



DELIBERA N. 85

27 gennaio 2021.

Oggetto

Indagine in tema di avvalimento ex art. 89 del d.lgs. 50/2016, nell'ambito delle procedure di affidamento di lavori pubblici "PROCEDURA APERTA PER L' APPALTO DI ESECUZIONE LAVORI DI ADEGUAMENTO PSG AI SENSI DEL D.LGS. 264/06, FASE 2 LOTTO 5B – GALLERIA OLIMPIA, UBICATI SULL'AUTOSTRADA DEI TRAFORI A26 GENOVA VOLTRI - GRAVELLONA TOCE, COD. APP. 0266/A26 - COMMESSA: OG209 - CIG 727727989A".

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

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

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori

Premessa

Nell'adunanza del 28.10.2020 il Consiglio dell'Autorità deliberava l'avvio di una specifica attività d'indagine volta a verificare gli impegni assunti dai Consorzi stabili, nella qualità di imprese ausiliarie, nel triennio 2018/2020 e l'effettività del prestito dei requisiti oggetto di avvalimento, in conformità con quanto previsto dall'art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016, in riferimento ad campioni di procedure, individuato in ragione della rilevanza tra gli appalti esaminati e della ricorrenza dei medesimi Consorzi Stabili nell'assunzione di impegni a prestare i requisiti di qualificazione nell'ambito di diverse gare d'appalto nel periodo di riferimento.

Nell'ambito dell'indagine, è risultata ricompresa, tra l'altro, la "PROCEDURA APERTA PER L' APPALTO DI ESECUZIONE LAVORI DI ADEGUAMENTO PSG AI SENSI DEL D.LGS. 264/06, FASE 2 LOTTO 5B – GALLERIA OLIMPIA, UBICATI SULL'AUTOSTRADA DEI TRAFORI A26 GENOVA VOLTRI - GRAVELLONA TOCE, COD. APP. 0266/A26 - COMMESSA: OG209 - CIG 727727989A", di importo pari ad euro 1.228.874,13, riferita alla Stazione appaltante Autostrade per l'Italia Spa e aggiudicata all'ATI [... OMISSIS ...] con provvedimento reso efficace ai sensi dell'art. 32, comma 7 del d.lgs. 50/2016 in data 07.01.2019.

Considerato in fatto

Con comunicazione prot. n. 94064 del 10.12.2020, in esito ad approfondimenti preliminari presso la stazione appaltante per l'acquisizione di documentazione utile dell'appalto– che ha permesso di individuare lo stato dell'iter della procedura e l'ambito dell'avvalimento - è stato comunicato l'avvio del procedimento istruttorio, finalizzato ad acquisire puntuali elementi conoscitivi e documentali in ordine

alle modalità adottate per l'attuazione dell'istituto dell'avvalimento ai sensi del predetto art. 89 del codice, cui ha fatto ricorso l'operatore economico [... OMISSIS ...] nei riguardi del Consorzio [... OMISSIS ...], nella qualità di ausiliaria, per la dimostrazione della qualificazione nella categoria OG4, I classifica, richiesta, tra l'altro, dal bando di gara, e del requisito della cifra d'affari ottenuta con lavori svolti mediante l'attività diretta ed indiretta non inferiore a tre volte l'importo a base di gara previsto, nonché a verificare il corretto utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, nella fase di esecuzione del contratto, in relazione all'effettività del prestito da parte della impresa ausiliaria dei mezzi e requisiti dichiarati in sede di gara ed al rispetto degli adempimenti di cui all'art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016, in ordine al riscontro, da parte del RUP, di tale effettivo impiego.

A riscontro di tale nota, è pervenuta la comunicazione della committente Autostrade per l'Italia Spa, acquisita al prot. n. 0001625 in data 11.01.2021, rilevando preliminarmente, in ordine alla corretta attuazione degli adempimenti di cui all'art. 89, comma 9 che *"a far data dal 20.06.2019 quando l'avanzamento dei lavori era pari a circa il 37% del totale dell'importo contrattuale, vi è stato un avvicendamento nella figura del Responsabile del Procedimento, circostanza che ha contribuito a non presidiare correttamente gli adempimenti in materia di avvalimento"*, con l'ulteriore evidenziazione *"che alcun elemento di allarme o difficoltà in fase esecutiva è emersa da parte dell'appaltatore, ulteriore circostanza che ha comportato l'involontaria omissione sui controlli di cui in parola"* e confermando che allo stato *"la totalità dei lavori d'appalto sono stati completamente e correttamente ultimati"*.

