



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 629 del 26 giugno 2019

Fascicolo n. 263/2019/C

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 DI IMPIANTO SPORTIVO POLIVALENTE, RISTRUTTURAZIONE DEL CAMPO DI ATLETICA" - Importo appalto: Euro 210.000,00 - CIG 7377140084 - Stazione Appaltante: Comune di Borgosesia.

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 avalimento, 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 avalimento.

Nell'ambito dell'indagine è risultato ricompreso il Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] nella qualità di impresa ausiliaria e i lavori affidati all'impresa ausiliata [... OMISSIS ...], nell'ambito della procedura avente ad oggetto i "LAVORI DI IMPIANTO SPORTIVO POLIVALENTE, RISTRUTTURAZIONE DEL CAMPO DI ATLETICA" - Importo appalto: Euro 210.000,00 -

Considerato in fatto

Con nota prot. 14771 del 21.02.2019 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, da parte della stazione appaltante comune di Borgosesia, 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 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 citata stazione appaltante Comune di Borgosesia (VC), acquisita al protocollo dell'ANAC al n. 22362 del 19.03.2019, con allegata documentazione, dalla quale si evince in primo luogo che la procedura di gara in oggetto, condotta aderendo alla Stazione Unica Appaltante (S.U.A.) istituita presso gli Uffici della Comunità Montana Valsesia, ora Unione Montana dei Comuni della Valsesia, ha riguardato "Lavori di impianto sportivo polivalente, ristrutturazione del campo di atletica", richiedendosi il possesso della qualificazione SOA nella categoria OG1, classifica I, aggiudicati all'impresa [... OMISSIS ...], per aver offerto un ribasso del 23,111% sull'importo dei lavori posto a base di gara.

In riferimento ai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa aggiudicataria, risulta prodotto in atti il contratto di avvalimento intercorso tra l'ausiliaria Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] e l'impresa ausiliata [... OMISSIS ...], avente ad oggetto il requisito concernente la categoria OG1-I, non posseduta dall'impresa esecutrice, unitamente al 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 di cui la ditta ausiliata è carente, contenente l'assunzione dell'obbligo dell'impresa ausiliaria, verso l'impresa ausiliata e nei confronti della stazione appaltante, di *"mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente l'impresa ausiliata, Art. 89 comma 1) D.lgs. 50/2016 così come modificato dal D.Lgs. 56/2017, come di seguito indicativamente elencate: 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.; ... 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"*.

In riferimento alla fase di esecuzione dei lavori, viene evidenziato che gli stessi *"vennero*

consegnati in data 30 luglio 2018, come da relativo verbale in tale data sottoscritto dall'impresa senza riserve”, indicando come tempo utile per l'esecuzione dei lavori 120 giorni consecutivi, decorrenti dalla data del verbale di consegna, con scadenza fissata al giorno 26.11.2018.

Veniva, altresì, evidenziato che “in corso d’opera i lavori vennero sospesi in data 21/09/2018, come da relativo verbale in tale data, in quanto a seguito del peggioramento delle condizioni di degrado del manto della pista, la direzione lavori, in accordo con l’Amministrazione Comunale, riteneva necessario la realizzazione di un intervento diverso da quello inizialmente previsto, procedendo pertanto nella predisposizione di apposita perizia” e che “I lavori vennero successivamente ripresi in data 28/11/2018, come da relativo verbale in tale data, al fine di consentire alla ditta Appaltatrice l'esecuzione delle operazioni di chiusura delle fessurazioni e compensazioni di avvallamenti presenti sul fondo della pavimentazione della pista di atletica; i lavori vennero poi nuovamente sospesi in data 07/12/2018, come da relativo verbale in tale data, stante l'impossibilità di stesura del manto di usura durante il periodo invernale dovuto a temperature ambientali rigide e non idonee alla realizzazione alla regola”.

In riferimento alla suddetta perizia di variante, veniva precisata la relativa entità, comportante un aumento contrattuale (lordo) di € 43.613,56, rideterminando pertanto l'importo contrattuale in complessivi netti € 206.143,57, evidenziando che “tale perizia è ancora in fase di verifica ed approvazione da parte del responsabile unico del procedimento, ovvero della stazione appaltante”.

