratti attuativi pari ad  $\in 600.000,00$  ed  $\in 3.50.000,00$  (per opere OG1 e OG11)" e che "ad ogni modo, i suddetti contratti attuativi hanno riguardato non già opere di manutenzione straordinaria ma una moltitudine di piccoli lavori sporadici di manutenzione ordinaria degli 8000 immobili di ERP del Comune di Napoli e di minimo importo (tra  $\in 7.50,00$  fino ad  $\in 3.5.000,00$ ) effettuati "a chiamata" e, dunque, non simultaneamente", precisando ulteriormente che "non è dunque chiaro in che modo o secondo quale logica la scrivente società, in possesso di una SOA valida per effettuare lavori sino ad  $\in 2.50.000,00$  avrebbe dovuto avvalersi delle risorse di altra ditta per effettuare lavori di  $\in 7.50,00$ ".

Sulla scorta di tali considerazioni, l'impresa asserisce quindi che "l'art. 89 stabilisce l'obbligo di effettuazione diretta delle opere da parte dell'ausiliaria nei soli casi in cui vengano dedotti nel contratto di avvalimento la "indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti", rilevando ulteriormente che "invero, in analoga procedura di gara bandita dall'Agenzia del Demanio per l'aggiudicazione di accordo quadro relativo alla effettuazione di opere di manutenzione ordinaria e straordinaria, per il lotto riguardante la effettuazione degli interventi tra €5.000,00 ed €150.000,00, non è stata richiesta alcuna iscrizione SOA sebbene il valore complessivo del lotto sia pari ad €11.400.000,00 (in media €760.000,00 per ogni operatore)", con l'ulteriore considerazione che "la prospettazione di Codesta Autorità è errata anche nella misura in cui non ha considerato che la mandante Coop. Zaira alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte era oltretutto in possesso anche della SOA OG1 IV-BIS con la conseguenza che la ATI, può eseguire tranquillamente il contratto anche senza avvalimento di Consorzio Stabile Telegare ... Che in sostanza l'ATI deve già ritenersi a tutti gli effetti di legge sufficientemente qualificata per la effettuazione dei lavori di cui all'accordo quadro di cui in oggetto".

Conclusivamente, l'impresa chiedeva all'Autorità di registrare che "la stazione appaltante ha adottato nel caso esaminato buone pratiche amministrative, con ogni conseguenza di Legge", formulando nuovamente istanza di audizione "in quanto adempimento essenziale ai fini della esplicitazione del diritto di difesa (e della migliore illustrazione delle sopraesposte argomentazioni difensive) e della partecipazione nell'ambito di un procedimento amministrativo che può avere rilevanti ripercussioni sui diritti e legittimi interessi dello scrivente O.E".

## 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 TELEGARE e l'impresa ausiliata CO.GES.AP Soc. Coop, mandataria dell'ATI aggiudicataria, per la dimostrazione del possesso della qualificazione SOA nella categoria OG1, IV classifica, nell'ambito della procedura di gara riguardante l'affidamento di un accordo quadro per gli anni 2018-2022, di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili ERP e a reddito del Comune di Napoli, il cui valore per ogni singolo lotto ammonta ad un totale di euro 3.500.000,00, richiedendosi il possesso della qualificazione SOA nella categoria OG1,

5

classifica IV, nonché nella categoria OG11, classifica III bis.

Dalle dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'istruttoria emerge che l'impresa ausiliata CO.GES.AP Soc. Coop non ha richiesto l'utilizzo di mezzi, attrezzature e manodopera messe a disposizione dal Consorzio Stabile TELEGARE in forza del contratto di avvalimento in essere, concernenti: "Know-How tecnologico e commerciale e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento; • Il numero di addetti necessari per le varie tipologie di lavoro, assunti con contratto da distacco, quali: n.1 Capo Cantiere, n.1 Operai Specializzati, n.1 Operai Qualificati, n.1 Operai Comuni, n.1 addetto alla Qualità aziendale e alla Sicurezza in cantiere; • Le attrezzature necessarie all'esecuzione dell'opera, 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. • I mezzi necessari all'esecuzione dell'opera, attraverso contratto di noleggio, quali: Camion con ribaltabile, Escavatori, Mini Escavatori, Furgoni attrezzati".

A tale riguardo, è stata dedotta dalle parti, come ragione del mancato utilizzo delle risorse dell'impresa ausiliaria, l'esiguità degli importi dei lavori di manutenzione commissionati all'impresa ausiliata CO.GES.AP Soc. Coop nell'ambito dell'accordo quadro in esame, laddove si riferisce che tali interventi "non hanno mai superato l'importo di € 100.000,00 cadauno ... dunque, possono essere eseguiti direttamente dalla summenzionata impresa titolare del contratto di esecuzione dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili ERP e a reddito del Comune di Napoli con la Napoli Servizi, in quanto in possesso della OG 1 class I (valida per la esecuzione di lavori sino ad € 250.000,00)".

