



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 304 del 3 aprile 2019

Fascicolo n. 261/2019/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 – “LAVORI PER LA COSTRUZIONE DI UNA RESIDENZA COMUNITARIA DIFFUSA PER ANZIANI” – Stazione appaltante: Comune di Escolca - Importo appalto: Euro 715.000,00 - CIG: 72212403C3.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visti il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori

Premesse

L'Autorità, preso atto della partecipazione ricorrente di diversi Consorzi stabili nella qualità di imprese ausiliarie, in diverse gare d'appalto, facendo presupporre, al di là degli specifici approfondimenti di possibile svolgimento, una pressoché contemporanea assunzione di impegni plurimi, ha avviato una specifica attività d'indagine volta a verificare gli impegni assunti dai Consorzi sopra individuati, nella qualità di imprese ausiliarie, nel biennio 2017/2018 e l'effettività del prestito dei requisiti oggetto di avvalimento, in conformità con quanto previsto dall'art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016, nonché lo svolgimento di specifici approfondimenti per verificare, da parte delle stazioni appaltanti, l'intercorso adempimento alle 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, tra l'altro, il Consorzio Stabile [...OMISSIS...] nella qualità di impresa ausiliaria e l'appalto aggiudicato all'impresa ausiliata [...OMISSIS...], concernente lavori di “Costruzione di una residenza comunitaria diffusa per anziani”, di importo d'appalto pari a euro 715.000,00.

Considerato in fatto

Con comunicazione prot. 3890 del 17.01.2019 è stato comunicato l'avvio del procedimento istruttorio, volto ad acquisire puntuali elementi conoscitivi e documentali in ordine agli atti sottesi all'aggiudicazione della procedura di gara in oggetto ed alle modalità adottate dall'operatore economico [...OMISSIS...] risultato affidatario, per la dimostrazione dei requisiti con il ricorso all'avvalimento di quanto messo a disposizione dal Consorzio Stabile [...OMISSIS...] nella qualità di impresa ausiliaria, nonché a verificare il corretto utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, nella fase di esecuzione del contratto, in relazione all'effettività del prestito da parte 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.

A riscontro di tale nota, perveniva la comunicazione della Comunità Montana Sarcidano Barbagia di Seulo, acquisita al protocollo dell'ANAC al n. 12979 del 18.02.2019, con allegata documentazione, dalla quale si rilevava in primo luogo che la procedura di gara in oggetto, indetta dalla Centrale Unica di Committenza Sarcidano Barbagia di Seulo, aveva riguardato l'affidamento di lavorazioni nella categoria OG1-III per un importo di euro 725.800,00, aggiudicata definitivamente, su proposta della Centrale Unica di Committenza, dal Comune di Escolca all'operatore economico [...OMISSIS...].

In riferimento ai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa aggiudicataria, risultava prodotto in atti il contratto di avvalimento intercorso tra l'ausiliaria [...OMISSIS...] e l'impresa [...OMISSIS...], avente ad oggetto il requisito concernente la qualificazione nella categoria OG1-III (non posseduta dall'impresa concorrente) e la cifra d'affari ottenuta mediante lavori svolti con attività diretta e indiretta.

In riferimento allo stato di avanzamento dei lavori, risultavano documentate la consegna dei lavori in data 08.05.2018, da ultimare in 300 giorni naturali e consecutivi, nonché l'emissione del SAL n. 1 alla data del 01.12.2018, per un importo pari ad euro 129.360,45, con la precisazione che non risulterebbero interventi da parte di imprese subappaltatrici.