Riguardo allo stato di avanzamento dei lavori, veniva riferito che “alla data attuale non sono stati liquidati pagamenti in acconto relativi a certificati di pagamento già emessi, come non risultano ancora neanche stati emessi eventuali stati di avanzamento per la contabilizzazione delle opere eseguite”, dando atto dell’avvenuta corresponsione dell’anticipazione sull’importo contrattuale (20%), pari ad € 32.506,00, con la precisazione che “L’avanzamento dei lavori risulta alquanto modesto e ben al di sotto di quanto prospettato nel cronoprogramma dei lavori stessi, anche alla luce del fatto che si è in sospensione degli stessi in quanto, oltre all'impossibilità di continuare nella realizzazione alla regola delle opere - nello specifico nella stesura del tappetino d'usura - durante il periodo invernale, necessita provvedere all'approvazione della documentazione tecnica costituente la perizia sopra menzionata” e che i lavori “sono ancora in una fase quasi "preliminare" di realizzazione, non avendo l'Appaltatore stesso eseguito grosse lavorazioni in cantiere, ... e pertanto che l'Appaltatore, per quanto ad oggi eseguito, non ha ancora goduto, come non ne avrebbe dovuto, del ricorso all'avvalimento da parte di altro soggetto”.

Con riguardo all’adempimento degli obblighi di comunicazione dell’avvalimento all’ANAC, viene infine riferito che “gli obblighi di adempimento di comunicazione sono stati ottemperati con comunicazione avvenuta attraverso il sito dell’Osservatorio Regionale dei contratti pubblici della Regione Piemonte avvenuto in data 28/11/2018 mediante la compilazione della scheda relativa all’aggiudicazione dei lavori in oggetto (scheda L01); in tale sede veniva erroneamente indicata quale Appaltatore la sola ditta “[... OMISSIS ...]”, avente sede a Torino in [... OMISSIS ...], in quanto desunta unicamente dall’atto di aggiudicazione steso dalla Stazione Unica Appaltante (S.U.A.) istituita presso gli Uffici della Comunità Montana Valsesia (ora Unione Montana dei Comuni della Valsesia)” e che “Successivamente, a seguito di verifica, si è appurato che l’Appaltatore summenzionato si è avvalso, per la partecipazione alla gara in oggetto, all’istituto dell’avvalimento di

quanto messo a disposizione da parte della ditta "Consorzio Stabile [... OMISSIS ...]", avente sede a [... OMISSIS ...]; a tal proposito in data 28/02/2019 si procedeva, conseguentemente, alla relativa rettifica della precedente comunicazione attraverso il sito dell'Osservatorio Regionale dei contratti pubblici della Regione Piemonte".

A riscontro dell'avvio del procedimento risulta, altresì, pervenuta la comunicazione del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...], acquisita al protocollo dell'ANAC n. 24070 del 25.03.2019, con la trasmissione di relativa documentazione, nella quale risulta evidenziato che *"In specie è stata emessa la proforma, qui allegata, per il prestito dei requisiti, avente data 12 giugno 2018, per l'importo di € 7138,82 iva inclusa, a fronte della quale è stata inoltrata all'impresa ausiliata n. 1 fattura per l'intero, in assenza di diverse intese ca. modalità di pagamento dilazionate. A data odierna, questo Consorzio Stabile attende da detta impresa la corresponsione degli importi in adempimento degli accordi contrattuali sottoscritti, essendosi realizzata la condizione dell'avvenuta aggiudicazione, sospensiva dell'efficacia del contratto medesimo".*

Con riferimento 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, risulta evidenziato dallo stesso Consorzio che *"... sia l'Ente appaltante, sia l'impresa [... OMISSIS ...] non abbiano, sino al giorno 07/03/19, reso nota l'avvenuta constatazione di una concreta necessità di un ausilio che, qualora se ne fosse palesata l'esigenza, questo Consorzio Stabile non avrebbe esitato a fornire, in ottemperanza al contratto di avvalimento sottoscritto tra le parti",* precisando ulteriormente che *"In tale data è pervenuta all'attenzione dello scrivente, una richiesta di dare esecuzione al contratto di avvalimento, richiesta, tuttavia, caratterizzata da assoluta genericità circa i mezzi e/o le maestranze effettivamente utili in cantiere, circostanza che ha indotto il Consorzio a invitare l'impresa ausiliata a dettagliare la richiesta perché, in tempi congrui, si potesse provvedere all'invio di quanto posto a disposizione. Si permane, attualmente, in attesa di riscontro".*

