



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 482 del 23 maggio 2018

Fascicolo UVLA 699/2017/B

Oggetto: Accertamenti ispettivi in materia di avvalimento ai sensi dell'art. 49 dell'ex d.lgs. 163/2006 e s.m.i., svolti dall'ex Ufficio ispettivo in collaborazione con la Guardia di Finanza - Nucleo Speciale Anticorruzione - Istruttoria inerente ai lavori di "Manutenzione straordinaria dei Parchi - Appalto suddiviso in due lotti: Villa Comunale e Parco Virgiliano" – S.A. Comune di Napoli.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visti il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ed il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

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

Nell'adunanza del 7 febbraio 2018, preso atto delle criticità emerse in esito all'indagine svolta dall'ANAC in attuazione del piano ispettivo per l'anno 2016 in collaborazione con il Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza in materia di avvalimento, con la finalità di verificare le modalità di utilizzo dell'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti tecnici richiesti per la partecipazione alle procedure di affidamento, il Consiglio dell'Autorità ha disposto l'avvio dell'attività istruttoria da attuare mediante l'inoltro nei riguardi delle stazioni appaltanti e delle rispettive imprese ausiliarie ed ausiliate interessate dagli accertamenti delle comunicazioni delle risultanze istruttorie.

Nell'ambito di tali procedure, è risultata ricompresa quella afferente al Comune di Napoli, riguardante la "Manutenzione straordinaria dei parchi - appalto suddiviso in due lotti: Villa Comunale e Parco Virgiliano" (CIG 5588510850), importo complessivo posto a base d'asta pari ad euro 293.167,15, coinvolgente l'impresa l'ausiliaria [...OMISSIS...] e l'impresa ausiliata [...OMISSIS...], in riferimento al contratto di avvalimento avente ad oggetto i requisiti SOA nella categoria OS24, posseduta dall'ausiliaria nella III Classifica, per l'esecuzione dei lavori in oggetto.

Considerato in fatto

In attuazione del suddetto disposto consiliare, con nota prot. 17685 del 23.02.2018, l'Ufficio competente ha comunicato le risultanze istruttorie alla stazione appaltante Comune di Napoli ed alle imprese [...OMISSIS...] e [...OMISSIS...] al fine di acquisire eventuali controdeduzioni e/o memorie da parte dei soggetti interessati; in particolare, si evidenzia che la missiva indirizzata a [...OMISSIS...] non è stata recapitata, atteso che, come rilevato dalla Guardia di Finanza, presso la sede legale della medesima non è risultata presente l'impresa (nonostante la denominazione [...OMISSIS...] risultante sul luogo) ed il locale appare posto in affitto.

In particolare, risulta riportato quanto riferito dal Responsabile Unico del Procedimento nonché Direttore dei Lavori della gara in oggetto nel corso degli accertamenti ispettivi, secondo cui: "Durante l'espletamento dei lavori ho interloquuto con il [...OMISSIS...] e con il [...OMISSIS...], nonché con il capocantiere di cui non ricordo il nome. Preciso che all'inizio dei lavori erano presenti degli operai della [...OMISSIS...] che nel frattempo erano stati assunti dalla [...OMISSIS...] e ho riscontrato personalmente che nel cantiere erano presenti mezzi e materiali così come indicati nel contratto di avvalimento".

Risultano, altresì, evidenziati gli esiti delle verifiche condotte presso l'ausiliaria [...OMISSIS...], laddove risulterebbe che nell'attuale sede legale, sita a [...OMISSIS...], è stato riscontrato un locale chiuso al pubblico con affisso sulla porta d'ingresso un cartello che pubblicizzava l'affitto del medesimo a cura della società [...OMISSIS...], nonostante all'esterno dell'edificio fosse ancora presente la denominazione "[...OMISSIS...]- int. 14" sia sul citofono d'ingresso che su un pannello pubblicitario posizionato all'esterno dello stabile; nelle precedenti sedi legali, site a [...OMISSIS...] ed in via [...OMISSIS...], non risultava ubicata alcuna società riconducibile alla citata [...OMISSIS...]