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, il RUP [...OMISSIS...], con nota del 13.02.2019 riferiva di aver richiesto *“alle imprese Ausiliaria e Ausiliata in copia la documentazione e/o dichiarazioni che siano state comunicate all'ANAC dalle stesse ad adempimento delle proprie competenze”*, rilevando che *“Nelle note in risposta e relativi allegati alla richiesta del sottoscritto RUP [...OMISSIS...] prot. 672 del 12/02/2019 da parte delle imprese che si allegano alla presente, si evince come dalle stesse dichiarato, che alla data del 22/01/2019 (dichiarazione del Consorzio Stabile [...OMISSIS...] S.r.l.) e al 11/02/2019 (dichiarazione dell'Impresa [...OMISSIS...] [...]) non si è presentata la necessità di un ausilio di persone, mezzi e tecnici da parte dell'impresa ausiliaria Consorzio Stabile [...OMISSIS...] S.r.l. a favore dell'Impresa Ausiliata,”* con l'ulteriore precisazione che *“Le dichiarazioni rese dalle imprese e già inoltrate all'ANAC dalle stesse di cui al punto 2 della presente trovano conferma anche da quanto riferito dal Direttore lavori e coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione durante i controlli sull'andamento dei lavori e da alcune visite eseguite in cantiere dal sottoscritto RUP in concomitanza con la Direzione Lavori”*.

Da ultimo, risultava precisato dal RUP che *“Finora non si sono effettuate comunicazioni alle imprese interessate, in quanto, i lavori sono ancora in corso di esecuzione (si è giunti al 1° SAL), non si sono verificate alla data odierna specifiche rilevazioni che influiscono sul possesso dei requisiti e/o siano in contrasto con il contratto di avvalimento tra le parti”*.

A riscontro dell'avvio del procedimento, perveniva ulteriormente la comunicazione del Consorzio Stabile [...OMISSIS...], acquisita al protocollo dell'ANAC n. 6068 del 24.01.2019, nella quale risultava evidenziato che *“sono state emesse n. 6 (sei) fatture per il prestito dei requisiti, relative ad importi di € 2812.55 iva inclusa, frazioni del totale di € 19687.85, come da piano di ammortamento concordato tra le parti a seguito di emissione*

di *proforma ...*”, con la produzione dei relativi documenti (stralci di estratto conto nei quali risultavano riportati i bonifici bancari disposti dall’ausiliata in adempimento del contratto di avvalimento, per un importo totale rispondente a quello alla medesima fatturato).

Con riferimento, inoltre, alla richiesta di fornire i documenti fiscali comprovanti la messa a disposizione e l’effettivo utilizzo, da parte dell’impresa ausiliata, di persone e mezzi dell’impresa ausiliaria, il Consorzio riferiva che *“sia l’Ente appaltante che l’impresa [...OMISSIS...] non abbiano ancora constatato la concreta necessità di un ausilio che, qualora se ne palesasse l’esigenza, questo Consorzio Stabile non esiterebbe a fornire, in ottemperanza al contratto di avvalimento sottoscritto tra le parti”*; le medesime considerazioni risultano formulate dal riscontro fornito dall’impresa ausiliata [...OMISSIS...] con nota acquisita al protocollo dell’Autorità al n. 10992 in data 11.02.2019.

Con nota prot. 16768 del 28.02.2019, l’Ufficio comunicava ai soggetti interessati dal procedimento le risultanze istruttorie, evidenziando che dagli elementi acquisiti pareva potersi confermare che nella fase esecutiva dell’appalto, non vi fosse 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-III; ciò consentiva di prospettare la sussistenza della violazione da parte dei contraenti (impresa ausiliaria e impresa ausiliata) della disciplina in tema di avvalimento ex art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016, *“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.

Nella medesima comunicazione si evidenziava che nessuna specifica controdeduzione risultava fornita in relazione alla richiesta di documentare l’adempimento dell’obbligo di comunicazione all’ANAC di *“tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l’aggiudicatario, per l’esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità”*, sollecitandosi al riguardo il riscontro richiesto, laddove, in assenza dello stesso, si sarebbe prospettata la violazione della disposizione normativa dell’art. 89, comma 9 del codice.