Infine, risulta pervenuto il riscontro dell'impresa ausiliata [... OMISSIS ...], acquisito al prot. 24069 del 25.03.2019, con la quale, in riscontro alla comunicazione di avvio del procedimento, in riferimento *"... alla documentazione richiesta direttamente allo scrivente operatore economico, ovvero documentazione ed atti contabili comprovanti messa a disposizione ed effettivo utilizzo di persone e mezzi dell'operatore economico ausiliario, si impone una doverosa premessa e specificazione, inerente lo stato e lo svolgimento dell'appalto in oggetto, che lo ha caratterizzato e lo sta caratterizzando fino alla data odierna",* precisando che *"La consegna dei lavori è intervenuta alla vigilia del mese di agosto 2018, su richiesta della stazione appaltante che auspicava la disponibilità in termini rapidi della pista di atletica, la cui copertura è oggetto di integrale rifacimento. Le lavorazioni, per evidenti motivi, entravano a pieno regime solo dal mese di settembre, ma subito risultava evidente che lo stato effettivo della pista di atletica, in seguito alle prime lavorazioni di semplice rimozione dell'usurata pavimentazione esistente (cui lo scrivente operatore economico ha provveduto senza ricorrere all'ausiliaria, trattandosi di lavorazioni strettamente modeste) non consentivano le lavorazioni di posa di nuova copertura, se non a fronte di specifici interventi di sistemazione di avallamenti e quant'altro, oggetto di specifiche varianti, da adottarsi da parte della stazione appaltante con le ordinarie modalità".*

La stessa impresa riferiva ulteriormente che *"La stazione appaltante, che ben si è resa conto di quanto ora esposto, ha infatti prontamente disposto la sospensione dei lavori, ancora nel mese di*

settembre 2018. I lavori sono rimasti di fatto sospesi fino ad oggi, nonostante una breve ripresa da fine novembre ad inizio dicembre 2018, necessaria al solo fine di consentire la completa rimozione del vecchio manto (sempre con minime lavorazioni, non implicanti il ricorso all'impresa ausiliaria). Né le condizioni atmosferiche (la posa del nuovo manto, per specifiche caratteristiche del materiale, è incompatibile con il clima invernale della zona ove si svolgono i lavori) né la non ancora intervenuta definizione della perizia di variante da parte della stazione appaltante, hanno consentito ad oggi la ripresa delle lavorazioni”.

Da ultimo, veniva evidenziato che “Risulta pertanto evidente, per tutto quanto qui esposto, che le effettive lavorazioni caratterizzanti l'appalto in oggetto, in relazione alle quali è stato previsto il ricorso all'avvalimento devono ancora essere iniziate”, evidenziando la documentazione contabile “intervenuta tra la scrivente appaltatrice e l'impresa ausiliaria è rappresentata da allegati: - preavviso di fattura del Consorzio n. 15 del 12/06/2018 - fattura n. 92 del 02/11/2018, cui non ha fatto seguito il pagamento, non avendo di fatto ancora avuto inizio le lavorazioni caratterizzanti l'appalto e quindi le prestazioni convenute con l'impresa ausiliaria. Motivo per il quale non si può al momento provvedere ad allegare gli ulteriori documenti richiesti, in quanto non ancora esistenti”.

Con nota prot. n. 39421 del 16.05.2019, l'Ufficio comunicava ai soggetti interessati dal procedimento le risultanze istruttorie, prospettando il mancato 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-I classifica, non posseduta dall'impresa ausiliata, con la configurazione della possibile violazione da parte dei contraenti (impresa ausiliaria e impresa ausiliata) della disciplina in tema di avvalimento, “pena la risoluzione del contratto d'appalto”, configurandosi, al contempo, 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, nonché in riferimento agli obblighi informativi, di cui al medesimo articolo di legge.