Nella medesima comunicazione delle CRI si rilevava, altresì, che dall'esame delle scritture contabili della aggiudicataria [...OMISSIS...], effettuato nell'ambito degli ulteriori accertamenti ispettivi condotti, non risulterebbe che la "[...OMISSIS...]" abbia fornito risorse proprie per la realizzazione dei lavori; dall'esame delle comunicazioni obbligatorie "UNIFICATO UNILAV", non parrebbe inoltre confermato un effettivo prestito di personale, risultando invece passaggi di personale dall'ausiliaria all'ausiliata non specificamente inquadrabili nell'ambito del contratto di avvalimento e non idonei a coprire l'intero ciclo dell'appalto.

Si riteneva, pertanto, di dover contestare che il contratto di avvalimento stipulato con la [...OMISSIS...] sia servito unicamente per l'aggiudicazione della gara in riferimento alla dimostrazione del requisito documentale dell'attestazione SOA OS24 e non anche all'esecuzione dei lavori aggiudicati, tenuto peraltro conto che il corrispettivo versato all'ausiliaria parrebbe riferito unicamente al compenso previsto in caso di aggiudicazione della gara, non rinvenendosi emissioni di fatture da parte della medesima ausiliaria per compensi riferiti all'effettivo utilizzo di mezzi e uomini impiegati nell'esecuzione dei lavori.

Nelle risultanze istruttorie è stato richiesto, altresì, alla stazione appaltante di fornire chiarimenti documentati sulle verifiche condotte in ordine al possesso dei requisiti morali dell'impresa ausiliaria, con specifico riguardo ai precedenti penali del legale rappresentante.

A riscontro della sopra citata comunicazione, il Comune di Napoli, con nota assunta al prot. n. 21444 del 08.03.2018, ha evidenziato, in primo luogo, le verifiche condotte relativamente ai requisiti morali dell'impresa [...OMISSIS...], rilevando, nei riguardi dei legali rappresentanti sig. [...OMISSIS...] e [...OMISSIS...], nonché per la soc. [...OMISSIS...], che "dalle comunicazioni pervenute sia dai Tribunali di Napoli e Latina che dalla Procura della Repubblica di Napoli non sono risultati carichi pendenti e/o azioni giudiziarie in corso ai soggetti richiesti", con la produzione di certificazioni risalenti al 2015 e inizio 2016.

In relazione alle ulteriori verifiche intercorse nei confronti dell'impresa [...OMISSIS...], veniva evidenziato tra l'altro che “al fine di emettere il certificato di regolare esecuzione questa stazione appaltante richiedeva il documento di regolarità contributiva all'INAIL con prot. [...OMISSIS...] sia nei confronti della [...OMISSIS...] che risultava regolare nei versamenti, che della [...OMISSIS...] che risultava irregolare per omessi versamenti per un importo complessivo di € 350,00 e per irregolarità nei confronti della Cassa Edile, con la dicitura importo non determinabile somme da pagare € 0,00” e che a seguito di richiesta di chiarimenti “la Cassa Edile in data [...OMISSIS...] prot. [...OMISSIS...] rispondeva affermando che la [...OMISSIS...], non aveva debiti presso l'Ente in quanto l'irregolarità risultava per mancato rinnovo della sospensione, in quanto l'impresa risultava sospesa dal 02/2015”; concludeva quindi rilevando di aver inviato “all'Inps direzione provinciale di [...OMISSIS...] la richiesta di un intervento sostitutivo, al fine di versare per conto della [...OMISSIS...] l'importo di € 350,00 dalla liquidazione residua spettante alla [...OMISSIS...]” e di aver emesso in data 22/05/2017 “il certificato di regolare esecuzione, affermando che i lavori erano stati regolarmente eseguiti, ma considerata la posizione di non sanabilità della società avvalente [...OMISSIS...] si sospende la liquidazione di € 4.616,28 compreso iva al 10% alla società [...OMISSIS...]”.

In riferimento ai profili concernenti l'effettività dell'avvalimento, risulta evidenziato che “in data 02/03/2015 al fine di mettere in sicurezza le aree pericolose per i fruitori del parco il dirigente autorizza il D.L. alla consegna dei lavori, sotto riserva di legge, così come da verbale di consegna sottoscritto tra le parti convenute.... Sul cantiere erano presenti gli operai ed attrezzature della [...OMISSIS...], che erano stati assunti dalla [...OMISSIS...], come indicato nel contratto di avvalimento, dichiarato nella comunicazione Obbligatoria Unificato Unilav e integrato con nota del 23/02/2015 prot. 0153941 dove venivano indicate le maestranze già in forza all'impresa ausiliaria e assunti dalla [...OMISSIS...]”, dando atto che “In occasione della liquidazione di n.2 stati di avanzamento, sono stati richiesti ai fini della correttezza contributiva i relativi Durc On Line a nome della [...OMISSIS...] e [...OMISSIS...] all'Inail nelle date 22/02/2016 prot. 2545081 e 22/06/2016 prot. 3965519 sono risultati regolari”.