Sulla scorta di tale precisazione è stato, pertanto, rilevato, con riferimento agli adempimenti connessi alla verifica dell'effettivo impiego delle risorse dell'impresa ausiliaria nell'esecuzione dell'appalto, che *"è sfuggita" l'esistenza dell'avvalimento e la necessità di effettuare le doverose e conseguenti verifiche"*, dandosi, peraltro, evidenza che *"attraverso una lettura a posteriori del contratto, essendo i lavori sono ormai ultimati, che i mezzi d'opera e le attrezzature riportate nel contratto di avvalimento e messe a disposizione dall'impresa ausiliaria non sarebbero stati, nella loro gran parte, coerenti con le lavorazioni oggetto di appalto rientranti nella categoria OG4 oggetto di avvalimento"*, fornendo l'elenco rilasciato dal Consorzio ausiliario. Di conseguenza la Stazione appaltante, in merito alle modalità esecutive delle prestazioni afferenti alla categoria OG4, oggetto di avvalimento, ha fatto presente che *"L'Appaltatore, infatti, ha eseguito le relative lavorazioni sia attraverso noli a caldo e a freddo di attrezzature non presenti nell'elenco formalizzati con altri operatori economici, sia attraverso la fornitura di elementi prefabbricati (vasche e tombini) che degli elementi che compongono la linea di drenaggio, non facendo mai utilizzo di attrezzature rientranti nell'elenco del contratto di avvalimento."*, fornendo al contempo un elenco delle attrezzature principali utilizzate per le lavorazioni rientranti in OG4, con l'ulteriore precisazione che *"alcune lavorazioni identiche a quelle rientranti in OG4, quali la realizzazione del basamento, la fornitura e posa di vasca prefabbricata e tombini oltre allo scavo in piattaforma (sia in galleria che all'esterno) per successiva posa di tubazione, sono state eseguite contestualmente e a pieno titolo dallo stesso Appaltatore in quanto parte dell'impianto antincendio e per questo motivo classificate nella categoria OS03 dal progettista, per la cui esecuzione non è stato quindi necessario alcun avvalimento"*.

Da ultimo con riferimento agli adempimenti connessi alla trasmissione delle dichiarazioni relative agli avvalimenti previste dall'art. 89, comma 9, del Codice, nel richiamare il contenuto della comunicazione preliminare, acquisita al prot. n. 89991 del 25.11.2020, la stessa ha precisato che *"a causa di disguido interno nella gestione del procedimento, non si è provveduto a trasmettere a codesta Spett.le Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento e pertanto non viene allegata la documentazione in merito al punto 9) della vostra richiesta"*.

Con comunicazione acquisita al prot. n. 1040 in data 08.01.2021 perveniva il riscontro dell'impresa mandataria ausiliata, nell'ambito del quale è stata fornita una ricostruzione dell'appalto, evidenziando, in relazione all'esecuzione delle prestazioni oggetto di avvalimento, che *"la porzione più consistente delle*



lavorazioni in OG 4 è stata possibile soltanto a partire dal mese di febbraio 2020, poiché all'inizio del nuovo anno l'impresa era impegnata nell'esecuzione delle lavorazioni inerenti alle altre Categorie, per recuperare il tempo di fermo imposto dalla sospensione dei lavori disposta dalla Committenza con Verbale n. 4 del 21/12/2019 fino a tutto il 7/1/2020' e che " Quando tra la fine del mese di febbraio e l'inizio del mese di marzo la scrivente impresa, d'intesa con l'Ausiliaria, stava organizzando l'avvio delle lavorazioni inerenti all'impianto di drenaggio, sono state disposte dal Governo le prime restrizioni legate all'emergenza pandemica Covid-19". Con specifico riguardo all'apporto dell'impresa ausiliaria è stato evidenziato, con il preteso richiamo, tra l'altro, alla "straordinaria situazione di crisi sanitaria" che "è stato garantita la fruizione del Know-how tecnologico e commerciale messo a disposizione dall'Ausiliaria ricorrendo a tecnologie da remoto per il coordinamento congiunto dei lavori" e che "Per quanto attiene alla risorse e ai mezzi oggetto di avvalimento, si è deciso con l'Ausiliaria di impiegare le maestranze e i mezzi locali dell'impresa Ausiliata, all'uopo tecnicamente ed economicamente organizzata, garantendo comunque la piena e congiunta supervisione e direzione tecnica dell'Ausiliaria", con la precisazione che "La scelta adottata ha consentito di portare a compimento l'esecuzione delle opere, nonostante le considerevoli difficoltà organizzative derivanti dalla pandemia, come invero attestato dal certificato di ultimazione dei lavori del 4/11/2020 e dal verbale di consistenza delle opere del 27/11/2020 nel quale si dà atto della corretta esecuzione degli impianti...".