Si osservava, poi, l'eccessivo protrarsi di lungaggini riferite all'approvazione della variante in corso d'opera, a fronte di una disposta sospensione dei lavori dal settembre 2018, connessa ad una modifica contrattuale evidenziata in un aumento di euro 43.613,56 “ancora in fase di verifica ed approvazione”, richiedendosi pertanto di fornire un aggiornamento sullo stato di avanzamento della procedura, fornendo al contempo chiarimenti sulle motivazioni che avevano indotto ad apportare la suddetta modifica, nonché sulla consistenza ed ammissibilità della relativa variante. Nella medesima comunicazione si assegnava ai soggetti coinvolti dal procedimento il termine di venti giorni per il relativo riscontro.

A riscontro di detta comunicazione perveniva la nota della stazione appaltante Comune di Borgosesia, acquisita al prot. n. 45428 del 06.06.2019 con la quale veniva rappresentato, in riferimento all'attuale situazione dei lavori, che “... alla luce della contabilità aggiornata alla data del 23/05/2019, sottoscritta congiuntamente dalla direzione lavori ed impresa appaltatrice e trasmessa a questo settore LL.PP. a mezzo P.E.C. in data 03/06/2019 ed acquisita al prot. n.13269, ammontante alla somma di 87.115,76 €, oltre I.V.A.10%, è stato rilevato che le attività sino ad ora svolte in sito risultano essere state: diserbamento e pulizia generale, demolizioni e rimozioni varie con relativi smaltimenti dei materiali di risulta alle pubbliche discariche, stesa del tappeto in conglomerato bituminoso, fornitura e posa del manto specifico superficiale per la pista” e che “Ad eccezion fatta per

quest'ultima lavorazione, completata al 50% del previsto, a cui vanno ancora aggiunte le opere accessorie di finitura quali tracciature e cordolature, tutti i suddetti interventi descritti risultano essere stati svolti completamente; nell'ambito di una considerazione generale si può affermare, facendo i debiti riferimenti con la documentazione di progetto depositata e salvo ulteriori sospensioni ed imprevisti vari, che attualmente si è giunti a circa metà dell'opera pubblica;...”, riferendo, altresì, in ordine all'intervenuta approvazione con Determinazione n. 73 in data 04/06/2019 del 1° SAL a tutto il 23/05/2019, con l'emissione del corrispondente certificato di pagamento n.1 per la “...liquidazione dell'importo sino ad allora maturato (87.115,76 €, oltre I.V.A.10%)”.

In riferimento ai rilievi sull'effettività dell'avvalimento, risulta riferito che “ ... sino al 03/06/2019 “[... OMISSIS ...]” non risulta essersi ancora avvalsa, per il compimento dei lavori, della ausiliaria “Consorzio Stabile [... OMISSIS ...]”, questo RUP ha proceduto alla richiesta a mezzo P.E.C. in data 03/06/2019 al prot. n. 13352 all'impresa ausiliata “[... OMISSIS ...]” con sede in Torino, di copia di tutte le comunicazioni intercorse con l'impresa ausiliaria “Consorzio Stabile [... OMISSIS ...]” con sede in [... OMISSIS ...]” e che “A seguito della sopracitata richiesta è pervenuta PEC in data odierna (05/06/2019) da parte di “[... OMISSIS ...]”, protocollata agli atti con n° 13536 del 05/06/2019, alla quale, senza ulteriori specificazioni e aggiornamenti in merito sull'esito delle richieste, sono state allegare tre comunicazioni dalla stessa società inoltrate alla “Consorzio Stabile [... OMISSIS ...]” in data 07/03/2019, 21/05/2019 e 22/05/2019”.

In ordine alle verifiche da condurre circa l'effettività dell'avvalimento, il Comune di Borgosesia ha riferito che “Relativamente alla verifica nel periodo attuale del mantenimento dei requisiti in materia di qualificazione SOA da parte dell'impresa ausiliaria (dati già notificati alla stazione appaltante in sede di partecipazione alla gara) e riferentesi alla categoria OG1- classifica I, questa stazione appaltante ha proceduto agli accertamenti del caso, interrogando la sezione relativa alla ricerca delle attestazioni sul portale AVCP da cui ha conseguentemente ottenuto esito positivo”.