A riscontro di detta comunicazione perveniva la nota della Centrale unica di committenza Comunità Montana Sarcidano Barbagia di Seulo, acquisita al prot. n. 21506 del 15.03.2019, con la quale, in riferimento all’adempimento dell’obbligo della comunicazione all’ANAC delle dichiarazioni di avvalimento, di cui all’art. 89, comma 9 del Codice, nel dare atto della intercorsa sostituzione del RUP con determinazione del 08.02.2019, ha riferito che *“Relativamente all’ultimo periodo del comma 9 dell’art. 89 del D.lgs. 50/2016, è stato riscontrato che l’allora RUP [...OMISSIS...], non risulta aver provveduto alla comunicazione delle dichiarazioni di avvalimento”*, dando atto dell’intervenuta regolarizzazione, laddove viene rappresentato che *“la sottoscritta ha estrapolato dai plichi delle ditte partecipanti i contratti di avvalimento di seguito riepilogati, provvedendo alla trasmissione delle dichiarazioni di avvalimento sulla piattaforma ANAC, come disposto dall’art. 89 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, conclusasi in data 14.03.2019”*.

Risulta, inoltre, pervenuto il riscontro da parte del Comune di Escolca, con nota acquisita al prot. n. 22438 del 19.03.2019, dando atto in primo luogo dello stato di avanzamento dei lavori, stimato in poco meno del 40% del complessivo delle opere da eseguire, con la rappresentazione che *“I lavori di cui all’oggetto si stanno svolgendo con un certo ritardo rispetto al previsto in conseguenza del fatto che nel comune di Escolca si sono succeduti diversi fenomeni metereologici di grave intensità che hanno comportato la proclamazione dello stato di calamità naturale (di cui si allegano le delibere della Giunta Comunale) e causato un maggior impegno del RUP su altre priorità”* e che *“Queste dilazioni dei lavori si sono inserite in un contesto organizzativo che vede l’Ufficio Tecnico composto da una sola unità operativa, costantemente oberata dai vari procedimenti da seguire che la vedono costretta ad operare, in parecchie circostanze anche nei giorni festivi, in quanto deve occuparsi oltre che dei lavori pubblici, di edilizia privata, di ambiente, territorio, protezione civile e di tutti i procedimenti in carico allo stesso Ufficio”*.

In riferimento alle contestazioni avanzate, riferite alla prospettata violazione dell’art. 89, comma 9 del Codice, risulta evidenziato che *“lo stesso sottoscritto RUP in data 08/03/2019 ha dato corso ad una verifica,*

di cui all'art. 89 comma 9 del D.Lgs. 50/2016, sul corretto utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, e date le comunicazioni ricevute dalle ditte Ausiliaria in data 12/02/2019 prot. 685 e Ausiliata in data 12/02/2019 prot. 683 si desumerebbe che finora l'impresa Ausiliaria Consorzio Stabile [...OMISSIS...] e l'Impresa Ausiliata [...OMISSIS...] non hanno attivato un corretto utilizzo del contratto di avvalimento in essere tra le parti, inerente il cantiere dei lavori indicati in oggetto”, dando ulteriormente atto che “Il 12/03/2019 si è comunicato alle imprese Ausiliaria e Ausiliata la risultanza della verifica effettuata da parte del RUP (di cui si allega copia alla presente); nella stessa missiva si è richiesto formalmente alle imprese sunnominate, di rimuovere, laddove la norma lo consenta immediatamente, eventuali illegittimità e irregolarità concernenti il venir meno delle clausole sancite nel contratto di avvalimento tra le parti, pena la risoluzione del contratto di appalto”.

Nella medesima comunicazione il Comune riporta il contenuto del riscontro fornito dall'Impresa Ausiliata [...OMISSIS...], nelle parti in cui risulta, tra l'altro, annotato che “Il mancato impiego da parte dell'impresa esecutrice delle risorse messe a disposizione dall'impresa Ausiliaria (e carenti all'impresa Ausiliata) è dovuto puramente a condizioni di cantiere che non ne hanno finora reso necessario l'utilizzo, che ha potuto procedere con le proprie risorse di persone e mezzi (di cui non era carente) - Lo stato di avanzamento dei lavori, alla data odierna, a causa di alcuni rallentamenti dovuti principalmente alle lunghe e avverse condizioni atmosferiche, si trova a circa il 40%. A tal riguardo è stata richiesta anche una proroga dei tempi di realizzazione - Non appena si dovranno realizzare delle lavorazioni che necessiteranno delle risorse carenti all'impresa Ausiliata si procederà anche all'utilizzo delle risorse messe a disposizione dell'impresa Ausiliaria e comunicate prima del loro impiego al R.U.P.” e che “l'impresa Ausiliata era in possesso di Attestazione SOA Class. III-bis per lavori fino a € 1.500.000,00 per la categoria di lavori in oggetto, sino al 05/03/2017; - dal 30/03/2018 (cioè prima della stipula del contratto e dell'inizio dei lavori) l'impresa Ausiliata è in possesso di nuova attestazione SOA Class. II per lavori fino a € 516.000,00 per la categoria di lavori in oggetto; - negli ultimi 10 anni l'impresa Ausiliata ha eseguito lavori, nella categoria in oggetto, per un importo superiore a € 2.000.000,00”, richiamando a tale riguardo il disposto di cui all'art. 89 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui “Il contratto di appalto è in ogni caso eseguito dall'impresa Ausiliata, alla quale verrà rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa Ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati”.

