



DELIBERA N. 18

7 gennaio 2021

Fascicolo 2629/2018

Oggetto

Project financing concernente la concessione per la progettazione definitiva ed esecutiva, costruzione e gestione di un impianto di cremazione e urne cinerarie.

Riferimenti normativi

Articoli 38, 40, 49, 116, 153 e ss. d.lgs. 163/2006 – Art. 95 D.P.R. 207/2010.

Parole chiave

Project financing – Modifica soggettiva e verifica dei requisiti di qualificazione del concessionario – **Continuità del possesso dei requisiti, anche durante l'esecuzione.**
Avalimento SOA – Ammissibilità – Condizioni.

Massima

Nell'ambito della contrattualistica pubblica, anche con riferimento ad un contratto di *project financing*, i requisiti generali e speciali, oggetto di verifica durante la fase di affidamento, devono permanere inalterati nel corso della fase di esecuzione, anche in occasione di eventuali modifiche soggettive *medio tempore* intervenute.

Nel caso di contratto di avalimento della qualificazione SOA, ciò che può essere prestato non è l'attestazione formale (documento), quanto piuttosto le risorse strumentali, tecniche ed umane che hanno concorso a determinare quell'attestazione, necessarie per l'espletamento dei lavori.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

VISTO il Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 recante "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*";

VISTO il Regolamento ANAC del 4 luglio 2018 sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 16 ottobre 2018;



VISTA la relazione dell'Ufficio Vigilanza collaborativa e vigilanze;

CONSIDERATO IN FATTO

In data 23.11.2012, dunque sotto la vigenza del d.lgs. 163/2006 e del DPR 207/2010, veniva pubblicato un bando di gara teso all'affidamento del *project financing* in oggetto (CIG 4735070F5C). Tra i requisiti di partecipazione richiesti (previsti in particolare dalla sezione XI del bando di gara) vi erano quelli generali di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006 e quelli speciali previsti dall'art. 95 DPR 207/2010, tra i quali rilevavano, anche ai fini del presente procedimento di vigilanza, il possesso della SOA (OG1 e OS14).

La procedura è stata aggiudicata definitivamente in data 8.2.2013 alla *omissis* srl, che ha dimostrato il possesso del requisito speciale della SOA OG1 mediante contratto di avalimento del 12.12.2012 stipulato tra *omissis* s.r.l. e la *omissis* s.r.l. (allegato alla nota prot. I. ANAC 784 dell'8.1.2020).

Il contratto di concessione rep. n. 1/2013 veniva stipulato in data 19.4.2013 e prevedeva l'affidamento alla concessionaria della progettazione, esecuzione e successiva gestione (per 30 anni) dell'impianto crematorio del locale cimitero, per un importo di € 2,6 milioni, oltre IVA, verso un canone concessorio a favore del concedente di € 30.500,00 annui (art. 2-3 del contratto).

Con segnalazione del 23.4.2018 (prot. I. 35398) il sig. *omissis*, quale amministratore della *omissis* Ltd (ex socia di *omissis* srl), evidenziava l'illegittima modifica soggettiva del concessionario dell'affidamento in oggetto, dall'originaria concessionaria, *omissis* srl, all'attuale, *omissis* srl.

L'ufficio inviava una richiesta di informazioni al Comune di *omissis*, ex art. 13 del regolamento di vigilanza ANAC del 4.7.2018 (nota prot. U. 61134 del 26.7.2019).

Con nota di riscontro prot. I. 66954 del 26.8.2019, il Comune precisava che il rapporto contrattuale in atto (con la *omissis* srl) si era svolto in continuità con la originaria concessionaria, stante l'identità di partita iva, comprovata con documentazione giustificativa (ad es.: la comunicazione di variazione soggettiva e la relativa determina di presa d'atto della stazione appaltante).

Con comunicazione di avvio del procedimento (prot. U. 78698 del 7.10.2019, assunta su conforme deliberazione dal Consiglio del 25.9.2019), inviata alla stazione appaltante, al concessionario e al segnalante, si contestavano, nell'ambito dell'affidamento in oggetto:

- 1) una serie di modifiche soggettive che apparivano in contrasto con gli artt. 116 e 156 co.3 d.lgs. 163/2016, con particolare riferimento all'omessa verifica da parte del committente pubblico del mantenimento dei requisiti soggettivi e speciali (previsti dalla legge e dal bando di gara), nonché con il divieto di cessione del contratto previsto dall'art. 23 del medesimo contratto 1/2013;



2) un'anomala durata dei tempi di esecuzione delle lavorazioni, rispetto al termine convenzionalmente pattuito.