Infine, riguardo ai rilievi circa il protrarsi dei lavori oltre i termini originariamente previsti, nonché in riferimento alla variante in itinere, la stazione appaltante ha rilevato in primo luogo che “I lavori sono ripresi a seguito di sottoscrizione del verbale di ripresa dei lavori n° 2 in data 15/04/2019 solo conseguentemente all'approvazione di perizia suppletiva di variante in corso d'opera approvata dall'Amministrazione Comunale con Deliberazione di Giunta Comunale n. 52 del 02/04/2019 e per la quale di seguito si preciseranno le motivazioni”, riferendo in ordine ad un'istanza di subappalto formulata dall'impresa [... OMISSIS ...] per “i lavori inerenti la fornitura e posa di pavimento per la pista di atletica, secondo le condizioni stabilite nel relativo contratto di subappalto sottoscritto tra l'impresa appaltatrice ed il subappaltatore, per un importo complessivo di € 32.300,00 + I.V.A.; detto subappalto è stato autorizzato con Determinazione n.53 del 07/05/2019”.

In riferimento alla citata variante, è stato riferito che “Le prime asportazioni di materiale dalla superficie della pista d'atletica hanno posto in evidenza uno stato di degrado molto più elevato di quanto potesse essere presunto a priori a carico della stratigrafia sottostante; più precisamente si è rivelata una problematica di disgregamento dei materiali di supporto alla pavimentazione, non più aderenti tra loro ed anche slegati dallo strato sovrastante superficiale della pista; tale imprevedibile situazione ha compromesso l'attività di restyling prevista da progetto esecutivo, determinando ulteriori opere e maggiori costi quantificati in € 56.722,76 in più a carico della stazione appaltante, come indicato nella perizia suppletiva di variante in corso d'opera” e che “La suddetta perizia è stata

approvata dall'Amministrazione comunale con Deliberazione di Giunta Comunale n. 52 del 02/04/2019 solamente nel momento in cui si sono rese disponibili nel bilancio dell'ente le risorse finanziarie necessarie per lo smaltimento della pavimentazione rimossa ...”.

Veniva, ulteriormente, riferito che *“Le opere previste nella perizia suppletiva di variante in corso d'opera rappresentano quindi, nel loro contenuto, in parte una miglioria disposta in accordo con l'Amministrazione Comunale ed in parte derivano da circostanze imprevedute ed imprevedibili, senza comunque alterare la natura generale del contratto e contenute nei limiti di legge (incremento del prezzo inferiore al 50% rispetto all'importo contrattuale), e ritenute pertanto ammissibili ai sensi dell'art. 106, comma 7, e comma 1, lett. c) del D. Lgs. 50/2016 “Codice dei Contratti Pubblici” e ss.mm.ii.”*

A riscontro alla comunicazione delle risultanze istruttorie risulta pervenuta la nota dell'impresa ausiliata [... OMISSIS ...], acquisita al prot. n. 45459 del 06.06.2019, con la quale - nel richiamare quanto già affermato nella precedente nota di controdeduzioni in ordine alla mancata possibilità *“fino alla recente ripresa delle lavorazioni in seguito all'intervenuta formalizzazione delle necessarie varianti da parte del Comune committente, di eseguire quelle parti dell'appalto, sicuramente maggioritarie e prevalenti, che lo caratterizzano e per le quali effettivamente sussiste l'esigenza del ricorso alle risorse della società ausiliaria”* - venivano contestati i rilievi formulati nella comunicazione delle risultanze istruttorie, rilevando la sussistenza di *“un'interpretazione troppo rigida della previsione di cui all'art. 89 comma 9 del vigente Codice degli Appalti ...”*, interpretando il dato letterario della norma in esame, con il riferimento alle *“..... esigenze che ausiliata ed ausiliaria, già previamente all'offerta, definiscano con chiarezza i contenuti del contratto di avvalimento, in termini di idonee ed adeguate risorse umane e strumentali della seconda da impiegarsi direttamente nell'esecuzione dell'appalto: vincolandosi direttamente non solo in senso reciproco ma pure, entrambe, verso la stazione appaltante”*, con la manifestazione della volontà di ricorrere *“... all'avvalimento per le successive e caratterizzanti lavorazioni da eseguirsi”*. A tale riguardo, risulta evidenziato ulteriormente l'atteggiamento della società ausiliaria, rilevando che *“la società ausiliaria Consorzio [... OMISSIS ...] giunge a negare alla scrivente appaltatrice la effettiva e concreta disponibilità di quanto oggetto del contratto di avvalimento (direttore tecnico, squadre di maestranze, mezzi d'opera), nonostante la ripetuta e formalizzata richiesta di quanto in contratto previsto e la (peraltro non necessaria) ulteriore specificazione di quanto necessari per l'esecuzione dell'appalto, in esito alla recente ripresa delle lavorazioni finalmente disposta dalla Stazione Appaltante”* e che *“...nulla ad oggi ha potuto ottenere, sì da costringere la scrivente società: da un lato, a provvedere in proprio alle limitate (seppure economicamente assai impegnative) attività d'appalto non necessitanti delle risorse umane e strumentali dell'ausiliaria, ed in particolare l'acquisto del materiale - tappeto d'usura - oggetto del previsto rifacimento della pista d'atletica; dall'altro, a diffidare ultimamente l'ausiliaria a provvedere secondo quanto previsto nel contratto d'avvalimento, pena la sua risoluzione e l'individuazione di altra ditta ausiliaria”*.