Sulla scorta di tali considerazioni, la stessa impresa ha ritenuto di sostenere che "l'esecuzione dell'appalto, per come sopra descritta, risulta pienamente conforme alla disciplina applicabile in materia di avvalimento ai sensi del D.lgs. n. 50/2016", fornendo un'interpretazione, secondo cui "La causa del contratto di avvalimento consiste dunque nella effettiva "messa a disposizione" delle risorse e dei mezzi oggetto di avvalimento, ai fini della corretta esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto di appalto" e che "ai fini della corretta organizzazione e realizzazione dei lavori, risulta assolutamente indispensabile che l'affidatario, sulla base delle effettive circostanze riscontrate in corso di esecuzione, richieda il trasferimento dei mezzi e delle risorse oggetto di avvalimento allorché queste risultino concretamente necessarie in una determinata fase delle lavorazioni, fermo restando che l'impresa ausiliaria è comunque tenuta a garantire, per tutta la durata dell'appalto, il tempestivo prestito dei mezzi e delle risorse necessari; e ferma restando la responsabilità in solido dell'Ausiliaria nei confronti della Committente ex articolo 89, comma 5, del D.lgs. 50/2016" e che "soltanto nella differente ipotesi del subappalto si realizza una cessione parziale delle prestazioni oggetto di appalto, con la conseguenza che solo in tale ultimo caso le prestazioni sono eseguite direttamente dal subappaltatore".

A riscontro dell'avvio del procedimento, perveniva ulteriormente la comunicazione del Consorzio Stabile ausiliario, acquisita al protocollo dell'ANAC n. 97078 del 21.12.2020, nella quale risultava evidenziato in primo luogo, riguardo ai rapporti intercorsi con l'impresa ausiliata, di avere emesso "proforma di fattura n. 1/2019 di € 6.891,93 + iva per un totale di € 8.409,15 con dilatazione di pagamento in n° 5 rate, risultante tutto incassato", con la produzione della relativa documentazione; pagamento riferibile al corrispettivo previsto nel contratto di avvalimento in caso di aggiudicazione.

Riguardo al profilo in ordine all'effettività dell'avvalimento, risulta evidenziato, dal medesimo Consorzio, che "le risorse messi a disposizione per la gara in oggetto, sono disponibili, così" come previsto nel contratto di avvalimento sottoscritto tra le parti", ritenendo che "ovviamente la messa a disposizione totale e/o parziale, non può configurarsi per lo scrivente una imposizione".

Con riferimento ulteriore alla richiesta di comprovare la titolarità dei mezzi oggetto di avvalimento di cui all'elenco allegato al contratto di avvalimento, il Consorzio ha precisato che "si rappresenta inoltre che le risorse messe a disposizione e/o utilizzati, trattasi di ns personale e/o delle consorziate, come previsto per i consorzi stabill".

Considerato in diritto

Dalle risultanze emerge che l'impresa ausiliata non ha utilizzato i mezzi e/o attrezzature oggetto di avvalimento, afferenti all'esecuzione delle lavorazioni nella categoria OG4, non posseduta dall'impresa appaltatrice [... OMISSIS ...], in forza del contratto in essere, concernenti *"Know-How tecnologico e commerciale, a mezzo del proprio responsabile della condotta dei lavori ; ■ 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.;"* con rinvio all'elenco mezzi allegato.

Ciò emerge sia dalle dichiarazioni rese dalla stazione appaltante, dando evidenza, riguardo alle lavorazioni della categoria di qualificazione interessata dall'avvalimento, che *"L'Appaltatore, infatti, ha eseguito le relative lavorazioni sia attraverso noli a caldo e a freddo di attrezzature non presenti nell'elenco formalizzati con altri operatori economici,, non facendo mai utilizzo di attrezzature rientranti nell'elenco del contratto di avvalimento."*, con la precisazione, resa *"attraverso una lettura a posteriori del contratto,...."*, che *".... i mezzi d'opera e le attrezzature riportate nel contratto di avvalimento e messe a disposizione dall'impresa ausiliaria non sarebbero stati, nella loro gran parte, coerenti con le lavorazioni oggetto di appalto rientranti nella categoria OG4 oggetto di avvalimento"*.