Con nota acquisita al prot. n. 25287 del 20.3.2018, non accompagnata dalla richiamata documentazione (successivamente pervenuta in esito ad apposita ulteriore istanza dell'Ufficio), la [...OMISSIS...] (già [...OMISSIS...]), ha riscontrato la comunicazione di risultanze istruttorie dell'ANAC con la quale, nel dare atto preliminarmente dell'intervenuta modifica della compagine societaria e della nuova denominazione assunta dall'impresa e della asserita non imputabilità alla medesima di eventuali profili di inadempimento e/o responsabilità, risulta evidenziato in primo luogo che “In seguito alla consegna delle aree oggetto d'intervento e dopo la stipula del contratto, la [...OMISSIS...] dava inizio ai lavori de quo, avvalendosi anche del personale, dei mezzi, e delle attrezzature messi a disposizione dall'impresa ausiliaria secondo il contratto di avvalimento, e terminando i lavori di manutenzione dei Parchi così come da Stato finale dei lavori, in linea con le previsioni di progetto/variante predisposto dalla S.A.”

Sull'effettività dell'avvalimento, la stessa impresa ha evidenziato, in relazione all'utilizzo del personale dell'ausiliaria, che “1) Avuto riguardo all'effettivo utilizzo di personale dell'ausiliaria, la [...OMISSIS...] provvedeva ad assumere regolarmente operai della [...OMISSIS...], così come previsto dal contratto di avvalimento. 2) Con riguardo all'effettivo utilizzo dei mezzi messi a disposizione dall'ausiliaria, la [...OMISSIS...] si è effettivamente servita delle attrezzature di cui al contratto d'avvalimento”, producendo a tale riguardo la documentazione afferente all'intercorsa assunzione di 4 dipendenti del 16.2.2015, indicati come riconducibili a personale già operante all'interno di [...OMISSIS...].

Riferiva, altresì, l'impresa in merito all'effettivo utilizzo dei mezzi messi a disposizione dall'ausiliaria, che “la [...OMISSIS...] si è effettivamente servita delle attrezzature di cui al contratto

d'avvalimento. La circostanza emerge dalle 2 "Denunce di nuovo lavoro temporaneo" della [...OMISSIS...] in cui vengono puntualmente indicati gli stessi mezzi ed attrezzature indicati nel contratto di avvalimento”, producendo a tale riguardo le comunicazioni di denunce di lavoro temporaneo da parte di [...OMISSIS...], che per la parte riferita ai lavori da effettuarsi presso il Parco Virgiliano, si riferisce ad alcune attrezzature e a n. 3 dipendenti, per un periodo temporale dal 19.12.2014 al 20.12.2015.

Sui rapporti patrimoniali intercorsi con l'impresa ausiliaria, la [...OMISSIS...] riferiva di avere “debitamente corrisposto all'impresa ausiliaria, a fronte dell'aggiudicazione della gara, la percentuale del 3% sull'importo netto contrattuale riferita alla categoria richiesta in avvalimento”, aggiungendo che “la [...OMISSIS...]trasmetteva alla [...OMISSIS...] apposite fatture per "ribaltamento costi per pagamento enti previdenziali" del personale messo a disposizione”, allegando a tale riguardo una serie di fatture per percentuale di avvalimento, nonché una fattura del 09.01.2015 per “ribaltamento costi per pagamento enti previdenziali”, di importo pari ad euro 3.575,00 oltre IVA.

Riguardo all'eccezione formulata nella comunicazione delle risultanze istruttorie in merito ai passaggi di personale ritenuti non idonei a coprire l'intero ciclo dell'appalto, risulta precisato che “Per la realizzazione dell' appalto in questione era inizialmente necessario il possesso della speciale Categoria OS24, per "opere a verde", debitamente dimostrato dalla [...OMISSIS...] attraverso l'avvalimento della [...OMISSIS...]. Nel corso dell'esecuzione dei lavori, tuttavia, l'impresa e la S.A. hanno riscontrato la necessità di effettuare (attraverso apposite varianti) anche lavorazioni di tipo "edile", per una percentuale del 54,91%, non necessitando in tal caso la [...OMISSIS...] dell'avvalimento per le "opere a verde", di cui l'impresa si è avvalsa per la restante percentuale dei lavori (45,09%), così come risulta dal progetto, dalle varianti, e dallo Stato finale dei lavori”.