A riscontro della suddetta comunicazione delle risultanze istruttorie, risulta infine pervenuta la nota del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...], acquisita al prot. n. 45025 del 04.06.2019, con la quale si riferisce sostanzialmente, in merito al contenuto della disposizione di cui all'art 89, comma 9 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., che *“... 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'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”.

Il Consorzio ausiliario, a fronte di tale interpretazione, si è ulteriormente soffermato sugli sviluppi concreti del rapporto di avvalimento, evidenziando che *“A fronte dell'emissione di fattura in data 2.11.18 (già acclusa nella precedente comunicazione) e nelle more dell'adempimento dell'impresa ausiliata per il quale giace contenzioso presso l'autorità giurisdizionale, preso atto del ricevimento di una generica richiesta di [... OMISSIS ...] di provvedere all'inoltro in cantiere di mezzi e maestranze (08.03.19), si richiedeva nel giorno medesimo il dettaglio delle risorse a quella data fattivamente necessarie all'esecuzione dei lavori, dettaglio pervenuto solo con comunicazione del 22.05.19”,* precisando ulteriormente che *“Stante, tuttavia, la persistente indisponibilità dell'impresa ausiliata a procedere al pagamento degli importi di cui al contratto di avvalimento, questo consorzio, a data odierna, a tutela della propria posizione, non acconsentiva all'invio delle citate risorse, in attesa di un'evoluzione in senso favorevole delle determinazioni dell'impresa ausiliata o del giudizio pendente di cui sopra”.*

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 [... OMISSIS ...] e l'impresa ausiliata [... OMISSIS ...], per la dimostrazione del possesso della qualificazione SOA nella categoria OG1, I classifica, nell'ambito della procedura di gara riguardante **“LAVORI DI IMPIANTO SPORTIVO POLIVALENTE, RISTRUTTURAZIONE DEL CAMPO DI ATLETICA”**, richiedendosi il possesso della qualificazione SOA nella categoria OG1, classifica I.

Dalle dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'istruttoria emerge che l'impresa ausiliata [... OMISSIS ...] non ha utilizzato, sino all'attuale fase di esecuzione dell'appalto, mezzi, attrezzature e manodopera messe a disposizione dal Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] in forza del contratto di avvalimento in essere, concernenti: *“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.; ... 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”.*

In riferimento a tale mancato apporto, la stazione appaltante, nei riscontri forniti, ha fatto riferimento in un primo momento alla relativa fase di avanzamento dell'appalto, evidenziando che i lavori *“sono ancora in una fase quasi "preliminare" di realizzazione, non avendo l'Appaltatore*

stesso eseguito grosse lavorazioni in cantiere, ... e pertanto che l'Appaltatore, per quanto ad oggi eseguito, non ha ancora goduto, come non ne avrebbe dovuto, del ricorso all'avvalimento da parte di altro soggetto", dando ulteriormente atto, in sede di riscontro alla comunicazione delle risultanze istruttorie, anche a fronte della ripresa dei lavori avvenuta in data 15.04.2019, che " ... sino al 03/06/2019 [... OMISSIS ...]" *non risulta essersi ancora avvalsa, per il compimento dei lavori, della ausiliaria "Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] ..."*, con l'ulteriore precisazione dello stato attuale di avanzamento dell'appalto, evidenziando che *"attualmente si è giunti a circa metà dell'opera pubblica"*.