La stessa impresa appaltatrice ha ritenuto di giustificare la conformità delle modalità esecutive adottate ai principi in tema di avvalimento, facendo presente di avere *"....deciso con l'Ausiliaria di impiegare le maestranze e i mezzi locali dell'impresa Ausiliata, all'uopo tecnicamente ed economicamente organizzata"*, e che *"...è stata garantita la fruizione del Know-how tecnologico e commerciale messo a disposizione dall'Ausiliaria ricorrendo a tecnologie da remoto per il coordinamento congiunto dei lavori."*

Tali modalità operative - anche a volere ammettere la asserita fruizione del Know-how tecnologico e commerciale per il coordinamento congiunto dei lavori ricorrendo a tecnologie da remoto - non si ritengono in linea con il disposto di cui all'art. 89 del d.lgs. 50/2016, con particolare riferimento al comma 9, il quale prevede espressamente che *"In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto d'appalto. Ha inoltre l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni di cui all'articolo 52 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità."*

E' evidente che il sopra richiamato disposto normativo, al fine di evitare un utilizzo meramente cartolare dell'istituto dell'avvalimento, salvaguardando al contempo le capacità esecutive sottese al rilascio dell'attestazione di qualificazione, ha espressamente richiesto l'effettivo utilizzo di quanto messo a disposizione da parte dell'ausiliaria. 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 parti dell'organizzazione aziendale, che non coincide con la mera sommatoria degli stessi e che non ne consente una considerazione atomistica"* e che qualora *"oggetto dell'avvalimento è un'attestazione SOA di cui la concorrente è priva, occorre, ai fini*



dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale – comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse – che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l'attestazione da mettere a disposizione" (Cons. Stato, sentenza n. 852 del 23 febbraio 2017).

Pertanto, risulta innegabile che, alla luce del disposto di cui all'art. 89, comma 9 del Codice, codificando un principio già consolidatosi nel tempo, la messa a disposizione dell'intera organizzazione aziendale da parte dell'impresa ausiliaria deve essere accompagnata dall'effettivo impiego delle risorse da parte dell'impresa ausiliata, prevedendo espressamente la legge, quale conseguenza di un'eventuale omissione, la risoluzione del contratto d'appalto.

In tale contesto risulta non condivisibile l'interpretazione prospettata dal Consorzio ausiliario e condivisa anche dall'impresa appaltatrice, nel ritenere che *"ovviamente la messa a disposizione totale e/o parziale, non può configurarsi per lo scrivente una imposizione"*, limitando la portata del disposto normativo, per la corretta attuazione dell'istituto dell'avvalimento, alla mera *"messa a disposizione; lo stesso riferimento dell'impresa appaltatrice di ritenersi "...all'uopo tecnicamente ed economicamente organizzata,..."* risulta irrilevante, 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 la stazione appaltante Autostrade per l'Italia Spa ha espressamente ammesso *"...l'involontaria omissione sui controlli di cui in parola"*, riferendo peraltro che *"è "sfuggita" l'esistenza dell'avvalimento e la necessità di effettuare le doverose e conseguenti verifiche"*, ritenendo di richiamare per il superamento di tale carenza la circostanza *".....che alcun elemento di allarme o difficoltà in fase esecutiva è emersa da parte dell'appaltatore,....."*, confermando il venire in rilievo dei profili di responsabilità in capo ai soggetti preposti della Stazione appaltante in riferimento alla mancata 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"*.

Peraltro, nella valutazione della rilevanza della mancata corretta attuazione della normativa in tema di avvalimento, al di là della previsione del contratto di avvalimento teso a supportare il possesso della qualificazione nella categoria OG4, classifica I; alla luce della previsione del bando di gara che quantificava l'importo dei lavori in OG4 nell'importo di euro 299.845, 29, richiedendo la relativa qualificazione SOA nella I classifica, va tenuto presente che la stazione appaltante, nel documentare, nella fase preliminare informativa, l'iter dell'appalto, ha prodotto l'atto aggiuntivo "Per 1^ perizia tecnica e suppletiva", nell'ambito della quale risulta evidenziato che *"gli importi delle categorie di lavoro (Categorie SOA) di cui si compone l'appalto, al netto del ribasso contrattuale e comprensivi degli oneri di sicurezza, sono così rideterminati: - OS30 pari ad € 515.142,71; - OS3 pari ad € 405.505,25; - OG4 pari ad € 416.417,54"*, con rideterminazione della categoria OG4 in misura nettamente superiore di quella prevista nel bando di gara.