Ne seguiva un'ampia istruttoria, nell'ambito della quale hanno presentato memorie il Comune (prot. I 87552 del 5.11.2019) ed il concessionario (prot. I 84292 del 24.10.2019, prot. I 784 dell'8.1.2020).

Si è poi svolta un'audizione, in data 9.1.2020, durante la quale sono stati sentiti il concessionario, assistito da un legale, e il direttore dei lavori e all'esito della quale sono stati concessi termini per presentare un'ulteriore memoria (prot. I 19644 del 9.3.2020).

All'esito di tale segmento istruttorio, dopo la sospensione dei termini procedurali legata all'emergenza Covid-19 (*ex* art. 103 d.l. 17.3.2020, n. 18 e art. 37 d.l. 8.4.2020, n. 23, in accordo con la delibera dell'Autorità n. 268 del 19.3.2020 e con successivo Comunicato del Presidente del 9.4.2020), su delibera consiliare del 13.5.2020, con nota prot. U 35251 del 14.5.2020, alle parti è stata inviata una Comunicazione di Risultanze Istruttorie (CRI) precisando criticità relative:

- 1) alle modifiche soggettive del concessionario, con particolare riferimento:
 - alle verifiche poste in essere dalla committente pubblica in ordine al mantenimento del possesso dei requisiti generali e speciali, posti a base di gara (su tutte le SOA necessarie alla corretta esecuzione delle lavorazioni);
 - al corretto coinvolgimento degli ausiliari a dimostrazione di tali requisiti e a corretta esecuzione delle lavorazioni;
- 2) all'anomala tempistica di esecuzione delle lavorazioni, risultando il termine di completamento dell'opera superiore (di 39 giorni) a quello pattuito, rilevanti ai fini dell'eventuale applicazione di penali contrattuali;
- 3) alla progettazione definitiva ed esecutiva, che sembrerebbe addirittura approvata in data antecedente alla stipula del contratto (quando dovrebbe esserne oggetto) e che potrebbe essere carente, essendosi resa necessaria nell'immediato una variante (relativa alla messa in sicurezza dei luoghi) e una proroga contrattuale di 243 giorni (che, se illegittima, potrebbe dar luogo all'applicazione di un'ulteriore penale).

Sono dunque pervenute ulteriori memorie del concessionario (prot. I 59653 del 4.8.2020) e del Comune (prot. I 60832 del 7.8.2020 e 64194 del 31.8.2020), ove è stato precisato che questi avrebbe corrisposto il pagamento delle penali contrattuali per ritardo nell'esecuzione dei lavori (pari ad € 3.900,00 per i 39 giorni di ritardo).

Infine, in riferimento alle criticità relative alle modifiche soggettive e sulla base delle eccezioni formulate dalle parti, è emerso che l'impianto crematorio è stato realizzato dalla *omissis* s.r.l., in qualità di socia della originaria concessionaria (*omissis* s.r.l.): *omissis* s.r.l. avrebbe acquisito la qualità di socia in virtù di un preliminare di vendita del 5% delle quote sociali della concessionaria privata, stipulato in data 4.8.2014 tra la *omissis* s.r.l. e la *omissis* s.r.l. stessa.



A tale fine è stato svolto un approfondimento istruttorio teso a verificare l'effettivo acquisto delle quote sociali di L'omissis s.r.l. da parte di omissis s.r.l. e soprattutto le date in cui tale acquisto sarebbe stato perfezionato.