In riferimento a dette risultanze, si richiama in primo luogo il disposto di cui all'art. 89 del d.lgs. 50/2016, con particolare riferimento al comma 9, il quale prevede espressamente che "In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto d'appalto. Ha inoltre l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni di cui all'articolo 52 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori".

Le deduzioni sopra riportate, confermate sia dalla stazione appaltante, sia dall'impresa ausiliata, non risultano idonee a legittimare l'esecuzione diretta delle lavorazioni da parte dell'ausiliata, senza l'apporto delle risorse dell'impresa ausiliaria, in possesso della qualificazione richiesta dal bando di gara nella categoria OG1-IV, non risultando sufficiente il riferimento alla qualificazione posseduta dall'impresa ausiliata CO.GES.AP. Società Cooperativa di Produzione e Lavoro, nella classifica I riferita alla medesima categoria.

A tale riguardo, si ritiene di poter evidenziare che la capacità esecutiva dell'impresa appaltatrice non si possa valutare in relazione ai singoli interventi eseguiti in attuazione del suddetto accordo quadro, quanto piuttosto all'importo del lotto oggetto di affidamento e della qualificazione richiesta ai fini della partecipazione alla gara de qua, in considerazione dell'esigenza di soddisfare le garanzie di esecuzione richieste dalla stazione appaltante in relazione al complesso delle prestazioni esigibili nell'ambito dell'accordo quadro, in ottica anche di salvaguardia dei principi di par condicio degli operatori economici, di trasparenza e correttezza della procedura di gara.

Tra l'altro, merita evidenziare che nell'ambito della documentazione prodotta dal Consorzio TELEGARE risulta un prospetto a firma dell'Ufficio gare e contratti della stazione appaltante Napoli Servizi S.p.a., con il quale si evidenza che nel periodo da giugno a novembre 2018 sono stati eseguiti e contabilizzati lavori in OG1 per un importo pari a circa euro 480.000, già nettamente superiore ai limiti operativi connessi al possesso della qualificazione nella prima classifica della categoria OG1. La stessa

dall'impresa ausiliata CO.GES.AP. Società Cooperativa di Produzione ha espressamente dedotto - pur senza una specifica produzione documentale, in presenza peraltro di una limitata allegazione, da parte della medesima stazione appaltante, della documentazione afferente a tutti gli atti attuativi intercorsi - che "sebbene l'accordo quadro avesse un valore complessivo di \( \cappa 3.500.000,00 \) allo stato sono stati attivati due soli contratti attuativi pari ad \( \cappa 600.000,00 \) ed \( \cappa 350.000,00 \) (per opere OG1 e OG11)", i cui importi superano il riferimento alla classifica I.

In tale contesto, appaiono dunque prive di rilevanza e fondamento le considerazioni da ultimo svolte dalla suddetta impresa ausiliata a riscontro della comunicazione delle risultanze istruttorie dell'ANAC, laddove si rileva che "i suddetti contratti attuativi hanno riguardato non già opere di manutenzione straordinaria ma una moltitudine di piccoli lavori sporadici di manutenzione ordinaria degli 8000 immobili di ERP del Comune di Napoli e di minimo importo (tra €750,00 fino ad €35.000,00) effettuati "a chiamata" e, dunque, non simultaneamente", sostenendo la propria capacità ad eseguire tali lavorazioni sulla scorta della qualificazione posseduta dalla medesima impresa nella categoria OG1-I classifica.

Le stesse considerazioni, volte a richiamare la qualificazione conseguita dalla mandante Zaira nella categoria OG1- classifica IV bis, risultano ininfluenti, posto che la qualificazione della mandante Zaira non può sanare la mancanza di qualificazione in capo all'impresa mandataria CO.GES.AP., la quale ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento per la dimostrazione del possesso della propria qualificazione nella citata categoria OG1, tenendo peraltro conto del disposto normativo di cui all'art. 83, comma 8 del Codice, il quale prevede che "La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria".

Alla luce di tali considerazioni, si deduce pertanto che le modalità operative adottate nell'esecuzione del contratto non appaiono in linea con il disposto normativo sopra citato, volto a richiedere, tra l'altro, che "le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto d'appalto".

Peraltro, si osserva che in tema di avvalimento SOA è stato precisato che "l'attestazione SOA costituisce il frutto di una valutazione complessiva degli svariati elementi facenti parti dell'organizzazione aziendale, che non coincide con la mera sommatoria degli stessi e che non ne consente una considerazione atomistica" e che qualora "oggetto dell'avvalimento è un'attestazione SOA di cui la concorrente è priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale – comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse – che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l'attestazione da mettere a disposizione" (Cons. Stato, sentenza n. 852 del 23 febbraio 2017).