Lo stesso RUP ha, poi, evidenziato di avere “verificato il permanere del requisito dell'impresa ausiliaria, mediante il controllo dell'attestazione SOA aggiornata, scaricata dal Sito ANAC, che si allega in copia alla presente. Il RUP mediante successiva verifica di controllo, riscontrenà attentamente nel più breve tempo possibile la rimozione di tali illeciti, considerato che la stessa verifica, prevista per legge, è funzionale alla prevenzione del futuro ripetersi di eventuali illegittimità e irregolarità”.

A riscontro della suddetta comunicazione delle risultanze istruttorie, risulta inoltre pervenuta la nota dell'impresa [...OMISSIS...], acquisita al prot. n. 22703 del 19.03.2019, che conferma puntualmente il contenuto delle considerazioni già svolte dalla medesima impresa nei confronti della stazione appaltante, di cui alla comunicazione sopra richiamata.

Infine, risulta acquisito il riscontro del Consorzio Stabile [...OMISSIS...] con nota acquisita al prot. N. 22879 del 20.03.2019, rappresentando in primo luogo che “avendo cura di riferirsi alla lettera legis e, in specie, al comma 9 dell'art 89, D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., si rileva come lo stesso richiami l'inderogabilità di un diretto coinvolgimento dell'ausiliaria nell'esecuzione dei lavori in ottemperanza delle obbligazioni contratte con l'ausiliaria”, sostenendo tuttavia, con il richiamo al contenuto del contratto di avvalimento nella parte in cui risulta richiamata la “messa a disposizione”, che “tale è, dunque l'oggetto della prestazione di contratto richiamato dalla norma: la messa a disposizione delle risorse richiamate nel medesimo. Alla luce di tale precisazione, consegue che, sempre restando al dato normativo nazionale, 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 “In questo senso, dunque, né la norma, né il contratto che tale dettato richiama induce a ritenere necessaria la presenza di risorse dell'ausiliaria nei cantieri indipendentemente dall'effettiva utilità di queste ultime per le attività concretamente poste

in essere, né una tale interpretazione risulterebbe conforme alle intenzioni del legislatore, posto che l'interesse pubblico a fondamento dell'istituto dell'avvalimento, di matrice europea, è rivolto a scongiurare che, in ossequio al principio comunitario di concorrenza, una piccola o media impresa possa risultare indirettamente svantaggiata nella partecipazione ai procedimenti di evidenza pubblica dalla previsione di requisiti gravosi utili all'acquisizione di una maggiore tutela della Pubblica Amministrazione circa l'effettiva competenza ed affidabilità del contraente nell'effettuazione delle opere richieste", evidenziando al contempo che "introdurre per via interpretativa limitazioni ulteriori al libero esercizio dell'attività di impresa fondate sulla legge nazionale di recepimento della Direttiva 2014/24/UE al di fuori delle già stringenti norme comunitarie in materia di contratti pubblici, esporrebbe la norma interna a vizio di legittimità".