Aggiungeva altresì l'impresa, riguardo al rilievo in base al quale la [...OMISSIS...] non fosse più operante e che i locali risultavano in affitto, che “per l'intero ciclo dell'appalto della [...OMISSIS...] , la stessa, in qualità di ausiliaria, ha correttamente garantito e rispettato a pieno il contratto di avvalimento sottoscritto”, concludendo nel rilevare la regolarità dei lavori eseguiti e la conformità dell'avvalimento ai principi di cui all'art. 49 del d.lgs. 163/2006.

Considerato in diritto

Come rilevato nelle considerazioni sopra riportate, il Comune di Napoli e la stessa impresa esecutrice [...OMISSIS...] (oggi denominata [...OMISSIS...]) hanno ritenuto di configurare l'effettività, nella fase esecutiva, dell'avvalimento intercorso con la [...OMISSIS...]per la dimostrazione del possesso della qualificazione SOA nella categoria OS24 per l'esecuzione dei lavori in oggetto, riferendosi all'assunzione, da parte dell'impresa citata, di n. 4 dipendenti già in forza alla ausiliaria [...OMISSIS...], riferita al febbraio 2015.

Lo stesso Ente comunale riferisce, infatti, della presenza sul cantiere, alla data della consegna dei lavori del 02.03.2015, di operai e attrezzature della [...OMISSIS...] “che erano stati assunti dalla [...OMISSIS...], come indicato nel contratto di avvalimento”, senza dare atto di ulteriori riscontri e controlli al fine di verificare la presenza delle risorse riferibili all'impresa ausiliaria, evidenziando altresì che la posizione dell'impresa ausiliaria presso la cassa edile risultava sospesa dal febbraio 2015.

La stessa impresa [...OMISSIS...], nel fornire le proprie controdeduzioni produceva documentazione riferita all'assunzione di n. 4 dipendenti già assunti dalla [...OMISSIS...] e ad alcune attrezzature sempre della [...OMISSIS...], dichiarate nelle comunicazioni di lavoro temporaneo come utilizzabili presso il cantiere in esame per un periodo fino al 20.12.2015.

Tali controdeduzioni non paiono poter smentire i profili di criticità già evidenziati dall'Autorità

nell'ambito della comunicazione delle risultanze istruttorie, potendo confermare che gli atti prodotti non risultano idonei a dimostrare un effettivo impiego di personale e attrezzature dalla [...OMISSIS...] alla [...OMISSIS...], specificamente inquadrabile nell'ambito del contratto di avvalimento e idoneo a coprire l'intero ciclo dell'appalto.

Si evidenzia che anche in riferimento all'asserito ribaltamento dei costi del personale da parte dell'impresa ausiliaria, risulta prodotta unicamente una fattura del 09.01.2015 per "ribaltamento costi per pagamento enti previdenziali", di importo pari ad euro 3.575,00 oltre IVA.

In relazione alla durata dell'appalto, lo stato finale dei lavori evidenzia, infatti, che gli stessi, a fronte di una consegna in data 02.03.2015 e con durata prevista pari a 365 giorni, risulterebbero ultimati il 07.11.2016, a seguito di n. 285 giorni di sospensione, con la contabilizzazione di un importo lavori finale pari a euro 174.996,62.

Fermo restando quanto esposto, si evidenzia comunque che l'avvalimento ha riguardato la qualificazione SOA nella categoria OS24, richiesta ai fini della partecipazione nella classifica I, non posseduta dall'impresa partecipante, risultando dal casellario che la stessa si è qualificata unicamente in data 25.07.2017.

Sul punto merita richiamare l'orientamento della giurisprudenza secondo cui "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).

Applicando tali considerazioni al caso di specie, parrebbe potersi rilevare che quanto riferito in ordine al passaggio di n. 4 operai ed all'utilizzo delle poche attrezzature dell'ausiliaria da parte della [...OMISSIS...]