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, non risultando infatti idonea la motivazione resa a supporto della mancata effettuazione di verifiche, giustificata con il riferimento all'esiguità degli importi degli affidamenti conferiti, omettendo in tal modo di considerare la qualificazione richiesta nell'ambito della procedura di gara.

Peraltro, anche le considerazioni svolte dalla stazione appaltante a riscontro della comunicazione delle risultanze istruttorie non risultano idonee ad assolvere il citato adempimento, laddove, al fine di dimostrare le verifiche condotte in corso d'opera, ai sensi del sopra citato articolo 89, comma 9 del Codice, si fa riferimento alla nota del 20.05.2019, trasmessa all'ANAC per conoscenza, con la quale si richiede alle imprese di comunicare gli apporti forniti dall'impresa ausiliaria, con l'avvertenza di attivazione delle procedure per la risoluzione del contratto in mancanza di riscontro, omettendo di fornire riscontri tesi a documentare l'esecuzione di accertamenti diretti, come richiesti dalle norme vigenti.

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 nella Categoria OG1-IV, non posseduta dall'impresa ausiliata CO.GES.AP. Società Cooperativa di Produzione e Lavoro; 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 all'omessa verifica sul rispetto degli impegni contrattuali derivanti dagli avvalimenti, ex art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016.

Si osserva, poi, quanto riferito dalle imprese in ordine all'inesistenza di fatture ascrivibili al rapporto contrattuale di avvalimento, richiamando, sul punto, le indicazioni rese dal Consiglio di Stato in adunanza plenaria (Sent. n. 23/2016), il quale ha precisato che "... il contratto di avvalimento presenta tipicamente un carattere di onerosità. Laddove, peraltro, in sede contrattuale non venga espressamente stabilito un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale l'interesse – di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che ha indotto l'ausiliaria medesima ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità", prospettandosi, pertanto, la necessità di assicurare i principi in esame.

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

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

Per completezza, si rileva che nel corso dell'istruttoria si è osservato che nell'ambito della procedura di gara risultava richiesta, ai fini della partecipazione, anche la qualificazione nella categoria OG11, classifica III-bis, non posseduta dall'ATI aggiudicataria CO.GES.AP Soc. Coop / Zaira Soc Soc. Coop., laddove l'impresa CO.GES.AP Soc. Coop risulta sprovvista di tale requisito, né lo stesso risulta integralmente posseduto dall'impresa mandante Zaira, essendo qualificata nella classifica III di tale categoria, né tantomeno risulta richiamato nell'ambito dell'avvalimento prodotto in atti il prestito connesso alla categoria OG11.

A tale riguardo, la stazione appaltante ha fornito proprie controdeduzioni, specificando di aver chiarito, durante la procedura di gara, che:" 1) E' possibile partecipare alla gara con l'OG1-V e OG11-III dichiarando però il subappalto necessario del 30% di quest'ultima categoria (...)" e di aver acquisito "la dichiarazione attestante la ditta subappaltatrice e la relativa certificazione SOA".

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



# **DELIBERA**

- di confermare i rilievi e le criticità contestate alle parti con la comunicazione delle risultanze istruttorie prot. n. 34970 del 02.05.2019, ravvisando la non corretta applicazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, ed in particolare di quanto previsto dal comma 9 del citato articolo, posto che non è risultato, nella fase esecutiva dei lavori, un effettivo apporto dell'impresa ausiliaria CONSORZIO STABILE TELEGARE, in termini di personale e risorse, idoneo a configurare la messa a disposizione della capacità esecutiva connessa al possesso della qualificazione nella categoria OG1-IV, richiesta ai fini della partecipazione alla procedura di gara in esame;
- di ritenere censurabile l'operato della stazione appaltante Napoli Servizi S.p.a., in relazione alla mancata dimostrazione delle verifiche condotte sull'effettività dell'avvalimento;
- 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 Napoli Servizi S.p.a. a valutare i presupposti per procedere all'eventuale risoluzione contrattuale, tenuto conto delle circostanze del caso, nonché a comunicare, entro 30 giorni dalla trasmissione della presente delibera, le determinazioni assunte al fine di conformarsi al contenuto del deliberato consiliare ed al rispetto di quanto previsto dall'art. 89, comma 9 del Codice.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data ... I.A. GLIL GUO 2019

Il Segretario Maria Esposito

Autorita' Naxionale Anticorruzione
IL CONSIGLIO

Si dichiara che la presente copia, composta di

10

0