Da ultimo, si evidenzia che *"Un siffatto contratto di avvalimento risulta, oltretutto, conforme anche alle riflessioni che la Giustizia Amministrativa ha fatto proprie nella sent. Cons. Stato, 24 luglio 2014 n. 3949, miranti a scongiurare che gli avvalimenti si condensino in meri prestiti cartolari di requisiti, posto che le risorse di cui al contratto fra le parti, sempre disponibili nella struttura di codesto Consorzio stabile, permangono sino all'ultimazione dei lavori, a pronta e piena disposizione dell'impresa ausiliata richiedente, nella misura e per il tempo ritenuti da quest'ultima congrui ad un fedele adempimento del contratto sottoscritto con l'Ente, a tutela dell'interesse pubblico".*

Considerato in diritto

Dalle considerazioni rese in particolare dalle imprese sopra citate, confermate dal Responsabile del procedimento, emerge che l'impresa ausiliata [...OMISSIS...] non ha richiesto l'utilizzo di mezzi, attrezzature e manodopera messe a disposizione dal Consorzio Stabile [...OMISSIS...] in forza del contratto di avvalimento in essere, concernenti il *"Know-How tecnologico e commerciale, a mezzo del proprio direttore tecnico, [...OMISSIS...] e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento; Il numero necessario di Squadre tipo, composte da 1 operaio specializzato, 1 operaio qualificato e 1 operaio comune, i cui nominativi verranno comunicati prima dell'inizio dei lavori con le specifiche del relativo contratto applicato; 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."*

Tale modalità operativa non appare 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"*.

In riferimento alla parte del disposto sopra richiamato, secondo cui *"le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto d'appalto"*, il Consorzio ausiliario, in relazione al mancato utilizzo di tali risorse oggetto del contratto di avvalimento, ha ritenuto di poter dedurre che *"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 *"In questo senso, dunque, né la norma, né il contratto che tale dettato richiama induce a ritenere necessaria la presenza di risorse dell'ausiliaria nei cantieri indipendentemente dall'effettiva utilità di queste ultime per le attività concretamente poste in essere ..."*.

Tale considerazione non appare condivisibile, posto il chiaro tenore letterale di cui alla novella legislativa sopra citata che, 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. In particolare, per quanto concerne l'avvalimento in tema di attestazione SOA, la giurisprudenza ha precisato che *“l'attestazione SOA costituisce il frutto di una valutazione complessiva degli svariati elementi facenti parte 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).

È evidente, pertanto, 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, la stessa impresa appaltatrice, nel dare atto di essere *“tecnicamente ed economicamente organizzata”* e nel rilevare che *“Il mancato impiego da parte dell'impresa esecutrice delle risorse messe a disposizione dall'impresa Ausiliaria (e carenti all'impresa Ausiliata) è dovuto puramente a condizioni di cantiere che non ne hanno finora reso necessario l'utilizzo, che ha potuto procedere con le proprie risorse di persone e mezzi (di cui non era carente)”*, ha riferito di aver posseduto la qualificazione nella categoria OG1, classifica III-bis sino al 05.03.2017 e che *“dal 30/03/2018 (cioè prima della stipula del contratto e dell'inizio dei lavori) l'impresa Ausiliata è in possesso di nuova attestazione SOA Class. II per lavori fino a € 516.00,00 per la categoria di lavori in oggetto”*.

Anche tale considerazione risulta irrilevante, posto che la stessa impresa non risultava in possesso dell'attestazione SOA al momento della partecipazione alla gara e che anche la qualificazione successivamente conseguita nella categoria OG1, classifica II, non è idonea a garantire la capacità esecutiva richiesta nell'appalto, afferente alla classifica terza, rilevandosi pertanto la necessità del concreto apporto dei mezzi e delle risorse del Consorzio ausiliario per l'esecuzione delle opere di cui alla citata categoria, anche in termini di personale e direzione tecnica, laddove non si appalesa sufficiente la considerazione dell'impresa di essere tecnicamente organizzata, in assenza del possesso di un'idonea attestazione per la classifica richiesta, da conseguire sulla scorta di prefissati parametri normativi.