La richiesta è stata riscontrata dalla sola *Omissis s.r.l. (ex L'omissis s.r.l.)*, con nota prot. I. 88065 del 19.11.2020, con la quale è stato chiarito **che l'acquisto delle quote sociali è stato oggetto di un preliminare stipulato in data 4.8.2014, tra la omissis s.r.l. e la omissis s.r.l. (comunicato poi al Comune che ha preso atto della modifica soggettiva con nota n. 1076 del 10.9.2014), cui seguiva l'effettivo acquisto delle quote solo in data 3.2.2016.** Tuttavia, secondo *Omissis s.r.l.*, *omissis s.r.l.* deve ritenersi socia della concessionaria sin dalla data del preliminare; in tal senso, in data 19.11.2020, è stato stipulato un atto notarile di rettifica, nel quale le parti (*omissis s.r.l.* e *omissis s.r.l.*) danno atto che gli effetti della cessione decorrono **dall'agosto 2014.**

Alla luce della complessità della vicenda e delle successive evoluzioni descritte, si procederà ad una sintesi delle criticità emerse e delle controdeduzioni offerte dalle parti, per poi successivamente esprimersi in riferimento alle stesse criticità.

1.1) La principale criticità attiene alle modifiche soggettive del concessionario, relative sia alla cessione di quote sociali, con il diretto e concreto coinvolgimento nelle lavorazioni di un altro operatore economico (*omissis s.r.l.*), che alla modifica dei soggetti esponenziali del concessionario.

1.2) Sotto il primo profilo, si osserva che con nota n. 1076 del 10.9.2014 il concessionario comunicava al Comune concedente che era imminente una cessione del 5% di quote sociali di *omissis s.r.l.* in favore della *omissis srl* (la cessione avveniva da parte della *omissis s.r.l.*, socia di *omissis s.r.l.*).

Il Comune concedente solo nella nota del 7.8.2020, prot. I.60832, ha trasmesso all'**Autorità** la nota con la quale aveva ricevuto detta comunicazione dalla concessionaria, ancorché il coinvolgimento della *omissis srl* emergesse già dalla relazione sul conto finale del 17.2.2016 (allegata **alla nota prot. I. ANAC 784 dell'8.1.2020**).

Dalla nota e dalla documentazione da ultimo trasmessa è emerso che la *omissis srl*:

- *"ha eseguito in qualità di socia dell'omissis s.r.l., parte dei lavori oggetto del contratto di project financing"*;
- avrebbe dovuto svolgere le **lavorazioni dell'opera** in concessione e non era in possesso dei requisiti speciali (SOA OG 1 e OS14);
- in data 1.9.2014, aveva stipulato due contratti di avalimento con ulteriori società al fine di garantirsi il possesso della SOA OG1 (prestato dalla *omissis s.r.l.*) e della SOA OS14 (prestato dalla *omissis s.p.a.*).



Il Concedente ha preso atto della variazione soggettiva con determina n. 78 del 31.10.2014 (allegata alla nota prot. I. ANAC 784 dell'8.1.2020), dando atto dell'avvenuto perfezionamento della cessione di quote sociali.

1.3) Inoltre, con determinazione n. 79 del 31.10.2014 (allegata alla nota prot. I. ANAC 784 dell'8.1.2020), il concedente prendeva atto della modifica del c.d.a. del concessionario, composto dai sig.ri *omissis*, *omissis* e *omissis* e nel quale non figurava più il presidente della società *omissis* (il quale aveva sottoscritto il contratto 1/2013).

Ancora, con determinazione n. 95 del 5.10.2018 (allegata alla nota prot. I. ANAC 784 dell'8.1.2020), il Comune concedente prendeva atto del cambio di denominazione - da *omissis* srl all'attuale *Omissis* srl - e del mutamento dell'amministratore del concessionario: *omissis* diventava amministratore unico tra il febbraio e il marzo 2017 (cfr. visura camerale allegata alla nota prot. I. ANAC 66957 del 26.8.2019); tale modifica soggettiva era tuttavia comunicata il 23.4.2018 al concedente Comune, che ne prendeva atto appunto con determinazione del 5.10.2018.

2.1) In sede di controdeduzioni le parti hanno eccepito quanto segue.

In riferimento al coinvolgimento della *omissis* s.r.l., il *Comune* ha sostanzialmente eccepito di avere verificato il possesso dei requisiti speciali (SOA) degli operatori coinvolti, anche in riferimento agli ausiliari (memoria del 7.8.2020).