La stessa impresa [... OMISSIS ...], con il riscontro fornito alla comunicazione delle risultanze istruttorie, ha fatto riferimento alla non necessità dell'avvalimento, riferendosi alle *"minime e marginali lavorazioni in precedenza eseguite, rassicurava sul ricorso all'avvalimento per le successive e caratterizzanti lavorazioni da eseguirsi"* e aggiungendo di essersi rivolta all'ausiliaria per conseguire l'effettivo apporto di quanto oggetto del contratto di avvalimento *"in seguito alla ripresa dei lavori ed a fronte delle ragionevoli pressioni della Stazione Appaltante per procedere sollecitamente all'esecuzione dell'appalto"*, evidenziando di non aver ottenuto il completo utilizzo dei beni e delle risorse dell'ausiliaria.

Viceversa il Consorzio ausiliario, in relazione al mancato intervento, ha precisato sostanzialmente che *"Stante, tuttavia, la persistente indisponibilità dell'impresa ausiliata a procedere al pagamento degli importi di cui al contratto di avvalimento, questo consorzio, a data odierna, a tutela della propria posizione, non acconsentiva all'invio delle citate risorse, in attesa di un'evoluzione in senso favorevole delle determinazioni dell'impresa ausiliata o del giudizio pendente di cui sopra"*.

In riferimento a tali risultanze istruttorie, si richiama in primo luogo il disposto di cui all'art. 89 del d.lgs. 50/2016, con particolare riguardo 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"*.

A tale riguardo, si evidenzia ulteriormente che tale normativa introduce anche uno specifico obbligo informativo a carico della stazione appaltante, prevedendo 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"*.

In riferimento alle suddette considerazioni svolte, si rileva che, alla luce del sopra richiamato quadro normativo, nella fase iniziale e per tutta la durata dell'appalto dovrà essere assicurato 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).

Ne consegue pertanto, la necessità 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”, il cui apporto allo stato non risulta dimostrato, atteso l'attuale stato di avanzamento dei lavori, che l'amministrazione comunale ha stimato in “circa metà dell'opera pubblica”, precisando comunque l'intervenuta contabilizzazione, alla data del 23/05/2019, di un importo lavori pari ad euro 87.115,76.

Ciò non consente di ritenere correttamente adempiuto il suddetto obbligo normativo, risultando peraltro ininfluenti, ai fini della valutazione circa la corretta esecuzione delle prestazioni, le considerazioni circa il rifiuto dell'impresa ausiliaria di voler fornire i requisiti di cui al contratto di avvalimento, atteso l'impegno assunto dall'impresa ausiliaria “di obbligarsi verso il concorrente e verso la Stazione Appaltante a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata per tutta la durata dell'appalto le risorse ed i mezzi specificatamente e dettagliatamente indicati nel contratto di avvalimento”.

Dalle ulteriori dichiarazioni fornite dalla stazione appaltante non si evince, altresì, lo 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, laddove la stazione appaltante, al fine di evidenziare l'assolvimento agli obblighi di legge, ha fatto riferimento ad una “richiesta a mezzo P.E.C. in data 03/06/2019 al prot. n. 13352 all'impresa ausiliata “[... OMISIS ...]” con sede in [... OMISIS ...], di copia di tutte le comunicazioni intercorse con l'impresa ausiliaria “Consorzio Stabile [... OMISIS ...]” con sede in [... OMISIS ...]”, evidenziando altresì di aver proceduto alla verifica “del mantenimento dei requisiti in materia di qualificazione SOA da parte dell'impresa ausiliaria (dati già notificati alla stazione appaltante in sede di partecipazione alla gara) e riferentesi alla categoria OG1- classifica I”.

Tali adempimenti non esauriscono gli specifici accertamenti richiesti dal suddetto art. 89, comma 9 del codice, volti a riscontrare, in concreto, l'effettivo utilizzo in cantiere delle risorse dell'impresa ausiliaria, attività che non si esaurisce con una mera richiesta documentale.