- anche a volere prescindere dalle risultanze emerse in ordine alla durata dell'esecuzione del contratto ed alla mancata comprova della messa a disposizione per l'intera durata - non risulterebbe idoneo a determinare la messa a disposizione dell'organizzazione aziendale, di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse dell'impresa ausiliaria, tenuto peraltro presente quanto emerso in ordine all'operatività della [...OMISSIS...], risultata irregolare presso la propria Cassa Edile in quanto sospesa dal 02.2015.

A ben vedere, la stessa Guardia di Finanza aveva già posto in rilievo tale criticità nell'ambito degli accertamenti ispettivi condotti, laddove veniva evidenziato che presso la sede legale dell'impresa "è stato riscontrato un locale chiuso al pubblico" e che presso "le precedenti sedi legali, site a [...OMISSIS...] ed in via [...OMISSIS...], non risultava ubicata alcuna società riconducibile alla citata [...OMISSIS...]".

Dalla visura della Camera di Commercio risulta altresì che la medesima è cancellata dal registro delle imprese dal 26.01.2017 nonché sottoposta a procedura fallimentare dal 24.04.2017.

Alla luce di quanto esposto, irrilevanti si ritengono, altresì, le considerazioni dell'impresa sulla asserita circostanza che nel corso dell'appalto sarebbe intervenuta una variazione delle opere riconducibili alla categoria OS24 quali opere a verde, ritenendo pertanto che l'avvalimento avrebbe dovuto coprire solo il 45,9% dei lavori per "opere a verde".

Al di là della mancata dimostrazione di quanto riferito e sulla collocazione temporale di quanto eseguito in OS24, tali considerazioni non consentono comunque di poter superare i profili di irregolarità venuti in rilievo in ordine al mancato apporto, nella fase esecutiva, dell'organizzazione

aziendale dell'impresa ausiliaria.

Alla luce di quanto venuto in rilievo, pare potersi confermare che nella fase esecutiva dell'appalto alla data dell'ispezione, non sia stata riscontrata la presenza in cantiere di un concreto 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 OS24; ciò, in contrasto con i principi giurisprudenziali vigenti nell'ambito del precedente Codice dei contratti, secondo cui "la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti). è sufficiente al riguardo rilevare che l'attestazione de qua è finalizzata a dimostrare l'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici, così che nel caso di avvalimento ciò che può essere prestato non è l'attestazione formale (documento), quanto piuttosto il contenuto attestato e quindi le risorse strumentali, tecniche ed umane che hanno concorso a determinare quell'attestazione, necessarie per l'espletamento dei lavori" (cfr. Consiglio di Stato n. 2547/2015).

Per completezza, si evidenzia che nell'ambito delle CRI era stato richiesto al Comune di Napoli di documentare le verifiche condotte in ordine al possesso dei requisiti morali da parte dell'impresa ausiliaria, con riguardo ai precedenti penali del legale rappresentante.

Il Comune, riscontrando le richieste dell'Autorità, ha altresì documentato le verifiche svolte sul Casellario giudiziale nei confronti di [...OMISSIS...], amministratore della [...OMISSIS...] sino alla data del 28.12.2015 con iscrizione il 12.01.2016, sostituito da [...OMISSIS...] sino al 14.12.2016, data in cui quest'ultimo è stato sostituito da [...OMISSIS...].

Dagli atti trasmessi dal Comune risultano certificati del Casellario giudiziale e dei carichi pendenti del 21.01.2016, riferiti a [...OMISSIS...], già non più nella carica di amministratore a tale data, né risultano svolte ulteriori verifiche a carico dei successori, prospettandosi pertanto a carico dell'Ente comunale un mancato aggiornamento degli assetti societari della [...OMISSIS...] in riferimento al momento della stipulazione del contratto, avvenuta in data 01.02.2016.

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 in epigrafe con la comunicazione delle risultanze istruttorie prot. n. 17685 del 23.02.2018, ravvisando la non corretta applicazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, medio tempore applicabile al caso di specie, e dei principi giurisprudenziali consolidatisi in materia, non risultando 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 OS24, non rinvenendosi altresì agli atti lo svolgimento di documentate verifiche da parte della stazione appaltante sull'effettività dell'avvalimento, nei termini indicati, per tutto il periodo dei lavori;
- dà mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera ai soggetti già destinatari della comunicazione di risultanze istruttorie;

- la presente delibera è trasmessa alla stazione appaltante per l'eventuale azione di competenza.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 giugno 2018

Il Segretario
Maria Esposito