Secondo il *concessionario privato* i lavori sono stati effettivamente svolti dalla *omissis* s.r.l. in qualità di socia del reale concessionario (*omissis* s.r.l.), per effetto della successiva **cessione delle quote sociali di quest'ultima (5%), trattandosi questo di un fatto endosocietario**, di alcun rilievo per la committente pubblica; in ogni caso, si afferma che con la nota n. 1076 del 10.9.2014 sono state eseguite tutte le comunicazione relative alle modifiche soggettive e le dichiarazioni relative ai soggettive esponenziali della *omissis* s.r.l. (memoria del 9.3.2020), **confluite nella presa d'atto del 31.10.2014** del Comune concedente.

A tal riguardo deve precisarsi che, **solo a seguito dell'ulteriore approfondimento istruttorio condotto dall'Ufficio, è emerso che *omissis* s.r.l. sarebbe divenuta socia della *omissis* s.r.l. (poi *Omissis* s.r.l.), in virtù di preliminare di acquisto di quote sociali del 4.8.2014, perfezionato il 3.2.2016** e che, secondo *Omissis* s.r.l., tale acquisito dovrebbe considerarsi efficace sin dalla data del preliminare.

Inoltre, nella memoria del 4.8.2020, con specifico riferimento al possesso delle attestazioni SOA mediante avalimento da parte della *omissis* s.r.l., si è affermato che *"è doveroso evidenziare come, all'epoca dei fatti, la normativa vigente, il D.lgs. 163/2006 all'art. 49 afferente il contratto di avalimento, NON prevedeva l'obbligo per la Società concedente l'avalimento di partecipare fattivamente alla realizzazione dell'opera o servizio oggetto del Contratto d'Appalto"*.



2.2) Con riferimento alle ulteriori modifiche soggettive dei soggetti esponenziali del concessionario (amministratori) e al cambio di denominazione sociale, si sostiene che, fermo restando la rilevanza endosocietaria di tali modifiche, il soggetto aggiudicatore è rimasto immutato (non avendo cambiato la partita iva) e che, in ogni caso, il Comune ha operato le opportune verifiche in ordine al mantenimento dei requisiti generali (in tal senso le convergenti memorie del 5.11.2019 del Comune e del 24.10.2019 del concessionario, ribadite anche durante l'audizione del 9.1.2020 e con la memoria del 4.8.2020).

Il Comune concedente ha inoltre inviato la documentazione attinente il possesso dei requisiti generali del sig. *omissis*, aggiornata al giugno 2020 (allegata alla nota del 7.8.2020).

3) Con riferimento alle criticità relative all'anomalo andamento delle tempistiche di esecuzione e alla approvazione della progettazione, con argomentazioni convergenti, il concedente e il concessionario ritengono che la variazione progettuale posta in essere - relativa alla messa in sicurezza dei luoghi e la conseguente proroga contrattuale (dall'8.5.2013 al 6.1.2014) - sia stata disposta in conseguenza di una richiesta dalla Regione *omissis*, per ragioni di sicurezza dei luoghi (cimitero), comportando un maggior importo di lavori di € 93.000,00, inferiore al 1/5 di legge, peraltro sostenuto interamente dal concessionario. Donde la legittimità della variante e della proroga.

Le parti invece concordano sull'esistenza di ritardi pari a 39 giorni, in relazione ai quali, come detto, il concessionario ha corrisposto l'importo di € 3.900,00.

Nulla è invece stata eccepito in riferimento alle tempistiche di approvazione della progettazione definitiva ed esecutiva.

CONSIDERATO IN DIRITTO

4) Le criticità relative alle modifiche soggettive del concessionario, ancorché afferenti a diversi aspetti, possono essere trattate congiuntamente, ribadendosi che la normativa applicabile al caso di specie è, *ratione temporis*, quella prevista dal d.lgs. 163/2006, venendo quindi in rilievo le norme che disciplinano le modifiche soggettive dell'esecutore contrattuale, in generale (art. 116) ed in particolare, con riferimento ai contratti di *project financing* (art. 156 co. 3).