Riguardo agli adempimenti richiesti dall'art. 89 nei riguardi della stazione appaltante, si rileva che il Comune di Escolca riferisce di aver dato corso *“ad una verifica, di cui all'art. 89 comma 9 del D.Lgs. 50/2016, sul corretto utilizzo dell'istituto dell'avvalimento ...”*, rilevando peraltro di potersi desumere che *“finora l'impresa Ausiliaria Consorzio Stabile [...OMISSIS...] e l'Impresa Ausiliata [...OMISSIS...] non hanno attivato un corretto utilizzo del contratto di avvalimento in essere tra le parti, inerente il cantiere dei lavori indicati in oggetto”*.

A tale riguardo, pare potersi rilevare la non corretta attuazione del disposto di cui all'art. 89, comma 9, nella parte in cui prevede che *“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”*, laddove, a fronte di una consegna dei lavori avvenuta in data 08.05.2018 e di uno stato di avanzamento dell'appalto che lo stesso comune riferisce essere a *“poco meno del 40% del complessivo delle opere da eseguire”*, non risulta

adeguatamente connotata da tempestività la verifica svolta in data 08.03.2019 sul corretto utilizzo dell'istituto dell'avvalimento.

Peraltro, a fronte del rinvenimento, come sopra evidenziato, di un non corretto utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, la stazione appaltante non ha comunque evidenziato di aver posto in essere iniziative concrete per garantire l'attuazione di cui all'art. 89, rinviando genericamente ad una "successiva verifica di controllo", a fronte del chiaro disposto normativo sopra richiamato e delle conseguenze rinvenibili dalla mancata attuazione di tali previsioni.

A tale riguardo, si osserva pertanto la necessità che la stazione appaltante adotti ogni opportuna iniziativa a fronte dell'accertamento del non corretto ricorso all'istituto dell'avvalimento, valutando altresì, i presupposti per procedere eventualmente alla risoluzione contrattuale, tenuto conto delle circostanze del caso e del venire in rilievo di eventuali profili di gravità dell'inadempimento agli obblighi di legge.

Riguardo allo specifico obbligo informativo a carico della stazione appaltante, previsto dall'art. 89, comma 9, laddove si prevede che "La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità", si prende atto di quanto riferito dalla Comunità Montana in ordine all'avvenuto completamento dell'adempimento in data 14.03.2019, pur dovendosi rilevare che detto adempimento è stato compiuto unicamente a fronte delle contestazioni avanzate dall'Autorità.

Da ultimo, si rileva che l'appalto in esame risulta connotato da un significativo ritardo di esecuzione, laddove il contratto prevede un termine di ultimazione previsto di 300 giorni decorrenti dalla consegna dei lavori, avvenuta in data 08.05.2018, a fronte dell'attuale stato di avanzamento dei lavori, pari a circa il 40%.

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

DELIBERA

- di confermare i rilievi e le criticità contestate alle parti con la comunicazione delle risultanze istruttorie prot. 16768 del 28.02.2019, 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 allo stato attuale, un effettivo apporto dell'impresa ausiliaria CONSORZIO STABILE [...OMISSIS...], in termini di personale e risorse, idoneo a configurare la messa a disposizione della capacità esecutiva connessa al possesso della qualificazione nella categoria OG1, classifica III;
- di ritenere censurabile l'operato della stazione appaltante Comune di Escolca, in relazione alle tempistiche della verifica condotta sull'effettività dell'avvalimento a notevole distanza dall'inizio dei lavori e, di fatto, solo a seguito dell'avvio dell'attività istruttoria dell'Autorità.
- di richiamare la centrale unica di committenza Comunità Montana Sarcidano Barbagia di Seulo al puntuale adempimento agli obblighi informativi, concernenti la trasmissione delle dichiarazioni di avvalimento all'ANAC, di cui all'art. 89, comma 9 del Codice.
- dà mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera ai soggetti già destinatari della comunicazione di risultanze istruttorie, invitando la stazione appaltante Comune di Escolca a valutare i presupposti per procedere all'eventuale risoluzione contrattuale, tenuto conto

delle circostanze del caso, nonché a comunicare, entro 30 giorni dalla trasmissione della presente delibera, le determinazioni assunte al fine di conformarsi al contenuto del deliberato consiliare ed al rispetto di quanto previsto dall'art. 89, comma 9 del Codice.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 aprile 2019

Il Segretario
Maria Esposito