In esito a quanto venuto in rilievo, pare quindi potersi rilevare che nella fase esecutiva dell'appalto, non vi sia stato, almeno sino all'epoca dei riscontri forniti, 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-I classifica, non posseduta dall'impresa ausiliata; tale ipotizzata carenza consente di prospettare la sussistenza della violazione da parte dei contraenti (impresa ausiliaria e impresa ausiliata) della disciplina in tema di avvalimento, “pena la risoluzione del contratto d'appalto”, configurandosi, al contempo, 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.

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”*, la stazione appaltante ha fatto poi riferimento alle informative inviate alla competente Sezione Regionale dell'Osservatorio relativamente alla intercorsa *“compilazione della scheda relativa all'aggiudicazione dei lavori”*, adempimento che tuttavia non soddisfa l'assolvimento degli obblighi informativi di cui alla disposizione normativa suddetta, con prospettazione di possibile violazione della medesima.

Da ultimo, si evidenzia l'eccessivo protrarsi dei lavori, originariamente da eseguire secondo le prescrizioni iniziali, in 120 giorni consecutivi, decorrenti dalla data del verbale di consegna, con scadenza fissata al giorno 26.11.2018, emergendo una sospensione dei lavori protrattasi sostanzialmente dal settembre 2018 sino al 15.04.2019, a fronte di una variante in corso d'opera, per la quale la stazione appaltante ha precisato che la relativa ripresa dei lavori risulterebbe avvenuta *“solo conseguentemente all'approvazione di perizia suppletiva di variante in corso d'opera approvata dall'Amministrazione Comunale con Deliberazione di Giunta Comunale n. 52 del 02/04/2019”*, comportante, come precisato dalla stessa *“ulteriori opere e maggiori costi quantificati in € 56.722,76 in più a carico della stazione appaltante, come indicato nella perizia suppletiva di variante in corso d'opera”*.

Riguardo alle motivazioni della predetta variante, la stazione appaltante inquadra i relativi presupposti facendo riferimento in parte a *“una miglioria disposta in accordo con l'Amministrazione Comunale”*, in parte a *“circostanze impreviste ed imprevedibili, senza comunque alterare la natura generale del contratto e contenute nei limiti di legge (incremento del prezzo inferiore al 50% rispetto all'importo contrattuale), e ritenute pertanto ammissibili ai sensi dell'art. 106, comma 7, e comma 1, lett. c) del D. Lgs. 50/2016 “Codice dei Contratti Pubblici” e ss.mm.ii.”*.

Relativamente al presupposto dell'imprevedibilità, la stazione appaltante ha fatto riferimento al venire in rilievo di *“uno stato di degrado molto più elevato di quanto potesse essere presunto a priori a carico della stratigrafia sottostante; più precisamente si è rivelata una problematica di disgregamento dei materiali di supporto alla pavimentazione, non più aderenti tra loro ed anche slegati dallo strato sovrastante superficiale della pista; tale imprevedibile situazione ha compromesso l'attività di restyling prevista da progetto esecutivo, determinando ulteriori opere e maggiori costi quantificati in € 56.722,76 in più a carico della stazione appaltante, come indicato nella perizia suppletiva di variante in corso d'opera”*.

Quanto riferito non si ritiene possa costituire una sopravvenienza non prevedibile nella fase progettuale, idonea quindi a giustificare l'applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50/2016, confermandosi altresì quanto rilevato in ordine all'eccessiva durata della intercorsa sospensione dei lavori, a fronte della consistenza della suddetta variante.

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. 39421 del 16.05.2019, 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 [... 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-I, richiesta ai fini della partecipazione alla procedura di gara in esame;
- di ritenere censurabile l'operato della stazione appaltante Comune di Borgosesia, in relazione alla mancata dimostrazione delle verifiche condotte sull'effettività dell'avvalimento;
- di richiamare la stazione appaltante Comune di Borgosesia al puntuale adempimento agli obblighi informativi, concernenti la trasmissione delle dichiarazioni di avvalimento all'ANAC, di cui all'art. 89, comma 9 del Codice.
- di non ritenere ravvisabili, in relazione alla fase di esecuzione del contratto, sopravvenienze non prevedibili nella fase progettuale, idonea quindi a giustificare l'applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50/2016 in tema di variante in corso d'opera;
- 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 Borgosesia 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 17 luglio 2019

Il Segretario *Maria Esposito*