Al riguardo deve richiamarsi un consolidato orientamento dell'Autorità e giurisprudenziale (Cons. St. 5294/2017; TAR Sicilia Catania sez. IV 26/8/2013 n. 2200), formatosi nella vigenza del codice del 2006, a mente del quale "L'art. 116 del Codice, richiamando il D.P.C.M. 11 maggio 1991, n. 187 che impone alle società per azioni e alle società a responsabilità limitata di comunicare alla stazione appaltante il proprio assetto societario prima della stipula del contratto, estende tale obbligo di comunicazione a nche alle modifiche della composizione societaria che dovessero insorgere durante l'esecuzione del contratto. L'art. 116, quindi, non esclude mutamenti soggettivi in fase di



esecuzione del contratto, ma prevede una ipotesi di inefficacia relativa, perché subordina l'efficacia della cessione nei confronti dell'amministrazione all'adempimento di obblighi informativi e all'assolvimento di oneri probatori per comprovare il possesso dei requisiti. La possibilità di subentro nel contratto da parte del cessionario di un ramo di azienda è, dunque, normativamente subordinata al positivo accertamento del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, al fine di garantire la stazione appaltante circa la permanenza, in caso di modificazione soggettiva dell'esecutore del contratto, dei requisiti accertati in capo al soggetto affidatario del contratto" (Delibera ANAC 12/2012).

Tali considerazioni si saldano all'altrettanto consolidato orientamento "secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità" (Ad. Plen., n. 8/2015), anche se relative ad un contratto di *project financing* (Cons. St., V, 3608/2018; cfr. anche Delibera ANAC 737/2020).

Pertanto, non è condivisibile l'argomentazione della concessionaria privata secondo cui le modifiche endosocietarie non assumono rilevanza esterna. Infatti, Nell'ambito della contrattualistica pubblica, anche con riferimento ad un contratto di *project financing*, i requisiti generali e speciali, oggetto di verifica durante la fase di affidamento, devono permanere inalterati nel corso della fase di esecuzione, anche in occasione di eventuali modifiche soggettive *medio tempore* intervenute.

4.1) Con specifico riferimento al coinvolgimento della omissis s.r.l., come detto, l'originario contraente (*omissis s.r.l.*, poi *Omissis s.r.l.*) aveva garantito il possesso dei requisiti speciali necessari alla effettiva realizzazione dell'opera mediante avalimento posto in essere con due altre società.

Successivamente l'opera è stata interamente realizzata dalla *omissis s.r.l.* (come emergente dalla relazione finale sul conto dei lavori del 17.2.2016) che, secondo le parti, sarebbe legittimata all'esecuzione delle opere, in quanto socia di *omissis s.r.l.* (poi *Omissis s.r.l.*), in virtù degli articolati atti di cessione di quote sociali descritti con nota prot. I. 88065 del 19.11.2020 dal concessionario privato.

Tuttavia, l'*omissis s.r.l.* non era in possesso delle attestazioni SOA necessarie all'esecuzione delle opere previste e, per questo, ha posto in essere due ulteriori avalimenti con altrettante diverse società.

Invero, oltre a non potersi ritenere legittimo il coinvolgimento di *omissis s.r.l.* nell'ambito della esecuzione delle opere del *project* in esame, deve evidenziarsi, soprattutto, che il concessionario privato abbia realizzato l'impianto crematorio non garantendo per l'intera durata dell'affidamento il possesso dei requisiti speciali posti a base di gara (le SOA OG1 e OS 14).



4.1.1) In primo luogo, deve dubitarsi che *omissis* s.r.l. abbia effettivamente e validamente acquisito la qualità di socia di *omissis* s.r.l. (poi *Omissis* s.r.l.) durante l'esecuzione dell'impianto di cremazione.

Infatti le lavorazioni si sono svolte tra il 19.4.2014 e il 15.1.2016 (come confermato dalla relazione finale sul conto dei lavori del 17.2.2016 e dalla CRI condivisa sul punto dalle parti), mentre *omissis* s.r.l. ha acquisito la qualità di socio in data successiva al termine delle lavorazioni, in virtù del contratto definitivo delle quote sociali del 3.2.2016.