Nella valutazione dell'operato della stazione appaltante va, inoltre, osservato che la medesima appaltante nel corso dell'istruttoria condotta ha riferito, altresì, in ordine alla mancata coerenza con le lavorazioni rientranti nella categoria OG4 oggetto di avvalimento dei *"... mezzi d'opera e le attrezzature riportate nel contratto di avvalimento e messe a disposizione dall'impresa ausiliaria ..."*.

Come è noto, l'art. 89 comma 1 prevede che *"...il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria"*; come precisato dalla giurisprudenza *"L'esigenza di una puntuale analitica individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (e*

l'indeterminabilità del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali pubbliche, nella necessità di non consentire facili e strumentali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare (Cons. St., sez. V, 30.11.2005, n. 5396)." (cfr. Consiglio Stato sentenza n. 346 /2016). Sul punto si richiamano ulteriori pronunciamenti giurisprudenziali tesi a ritenere, in ordine alla determinazione delle risorse impiegate nell'avvalimento, che *"il Legislatore ha inteso anticipare alla fase di predisposizione della documentazione di gara e di redazione del contratto, anche al fine di consentire alla stazione appaltante di verificare ex ante l'adeguatezza degli obblighi assunti dall'ausiliaria e il rispetto delle prescrizioni sui requisiti di partecipazione"* (cfr. TAR Campania sentenza n. 1022/2020).

In tale contesto sembra evidente che il giudizio sulla congruità e sulla sufficienza delle risorse indicate nel contratto di avvalimento diventa quindi il momento cardine per la valutazione dell'applicazione concreta dell'avvalimento, in ordine alla validità del contratto e alla sua idoneità al raggiungimento dello scopo, tenuto conto di quanto precisato dalla giurisprudenza nel ritenere che *"La causa concreta del contratto di avvalimento presenta dunque una funzione peculiare, non solamente diretta a colmare il gap del concorrente rispetto ai requisiti di partecipazione, procurandosi risorse finanziarie ed operative di cui lo stesso è carente, ma anche e soprattutto a garantire la stazione appaltante sulla serietà ed affidabilità dell'impresa concorrente e dunque sulla sua idoneità ad eseguire correttamente le prestazioni messe in gara"* (cfr. Tar Napoli, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 51), con il richiamo, nella stessa pronuncia, alla *"....necessità di un controllo più penetrante confronti della causa, e di tenere conto della compresenza di più interessi (tra cui quello della stazione appaltante e dei terzi concorrenti estranei all'accordo), verificando in concreto se l'operazione negoziale arrechi effettivamente il possesso di quei requisiti tali da garantire l'affidabilità del concorrente in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto"*.

Sotto tale profilo, le dichiarazioni della Stazione appaltante, rese a seguito di una lettura a posteriori del contratto di avvalimento, in ordine alla mancata coerenza dei mezzi d'opera e le attrezzature riportate nel contratto di avvalimento, rendono configurabile un ulteriore profilo di addebito nei riguardi della società concessionaria in ordine alla mancata verifica del contenuto dell'avvalimento e dell'idoneità delle risorse indicate a soddisfare la corretta esecuzione dell'appalto, prospettandosi, peraltro, profili di carenza che renderebbe il predetto contratto di avvalimento inidoneo allo scopo a cui è preposto, con ripercussioni intorno alla validità del medesimo in applicazione dei principi civilistici.

Sempre con riferimento alle risorse indicate nel contratto di avvalimento, si evidenzia che le verifiche condotte afferenti all'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, per i quali è stato richiesto nell'avvio dell'istruttoria di dimostrare la titolarità dei mezzi di cui all'elenco allegato al contratto di avvalimento, ha consentito di rilevare, senza specifica dimostrazione, l'appartenenza delle risorse indicate nel contratto di avvalimento anche alle imprese consorziate, laddove il Consorzio ausiliario ha riferito *"....che le risorse messe a disposizione e/o utilizzati, trattasi di ns personale e/o delle consorziate, come previsto per i consorzi stabili"*. Ciò in assenza di una dichiarazione dell'impresa titolare consorziata, volta all'assunzione dell'impegno a rendere disponibile le predette risorse e/o di un titolo che consenta al Consorzio ausiliario medesimo la facoltà di utilizzo del bene, garantendo la messa a disposizione del medesimo nell'appalto interessato nel rispetto delle concrete tempistiche richieste.

Come è noto, l'art. 89 del codice dei contratti prevede che *"L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80 nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento"*, con l'ulteriore precisazione che *"L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa"*



ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente".

Pare evidente che, al fine di evitare che le predette dichiarazioni si risolvano in una mera clausola di stile priva di concretezza, la dichiarazione circa il possesso delle risorse oggetto di avalimento e la dichiarazione per l'assunzione dell'obbligo verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente deve interessare l'effettivo detentore del bene e pertanto, nello specifico le imprese consorziate, trattandosi comunque di soggetti attivi nel mercato, al di là della compagine consortile, tenuti, in virtù dell'impegno assunto dal consorzio ausiliario, ad assicurare la priorità dell'utilizzo delle risorse nell'appalto da parte dell'esecutore e garantire che quest'ultimo possa, in qualunque momento, acquisire la disponibilità materiale dei mezzi e delle risorse oggetto del contratto di avalimento.

Tali considerazioni risultano confermate dall'orientamento giurisprudenziale, che ha avuto modo di ritenere che *"Nel caso di specie, il Consorzio Stabile, nel dichiarare in sede di stipula del contratto di avalimento di mettere a disposizione dell'ausiliata, la cifra d'affari risultante dalla sommatoria della cifra d'affari in lavori di pertinenza del consorzio e di quella di pertinenza delle imprese consorziate, ha di fatto prestato all'impresa ausiliata, non solo requisiti posseduti in proprio, ma anche inammissibilmente, in aggiunta - e non in alternativa a questi (come sarebbe stato possibile) - quelli nella titolarità delle singole imprese consorziate delle quali non poteva disporre direttamente, perché, appunto, nella disponibilità di altri soggetti (le singole consorziate) e dei quali non ha dimostrato di poter disporre in virtù di uno specifico mandato"* (cfr. TAR Campania, sentenza n. 996/2018), confermando la necessità della dimostrazione di poter disporre in virtù di uno specifico mandato.

Da ultimo, in riferimento agli obblighi informativi di cui all'art. 89, comma 9 del codice dei contratti, secondo cui *"La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità"*, si evidenzia che la Stazione appaltante ha espressamente riferito che *"a causa di disguido interno nella gestione del procedimento, non si è provveduto a trasmettere a codesta Spett.le Autorità tutte le dichiarazioni di avalimento e pertanto non viene allegata la documentazione in merito al punto 9) della vostra richiesta, limitandosi a tale dichiarazione senza, peraltro, l'attivazione di iniziative per l'assolvimento postumo dell'adempimento in esame e procrastinando la propria inerzia.*

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 - sia pure prendendo atto dell'avvenuto completamento dei lavori, a fronte dell'avvenuta produzione del certificato di ultimazione del 26.11.2020 - di sollecitare la stazione appaltante ad adottare ogni opportuna iniziativa a fronte dell'accertamento del non corretto ricorso all'istituto dell'avalimento, tenuto conto delle circostanze del caso e dell'eventuale venire in rilievo di profili di gravità dell'inadempimento agli obblighi di legge, e comunque a tenere conto dei rilievi in esame nell'ambito dell'accertamento della regolarità dei lavori eseguiti nella citata categoria OG4 da parte di impresa priva dell'adeguata qualificazione.

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

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 27 gennaio 2021

DELIBERA

- di ravvisare 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 nella fase esecutiva dei lavori, non è risultato un effettivo apporto del Consorzio Stabile ausiliario, in termini di personale e risorse, idoneo a configurare la messa a disposizione della capacità esecutiva connessa al possesso della qualificazione nella categoria scorporabile OG4, richiesta, tra l'altro, ai fini della partecipazione alla procedura di gara in esame;
- di ritenere censurabile l'operato della stazione appaltante Autostrade per l'Italia Spa, in relazione all'omessa adeguata verifica sul rispetto degli impegni contrattuali derivanti dall'avvalimento, ex art. 89, comma 9 del d.lgs. 50/2016;
- di richiamare la medesima stazione appaltante ad una più puntuale verifica del contenuto del contratto di avvalimento in riferimento alla congruità e all'idoneità delle risorse ivi indicate al fine di soddisfare la corretta esecuzione dell'appalto;
- di richiamare la predetta società committente 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 dell'avvio dell'istruttoria, invitando la stazione appaltante Autostrade per l'Italia Spa a comunicare, entro 30 giorni dalla trasmissione della presente delibera, le valutazioni condotte e le determinazioni assunte a fronte dell'accertamento del non corretto ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 febbraio 2021

Il Segretario verbalizzante
Maria Esposito

Atto firmato digitalmente