Inoltre, non appare condivisibile la tesi del concessionario - che vorrebbe retrodatare gli **effetti della cessione (e quindi l'acquisto della qualità di socio da parte della *omissis* s.r.l.)** alla data del preliminare stipulato in data 4.8.2014 - in quanto **l'art. 4 del contratto di cessione del 3.2.2016 prevede espressamente: "Gli effetti del presente contratto decorrono fra le parti dalla data odierna: nei confronti della società, la superiore cessione di quota sarà efficace dal momento del deposito del presente atto presso il Registro delle Imprese"**; sicché l'atto ricognitivo del 17.11.2020 - con il quale le parti dell'atto di cessione intenderebbero far retroagire gli effetti dell'acquisto della qualità di socia alla data del preliminare - appare in realtà strumentale a superare le criticità evidenziate.

Infine, il preliminare del 4.8.2014 non potendo essere iscritto nel Registro delle imprese (come emerge dalla visura camerale della *Omissis* s.r.l.) non può spiegare effetti, nemmeno prenotativi, nei confronti dei terzi **estranei all'accordo** (cfr. Trib. Avellino, decreto, 8.1.2018, n. 64; e Trib. Varese 17.5.2010). Infatti, secondo pacifica giurisprudenza (Cass. civ. Sez. I Ord., 18-11-2019, n. 29902; Cass. civ. Sez. I, 07-03-2014, n. 5407; Tribunale Belluno Sent., 29-04-2010; Tribunale Napoli, 19-03-2008), ai sensi **dell'art. 2470 c.c.**, gli effetti degli atti di trasferimento di quote sociali, nei confronti dei terzi (quali sono la concessionaria stessa e il Comune concedente), decorrono dalla data dell'iscrizione dei relativi atti.

4.1.2) Per quanto attiene agli avvalimenti della SOA (OG 1 e OS 14) richiesti dal bando di gara quali requisiti speciali di partecipazione, deve osservarsi che questi ultimi in sede di gara sono stati garantiti da *omissis* s.r.l. mediante specifici contratti di avvalimento; successivamente, in occasione delle descritte modifiche soggettive, *omissis* s.r.l. ha prodotto diversi contratti di avvalimento sempre aventi ad oggetto le certificazioni SOA. I *primi avvalimenti* dunque sono stati posti in essere in favore del concessionario (*omissis* s.r.l.) e non dell'effettivo esecutore e quindi non possono essere stati utilmente spesi nella materiale esecuzione dell'opera, dal momento che l'impianto è stato realizzato da *omissis* s.r.l. (e non dalla *omissis* s.r.l.).

I *secondi avvalimenti*, seppur disposti in favore dell'effettivo esecutore (*omissis* s.r.l.), non possono ritenersi giuridicamente validi ed efficaci in quanto l'avvalimento è un istituto al quale il concorrente può far ricorso, al fine di sopperire la mancanza di alcuni requisiti, *solo* in sede di presentazione delle offerte e non già in fase di esecuzione.



Infatti, nessuna delle società ausiliarie – né quelle richiamate dalla *omissis* s.r.l. e né quelle di *omissis* s.r.l. - ha svolto alcuna delle lavorazioni prescritte, come emerge dalla relazione finale sul conto dei lavori del 17.2.2016 (ivi non menzionate).

Ed ancora, la stessa concessionaria, nella memoria del 4.8.2020, afferma: *"è doveroso evidenziare come, all'epoca dei fatti, la normativa vigente, il D.lgs. 163/2006 all'art. 49 afferente il contratto di avvalimento, NON prevedeva l'obbligo per la Società concedente l'avvalimento di partecipare fattivamente alla realizzazione dell'opera o servizio oggetto del Contratto d'Appalto"*.

Invero, già l'art. 49 co. 6 d.lgs 50/2016 stabiliva un rapporto di solidarietà tra ausiliato e ausiliario verso il committente pubblico e soprattutto, l'art. 49 co. 2 lett. d) d.lgs. 163/2006 imponeva all'ausiliario di rendere *"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"*.

Inoltre, già nella vigenza del codice del 2006, era consolidato l'orientamento secondo il quale *"Nel caso di contratto di avvalimento della qualificazione SOA, ciò che può essere prestato non è l'attestazione formale (documento), quanto piuttosto le risorse strumentali, tecniche ed umane che hanno concorso a determinare quell'attestazione, necessarie per l'espletamento dei lavori."* (Delibera ANAC N. 780 del 20.7.2016; Parere AVCP 88/2012). Orientamento recentemente ribadito, come consolidato, in modo autorevole dall'Adunanza Plenaria secondo la quale *"per evitare che l'avvalimento dell'attestazione SOA, ammissibile in via di principio per il favor participationis che permea l'istituto dell'avvalimento, divenga in concreto un mezzo per eludere il rigoroso sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, la giurisprudenza di questo Consiglio ha più volte ribadito che l'avvalimento dell'attestazione SOA è consentito ad una duplice condizione:*

- a) che oggetto della messa a disposizione sia l'intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA;*
- b) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile.*

8.3. È stato così affermato che, in materia di gare pubbliche, quando oggetto dell'avvalimento sia un'attestazione SOA di cui la concorrente sia 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. St., sez. V, 16 maggio 2017, n. 2316, Cons. St., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2226), sicché è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto e, nel caso di specie, l'attestazione SOA, quale mero requisito astratto e valore cartolare, ma assume la specifica obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte



le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità." (Cons. St., Ad Plen., 22/2020; in tal senso cfr. già Consiglio di Stato sez. V 23/2/2017 n. 852 e TAR Calabria Catanzaro sez. I 1/7/2015 n. 1165).

In conclusione, deve affermarsi che, per effetto delle esposte modifiche soggettive, l'opera è stata realizzata:

- da un punto di vista soggettivo, da un operatore economico diverso (*omissis* s.r.l.) da quello aggiudicatario dell'affidamento (*omissis* s.r.l.), non legittimato e, privo delle SOA necessarie richieste dal bando di gara ai fini della **realizzazione dell'opera**. In tal modo, si è venuto a realizzare, il fenomeno, costantemente stigmatizzato dall'Autorità (Det. 1/2012; Cons. St., Ad. Plen., 22/2020), della cartolarizzazione dei requisiti di partecipazione oggetto di avalimento;
- da un punto di vista oggettivo, in evidente contrasto con il principio, sopra riportato, che impone il **permanere in capo all'esecutore** dei requisiti speciali di partecipazione garantiti in fase di gara, che il committente pubblico è tenuto a verificare per tutta la **durata dell'affidamento**.

4.2) Sulla stessa falsariga, e con riferimento alle verifiche effettuate in ordine al possesso dei requisiti generali, il Comune concedente non ha fornito alcuna documentazione in riferimento alle verifiche effettuate sui vari soggetti (persone fisiche e giuridiche) che, di volta in volta, si sono succeduti **nell'esecuzione dell'affidamento**, ad eccezione di quella occorsa nei confronti del sig. *omissis* (solo nel giugno 2020 e su sollecitazione dell'Autorità). Da tanto consegue che il Comune si è limitato a semplici e generiche prese d'atto, talvolta tardive (come accaduto in occasione di quella adottata nel 2018, rispetto a fatti – **la modifica dell'a.d.** – occorsi addirittura nel 2017).

In tal senso, deve ritenersi che l'azione posta in essere dal Comune concedente si sia posta in contrasto con le norme e i principii che presidiano la contrattualistica pubblica, tanto più in assenza della prova in ordine alla effettiva insussistenza delle condizioni di esclusione prescritte dalla legge (che è stata richiesta dall'Autorità, anche se non fornita, nella CRI del 14.5.2020 - p. 2).

5.1) Con riferimento alle criticità relative **all'anomalo andamento dell'approvazione della progettazione e delle tempistiche di esecuzione**, si osserva quanto segue.

L'art. 2 del contratto 1/2013 (e prima ancora il bando di gara) includeva nell'oggetto contrattuale lo svolgimento della progettazione e dell'esecuzione delle opere.

L'art. 5 del medesimo contratto prevedeva 240 giorni, quale tempo di esecuzione contrattuale, senza distinguere la fase di progettazione da quella di esecuzione.

L'art. 15 del contratto, nel ribadire le tempistiche di esecuzione, prevedeva una penale contrattuale da ritardo di € 100,00 al giorno.

Dall'esame della documentazione esaminata è emerso che:

- l'affidamento è stato aggiudicato con D.D. n. 22 dell'8.2.2013;



- il contratto è stato stipulato in data 19.4.2013 (cfr. premesse del contratto);
- l'approvazione della progettazione definitiva ed esecutiva è avvenuta con deliberazione sindacale n. 24 del 13.3.2013 (cfr. relazione finale sul conto dei lavori del 17.2.2013 e pag. 3 del medesimo contratto).

La progettazione è stata dunque approvata in data antecedente alla stipula del contratto.

5.2) Non appare *ex se* censurabile la rapidità con la quale è stata svolta ed approvata la progettazione delle opere (un mese circa tra l'aggiudicazione e l'approvazione), anche in ragione della peculiarità della fattispecie di *project financing*, che vede spesso coincidere il promotore e il concessionario, con evidenti vantaggi "conoscitivi" dell'opera.

Tuttavia, la circostanza che l'approvazione della progettazione sia avvenuta in data antecedente alla stipula contrattuale ha comportato un beneficio per il concessionario che, nella realizzazione delle opere, ha potuto, di fatto, avvalersi di un lasso di tempo maggiore (rappresentato, per l'appunto, dalla tempistica prevista nel bando e in contratto per la predisposizione della progettazione), con ogni conseguenza ai fini del calcolo delle relative penali.

5.3) Con riferimento alle ulteriori criticità si prende atto dell'adesione delle parti al conteggio operato in sede di CRI (che ha individuato un ritardo nella consegna dell'opera di 39 giorni) e dell'applicazione delle relative penali.

Si prende altresì atto, almeno sotto il profilo quantitativo, della ricostruzione offerta dalle parti in ordine alla variante contrattuale (e alla connessa proroga concessa tra l'8.5.2013 e il 6.1.2014), sollecitata dalla Regione *omissis* (in sede di rilascio delle autorizzazioni urbanistiche di competenza – cfr. relazione sul conto finale del 17.2.2016, pag. 2), pur residuando qualche perplessità in ordine alle tempistiche con le quali tali autorizzazioni sono state richieste (maggio 2013), atteso che la progettazione dell'opera è stata approvata il 13.3.2013.

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 7 gennaio 2021

DELIBERA

che le criticità esposte ai par. 4.1, 4.2 e 5.2 hanno inciso sulla regolare esecuzione dell'affidamento. In particolare:

1. per effetto delle esposte modifiche soggettive, l'opera è stata realizzata:
 - da un punto di vista soggettivo, da un operatore economico diverso (*omissis* s.r.l.) da quello aggiudicatario dell'affidamento (*omissis* s.r.l.), non legittimato e,



- privo delle SOA necessarie richieste dal bando di gara ai fini della realizzazione dell'opera, così venendosi a realizzare il fenomeno, costantemente stigmatizzato dall'Autorità (Det. 1/2012; Cons. St., Ad. Plen., 22/2020), della cartolarizzazione dei requisiti di partecipazione oggetto di avvalimento;
- da un punto di vista oggettivo, in evidente contrasto con il principio, sopra riportato, che impone il permanere in capo all'esecutore dei requisiti speciali di partecipazione garantiti in fase di gara, che il committente pubblico è tenuto a verificare per tutta la durata dell'affidamento;
2. in occasione delle modifiche soggettive esposte in narrativa le verifiche eseguite dal Comune in ordine al mantenimento del possesso dei requisiti generali sono risultate in contrasto con le norme e i principi che presidiano la contrattualistica pubblica, tanto più in assenza di una prova circa l'effettiva insussistenza delle condizioni di esclusione prescritte dalla legge;
 3. la circostanza che l'approvazione della progettazione sia avvenuta in data antecedente alla stipula contrattuale ha comportato un beneficio per il concessionario che, nella realizzazione delle opere, ha potuto, di fatto, avvalersi di un lasso di tempo maggiore (rappresentato, per l'appunto, dalla tempistica prevista nel bando e in contratto per la predisposizione della progettazione), con ogni conseguenza ai fini del calcolo delle relative penali.

La stazione appaltante è altresì invitata a comunicare all'A.N.AC. le eventuali determinazioni al riguardo assunte, entro il termine di 45 giorni dalla comunicazione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22, co. 1, del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 4.7.2018, nonché a pubblicare sul proprio sito internet istituzionale la presente delibera in forma omissata, ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 22, co. 1, del predetto Regolamento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20.01.2021

Per il Segretario verbalizzante

Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente