



Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici

**Relazione al Parlamento
anno 2004**

Volume II

Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici

Presidente

Alfonso Maria Rossi Brigante

Componenti del Consiglio

Alessandro Botto

Giuseppe Brienza

Luigi Giampaolino

Guido Moutier

INDICE GENERALE

VOLUME PRIMO

L'ATTIVITÀ DELL'AUTORITÀ

1. Il quadro di riferimento.....	pag. 3
2. L'attività di vigilanza.....	pag. 31
3. L'attività ispettiva.....	pag. 57
4. L'attività sanzionatoria.....	pag. 133
5. L'attività dell'Osservatorio.....	pag. 143
6. Analisi del contenzioso.....	pag. 197
7. I rapporti istituzionali.....	pag. 217
Conclusioni e prospettive.....	pag. 229

VOLUME SECONDO

DOCUMENTAZIONE

ATTI DI SEGNALAZIONE AL GOVERNO E AL PARLAMENTO

1. Potere dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici in materia di annullamento o riduzione delle attestazioni di qualificazione rilasciate dagli organismi di attestazione - S.O.A.....	pag. 7
2. Cooperative sociali e fondazioni. Requisito del capitale sociale, di cui all'articolo 98, comma 1, lettera <i>b</i>), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554.....	pag. 15
3. Indagini sull'attività delle ASL delle Regioni Lazio, Lombardia, Sicilia.....	pag. 21
4. Legge Regionale Veneto n. 27 del 7 novembre 2003.....	pag. 25
5. Definizione delle controversie derivanti dall'esecuzione del contratto d'appalto.....	pag. 29

DETERMINAZIONI

1. Ordinanze sindacali contingibili ed urgenti per motivi di sicurezza pubblica..... pag. 35
2. Contemporanea partecipazione alle gare di un consorzio di cui all'articolo 10, comma 1, lettera *b*), della legge n. 109/94 e successive modificazioni, e dei suoi consorziati... pag. 39
3. Appalti di progettazione e di supporto alla progettazione.. pag. 43
4. Appalto di lavori pubblici a trattativa privata, ai sensi di leggi speciali ed ordinanze di emergenza, emanate in occasione di eventi calamitosi..... pag. 51
5. Ulteriori criteri cui devono uniformarsi le S.O.A. in materia di rilascio di attestazioni relative ad imprese cedenti e ad imprese cessionarie di aziende o di rami di aziende..... pag. 57
6. Documentazione mediante la quale le imprese, al fine di ottenere la verifica triennale della loro attestazione, dimostrano l'esistenza dei requisiti di ordine generale e disposizioni in materia di modalità di verifica, da parte delle S.O.A. (società organismi di attestazione), delle autodichiarazioni rese dalle imprese, nonché criteri cui devono attenersi le S.O.A. nella loro attività di verifica dell'esistenza della capacità strutturale delle imprese..... pag. 61
7. Mancato pagamento ai subappaltatori..... pag. 73
8. Esclusione dalle gare nel caso di sussistenza di pronunce in ordine a errori gravi commessi nell'esecuzione di lavori..... pag. 77
9. Contenzioso in fase di appalto conseguente ad una o più sospensioni dei lavori, disposte - in esito a prescrizioni degli organi preposti alla tutela dei beni culturali - per l'esecuzione di campagne di indagini archeologiche nel sottosuolo. Valutazione della possibilità di limitare gli effetti negativi di ordine economico correlati a tale fattispecie..... pag. 85
10. Integrazione alla determinazione del 21 aprile 2004, n. 6, riguardante indicazioni operative in ordine alla verifica triennale delle attestazioni di qualificazioni..... pag. 95
11. Atto di indirizzi integrativi sulla natura e sulla qualificazione dei consorzi stabili..... pag. 99

12. Atto di indirizzo sulle modalità di dimostrazione del requisito di cui all'art. 8. comma 3, lettere <i>a)</i> e <i>b)</i> della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s. m. e all'art. 4 del DPR 21 gennaio 2000, n. 34 e s. m. (sistema di qualità aziendale ed elementi significative e correlati del sistema di qualità aziendale).....	pag. 109
13. Chiarimenti in merito ai lavori di manutenzione ed ai contratti aperti.....	pag. 113
14. Integrazioni in ordine ai criteri che le S.O.A. debbono seguire al fine del rilascio della attestazione di qualificazione nella categoria specializzata OS18.....	pag. 117
15. Esclusione dalle gare nel caso di soggetti responsabili di avere reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei Lavori Pubblici.....	pag. 125
16. Consegna dei lavori sotto riserva di legge.....	pag. 145
17. Appalti misti e requisiti di qualificazione.....	pag. 149

PROTOCOLLI

1. Protocollo d'intesa tra l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e SINCERT.....	pag. 157
2. Protocollo d'intesa tra l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e l'Agenzia del Demanio.....	pag. 161

Indice del Volume II

DOCUMENTAZIONE

ATTI DI SEGNALAZIONE AL GOVERNO E AL PARLAMENTO

1. Potere dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici in materia di annullamento o riduzione delle attestazioni di qualificazione rilasciate dagli organismi di attestazione - S.O.A..... pag. 7
2. Cooperative sociali e fondazioni. Requisito del capitale sociale, di cui all’articolo 98, comma 1, lettera *b*), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554..... pag. 15
3. Indagini sull’attività delle ASL delle Regioni Lazio, Lombardia, Sicilia..... pag. 21
4. Legge Regionale Veneto n. 27 del 7 novembre 2003..... pag. 25
5. Definizione delle controversie derivanti dall’esecuzione del contratto d’appalto..... pag. 29

DETERMINAZIONI

1. Ordinanze sindacali contingibili ed urgenti per motivi di sicurezza pubblica..... pag. 35
2. Contemporanea partecipazione alle gare di un consorzio di cui all'articolo 10, comma 1, lettera *b*), della legge n. 109/94 e successive modificazioni, e dei suoi consorziati... pag. 39
3. Appalti di progettazione e di supporto alla progettazione.. pag. 43
4. Appalto di lavori pubblici a trattativa privata, ai sensi di leggi speciali ed ordinanze di emergenza, emanate in occasione di eventi calamitosi..... pag. 51

5. Ulteriori criteri cui devono uniformarsi le S.O.A. in materia di rilascio di attestazioni relative ad imprese cedenti e ad imprese cessionarie di aziende o di rami di aziende.....	pag. 57
6. Documentazione mediante la quale le imprese, al fine di ottenere la verifica triennale della loro attestazione, dimostrano l'esistenza dei requisiti di ordine generale e disposizioni in materia di modalità di verifica, da parte delle S.O.A. (società organismi di attestazione), delle autodichiarazioni rese dalle imprese, nonché criteri cui devono attenersi le S.O.A. nella loro attività di verifica dell'esistenza della capacità strutturale delle imprese.....	pag. 61
7. Mancato pagamento ai subappaltatori.....	pag. 73
8. Esclusione dalle gare nel caso di sussistenza di pronunce in ordine a errori gravi commessi nell'esecuzione di lavori.....	pag. 77
9. Contenzioso in fase di appalto conseguente ad una o più sospensioni dei lavori, disposte - in esito a prescrizioni degli organi preposti alla tutela dei beni culturali - per l'esecuzione di campagne di indagini archeologiche nel sottosuolo. Valutazione della possibilità di limitare gli effetti negativi di ordine economico correlati a tale fattispecie.....	pag. 85
10. Integrazione alla determinazione del 21 aprile 2004, n. 6, riguardante indicazioni operative in ordine alla verifica triennale delle attestazioni di qualificazioni.....	pag. 95
11. Atto di indirizzi integrativi sulla natura e sulla qualificazione dei consorzi stabili.....	pag. 99
12. Atto di indirizzo sulle modalità di dimostrazione del requisito di cui all'art. 8. comma 3, lettere <i>a)</i> e <i>b)</i> della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s. m. e all'art. 4 del DPR 21 gennaio 2000, n. 34 e s. m. (sistema di qualità aziendale ed elementi significativi e correlati del sistema di qualità aziendale).....	pag. 109
13. Chiarimenti in merito ai lavori di manutenzione ed ai contratti aperti.....	pag. 113
14. Integrazioni in ordine ai criteri che le S.O.A. debbono seguire al fine del rilascio della attestazione di qualificazione nella categoria specializzata OS18.....	pag. 117

15. Esclusione dalle gare nel caso di soggetti responsabili di avere reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei Lavori Pubblici.....	pag. 125
16. Consegna dei lavori sotto riserva di legge.....	pag. 145
17. Appalti misti e requisiti di qualificazione.....	pag. 149

PROTOCOLLI

1. Protocollo d'intesa tra l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e SINCERT.....	pag. 157
2. Protocollo d'intesa tra l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e l'Agenzia del Demanio.....	pag. 161

Volume II

**ATTI DI SEGNALAZIONE AL GOVERNO
E AL PARLAMENTO**

Atto di segnalazione n. 1/2004

Potere dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici in materia di annullamento o riduzione delle attestazioni di qualificazione rilasciate dagli organismi di attestazione - S.O.A. (14 gennaio 2004)

Recentemente sono emersi alcuni contrasti giurisprudenziali dei Tribunali Amministrativi Regionali in merito alla sussistenza del potere dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici di annullare o di ridurre, per classificazione o categoria, le attestazioni di qualificazione rilasciate alle imprese dalle S.O.A. - Organismi di attestazione.

ANALISI DELLA QUESTIONE

Si pone, pertanto, la questione se sia opportuno per esigenze primarie di tutela di interessi pubblici di preminente rilievo riconoscere espressamente sul piano legislativo la titolarità di questo potere all'Autorità, la cui spettanza si inferisce per ora grazie ad un ragionamento logico di tipo deduttivo dalla lettura coordinata delle norme vigenti in materia, oltreché sulla base di considerazioni di carattere sistematico e di un'attenta analisi della *ratio legis*.

CONSIDERAZIONI

Occorre, in primo luogo, esaminare la normativa del sistema di qualificazione.

Ai sensi dell'art. 4, co. 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., l'Autorità è istituita «al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'articolo 1, comma 1, nella materia dei lavori pubblici», a norma del quale «in attuazione dell'articolo 97 della Costituzione l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici deve garantirne la qualità ed uniformarsi a criteri di efficienza e di efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori». In particolare, ai sensi dell'art. 4 della L. 109/94 e s.m., l'Autorità, fra l'altro, «vigila affinché sia assicurata l'economicità di esecuzione dei lavori pubblici [...] sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare in materia verificando, anche con indagini campionarie, la regolarità delle procedure di affidamento dei lavori pubblici [...] esercita i poteri sanzionatori [...] vigila sul sistema di qualificazione». Inoltre, in tema di qualificazione, l'art. 8, co. 3, della stessa L. 109/94 e s.m. prevede che tale sistema «è attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati dall'Autorità [...]»; l'art. 10, co. 1, del DPR 25 gennaio 2000, n. 34, ribadisce che «lo svolgimento da parte delle S.O.A. dell'attività di

attestazione della qualificazione [...] è subordinato all'autorizzazione dell'Autorità»; ai sensi del successivo comma 5, l'Autorità ha altresì il potere di revocare l'autorizzazione, in presenza dei particolari condizioni; l'art. 14 del DPR 34/2000 s.m. stabilisce che «l'Autorità [...] vigila sul sistema di qualificazione, e a tal fine controlla che le S.O.A. [...]» operino nel rispetto della normativa vigente e «provvede periodicamente alla verifica a campione di un numero di attestazioni rilasciate dalle S.O.A.» ed, infine, l'art. 16 del DPR 34/2000 sancisce che le «determinazioni assunte dalle S.O.A. in merito ai controlli stipulati dalle imprese per ottenere la qualificazione sono soggette al controllo dell'Autorità [...]».

Prendendo le mosse, ai fini della presente analisi, proprio dal testo delle succitate norme e considerato che, ai sensi dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole [...] e dalla intenzione del legislatore», si rileva che l'Autorità è titolare sia di un potere di vigilanza sia, con riferimento al sistema della qualificazione, di un potere di controllo, con la differenza che, mentre il potere di vigilanza «sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare in materia» (art. 4, co. 4, lett. b), L. 109/94 e s.m.) si estrinseca in un accertamento in ordine alla conformità del comportamento dei soggetti operanti nel settore alle disposizioni di legge, indirizzando la relativa attività verso obiettivi di pubblico interesse, più ampie invece sono le facoltà correlate al potere di controllo in tema di qualificazione.

Occorre inoltre considerare che l'attestazione di qualificazione rilasciata alle imprese dalle Società organismi di attestazione costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici (art. 1, comma 3, DPR 25 gennaio 2000, n. 34); dal che la conseguenza che le attestazioni S.O.A. creano certezze legali sull'idoneità delle imprese a partecipare alle gare di appalti pubblici di lavori, le quali non possono essere messe in discussione dalle stazioni appaltanti e che, pertanto, vanno necessariamente ricollegate all'esercizio di una oggettiva funzione pubblicistica espressione di potestà certificativa. Una funzione di oggettiva rilevanza pubblica, qual'è l'attestazione d'idoneità a partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici con il rilascio di un documento abilitante, è rimessa, quindi, nel nuovo sistema di qualificazione, a società private con scopo di lucro assoggettate, tuttavia, ad un regime speciale, sia con riferimento alla loro costituzione, sia con riferimento alla loro attività che, per tale profilo, è soggetta alla vigilanza e al controllo da parte dell'Autorità. Si tratta chiaramente dell'esercizio di *munus* pubblico (del tipo dell'attività del notaio, dell'avvocato, della società di revisione dei bilanci di società quotate in borsa) da parte di un soggetto privato che porta all'emanazione di un documento - attestato di qualificazione - avente natura di atto pubblico fidefaciente, la cui legittimità soggiace al potere di verifica e di controllo di questa Autorità di vigilanza.

Positivamente, la connotazione pubblicistica dell'attività delle S.O.A. scaturisce dalla autorizzazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (art.

10, comma 1, DPR n. 34/2000): detto provvedimento di autorizzazione alla qualificazione delle imprese, in una interpretazione coordinata e sistematica delle norme, ed indipendentemente dalla qualificazione meramente formale, ha natura composita, non servendo soltanto a legittimare le S.O.A. allo svolgimento di un'attività altrimenti preclusa (e per tale profilo si tratta di una autorizzazione-licenza), ma anche ad attribuire a tale attività attitudine certificatoria in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione alle gare, non suscettibile di contestazione da parte delle stazioni appaltanti (e per tale profilo l'atto autorizzativo implica la concessione di una funzione pubblica di tipo certificativo). Di modo che l'attestato di qualificazione, una volta rilasciato, abilita oggettivamente le imprese alla partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici ed il suo possesso, per tutta la durata di validità il documento, ha circolazione nel mercato facendo fede dell'idoneità dell'impresa.

Né la costruzione indicata può essere contraddetta con il rilievo che le S.O.A. rilasciano l'attestazione di qualificazione in espletamento di un rapporto contrattuale con l'impresa di cui vanno accertati i requisiti; come sostenuto dalla dottrina (tra gli altri, Cianflone e Giovanelli "*L'appalto di opere pubbliche*", 11^a edizione Giuffrè e Cirillo "*La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici emanati nell'esercizio dei poteri di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese*", in Riv. Trim. app. 4/2000, 743), la concreta gestione del nuovo sistema di qualificazione non è rimessa soltanto ad una contrattazione di tipo negoziale e privatistico. Anzi, proprio per evitare che la stessa si esaurisca in una contrattazione negoziale, è stato usato dal legislatore l'accorgimento di imporre delle rigide regole pubblicistiche cui l'impresa certificatrice deve uniformarsi; in modo che l'attestazione da essa rilasciata possa produrre gli effetti di atto di ammissione al mercato degli appalti, con esclusione di ogni valutazione di discrezionalità amministrativa e di autonomia contrattuale, consentendo soltanto discrezionalità tecnica in merito alla valutazione del possesso dei requisiti previsti. Ed è proprio per fare in modo che la funzione concessa alle S.O.A. non debordi dai limiti indicati che è prevista la vigilanza (art. 14 DPR 34/2000) ed il controllo (art. 16 DPR indicato) di questa Autorità: vigilanza e controllo che possono trovare esplicitazione non soltanto nel corso della permanente vigenza del rapporto contrattuale tra S.O.A. ed impresa, attraverso l'indicazione delle "condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contratto", ma che riguardano anche attestazioni definitivamente rilasciate ed oggettivamente circolanti nel mercato degli appalti di cui l'Autorità di vigilanza deve "provvede(re) periodicamente alla verifica a campione" (art. 14, comma 3, del DPR 34/2000 indicato).

Il controllo non deve essere riduttivamente considerato come mero accertamento della conformità a determinati canoni o prescrizioni o, in altri termini, la struttura del potere di controllo non può essere vista o, comunque non esclusivamente, come un accertamento, inteso come giudizio sull'attività controllata: dopo il giudizio c'è (*rectius*, deve indefettibilmente esserci) uno stadio ulteriore consistente nei provvedimenti che conseguono al giudizio, tanto che la dottrina dominante identifica nel procedimento di

controllo due fasi, la fase dell'accertamento e la fase della misura (con riferimento al momento comminatorio/sanzionatorio in relazione al fine di tutela che si vuole perseguire). Il potere di controllo comporta quindi, nella fase in cui si esamina l'attività controllata nel complesso del suo svolgersi, l'avvio di un procedimento di secondo grado ad iniziativa dell'organo di garanzia cui è istituzionalmente attribuito il potere di controllo medesimo, con il correlato obbligo di intervento da parte dell'Autorità sull'operato e sugli atti del soggetto controllato per verificare se l'attività sia stata svolta in modo congruo rispetto ai fini di pubblico interesse, alla tutela dei quali l'Autorità è istituzionalmente preposta (alcuni dei quali anche espressione di valori protetti a livello costituzionale, quali ad esempio il rispetto dei criteri di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa in materia di opere e lavori pubblici *ex art. 97 Cost.*, o riconosciuti a livello comunitario, come il principio della libertà di concorrenza tra gli operatori).

Dalle suesposte considerazioni discende, pertanto, che i compiti di controllo attribuiti all'Autorità in tema di qualificazione non solo si estrinsecano nel potere di rilascio dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di attestazione; nel potere di vigilanza, anche dopo il rilascio, sull'attività di qualificazione e sulla presenza in capo alle S.O.A. dei requisiti tecnico - giuridici previsti dalla legge sul rispetto delle condizioni previste dalla legge e dal regolamento, ma ricomprendono anche il potere dell'Autorità di incidere sull'operato, *id est* sulla validità delle attestazioni rilasciate dalle S.O.A., riducendole o invalidandole.

Come poc'anzi esposto, la fondatezza di tale tesi trova un fondamento normativo proprio nell'art. 14 del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m., giacché se è vero che l'Autorità, a prescindere da una richiesta di parte, provvede alla verifica a campione di un determinato numero di attestazioni, è *in re ipsa* che la verifica sarebbe fine a se stessa e quindi risulterebbe svuotata di ogni effettività se non fosse consentito all'Autorità di incidere sulle attestazioni.

LA CRISI DERIVATA DA DIVERGENTE ORIENTAMENTO DEL TAR LAZIO

Alcune pronunce del giudice amministrativo di primo grado (da ultimo, Tar Lazio, sez. III, 11 settembre 2003, n. 7567) hanno stigmatizzato il potere dell'Autorità limitandolo alla mera indicazione alla S.O.A. del comportamento da seguire e, nel caso in cui quest'ultima rimanesse inerte, l'unico rimedio consentito consisterebbe nell'inizio del procedimento di revoca dell'autorizzazione concessa alla stessa S.O.A.

È di palmare evidenza che, intanto, in attesa della definizione del procedimento di revoca dell'autorizzazione alla Società organismo di attestazione (novanta giorni, ai sensi dell'art. 10, co. 6, del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m.), si assisterebbe al permanere della situazione di indebita o almeno irregolare situazione nel mercato di talune imprese erroneamente legittimate

a svolgere attività in concorrenza con altri soggetti giuridici che, al contrario, possiedono i requisiti previsti *ex lege*.

Inoltre, la definizione della controversia interpretativa tra S.O.A. e Autorità potrebbe essere devoluta alla cognizione del Tar e poi del Consiglio di Stato, in sede di impugnativa del provvedimento di revoca dell'autorizzazione, nei tempi non brevi necessari perché sia il giudice amministrativo a definire il giudizio, senza preoccupazione della realtà che nel frattempo si concreta.

Sulle conseguenze di turbamento del mercato degli appalti giova precisare che questa Autorità ha adottato i provvedimenti di annullamento delle attestazioni allorché, in sede di controllo sulle attestazioni di qualificazione rilasciate dalle S.O.A., è emerso il fenomeno, particolarmente delicato, dei certificati lavori "falsi" presentati dalle imprese ai fini del rilascio dell'attestazione. Più precisamente si è appurato il sistematico ricorso a certificazioni totalmente o parzialmente false al fine di creare sul mercato imprese "virtuali", ma in possesso di regolare attestazione di qualificazione.

In ragione della funzione assegnata all'attestazione è corretto presumere che la volontà di creare imprese *virtuali* sia strumentalmente diretta a creare fenomeni distorsivi nel delicato settore degli appalti pubblici sia sotto il profilo dell'economicità dell'esecuzione dell'opera sia sotto il diverso, e non meno importante profilo, delle possibili infiltrazioni mafiose negli appalti.

Si sottolinea il profilo della incidenza sulla economicità dell'opera pubblica, in quanto è evidente che il mercato degli appalti ed il relativo costo di esecuzione viene di fatto distorto da offerte presentate da imprese virtuali dirette esclusivamente a pilotare la soglia di anomalia ai fini dell'affidamento degli appalti, eludendo di fatto la concorrenza e quindi a svantaggio del mercato e del pubblico erario.

Comunque il pregiudizio che discende da un'attestazione illegittimamente rilasciata o illegittimamente non revocata è evidente ove si consideri l'ipotesi di attestazioni di qualificazione rilasciate sulla base di certificati di esecuzione lavori falsi, producendo documentazione circa il possesso di requisiti economici finanziari e tecnico organizzativi che non trovano riscontro in atti o attestazioni di pubbliche amministrazioni.

Infatti, il legittimo possesso di attestazione costituisce elemento fondamentale dei principi di trasparenza e *par condicio* che informano lo svolgimento di gare d'appalto. Il soggetto che ottiene l'attestazione sulla base di documenti falsi altera il regolare svolgimento della gara, altera la libera concorrenza tra le imprese, non assicura la buona esecuzione dell'opera, in conclusione non rispetta le regole del gioco che sono l'elemento essenziale del procedimento di gara la cui osservanza assicura l'individuazione del "giusto contraente".

È macroscopico quindi il pericolo di una grave turbativa del mercato, con un impatto devastante sul sistema, che discende dalla permanenza nel set-

tore dei lavori pubblici di un operatore che millanti requisiti economici finanziari e tecnico-organizzativi sulla base di certificati non veritieri, con conseguente alterazione dei meccanismi della libera concorrenza.

Si sottolinea, poi, il profilo dell'infiltrazione mafiosa nel mondo degli appalti nella considerazione che la finalità di affidare opere pubbliche ad imprese prive di fatto dei necessari requisiti per la relativa realizzazione è quella diretta principalmente a consentire la presenza in cantiere di imprese di comodo.

A riprova di quanto sopra, si segnala che, in una recente indagine sulla infiltrazione mafiosa negli appalti finalizzata all'acquisizione, alla gestione ed al controllo degli appalti pubblici banditi in Sicilia, sono stati rinviati a giudizio i legali rappresentanti di diverse imprese di costruzioni già oggetto di controllo ex art. 14 del DPR n. 34/2000 da parte di questa Autorità e già oggetto di provvedimento di annullamento dell'attestazione per certificati lavori falsi.

I provvedimenti di annullamento delle attestazioni sono stati adottati, pertanto, al fine di perseguire le ragioni di pubblico interesse in tema di partecipazione alle gare e di garantire il regolare funzionamento del mercato delle opere pubbliche e, nel presupposto, che l'attestazione è certamente un atto a rilevanza pubblica.

Alcuni dei suddetti provvedimenti di annullamento sono stati, tuttavia, oggetto di annullamento o di ordinanza di sospensiva sulla base del già citato consolidato orientamento del TAR Lazio circa "*l'insussistenza in capo all'Autorità di un potere di annullamento diretto delle attestazioni*" e la conseguenza di tali pronunce ha comportato, in pratica, una "*riabilitazione*" delle imprese che potranno, in tal modo, tornare a partecipare agli appalti pubblici, rientrare nei cantieri degli appalti già conseguiti, acquisire nuovi cantieri, partecipare alle gare, inquinare il mercato.

Per quanto riguarda il percorso indicato dal giudice amministrativo, che l'Autorità inviti la S.O.A. a modificare l'attestazione e, nell'eventualità di inerzia, proceda alla revoca dell'autorizzazione concessa alla S.O.A. è da rilevare come lo stesso risulti del tutto scollegato dalla realtà operativa. Si richiamano le recenti dichiarazioni del Procuratore Nazionale Antimafia circa le infiltrazioni mafiose nelle S.O.A., in cui si fa riferimento ai tempi non brevi che caratterizzano la giustizia amministrativa.

E', infatti, inverosimile, sotto il primo profilo, ritenere che la S.O.A., potenzialmente infiltrata dalla mafia, su semplice richiesta dell'Autorità, elimini diligentemente e tempestivamente dal mercato le imprese da lei stessa attestate. Quand'anche non vi sia infiltrazione mafiosa nella realtà non risulta praticabile la soluzione di affidare alla S.O.A. il ritiro dell'attestazione. Le S.O.A. hanno già rappresentato la impossibilità di procedere al ritiro delle attestazioni, anche dopo l'annullamento da parte dell'Autorità, tant'è che

questa ha dovuto commettere questo incarico alla Guardia di Finanza. E' poi preoccupante rilevare che, in attesa dell' eventuale pronuncia del giudice amministrativo sul procedimento di revoca dell'autorizzazione alla S.O.A., le imprese irregolarmente attestata continuano a partecipare agli appalti ed eseguire i lavori. Occorre, inoltre, rilevare che l'eventuale revoca della S.O.A. non risolverebbe il problema delle imprese irregolarmente attestata. L'attuale quadro normativo, infatti, prevede che le attestazioni emesse dalla S.O.A. revocata sono valide a tutti gli effetti e l'impresa attestata irregolarmente avrebbe altri 90 giorni per indicare la S.O.A. a cui trasferire la documentazione e, nel frattempo, partecipare agli appalti.

Sotto il secondo profilo, il percorso ipotizzato dal TAR Lazio non tiene in considerazione diverse e più importanti esigenze del settore dei lavori pubblici: l'esigenza di certezza e celerità che caratterizza il settore dei lavori pubblici e l'esigenza del regolare svolgimento della gara e della buona esecuzione dell'opera.

Il giudice amministrativo, tuttavia, ben conosce i fenomeni distorsivi del settore dei lavori pubblici e le esigenze del regolare svolgimento della gara e della buona esecuzione dell'opera, ma ha ritenuto di organizzare i dati formali del dettato normativo in un orientamento disatteso da altri giudici amministrativi di primo grado perciò non più aditi dai ricorrenti interessati.

Qual che possa essere la esatta interpretazione della norma, è determinante rilevare che la soluzione non può essere offerta dagli orientamenti giurisprudenziali, sia per i tempi non certo brevi, sia per le contrastanti decisioni che caratterizzano la giustizia amministrativa. E infatti, rispetto alle pronunce del TAR Lazio, i ricorsi in appello promossi dall'Autorità non sono ancora stati discussi.

Intanto si affermano le profonde incertezze degli operatori del settore dei lavori pubblici e si creano sospensioni delle procedure di affidamento dei lavori e blocchi dei cantieri in attesa di conoscere l'esito finale dei lunghi giudizi.

Da ciò il presente atto che segnala la necessità ed indispensabilità di un intervento del legislatore affinché venga riconosciuto esplicitamente ed in modo non equivoco il potere dell'Autorità di intervenire direttamente sulle attestazioni, laddove si accerti, con tutte le necessarie garanzie del contraddittorio, che le stesse siano state rilasciate in assenza dei necessari requisiti previsti.

Ai fini di garanzia delle esigenze di tutela del mercato e della libera concorrenza fra gli operatori, per la cura ottimale quindi dell'interesse pubblico sotteso al settore dei pubblici appalti, il sistema stesso deve articolarsi in: 1) procedimenti autorizzatori che riconoscano la idoneità dei soggetti privati, le Società organismi di attestazione, a valutare la qualità delle imprese che possono partecipare agli appalti pubblici; 2) interventi regolatori dell'Autorità che indirizzino l'attività delle S.O.A. verso fini di pubblico in-

teresse; 3) potere di controllo per la verifica della sussistenza dei requisiti che hanno dato luogo al rilascio della attestazione, con correlata facoltà di annullare o modificare quest'ultima.

I compiti di controllo attribuiti all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. e dal DPR 25 gennaio 2000, n. 34, in tema di qualificazione delle imprese per la partecipazione alle gare di appalto di opere pubbliche, quindi non solo si estrinsecano nel potere di rilascio dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di attestazione e nel potere di vigilanza, anche dopo il rilascio, sull'attività di qualificazione e sulla presenza in capo alle S.O.A. dei requisiti tecnico-giuridici previsti dalla legge, sul rispetto delle condizioni previste dalla legge e dal regolamento, ma non possono non ricomprendere anche il potere dell'Autorità di incidere sulle attestazioni rilasciate alle imprese dalle S.O.A., riducendole o invalidandole, come riconosciuto anche dal Tar Sicilia - sez. di Catania - sez. I, 3 febbraio 2003, n. 172.

In conclusione, si segnala l'opportunità di un intervento del legislatore che riconosca all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici esplicitamente ed in modo inequivoco il potere di intervenire, annullandole o modificandole, le attestazioni di qualificazione rilasciate alle imprese dalle Società organismi di attestazione, laddove si accerti, con tutte le necessarie garanzie di contraddittorio con la controparte, che le medesime illegittimamente siano state rilasciate o non siano state revocate. E la norma potrebbe avere la seguente formulazione:

All'art. 14 del DPR n. 34/2000, dopo il comma 3, è aggiunto il seguente comma: *"Il potere di controllo attribuito all'Autorità in tema di qualificazione, ricomprende anche il potere di annullare o rettificare le attestazioni rilasciate alle imprese dalle S.O.A."*

Atto di segnalazione n. 2/2004

Cooperative sociali e fondazioni. Requisito del capitale sociale di cui all'articolo 98, comma 1, lettera b) del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 (31 marzo 2004)

E' stata sottoposta all'attenzione dell'Autorità la questione riguardante la possibilità per le cooperative sociali e le fondazioni di assumere la qualità di soggetti concessionari di lavori pubblici, pur in mancanza del requisito di cui alla *b)* (capitale sociale) dell'art. 98, comma 1, del DPR 554/99.

ANALISI DELLA QUESTIONE

La disposizione di cui all'articolo 98, comma 1, lettera b), del DPR 554/99 testualmente richiede il requisito del "capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento" ai soggetti che intendono partecipare alle gare per l'affidamento di concessione di lavori pubblici.

Detto requisito può ravvisarsi unicamente nelle società di capitali, con ciò escludendo la possibilità che soggetti di natura diversa partecipino all'affidamento di concessioni di costruzione e gestione, nonché di *project financing*.

Infatti, sia nel rapporto concessorio, ai sensi dell'art. 19 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., sia in quello che si instaura a seguito della procedura di *project financing* di cui all'art. 37 *bis* e segg. della stessa legge, è richiesto al soggetto concessionario quel particolare requisito ravvisabile soltanto nelle società di capitali, che è dato dal capitale sociale, il quale, al di là del dato letterale, sostanzialmente traduce il concetto di solidità economica e gestionale del soggetto imprenditoriale.

Va inoltre sottolineato che i requisiti di cui all'articolo 98 citato sono richiesti anche qualora il concessionario sia costituito da un raggruppamento temporaneo di imprese e devono essere posseduti sia dalle mandanti che dalla mandatarie nella misura definita dall'art. 95 del regolamento stesso, poiché l'intento normativo è quello di richiedere un elevato grado di solidità economico-finanziaria ai *singoli soggetti* che si presentano come potenziali concessionari.

Il requisito indispensabile del capitale sociale, non risultando formalmente assimilabile al concetto di patrimonio, almeno inteso in senso tradizionale, comporta la non ammissibilità delle cooperative sociali e delle fondazioni alle procedure per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici.

CONSIDERAZIONI

1 - Al fine di approfondire le problematiche sollevate, con particolare riferimento alle società cooperative, occorre rilevare che, anche alla luce della riforma recata dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, il concetto di capitale applicabile a tale tipologia di società sembra essere per sua natura mutevole, poiché in tali soggetti è prevalente l'elemento personalistico e lo scopo mutualistico, come si evince sia dall'articolo definitorio (art. 2511 c.c.) "le cooperative sono società a capitale variabile con scopo mutualistico", sia dall'art. 2524 c.c. "il capitale sociale non è determinato in un ammontare prestabilito".

Deve, però, osservarsi che per le stesse occorre prendere in considerazione l'ulteriore elemento rappresentato dal "patrimonio netto" il quale, oltre al capitale, comprende anche le riserve indivisibili. Si tratta cioè di riserve patrimoniali che i soci non possono dividersi durante la vita della cooperativa, né all'atto dello scioglimento della stessa; è, cioè, un patrimonio che rappresenta un elemento di forte garanzia sia nei confronti dei soci, sia nei confronti di terzi.

Che il patrimonio sia elemento di garanzia è, peraltro, dimostrato da alcune scelte effettuate dal legislatore:

- La delibera del CICR 03/03/1994, con la quale si stabilisce che ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, la raccolta del prestito sociale non possa eccedere il limite del triplo del patrimonio (inteso come capitale versato e riserve) risultante dall'ultimo bilancio approvato;
- L'art. 58 della legge 23 dicembre 1998 n. 448, il quale consente alle cooperative di emettere obbligazioni in misura non superiore al valore del patrimonio, anche questo inteso come capitale versato e riserve risultanti dall'ultimo bilancio approvato;
- L'art. 5 della legge 31 gennaio 1992, n. 59, recante norme di emissione di azioni di partecipazione cooperativa, fa riferimento al patrimonio quale limite oltre il quale non è possibile collocare tali azioni.

Di converso, quando il legislatore ha inteso fare riferimento al solo capitale sociale (es. legge 24 giugno 1996, n. 197 in materia di agenzie di lavoro interinale), ha posto la condizione che al capitale sociale partecipasse almeno un Fondo mutualistico di cui agli articoli 11 e 12 della legge 59/92, nella evidente consapevolezza delle difficoltà da parte di una cooperativa di soddisfare il requisito previsto dalla legge.

Peraltro, lo stesso legislatore, ai sensi della previsione contenuta all'art. 18, comma 2, lettera c) del DPR 25 gennaio 2000 n. 34, ha ritenuto il capitale netto, costituito dal totale della lettera A del passivo di cui all'art. 2424 del

codice civile (patrimonio netto), indice dimostrativo di adeguata capacità economica e finanziaria occorrente per la qualificazione delle imprese.

Sulla base di quanto suindicato e nella considerazione che le società cooperative rappresentano una categoria di soggetti imprenditoriali particolarmente attiva nel settore dei lavori pubblici, con il presente atto si segnala l'opportunità di un intervento normativo teso a modificare l'art. 98, comma 1, lett. b), del DPR 554/99, laddove prescrive il solo requisito del capitale sociale, prevedendo un espresso riferimento al requisito del patrimonio netto per le società cooperative.

2 - Alcune considerazioni sembrano necessarie anche con riferimento alle fondazioni.

Il patrimonio delle fondazioni traduce il concetto di una serie di beni di cui il proprietario si spoglia per il perseguimento di uno scopo. Il patrimonio è, dunque, elemento essenziale delle stesse, fondamentale per il conseguimento dello scopo ma anche per la funzione di tutela del credito. Infatti, nelle fondazioni si realizza una netta separazione tra il patrimonio dell'ente e quello degli amministratori, i quali non devono rispondere personalmente di eventuali debiti della fondazione.

Una delle realtà più importanti nell'ambito del settore è quello delle fondazioni bancarie che gestiscono patrimoni molto cospicui impiegati per finanziare attività sociali, e che hanno subito una notevole evoluzione rispetto al modello codicistico, essendo sempre più spesso legate al mondo imprenditoriale.

Tale evoluzione ha avuto origine con la legge 30 luglio 1990, n. 218 (ristrutturazione e integrazione degli istituti di credito di diritto pubblico), seguita dalla legge 20 novembre 1990, n. 356 (ristrutturazione e disciplina gruppo creditizio), ed ultimata con la legge delega 23 dicembre 1998, n. 461, che ha trovato attuazione con il decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153.

In particolare, con queste ultime norme, si è attribuita la natura di enti privati alle fondazioni bancarie, si è accentuata la separazione fra fondazione bancaria e società per azioni, si è imposta la dismissione da parte delle fondazioni bancarie del 51% del capitale sociale in un termine massimo di quattro anni; infine, si è previsto che le stesse possano perseguire non solo scopi di utilità sociale, ma anche la promozione dello sviluppo economico.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, il D.Lgs. 153/99, come modificato dalla legge 28 dicembre 2001, n. 448 (finanziaria 2002), dopo aver stabilito che l'attività istituzionale delle fondazioni si svolge solo nei "settori ammessi" ed in rapporto prevalente con il territorio, all'art. 1 specifica che per "settori ammessi" devono intendersi quelli ivi elencati, ovvero, a titolo esemplificativo, famiglia, istruzione, volontariato, sicurezza pubblica, sviluppo locale ed edilizia popolare locale, ricerca, etc...

Al riguardo, deve evidenziarsi che con la legge 1 agosto 2002, n. 166, c.d. Merloni - *quater*, che ha modificato l'art. 37- *bis*, è stata introdotta una terza categoria di soggetti che possono assumere il ruolo di promotori nella procedura di *project financing*, ovvero le fondazioni e le camere di commercio.

Recita, infatti, la novellata disposizione, che *“Possono presentare le proposte di cui al comma 1 i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento (...). La realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c-bis), del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153. Le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità o proposte di intervento, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale”*.

Pertanto, considerato che la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i c.d. “settori ammessi”, le fondazioni bancarie possono attualmente assumere il ruolo giuridico di promotori.

Occorre aggiungere che la disposizione in esame, prima di elencare i soggetti che possono rivestire tale ruolo, specifica che gli stessi devono essere *“dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali indicati dal regolamento”*.

In quest'ultimo, in particolare nell'art. 99, comma 3 (promotore), è stabilito che *“Al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'articolo 98”*; la norma sembrerebbe, quindi, menzionare la possibilità che nell'ambito dell'associazione o del consorzio vi siano soggetti privi dei requisiti sia per la costruzione che per la gestione del servizio, e dunque meri finanziatori. E in tal senso sembrerebbe deporre lo stesso comma 2, dell'art. 37-bis della legge quadro, secondo il quale i costruttori e le società di ingegneria possono presentare proposte *“eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi”*.

Tuttavia, occorre evidenziare che l'art. 98 del regolamento di attuazione stabilisce che *“se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente dei requisiti di cui al comma 1, lettere a), b), c), e d)”* e che *“qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo di soggetti o da un consorzio, i requisiti previsti al comma 1, lettere a) e b), devono essere posseduti dalla capogruppo, dalle mandanti o dalle consorziate nella misura prevista dall'articolo 95”*.

La norma sembra, cioè, ritenere in ogni caso necessario il possesso dei suddetti requisiti, ivi incluso quello relativo al capitale sociale, da parte dei singoli soggetti che si presentano come potenziali concessionari, con ciò escludendo la possibilità che tra tali soggetti possano figurare dei meri finanziatori.

Dal combinato disposto delle norme in esame sembra, pertanto, derivare una “discrasia” tra le stesse, dovuta probabilmente al duplice fattore della novella apportata dalla legge n. 166/02 in materia di *project financing*, che ha incluso le fondazioni tra i potenziali promotori, e della mutata disciplina delle stesse fondazioni, sempre più legate al mondo imprenditoriale; *ius novus* al quale non è seguito un “adeguamento” delle disposizioni regolamentari in materia di concessione di opere pubbliche.

Tale discrasia sembra condurre ad una duplice possibilità: ritenere che tra i soggetti concessionari siano presenti anche dei meri soggetti finanziatori, tra i quali potrebbero includersi le fondazioni, e quindi che i requisiti di cui

all'art. 98 del DPR 554/99 possano essere raggiunti da queste ultime mediante costituzione di associazione o consorzio con altri soggetti in possesso degli stessi; oppure ritenere che la novella dell'art. 37-bis della legge quadro, andrebbe coordinata con le richiamate disposizioni regolamentari, con la conseguente necessaria modifica normativa del requisito relativo al "capitale sociale", tale da includere anche il patrimonio delle fondazioni, ormai annoverate tra i soggetti qualificati ad assumere la veste di promotori e, quindi, idonei a rivestire eventualmente anche quella di concessionari.

Alla luce di tutto quanto sopra, sembrerebbe opportuno un intervento normativo di modifica delle disposizioni regolamentari sopra richiamate rispetto alle novelle legislative che hanno interessato le fondazioni, ormai ammesse a svolgere la propria attività anche nel settore dei lavori pubblici.

Atto di segnalazione n. 3/2004

Indagini sull'attività delle ASL delle regioni Lazio-Lombardia-Sicilia

(6 luglio 2004)

Quest'Autorità ha attivato una serie di verifiche relativamente allo stato di utilizzazione dei fondi stanziati per la realizzazione di opere di edilizia sanitaria ed ospedaliera, sia a seguito delle notizie riportate da articoli di stampa riguardanti il mancato utilizzo dei fondi da parte di Aziende Sanitarie Locali, sia a seguito di segnalazioni pervenute, sia in base alle risultanze dell'attività diretta di accertamento e vigilanza.

L'entità delle risorse finanziarie coinvolte dai programmi di finanziamento ha indotto quest'Autorità ad avviare un'indagine specifica che ha riguardato, in particolare, l'attività di un campione di Aziende Sanitarie Locali, ritenuto alquanto significativo, comprendente le regioni: Lombardia, Lazio e Sicilia, ed è stata finalizzata non soltanto a monitorare lo stato di attuazione di detti programmi, ma anche ad incentivare la realizzazione degli interventi attraverso l'attività di vigilanza svolta nei confronti delle amministrazioni interessate.

Gli accertamenti e le ispezioni effettuate hanno portato a constatare la ricorrenza di tipiche irregolarità relative all'affidamento diretto dei servizi, che impediscono l'attuazione dei principi trasparenza e correttezza, nonché il rispetto della libera concorrenza tra gli operatori del mercato dei lavori pubblici.

In questa sede si rappresenta, che dalla documentazione esaminata è emerso un preciso e puntuale comportamento delle Aziende Sanitarie Locali oggetto di indagine ad affidare all'esterno lo svolgimento di attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione, nonostante l'art. 17, comma 4, della legge quadro consenta soltanto "in caso di carenza in organico di personale tecnico nelle stazioni appaltanti" il ricorso a tali affidamenti, derogando al principio secondo cui l'elaborazione tecnica dei progetti debba avvenire all'interno della stessa amministrazione. Sono stati accertati, inoltre, elementi di contrasto con l'art. 17, comma 12, della legge 109/94 e con l'art. 62, comma 1, del DPR 21 dicembre 1999 n. 554 concernenti l'assenza di idonea pubblicità e mancata indicazione di selezione dei professionisti, a scapito dei principi di imparzialità e buona amministrazione, nonché del rispetto del principio di par condicio dell'attività amministrativa, ribaditi dall'art. 1 della legge 11 febbraio 1994 n. 109.

Dall'analisi pregressa, l'Autorità ha riscontrato, inoltre, fattispecie di artificioso frazionamento di incarichi di progettazione, a cui ricorrono molte ASL al fine di conferire più incarichi di progettazione allo stesso raggruppamento di professionisti, ovvero di affidare, in sostanza, incarichi di importo nettamente superiore a € 100.000, in contrasto con l'art. 17, comma 14, della L. 109/94 e s.m. ed i., e con l'art. 62, comma 10, del DPR 554/99, non-

ché un ricorso generalizzato a procedure di affidamenti diretti anche per incarichi di importo superiore alla predetta soglia, con elusione della disciplina normativa e regolamentare in materia, ed in particolare delle disposizioni di cui alla direttiva 92/50/CEE, ed al Dlgs 17 marzo 1995 n. 157. Anche nell'esecuzione dei lavori la mancanza di un quadro d'insieme in ordine ai tempi e procedure ha comportato l'insorgere di fenomeni distortivi riconducibili alle sottoelencate fattispecie:

- carenza di indagini geologiche e geognostiche;
- consegne dei lavori frazionate;
- sospensioni dei lavori superiori al quarto del tempo contrattuale;
- redazione di perizie di variante e suppletiva non giustificabili con le motivazioni previste dall'art. 25 della legge n. 109/94 e s.m.i.;
- considerevole ricorso alla procedura di accordo bonario ex art. 31 legge 109/94;

Le circostanze esposte non sono state oggetto di mera verifica da parte dell'Autorità, bensì di comunicazioni rivolte alle ASL interessate per l'attivazione di iniziative correttive, nonché di interventi specifici presso le Procure Regionali della Corte dei conti per i profili di competenza.

Nell'ambito di quanto accertato, si è pervenuto alla individuazione delle evidenziate disfunzioni del mercato degli appalti di edilizia sanitaria, che di fatto impediscono l'attuazione dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, che regolano l'azione amministrativa, dando luogo ad un'alterazione del sistema, con evidenti conseguenze sul dilatarsi dei tempi di ultimazione dei lavori, e sul costo dell'opera.

Tale segnalazione viene inoltrata al Ministro della Salute, ai Presidenti ed agli Assessori competenti delle regioni interessate, affinché attuino tutti gli interventi tesi a correggere le disfunzioni suindicate.

Si allegano in elenco i procedimenti conclusi con l'indicazione delle irregolarità contestate distinte per regioni, evidenziando che sono ancora in corso altre istruttorie e sono state attivate indagini in altre quattro regioni.

REGIONE LAZIO

A) Azienda Sanitaria Locale n. 7 Roma G

1. UES/3-04 Lavori di adeguamento a norma del Presidio Ospedaliero di Monterotondo - segnalazione alla Procura della Corte dei Conti per danno erariale
2. UES/4-04 Lavori di realizzazione delle strutture sanitarie per attività libero professionali d.l.vo n. 254/2000 - incarico di progettazione non conforme alla normativa
3. UES/8-04 Lavori di ristrutturazione e adeguamento ospedale di Monterotondo - incarico di progettazione non conforme alla normativa

B) Azienda Sanitaria Locale n. 11 Latina

1. UES/03-03 Lavori per la realizzazione del reparto malattie infettive del P.O. Formia - segnalazione alla Procura della Corte dei conti per danno erariale

C) Azienda Sanitaria Locale n. 12 Frosinone

1. UES/9-04 Lavori di realizzazione reparto malattie infettive P.O. Frosinone - sospensione e consegna dei lavori non conforme alla normativa
2. UES/11-04 Lavori di realizzazione di una R.S.A. presso P.O. di Ceprano (FR) - incarico di progettazione non conforme alla normativa
3. UES/12-04 Lavori di ristrutturazione e adeguamento a norma dell'Ospedale Civile di Anagni - incarico di progettazione non conforme alla normativa
4. UES/13-04 Lavori di completamento per la realizzazione di una R.S.A. presso il Presidio Ospedale di Ferentino (FR) - incarico di progettazione non conforme alla normativa

REGIONE LOMBARDIA

A) Azienda Sanitaria Locale di Città di Milano.

1. UES/06/04 Lavori di realizzazione di un nuovo edificio a tre piani f.t. per la nuova sede del consultorio familiare di via Monreale - incarichi di progettazione non conformi alla normativa
2. UES/8/04 Lavori di trasformazione del presidio ex Clinica Ronzoni in casa di alloggio e centro diurno per malati di AIDS - incarichi di progettazione non conformi alla normativa.

B) Azienda sanitaria Locale n. 10 Milano 2.

1.UES 16/04 Lavori di costruzione di una R.S.A. per anziani nel comune di Rozzano - segnalazione alla Procura della corte dei conti per danno erariale.

REGIONE SICILIA

A) Azienda Sanitaria Locale di Trapani

1.UES/10-04 Lavori di ristrutturazione e adeguamento dell'Ospedale "B: Na gar" di Pantelleria - segnalazione alla Procura della Corte dei conti per danno erariale.

B) Azienda Sanitaria Locale di Caltanissetta

1.UES/15-04 con oggetto: Lavori di costruzione di una R.S.A. per anziani - segnalazione alla Procura della Corte dei conti per danno erariale.

C) Azienda Sanitaria Locale di Palermo

1.UES/18/04 Lavori di rifunzionalizzazione dell'ex divisione chirurgica toracica in divisione di ortopedia e traumatologia del P.O. Ingrassia - appalto senza le necessarie autorizzazioni

2.UES/19/04 Lavori di ristrutturazione S.P.D.C. del P.O. Ingrassia - appalto senza le necessarie autorizzazioni

3.UES/20/04 Lavori di completamento dell'unità operativa di cardiologia del del P.O. Ingrassia - appalto senza le necessarie autorizzazioni

4.UES/25/04 Lavori di ampliamento e ristrutturazione dell'Ospedale Regina Margherita di palazzo Adriano - appalto senza le necessarie autorizzazioni.

Atto di segnalazione n. 4/2004

Legge Regionale Veneto n. 27 del 7 novembre 2003 (15 dicembre 2004)

Tra le attività istituzionali assegnate all'Autorità, rientra quella di segnalare al Governo e al Parlamento fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui lavori pubblici, così come disposto dall'art. 4, comma 4, lett. d), della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m.

Nell'ambito di siffatte funzioni, l'Autorità ha proceduto all'esame della legge regionale Veneto n. 27 del 7 novembre 2003 recante "*disposizioni generali in materia di lavori pubblici di interesse regionale e per le costruzioni in zone classificate sismiche*", con particolare riferimento alla disciplina del subappalto, contenuta nell'art. 38 della stessa, oggetto di specifiche segnalazioni formulate da più soggetti operanti nel settore.

La suddetta disposizione stabilisce, infatti, al comma 1, che "*fatte salve le disposizioni in materia subappalto di cui alla legge 19 marzo 1990 n. 55 (...), la percentuale di lavori della categoria prevalente subappaltabile è stabilita nella misura del cinquanta per cento della categoria*".

Diversamente, nella legge n. 55/1990, in materia di "*nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*", l'art. 18, comma 3, stabilisce che "*(...) per quanto riguarda la categoria o le categorie prevalenti, con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17 comma 2 della legge 23 agosto 1988, n. 400, è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al 30 per cento (...)*".

L'art. 34 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m. richiama, per la disciplina del subappalto, la disposizione dell'art. 18, comma 3, della legge n. 55/1990.

Confrontando l'art. 38 della legge regionale n. 27/2003, con le disposizioni sopra riportate della legge quadro e della legge n. 55/1990, appare evidente che la prima contiene una *deroga* rispetto alle seconde, prevedendo la possibilità, per l'appaltatore, di subappaltare fino al 50% le lavorazioni della categoria prevalente.

Al riguardo, deve rilevarsi che la riforma federalista della Costituzione attuata con legge costituzionale n. 3/2001, riscrivendo il Titolo V della parte seconda della Costituzione, ha rivoluzionato la ripartizione delle competenze legislative fra Stato e Regioni, individuando tre aree: una prima area (art. 117, comma 2, Cost.) in cui lo Stato ha una competenza legislativa esclusiva (in cui le Regioni non hanno alcuna potestà legislativa); una se-

conda area (art. 117, comma 3, Cost.) in cui le Regioni hanno una potestà legislativa concorrente, per cui nelle relative materie lo Stato determina i principi fondamentali e le Regioni possono legiferare nel rispetto di questi ultimi, della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali; infine una terza area residuale (art. 117, comma 4, Cost.) in cui confluiscono tutte le materie non espressamente riservate alla legislazione dello Stato o alla legislazione concorrente Stato-Regioni, e nelle quali queste ultime hanno una potestà legislativa esclusiva, potendo cioè legiferare nel rispetto della Costituzione, dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali, ma senza la possibilità per lo Stato di fissare i principi fondamentali.

Con particolare riferimento al settore dei lavori pubblici, la Corte Costituzionale con la sentenza 01/10/2003 n. 303 ha rilevato che *“la mancata inclusione dei "lavori pubblici" nella elencazione dell'art. 117 Cost., diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti”*.

Deve, peraltro, considerarsi, che la ormai nota sentenza della Corte Costituzionale n. 482/1995 ha riconosciuto la qualifica di norme fondamentali di riforma economica-sociale e di principi della legislazione dello Stato ai nuclei essenziali della legge n. 109/94 e s.m. ed ai principi desumibili dalle sue disposizioni.

Principi, questi, richiamati in numerose pronunce giurisprudenziali, anche successive alla riforma di cui alla legge n. 3/2001, tra le quali si evidenzia, in particolare, il parere del 19 febbraio 2003 n. 2222 nel quale il Consiglio di Stato ha osservato che *“la legge statale in materia di lavori pubblici tocca un settore che, negli aspetti disciplinati dalla riforma introdotta con la stessa legge Merloni – tempi e costi certi e prefissati, procedure trasparenti, netta separazione, anche per gli aspetti tecnici (da progettazione a collaudo), fra amministrazione committente ed esecutore – assume importanza nazionale e richiede l’attuazione di principi uniformi, comportanti, fra l’altro, omogeneità e chiarezza delle procedure, uniforme qualificazione dei soggetti, libera concorrenza degli operatori in un mercato senza restrizioni regionali, nonché soggezione ad un organismo indipendente di vigilanza e garanzia; pertanto, ricorrono nel caso gli elementi per riconoscere alla legge nel suo complesso i caratteri della normativa fondamentale di riforma economico-sociale”*.

Dalla lettura coordinata delle pronunce precedentemente richiamate appare, dunque, ammissibile includere tra i “nuclei essenziali” della legge quadro, anche la norma di cui all’art. 34 in materia di subappalto, per la stretta connessione della relativa disciplina con la tutela della concorrenza (la cui legislazione è di competenza esclusiva dello Stato), ma anche per le finalità della stessa, volta a tutelare il settore dei lavori pubblici da possibili infiltrazioni criminose.

Peraltro, tale materia, per la chiara incidenza sull'ordinamento civile e penale, può essere legittimamente inclusa tra queglii "ambiti di legislazione" della legge quadro che, per "l'oggetto al quale afferiscono", possono essere ascritti alla "potestà legislativa esclusiva dello Stato", come rilevato dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 303/2003.

Occorre, infatti, considerare che la legge n. 55/1990, contenente disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale, appartiene all'ordinamento penale e può essere inclusa, proprio per le finalità con la stessa perseguite, tra le norme in materia di ordine pubblico e sicurezza.

Al riguardo si evidenzia che tra le materie appartenenti alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, elencate nell'art. 117, comma 2, della Costituzione, sono incluse anche l'"ordinamento penale" e l'"ordine pubblico e sicurezza" e, di conseguenza, l'individuazione delle ipotesi di deroga alle norme penali generali, nonché delle forme e modalità di regolamentazione delle deroghe medesime; sono da ritenersi altresì incluse, tra le stesse, le norme riguardanti la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi manifestazioni di pericolosità sociale.

Tali materie, si ribadisce, sono sottratte alla potestà legislativa delle Regioni e l'eventuale deroga alle norme regolanti le stesse, ivi inclusa pertanto la legge n. 55/1990, può essere disposta solo ed esclusivamente con legge dello Stato.

Dalle considerazioni svolte deriva che l'art. 38 della legge regionale Veneto n. 27/2003, contenente disposizioni in materia di subappalto in deroga alla legge quadro ed alla legge n. 55/1990, appare in contrasto sia con le disposizioni della legge n. 109/94 e s.m., con particolare riferimento all'art. 34, sia con l'art. 18, comma 3, della legge n. 55/1990, sia infine con l'art. 117, comma 2, della Costituzione che sottrae simili materie alla potestà legislativa delle Regioni, per riconoscerle, invece, in maniera esclusiva, alla competenza legislativa dello Stato.

Conseguentemente, data la delicatezza della questione di cui trattasi, con il presente Atto si intende segnalare a codeste Istituzioni la riferita problematica per l'adozione degli interventi di competenza.

Atto di segnalazione n. 1/2005

Definizione delle controversie derivanti dall'esecuzione del contratto di appalto

(24 febbraio 2005)

Nell'ambito delle attività istituzionali ad essa assegnate dall'art. 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e s. m., l'Autorità intende segnalare a codeste Istituzioni per l'adozione di interventi di competenza, la problematica relativa alla soluzione delle controversie in materia di lavori pubblici, attualmente disciplinata dall'art. 32 della predetta legge.

L'istituto dell'arbitrato in materia di lavori pubblici è stato sempre oggetto di una particolare disciplina nel nostro ordinamento giuridico sin dal momento della sua formazione unitaria (legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E). Esso, infatti, coinvolge interessi pubblici e notevole impiego di pubbliche risorse, ditalché la compromissione di questi, in sede arbitrale, non può essere disciplinata alla stregua di ogni altra forma di deferimento di controversia ad arbitri.

Negli ultimi decenni, come è noto, la materia è stata oggetto di vivaci polemiche e di reiterati interventi legislativi, nonché di importanti pronunce della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato, mentre, in occasione dell'ultimo organico intervento legislativo nella materia dei lavori pubblici (legge n. 109/94), essa fu oggetto di una disciplina *ad hoc*.

Quest'ultima volle porre rimedio all'anzidetto dibattito, configurando appunto una soluzione che, facendosi carico delle esigenze di interesse pubblico che venivano in rilievo, si rifacesse, altresì, all'organizzazione dell'istituto arbitrale nelle sue più moderne e pratiche configurazioni.

La norma (art. 32), invero, si faceva carico altresì di una certa diffidenza verso l'istituto che, nei momenti più caldi dell'emergere di fenomeni patologici, era stato visto con sfavore, quale possibile "teatro o veicolo" – come è stato detto in dottrina – "di accordi in danno dell'interesse pubblico".

Ma, al di là di fenomeni contingenti o di patologie denunciate, resta l'esigenza di fondo, ineludibile in un ordinato assetto degli interessi pubblici e privati, di una regolazione organica e speciale dell'istituto che si faccia carico dell'insopprimibile esigenza di tutelare gli interessi pubblici e privati che vengono in gioco con un giudice terzo ed imparziale che offra sufficienti garanzie di indipendenza nei confronti di questi.

Il sistema della Camera Arbitrale a tale esigenza è volto; non apparendo, come si è detto, idoneo, per le pubbliche esigenze, un sistema che si modelli invece unicamente sul giudice arbitro, sorto a seguito di compromesso tra privati.

Sennonché, l'anzidetta organica disciplina prevista dall'art. 32 della legge e dagli articoli 150 e 151 del regolamento 21 dicembre 1999, n. 554, è stata incisa da una sentenza del Consiglio di Stato (17 ottobre 2003, n. 6337) che, facendo venir meno parzialmente le due citate norme regolamentari, ha reso per buona parte inefficiente il previsto sistema.

Un tale intervento giurisprudenziale, per gli inconvenienti che esso creava, è stata oggetto già di segnalazione da parte di questa Autorità con atto del 6 novembre 2003.

Al fine di risolvere le suesposte problematiche, questa Autorità ha offerto la propria collaborazione agli organi governativi competenti, onde promuovere le iniziative dirette a ricostituire la parte del regolamento travolta dal giudicato, per adeguarla ai criteri enunciati dal citato art. 32 della legge quadro.

Si apprende ora che, in sede di discussione per la conversione in legge (attualmente in corso presso il Senato) del decreto-legge 31 gennaio 2005, n. 7, recante *“disposizioni urgenti per l’università e la ricerca, per i beni e le attività culturali, per il completamento di grandi opere strategiche, per la mobilità dei dipendenti, nonché per semplificare gli adempimenti relativi a imposte di bollo e tasse di concessione”* - A.S. 3276, è stato proposto un emendamento a firma dei senatori Compagna ed altri - n. 6.0.3 - che, introducendo un’ulteriore modifica del sistema, renderebbe sostanzialmente facoltativo il ricorso al più garantista sistema della Camera Arbitrale, rimettendo ad un collegio di tre soggetti, liberamente scelti dalle parti, le controversie in tema di lavori pubblici.

Non può, anzitutto, non notarsi la natura episodica dell’intervento normativo che, inserendosi in un provvedimento di conversione di un decreto legge riguardante materie varie, verrebbe ad incidere su una legge che, tuttora, l’ordinamento ritiene legge quadro della materia e viene, altresì, a modificare l’organica disciplina di un istituto, disciplina che era nata per le anzidette ragioni di pubblico interesse.

Né si dica che il decreto legge ha riguardo, altresì, al *“completamento delle grandi opere strategiche”*, dal momento che la disciplina contenuta nell’emendamento ha, invece, valenza generale, per ogni tipo di lavoro pubblico.

Questa disciplina sostanzialmente darebbe luogo, nel nostro ordinamento, alla coesistenza, nella medesima materia, di due distinti e contraddittori modelli di arbitrato di cui il secondo (per varie ragioni: ambientali, culturali, di condizione e sviluppo attuale della nostra Pubblica Amministrazione) è da prevedere che, verosimilmente, sarà recessivo.

In proposito non può non richiamarsi quanto anche la Camera Arbitrale presso questa Autorità ha osservato nella seduta del 23 febbraio u. s., evidenziando, in particolare, che, con la modifica proposta, verrebbero a coesistere nell’ordinamento:

- un arbitrato rimesso totalmente alla disponibilità delle parti, sia quanto al regime procedurale, sia quanto alla determinazione degli onorari e delle spese arbitrali;
- l’altro in via residuale - avente carattere rituale ed amministrato dalla Camera Arbitrale - contraddistinto da un regime procedurale più rigido anche per quanto riguarda la determinazione dei compensi (v. il DM 2 dicembre 2000, n. 398).

Tale doppia disciplina, oltre ad introdurre due regimi contrastanti, è in sé contraddittoria poiché o la materia, per la rilevanza pubblica degli interessi coinvolti, è tale da giustificare ed imporre un sistema amministrato, ed allora non è concepibile una deroga per volontà privata; o, viceversa, si ritie-

ne che le parti siano libere di amministrarlo come previsto dalle norme di diritto comune, ed allora non si giustifica più la permanenza di una struttura pubblica la cui unica utile funzione, quella di nominare il terzo arbitro in caso di disaccordo, è espletabile ed è già espletata per gli altri arbitrati dal Presidente del Tribunale, senza costi aggiuntivi per le parti.

Ma questa ultima ipotesi si porrebbe, però, in palese contrasto sia con l'ultra secolare tradizione legislativa italiana (che in 144 anni ha sempre riservato alla mano pubblica l'intervento nella nomina dei collegi arbitrali, nonché una forma di vigilanza sullo svolgimento del procedimento), sia, ancor più, con la svolta impressa in tal senso dalla legge quadro che, con la Merloni *ter* (legge n. 415/98), ha istituito la Camera Arbitrale proprio per un maggior rigore nel controllo di questo tipo di arbitrato anche a fini di moralizzazione del settore.

Si creerebbe, inoltre, una disuguaglianza nell'ambito della medesima materia per la fortuita circostanza che le parti concordino o no sulla nomina del terzo arbitro, poiché da ciò dipenderebbe il sistema procedimentale (libero od amministrato).

Si porrebbero, comunque, gravi oneri per le finanze delle stazioni appaltanti, il più delle volte soccombenti in giudizio, a causa delle maggiori spese derivanti dall'espletamento dell'arbitrato non amministrato.

Tali pregnanti considerazioni, espresse dalla Camera Arbitrale, questa Autorità non può non far proprie e rimetterle, unitamente alle altre osservazioni esposte all'inizio, alle valutazioni del Governo e del Parlamento, certa che ad esse si vorrà dare soddisfacente risposta in un equilibrato assetto degli interessi che vengono in rilievo.

Volume II

DETERMINAZIONI

Determinazione n. 1/2004

Ordinanze sindacali contingibili ed urgenti per motivi di sicurezza pubblica

(14 gennaio 2004)

Considerato in fatto

Sono pervenute all'Autorità alcune segnalazioni relative ad affidamenti di lavori pubblici in deroga alla disciplina normativa e regolamentare di settore, mediante l'adozione da parte del sindaco di ordinanze contingibili ed urgenti per motivi di sicurezza pubblica, ai sensi del D. Lgs. 18 agosto 2000 n. 267.

Ritenuto in diritto

La problematica relativa alle ordinanze contingibili ed urgenti è stata già esaminata da questa Autorità nelle determinazioni nn. 20 del 30 luglio 2002 e 21 del 5 aprile 2000.

Nella prima è stato affermato che simili provvedimenti *“possono derogare alle ordinarie disposizioni vigenti in tema di lavori pubblici, ma, proprio perché conseguono ad una situazione eccezionale, tale deroga non può permanere sine die, ma deve essere necessariamente limitata nel tempo e circoscritta alla persistenza della menzionata situazione”* e che *“le ordinanze adottate per l'attuazione degli interventi di emergenza, al verificarsi di eventi di calamità naturali, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare (...)”*.

Nella seconda, invece, è stato precisato che *“le ordinanze di un Commissario di Governo per la protezione civile, adottate sulla base di una potestà di ordinanza che consente di derogare alle norme vigenti, non possono discostarsi dai principi generali e debbono inoltre contenere specifica motivazione e indicazione delle norme a cui derogano (...)”*.

Quanto sopra in conformità alle disposizioni normative di cui alla legge n. 225/1992 che, all'art. 5, comma 2, stabilisce che le ordinanze in questione devono essere adottate *“nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico”*.

Con particolare riferimento all'esercizio di un siffatto potere da parte del Sindaco, occorre individuarne i limiti e le modalità di estrinsecazione.

Al riguardo, deve in primo luogo rilevarsi che il quadro normativo di riferimento è principalmente costituito dal D.Lgs. 18/08/2000 n. 267 (T.U.E.L.) che all'art. 50 (competenze del sindaco e della provincia), comma 5, stabilisce che *“(...) in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale (...)”*, mentre all'art. 54 (attribuzioni del sindaco nei servizi di competenza statale), dispone che *“il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali del-*

l'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini; per l'esecuzione dei relativi ordini può richiedere al prefetto, ove occorra, l'assistenza della forza pubblica".

Dal combinato disposto delle due norme sopra richiamate, emerge che l'esercizio del potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti attribuito al sindaco, trova il presupposto nella necessità di provvedere con immediatezza in ordine a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile, cui non si potrebbe far fronte mediante ricorso agli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento (Cons. Stato, 4 febbraio 1998, n. 125).

Simili provvedimenti, appartengono, pertanto, alla categoria delle ordinanze *extra ordinem* c.d. 'di necessità', la cui adozione è giustificata e legittimata dal verificarsi di una situazione sopravvenuta, che presenti il carattere dell'eccezionalità - come un evento naturale straordinario (terremoto, inondazione, incendio, epidemia, ecc.) - per cui si impone di provvedere con l'urgenza, incompatibile con i tempi connaturali alla rigorosa osservanza della normativa in materia (Cons. Stato, 23 gennaio 1991, n. 63; Cons. Stato, 11 aprile 1990, n. 369; Cons. Stato, 21 dicembre 1984, n. 960).

I presupposti per l'adozione dei provvedimenti *de quibus* possono essenzialmente essere individuati nell'urgenza (indifferibilità dell'atto dovuta alla situazione di pericolo inevitabile che minaccia gli interessi pubblici), nella contingibilità (intesa come straordinarietà, accidentalità ed imprevedibilità), nella temporaneità (che attiene agli effetti del provvedimento in relazione alla cessazione dello stato di necessità).

Al riguardo, si evidenzia che la dottrina qualifica le ordinanze di cui si tratta come provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto alla regola della tipicità; quella di ordinanza è pertanto la potestà di creare provvedimenti atipici al di fuori della previsione normativa e necessariamente derogatori, sebbene non contraddistinti da un'assoluta libertà di scelta.

Esistono, infatti, dei *limiti* che dottrina e giurisprudenza, ma anche la stessa normativa (come sopra illustrato) sostanzialmente individuano nei principi generali dell'ordinamento, i quali non possono assolutamente essere messi in discussione. In altre parole, stante il principio generale di gerarchia delle fonti, le ordinanze non possono derogare alla costituzione ed alle norme imperative primarie, ma possono interagire con quelle dispositive o supplementive, proprio in base ai principi generali che in rapporto a queste consentono maggiori possibilità di intervento.

Altri limiti, sono stati ravvisati dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale nei canoni della ragionevolezza, della proporzionalità tra il provvedimento e la realtà circostante, dell'obbligo di motivazione e dell'eventuale pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non sia a contenuto individuale, infine nell'indicazione di un preciso termine finale, non essendo configurabili effetti di durata indefinita, in quanto un'efficacia *sine*

die contrasterebbe con il carattere eccezionale e temporaneo del provvedimento.

Osserva, infatti, la Corte Costituzionale che il potere di deroga alla normativa primaria conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza ha carattere eccezionale ed esige la sussistenza di un nesso di congruità e proporzione tra la qualità e la natura dell'evento calamitoso e le misure concretamente adottate per fronteggiarlo. Il suddetto nesso di strumentalità è dunque principio materiale al cui rispetto deve comunque piegarsi il potere di ordinanza e soltanto la sua sussistenza può giustificare la deroga di atti normativi primari quali le leggi fondamentali in materia di urbanistica, edificabilità dei suoli, lavori pubblici ed espropriazione. Tali leggi, inoltre, non possono essere derogate nella loro interezza, ma occorre indicare le parti la cui efficacia è sospesa per il tempo necessario ad affrontare l'emergenza (Sent. 14 aprile 1995 n. 127).

Pertanto, le ordinanze che consentono la deroga ad interi corpi normativi, devono ritenersi illegittime (Cons. Stato, 3 febbraio 1998 n. 197).

Da quanto sopra deriva che i limiti al potere derogatorio delle ordinanze contingibili ed urgenti, vanno individuati essenzialmente nei principi generali dell'ordinamento, nei canoni della ragionevolezza, della proporzionalità tra il provvedimento e la realtà circostante, dell'obbligo di motivazione, dell'indicazione del termine finale, dell'indicazione delle specifiche disposizioni derogate.

I suddetti canoni di ragionevolezza inducono a ritenere che tra le norme della legge quadro sui lavori pubblici, possono essere derogate solo quelle attinenti alla scelta del contraente ed all'assegnazione del relativo contratto, e non quelle riguardanti il controllo e la vigilanza sull'esecuzione dei lavori, mancando il nesso di strumentalità tra esigenza di tempestivo intervento e procedimento di controllo secondo la normativa vigente.

Le considerazioni che precedono assumono rilievo anche in ordine alla disciplina degli affidamenti di lavori nei casi di urgenza, prevista nella legge quadro e nel relativo regolamento di attuazione.

Al riguardo, infatti, deve osservarsi che la materia degli affidamenti diretti per motivi di urgenza, in deroga alle normali procedimenti d'evidenza pubblica, è regolata dalle seguenti disposizioni normative:

- art. 24 della legge quadro - trattativa privata;
- art. 146 del DPR 554/99 - lavori d'urgenza, condotti in economia dalla S.A.;
- art. 147 del DPR 554/99 - provvedimenti in casi di somma urgenza.

Diversi sono, pertanto, gli strumenti che il legislatore mette a disposizione delle Amministrazioni per fronteggiare situazioni di urgenza, legate a pericoli imminenti, tali da non consentire l'indugio degli incanti.

L'ordinanza contingibile ed urgente, emanata dal sindaco ai sensi del D.Lgs. n. 267/00, potrebbe, quindi, rappresentare un presupposto per i successivi affidamenti a trattativa privata o in economia nell'alveo delle procedure dettate dall'art. 24 della Merloni e dall'art. 146 del Regolamento.

Al riguardo, tuttavia, deve osservarsi che il potere derogatorio delle ordinanze in esame, incontra i limiti sopra delineati, potendo quindi, essere esercitato anche nei confronti di specifiche disposizioni della normativa sui lavori pubblici.

Conseguentemente, pur essendo previste, nella suddetta normativa, apposite procedure per l'affidamento dei lavori per motivi di urgenza, più snelle rispetto ai normali procedimenti d'evidenza pubblica, si ritiene che anche nei confronti delle stesse possa operare il potere derogatorio *de quo*, purché le relative norme siano espressamente indicate nell'ordinanza.

Resta fermo, tuttavia, che le procedure d'urgenza di cui alla legge quadro ed al relativo regolamento, possono comunque trovare applicazione qualora l'Amministrazione ritenga di poter far fronte alla situazione di eccezionalità mediante ricorso alle stesse e purché ricorrano i presupposti normativamente previsti per le medesime.

Infine, occorre evidenziare in ossequio al principio della separazione fra politica ed amministrazione, che ha trovato piena attuazione nel D.Lgs. n. 267/00 (TUEL), mentre compete al sindaco l'emanazione dell'ordinanza contingibile ed urgente, saranno i singoli dirigenti, *ratione materiae*, a darvi attuazione mediante adozione dei provvedimenti di propria competenza.

Ai sensi dell'art. 107 del TUEL, infatti, le competenze dei dirigenti vengono estese a tutti gli atti di gestione e a quelli di carattere amministrativo, uniformandosi al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è ad essi attribuita mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali nonché l'adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi.

Dalle considerazioni svolte segue che:

- l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti da parte del sindaco, contenenti deroghe alla normativa sui lavori pubblici, incontra dei limiti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, dei canoni di ragionevolezza e di proporzionalità tra il provvedimento e la situazione oggettiva considerata, dell'obbligo di motivazione, dell'indicazione del termine finale e delle specifiche disposizioni derogate;
- il potere derogatorio delle ordinanze contingibili ed urgenti, non può essere esercitato nei confronti delle norme riguardanti il controllo e la vigilanza sull'esecuzione degli stessi, mancando il nesso di strumentalità tra esigenza di tempestivo intervento e procedimento di controllo secondo la normativa vigente.

Determinazione n. 10/2004

Integrazione alla determinazione del 21 aprile 2004 n. 6 riguardante indicazioni operative in ordine alla verifica triennale delle attestazioni di qualificazioni (25 maggio 2004)

Considerato in fatto

Sono pervenute dalle associazioni delle S.O.A. e da alcune S.O.A. richieste di chiarimenti in ordine alla determinazione del 21 aprile 2004, n. 6 contenente indicazioni in materia di documentazione mediante la quale le imprese, al fine di ottenere la verifica triennale della loro attestazione, dimostrano l'esistenza dei requisiti di ordine generale nonché in materia di modalità di verifica, da parte delle S.O.A. (*società organismi di attestazione*), delle autodichiarazioni rese dalle imprese e di criteri cui devono attenersi le S.O.A. nella loro attività di verifica dell'esistenza della capacità strutturale delle imprese.

Premesso che detta determinazione n. 6/2004 ha chiarito che il termine di 60 (sessanta) giorni, stabilito dall'articolo 15 *bis* del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m., entro il quale le imprese devono richiedere la effettuazione della verifica triennale non è perentorio e che, pertanto, la richiesta può essere effettuata anche dopo la scadenza dello stesso, è stato chiesto di quanto possa essere anticipata la richiesta di verifica triennale rispetto al termine dei 60 (sessanta) giorni con possibile utilizzazione di bilanci e dichiarazioni dei redditi relativi ad annualità diverse da quelle indicate nella determinazione 6/2004.

E' stato richiesto, inoltre, di conoscere l'avviso dell'Autorità su quali devono essere i parametri di riferimento per la verifica relativa al costo del personale e dell'ammortamento nel caso una impresa intende integrare l'attestazione in suo possesso con nuove categorie e/o aumentare quelle esistenti, successivamente o contestualmente alla verifica triennale.

E' stato inoltre richiesto se l'obbligo di acquisire il *documento unico di regolarità contributiva* (DURC) ed i *certificati del Casellario giudiziale* al fine di verificare le previste dichiarazioni sostitutive di atto notorio sussiste, oltre che nel caso di verifica triennale, anche nel caso di rilascio dell'attestazione.

L'Autorità si era poi riservata nella suddetta determinazione n. 6/2004 di fornire indicazioni in ordine alla configurazione dell'ipotesi del *costo del lavoro eccessivamente modesto* previsto dall'articolo 18, comma 5, del DPR n. 34/2000 e s.m. e a tal uopo aveva programmato di indire incontri con gli enti interessati.

Tali incontri si sono svolti in data 14 maggio 2004 con gli enti previdenziali, INPS, INAIL e CASSE EDILI, nonché con i sindacati di settore e con le associazioni imprenditoriali e in data 18 maggio 2004 con le associazioni delle S.O.A.. In tali incontri sono emersi alcuni problemi per i quali occorre dare indicazioni alla S.O.A.. Va precisato che in ordine al *costo del lavoro eccessivamente modesto* gli enti previdenziali i sindacati e le associazioni imprenditoriali si sono riservati da fornire le loro valutazioni in breve tempo.

Negli incontri è stato chiarito che il rilascio del *documento unico di regolarità contributiva* (DURC) è in fase di perfezionamento e che il sistema entrerà a regime fra un paio di mesi. Vi è, quindi, un periodo transitorio in cui il documento non è rilasciato tempestivamente. E' stato anche chiarito che esso documenta il possesso del requisito d'ordine generale di cui all'articolo 17, comma 1, lettera d), (*inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contribuzione sociale secondo la legislazione italiana o del paese di residenza*) del DPR n. 34/2000 e s.m. Gli enti previdenziali si sono, poi, riservati di verificare la possibilità che il DURC possa essere considerato sostitutivo dei modelli riepilogativi annuali attestanti l'importo dei versamenti effettuati negli ultimi cinque esercizi oppure di prevedere il rilascio di un documento speciale che attesti i suddetti versamenti.

E' anche emerso che l'attuazione parziale e transitoria dell'articolo 39 del decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale prevista dal decreto del Ministero della Giustizia dell'11 febbraio 2004 non è ancora a pieno regime e, quindi, i tempi di rilascio dei certificati non sono coerenti con quelli previsti per l'effettuazione della verifica triennale. Si pone anche in questo caso l'introduzione di una norma transitoria.

Considerato in diritto

Per quanto riguarda il primo quesito va rilevato che è necessario stabilire un limite alla possibilità di anticipare la verifica triennale rispetto al termine di scadenza della validità triennale dell'attestazione in quanto, altrimenti, si potrebbe verificare che il controllo venga effettuato sulla base di bilanci e dichiarazioni dei redditi relativi anche a due anni fiscali anticipati rispetto alla suddetta data di scadenza il che porterebbe a verifiche triennali non uniformi. D'altra parte una interpretazione logico sistematica delle norme del DPR n. 34/2000 e s.m. conduce ad affermare che la richiesta della verifica triennale non può essere antecedente a 90 giorni dalla data di scadenza della validità triennale. Detto termine è, infatti, quello previsto dall'articolo 15, comma 6, anche se con riferimento al tempo minimo che deve decorrere dalla data di rilascio dell'attestazione alla richiesta del suo rinnovo.

Per quanto riguarda il secondo quesito va osservato che l'Autorità, nel punto 7 della determinazione 8 febbraio 2001, n. 6 (*integrazione delle attestazioni già rilasciate, mediante l'inserimento in esse di qualificazioni in nuove categorie*) e

nel punto 6 del comunicato alle S.O.A. del 12 aprile 2001, n. 5 (*integrazioni delle attestazioni già rilasciate con modifica delle sole classifiche delle qualificazioni*), ha già espresso il proprio avviso in ordine alla possibilità di una integrazione del contratto originario avente ad oggetto la modifica dell'attestazione. In base a tali avvisi è da escludere che l'eventuale integrazione possa essere effettuata con riferimento ai parametri del costo dei dipendenti e degli ammortamenti affetti dalla tolleranza del 25%. Va anche ricordato che nel caso di integrazione dell'attestazione devono restare ferme le date del **rilascio prima attestazione**, di **scadenza verifica triennale** e di **scadenza finale**.

Per quanto riguarda il quesito relativo al certificato di regolarità contributiva e ai certificati del casellario giudiziale la risposta non può che essere positiva. Il Consiglio di Stato, Sezione VI, con sentenze del 2 marzo 2004, n. 991, del 2 marzo 2004, n.993 e del 30 marzo 2004, n. 2124, ha ritenuto che le S.O.A., pur essendo organismi di diritto privato, svolgono una funzione pubblicistica di certificazione che sfocia in una attestazione di natura vincolata con valore di atto pubblico, il che comporta che le S.O.A. hanno la qualità di soggetti ai quali, in base alla normativa vigente, è consentito l'accesso diretto ai documenti indicati e ciò sia per il rilascio dell'attestazione sia per la verifica triennale della stessa.

In ordine, poi, alle suddette verifiche (*regolarità contributiva e assenza di condanne di cui all'articolo 17, comma 1, lettere c) e d) del DPR n. 34/2000 e s.m)* – dato che si è constatato che i tempi di rilascio del DURC e del certificato del casellario giudiziale, nella fase di avvio dei due sistemi di certificazione, non sono coerenti con il termine di 30 giorni, stabilito dall'articolo 15-bis, comma 1, del DPR n. 34/2000 per effettuare la verifica triennale, e del termine di 90 (novanta) giorni, stabilito dall'articolo 15, comma 3, del DPR 34/2000 e s.m. per il rilascio dell'attestazione – occorre prevedere un regime transitorio che consenta contemporaneamente il rispetto del anzidetto termine e permetta la verifica del possesso degli indicati requisiti. Tale disciplina transitoria può essere rinvenuta nella possibilità di considerare effettuate positivamente, in via provvisoria, la verifica triennale o le verifiche previste per il rilascio dell'attestazione avendo acquisito le prescritte dichiarazioni sostitutive di atto notorio ed inoltrato la richiesta del rilascio del DURC e del certificato del casellario giudiziale. Nel caso che tali documenti, una volta rilasciati, non dimostrino il possesso dei prescritti requisiti le S.O.A. dovranno provvedere alla revoca della verifica triennale o del rilascio dell'attestazione, revoche che decorreranno rispettivamente dalla data della scadenza della validità triennale e dalla data di rilascio dell'attestazione.

Ciò premesso, ad integrazione delle indicazioni di cui alla determinazione del 21 aprile 2004, n. 6, si precisa:

- a) le imprese possono richiedere l'effettuazione della verifica triennale non oltre 90 (novanta) giorni antecedenti alla data di scadenza della validità triennale;

- b) resta confermato, anche in vigenza della modifica introdotta nel DPR 25 gennaio 2000, n. 34 dal DPR 10 marzo 2004, n. 93, che l'integrazione di una attestazione in corso di validità è effettuata con riferimento ai parametri del costo dei dipendenti e degli ammortamenti non affetti dalla tolleranza del 25% e con date di **rilascio prima attestazione**, di **scadenza verifica triennale** e di **scadenza finale** uguali a quelle previste dalla attestazione da integrare;
- c) si può considerare, **in via transitoria**, effettuate positivamente la verifica triennale o le verifiche previste per il rilascio dell'attestazione avendo acquisito le prescritte dichiarazioni sostitutive ed inoltrato la richiesta del rilascio del DURC e dei certificati del casellario giudiziale;
- d) nel caso che il DURC e i certificati del casellario giudiziale, una volta rilasciati, non dimostrino il possesso dei relativi requisiti le S.O.A. dovranno provvedere alla revoca della verifica triennale o del rilascio della attestazione, le quali avranno decorrenza rispettivamente dalla data della scadenza della validità triennale e dalla data di rilascio dell'attestazione;
- e) le S.O.A. a dimostrazione della effettuazione della richiesta del DURC e dei certificati del casellario giudiziale dovranno trasmettere, in allegato alla copia dell'attestazione rilasciata a seguito della effettuazione della verifica triennale o a seguito del rilascio dell'attestazione - come previsto dalla nota dell'Osservatorio del 27 ottobre 2003, prot. n. 56940/03/OSS - copie conformi all'originale delle suddette richieste.

Determinazione n. 11/2004

Atto di indirizzi integrativi sulla natura e sulla qualificazione dei consorzi stabili

(9 giugno 2004)

Considerato in fatto

Si è constatato - in occasione di alcune verifiche di attestazioni di qualificazioni, disposte dall'Autorità ai sensi dell'articolo 14, comma 3, del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m., nonché di specifiche richieste di chiarimenti pervenute da parte di alcune S.O.A. e da alcune stazioni appaltanti - la necessità di fornire ulteriori indicazioni, oltre a quelle già contenute nelle determinazioni dell'8 febbraio 2001, n. 6, del 16 ottobre 2002, n. 27, del 29 ottobre 2003, n. 18 e del 10 marzo 2004, n. 2 in ordine alla figura del *consorzio stabile*. In particolare, si è riscontrato una insufficiente conoscenza della natura giuridica di questo soggetto imprenditoriale in rapporto agli altri soggetti che, ai sensi della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e s.m., possono partecipare agli appalti ed alle concessioni di lavori pubblici.

Le richieste riguardano la possibilità o meno di costituire un *consorzio stabile* in forma di società cooperativa consortile, la possibilità o meno della partecipazione ad un *consorzio stabile* di un soggetto costituito, a sua volta, da un *consorzio stabile* e la possibilità o meno della costituzione di un *consorzio stabile* fra imprese di costruzioni e soggetti che possono essere affidatari di prestazioni di servizi tecnici.

Altro quesito riguarda la possibilità per il *consorzio stabile* che, in sede di gara abbia indicato una propria consociata come esecutrice dei lavori affidati, di eseguire in proprio, in corso di contratto, in parte o per intero i suddetti lavori.

Nell'attività di controllo è anche emerso che - nel caso di adesione di una impresa ad un *consorzio stabile* in un tempo successivo al rilascio della sua attestazione di qualificazione - non sempre questa attestazione risulta modificata con la indicazione di tale adesione. Inoltre è emerso che nel caso di rilascio di una attestazione di qualificazione ad un *consorzio stabile* non sempre le attestazioni di qualificazione delle imprese appartenenti al consorzio riportano tale appartenenza. E ciò in violazione di una precisa norma regolamentare (*articolo 97, comma 3, del DPR n. 554/1999*).

Considerato in diritto

Va in primo luogo osservato che la normativa vigente (*articolo 10, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.*) prevede che possono partecipare a-

gli appalti due tipi di soggetti: soggetti che ai fini della partecipazione utilizzano la qualificazione da essi stessi posseduta [articolo 10, comma 1, lettere a), b) e c) della legge 109/94 e cioè: imprese individuali, società commerciali, cooperative, imprese artigiane, consorzi di cooperative (legge 25 giugno 1999, n. 422 e s.m.), consorzi di imprese artigiane (legge 8 agosto 1985, n. 443 e s. m.) e consorzi stabili (articolo 10, comma 1, lettera c) e articolo 12, della legge 109/94 e s. m.)] e soggetti che, ai fini della partecipazione, utilizzano le qualificazioni possedute dai loro associati o consorziati (articolo 10, comma 1, lettere d), e) ed e-bis) della legge 109/94 e s.m. e cioè: associazioni temporanee di imprese, consorzi costituiti ai sensi degli articoli 2602 del codice civile e seguenti e gruppi europei di interesse economico). Sul piano generale si può, quindi, considerare che, da una parte, ci sono tipologie di soggetti imprenditoriali che hanno soggettività giuridica in sé considerata e, quindi, tali da poter essere essi stessi in possesso dei requisiti di qualificazione, dall'altro esistono moduli organizzativi attraverso i quali più imprese si presentano collegate, coordinate, raggruppate tra loro senza che il raggruppamento assuma una soggettività giuridica propria e, pertanto, essere esso stesso in possesso dei requisiti di qualificazione.

A chiarimento delle disposizioni indicate è opportuno precisare che l'associazione temporanea di imprese fu introdotta nella legislazione italiana con la legge 8 agosto 1977, n. 584, con la quale furono recepite nell'ordinamento italiano le direttive comunitarie 304 e 305 del 1971. L'introduzione fu poi confermata dal D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 e dalla legge n. 109/94 e s. m. Essa ha lo scopo di consentire l'aggregazione di più imprese in forma *occasionale, temporanea* ed in relazione ad una *determinata gara* e, quindi, per stipulare un *determinato contratto*, senza alcuna caratteristica di stabilità, nessuna organizzazione comune o struttura di impresa, proprio perché la vita dell'associazione non va oltre il tempo di quella determinata gara e di quel determinato contratto. L'integrazione delle risorse tecniche e finanziarie può essere di tipo *orizzontale*, quando l'opera da eseguire è omogenea, o di tipo *verticale*, quando l'opera da eseguire richiede varie specializzazioni.

Come, poi, è stato sottolineato in giurisprudenza, l'associazione temporanea di imprese non costituisce una particolare figura giuridica a sé stante, né porta alla costituzione di un nuovo ente (mancando di regola qualunque organizzazione o associazione comune), ma si basa essenzialmente sul conferimento a una delle imprese (denominata capogruppo) da parte delle altre di un mandato collettivo speciale, valevole specificatamente per l'opera da compiere, nonché della rappresentanza di fronte alla stazione appaltante (Cons. St., Sez. V, 16 aprile 1987, n. 246).

Va, poi, sottolineato che – oltre ai *consorzi cooperativi* ed ai *consorzi artigiani* che fanno parte dei soggetti singoli con idoneità e personalità giuridica individuale – il vigente ordinamento prevede la possibilità di partecipare alle gare di appalto e concessioni di lavori pubblici di altri due tipi di *consorzi*. Il primo – appartenente ai soggetti singoli o con idoneità individuale – definito dalla legge *consorzio stabile* (articolo 10, comma 1, lettera c) e articolo 12, della

legge 109/94 e s. m.) ed il secondo – appartenente ai soggetti plurimi o con idoneità plurisoggettiva – definito dalla legge *consorzio di concorrenti* costituito ai sensi degli articoli 2602 del codice civile e seguenti e al quale si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 della legge 109/94 (*associazione temporanea di imprese*) e che per la sua assimilazione alla *associazione temporanea* nonché per distinguerlo dal primo tipo è definibile *consorzio occasionale*.

E va precisato che il consorzio occasionale è una figura già prevista delle leggi antecedenti la legge 109/94 e s.m. Fu, infatti, introdotto dalla legge 17 febbraio 1987, n. 80 (contenente norme straordinarie per l'accelerazione dell'esecuzione delle opere pubbliche) con la specificazione, anche allora, che ad esso si applicavano le disposizioni previste per le associazioni temporanee di imprese. Da tenere presente, tuttavia, che la rappresentanza dell'aggregazione nei confronti della stazione appaltante è diversa nei consorzi occasionali rispetto alle associazioni temporanee tipiche: nel caso dell'associazione temporanea d'impresa, essa spetta a quella specificamente designata quale mandataria del raggruppamento, mentre nel caso del consorzio la rappresentanza spetta agli organi consortili cui è statutariamente attribuita.

Va inoltre precisato che la disposta assimilazione comporta che i *consorzi occasionali* non possono avere una propria qualificazione e, quindi, partecipano alle gare utilizzando le qualificazioni dei propri consorziati (*Tar Bologna, Sez. 1, 13 febbraio 2003, n. 97*). Un siffatto consorzio non può, pertanto, partecipare ad una gara per conto solo di alcuni dei consorziati, essendo tale possibilità espressamente prevista (*articolo 13, comma 4, della legge 109/94 e s.m.*) soltanto per i *consorzi di cooperative*, per i *consorzi artigiani* e per i *consorzi stabili*.

Va anche rilevato che è possibile costituire un *consorzio occasionale* per partecipare a più gare indette in tempi diversi ma la partecipazione deve avvenire sempre per *tutte* le imprese consorziate e sulla base della qualificazione possedute da queste. Ove vogliano partecipare ad una gara solo alcune delle imprese consorziate queste devono vincolarsi, al pari di una *associazione temporanea di imprese*, attraverso un mandato collettivo, speciale con rappresentanza, irrevocabile come stabiliscono le norme [(*articolo 13, commi 5 e 5 bis, della legge n. 109/94 e s.m.*) (*Tar Emilia-Romagna, Sez. 1, 13 febbraio 2003, n. 902 e Cons. St. Sez. V, 20 gennaio 2004, n. 156*)].

In secondo luogo va precisato che al contrario del *consorzio occasionale*, il *consorzio stabile* è una figura nuova. La legge 109/94 e s.m. (*articolo 10, comma 1, lettera c) e articolo 12*) prevede, infatti, la possibilità di costituire tra imprese individuali, anche artigiane, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro *consorzi* che definisce *stabili*. Con tale disposizione è stata previsto che tutte le imprese di costruzione, e non più soltanto le cooperative di produzione e lavoro e le imprese artigiane, hanno la facoltà di realizzare strutture *stabili*, dotate di propria soggettività giuridica ed autonoma qualificazione ed abilitate alla partecipazione alle gare per

l'aggiudicazione dei lavori pubblici ed all'esecuzione degli stessi. Va osservato, poi, che l'elenco tassativo dei soggetti che possono costituire i *consorzi stabili* comporta che non possono far parte di questi né i consorzi di cooperative, né i consorzi di imprese artigiane e né altri *consorzi stabili*. Tutti e tre questi tipi di consorzi possono, invece, partecipare ad *associazioni temporanee d'imprese* e a *consorzi occasionali*.

Con l'intervenuta riforma, è stata, quindi, accresciuta la possibilità di concentrazione delle imprese di costruzione, che possono creare aggregazioni comuni durature con soggettività giuridica propria, con funzione di cooperazione ed assistenza reciproca nell'affidamento e nell'esecuzione di lavori pubblici, operando come un'unica impresa che può, a sua volta, concorrere alla costituzione d'ulteriori aggregazioni consortili o associazioni temporanee di tipo *orizzontale* e *verticale*; ed è stata superata la finalità tradizionale tipica dei consorzi, che risiedeva nel perseguimento di una limitata utilità strumentale rispetto a fasi della produzione.

Al fine di esaminare la natura e le caratteristiche di questa nuova figura va ricordato che con il contratto di consorzio, ai sensi del codice civile, più imprenditori, esercenti la medesima attività o attività economiche connesse, costituiscono un'organizzazione comune per il coordinamento della produzione e degli scambi. L'organizzazione comune può avere rilevanza esclusivamente all'interno del consorzio; può risultare anche dotata di un ufficio destinato ad operare all'esterno dell'organizzazione, dando vita alla categoria del cosiddetto *consorzio con attività esterna*, dotato di un proprio fondo consortile, che costituisce patrimonio autonomo destinato alla realizzazione dello scopo istituzionale del consorzio medesimo.

Ed è al modulo organizzativo proprio del consorzio con attività esterna che si è riferito il legislatore nel configurare la categoria dei *consorzi stabili* che sono quelli:

- a) formati da almeno tre consorziati che ... abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa (*articolo 12, comma 1, della legge n. 109/1994 e s.m.*);
- b) formati da consorziati tutti in possesso di attestazione di qualificazione (*articolo 12, comma 8-ter, della legge n. 109/94 e s.m.*)
- c) costituiti, anche in forma di società consortile ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprese individuali anche artigiane, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro ... (*articolo 10, comma 1, lettera a), della legge n. 109/1994 e s.m.*);
- d) dotati di alcuni specifici requisiti (*articolo 12, comma 1, legge n. 109/1994 e s.m.*).

Gli elementi salienti del *consorzio stabile* sono dunque:

- a) la forma giuridica del consorzio;
- b) la struttura imprenditoriale del consorzio;
- c) la natura imprenditoriale dei consorziati;

- d) il numero minimo dei consorziati;
- e) il possesso da parte dei consorziati della attestazione di qualificazione;
- f) la durata minima del consorzio;
- g) lo scopo dei consorziati e, di conseguenza, l'oggetto del consorzio;
- h) i requisiti prescritti per il consorzio.

Fermo restando, poi, che i consorziati debbono avere lo *status* di imprenditori in possesso di attestazione di qualificazione, il *consorzio stabile* può essere costituito tra imprese di un unico tipo, oppure tra imprese appartenenti a tipi diversi. Questa seconda ipotesi si verificherà se al *consorzio stabile* parteciperanno:

- a) almeno un'impresa individuale e almeno altri due soggetti imprenditoriali di qualunque altro tipo tra quelli previsti;
- b) almeno un'impresa artigiana e almeno altri due soggetti imprenditoriali di qualunque altro tipo tra quelli previsti;
- c) almeno una società commerciale e almeno altri due soggetti imprenditoriali di qualunque altro tipo tra quelli previsti;
- d) almeno una società cooperativa di produzione e lavoro e almeno altri due soggetti imprenditoriali di qualunque altro tipo tra quelli previsti.

Potranno inoltre aversi *consorzi stabili* tra sole imprese cooperative oppure tra sole imprese artigiane, dal momento che niente impone a queste imprese di avvalersi esclusivamente dei consorzi – rispettivamente: cooperativi o artigiani – specificamente previsti per loro.

Condizione necessaria per la costituzione del *consorzio stabile* è inoltre che i rispettivi organi deliberativi» di tutti i consorziati (*con la ovvia eccezione delle imprese individuali*) abbiano assunto la decisione di procedere alla sua costituzione (*articolo 12, comma 1, della legge n. 109/1994 e s.m.*). Ai *consorzi stabili* si applica la disciplina civilistica dei consorzi con attività esterna sulla cui falsariga, come già sottolineato, sono stati ipotizzati.

Sebbene, quindi, la disposizione che li prevede (*articolo 12 della legge n. 109/1994 e s.m.*) non faccia espressa menzione della forma giuridica che essi debbano adottare, questo elemento emerge con sufficiente chiarezza dal rinvio che essa opera (*articolo 12, comma 4, della legge 109/94 e s.m.*) «**al capo II del titolo X del quinto del codice civile**», e, quindi, ai *consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi (articoli da 2602 a 2620 del codice civile)*.

Un primo punto fermo, dunque, è che le imprese intenzionate a costituire un *consorzio stabile* debbono attenersi a questa disposizione, senza poter *spaziare* tra altre figure associative pure contemplate dall'ordinamento. Non potrebbero, ad esempio, costituire una società lucrativa né una cooperativa né un consorzio privo di uno o più degli elementi necessari ad essere definito *stabile* ai sensi della normativa sui lavori pubblici. L'unica *variante* consentita ai promotori di un *consorzio stabile* è quella di dare ad esso un assetto societario, a norma dell'articolo 2615-ter del codice civile. È infatti ammesso

che lo scopo consortile (*art. 2602 c.c.*) possa essere assunto *come oggetto sociale* dalle società lucrative di cui ai capi III e seguenti del titolo V dello stesso codice: in nome collettivo, in accomandita semplice, per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata

Con riferimento a tale ultima disposizione va, poi, osservato che in linea generale – se non può escludersi che l’inserimento della causa consortile in una certa struttura societaria possa comportare una implicita deroga ad alcune disposizioni altrimenti applicabili a quel particolare tipo di società, allorché l’applicazione di quelle disposizioni sin rivelasse incompatibile con aspetti essenziali del fenomeno consortile – non si può certo ammettere che vengano stravolti i connotati fondamentali del tipo societario prescelto, al punto da renderlo non più riconoscibile rispetto al corrispondente modello legale. E tra questi connotati fondamentali – per quel che riguarda la società a responsabilità limitata – è compresa incontestabilmente la regola (*art. 2472 c.c.*) per la quale è unicamente la società a rispondere col proprio patrimonio delle obbligazioni sociali. E’ questa, dunque, la disposizione che si applica ai consorzi costituiti in forma di società a responsabilità limitata e non la diversa disciplina dettata per i consorzi in genere (*Cassazione Civile, Sentenza. Del 27 novembre 2003, n. 18113*). Tale principio, non vi è dubbio debba valere anche nel caso dei *consorzi stabili* di cui alla legge n. 109/94 e s.m. qualora siano costituiti in forma di società consortile a responsabilità limitata.

A differenza degli indicati ordinari consorzi per il coordinamento della produzione e gli scambi di diritto civile, che possono dotarsi anch’essi di un’organizzazione più o meno complessa a seconda della finalità per cui sono stati costituiti, ma che possono operare con la sola struttura aziendale delle imprese consorziate, i *consorzi stabili* devono, invece, dotarsi di un’autonoma struttura d’impresa attraverso cui essere in grado d’eseguire direttamente i lavori affidati senza necessariamente doversi avvalere delle strutture aziendali delle imprese associate. La comune e stabile struttura d’impresa costituisce, pertanto, elemento indispensabile per l’esistenza del *consorzio stabile*; essa identifica l’azienda consortile attraverso la quale il consorzio, in quanto impresa di imprese, può eseguire direttamente i lavori. E spetterà ai consorziati scegliere se, al fine di dotare il consorzio delle risorse necessarie al suo funzionamento, convenga loro procurarsi all’esterno forza lavoro, attrezzature e *know how*, oppure conferire allo stesso in tutto o in parte ciò di cui già dispongono le imprese di essi consorziati. La scelta sarà dettata dalla dimensione imprenditoriale che i consorziati intendono attribuire al consorzio ma, affinché questo risponda alle caratteristiche prescritte dalla legge, dovrà essere dotato della necessaria strumentazione.

La concreta operatività del *consorzio stabile* nell’ambito dei lavori pubblici e, in particolare, la sua partecipazione alle procedure di affidamento di tali lavori, è tuttavia subordinata all’ottenimento della attestazione di qualificazione da parte di un soggetto a ciò abilitato (S.O.A.), condizione prescritta per tutti i soggetti *esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici* (*articolo 8, comma*

1, della legge n. 109/1994 e s. m). Il *consorzio stabile*, in particolare, è qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita, con riferimento ad una determinata categoria di opera generale o specializzata per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica d'importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una delle imprese consorziate già possieda tale qualificazione, oppure che tra le imprese consorziate ve ne sia almeno una con qualificazione per classifica VII ed almeno due con classifica V o superiore, oppure che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione e per la fruizione dei meccanismi premiali inerenti al possesso della *qualità* aziendale, è sufficiente che i relativi requisiti siano posseduti da una delle imprese consorziate. Nel caso la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle previste classifiche, la qualificazione del consorzio è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che la somma si collochi rispettivamente al di sotto, oppure al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche.

Per le gare d'appalto d'importo superiore a 40 miliardi di vecchie lire, (pari a € 20.658.276), per le quali l'offerente, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, deve avere realizzato, nel quinquennio antecedente la data del bando, una cifra d'affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a tre volte l'importo a base di gara, è previsto un incremento premiante per i consorzi: la somma delle cifre d'affari in lavori realizzati da ciascun'impresa consorziata, nel quinquennio indicato è incrementata figurativamente di una percentuale della somma stessa; tale percentuale è pari al 20% per il primo anno, al 15% per il secondo anno, al 10% per il terzo anno fino al compimento del quinquennio. Va precisato che per i *consorzi stabili*, per i *consorzi di imprese cooperative* e per i *consorzi di imprese artigiane*, nonostante la loro autonoma soggettività giuridica, possono cumularsi, come nelle *associazioni temporanee di imprese*, i requisiti tecnici, economici e finanziari delle varie imprese che ne fanno parte, ma non anche quelli d'idoneità morale, che debbono essere posseduti da tutte le imprese consorziate (*Cons. St. Sez. V, 30 gennaio 2002, n. 507*).

Anche per i *consorzi stabili* vale il disposto (*articolo 13, comma 4, della legge n. 109/1994 e s.m.*) secondo cui gli stessi sono tenuti ad indicare, in sede d'offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; ed a tali consorziati è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi forma, alla medesima gara. Il che lascia intendere che, diversamente, il divieto di partecipazione alla medesima gara non sussiste per i consorziati per conto dei quali il consorzio non ha dichiarato di voler partecipare. E' da segnalare, tuttavia, che è vietata (*articolo 12, comma 5 della legge n. 109/1994 e s.m.*), la partecipazione contemporanea alla medesima gara del *consorzio stabile* e dei soggetti consorziati; ed è prevista, in caso di inosservanza del divieto, la configurazione dell'ipotesi di cui all'art. 353 del codice penale. Il contrasto tra le due norme

può essere risolto tenendo conto della successione temporale delle disposizioni e ritenendo, pertanto, intervenuta l'abrogazione implicita del divieto di partecipazione congiunta per i consorziati non indicati come interessati all'esecuzione dei lavori; divieto formulato nella prima versione della legge-quadro per la considerazione, poi superata nella successiva evoluzione legislativa, che il consorzio stabile dovesse costituire mezzo unico ed esclusivo d'aggregazione delle imprese per partecipare congiuntamente e stabilmente alle gare d'appalto di lavori pubblici.

La norma indicata non può, però, essere intesa nel senso che i *consorzi stabili* in questione debbono necessariamente indicare, in sede di offerta, per quali consorziati concorrono, in quanto questi consorzi possono partecipare alla gara al fine di eseguire in proprio i lavori; deve essere invece intesa nel senso che è facoltà dei consorzi citati ad indicare per quali consorziati concorrono, ove non intendano eseguire direttamente i lavori; in tal caso solo ai soggetti indicati è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma alla medesima gara; per converso i consorziati non indicati dal consorzio partecipante alla gara come esecutori dei lavori potranno partecipare alla gara individualmente o nelle maniere consentite dalle norme (*articolo 12, comma 5, terzo periodo della legge n.109/1994 e s.m.*) (*Tar Puglia, Lecce, 26 giugno 2003, n. 4476*).

Va comunque tenuto presente che la possibilità di una partecipazione congiunta alla stessa gara del *consorzio stabile* e dei consorziati non indicati come direttamente interessati all'esecuzione del lavoro, secondo l'orientamento giurisprudenziale relativo alle ipotesi di collegamento sostanziale oltre che alle ipotesi di controllo societario, resta preclusa nel caso in cui nel consiglio direttivo del consorzio partecipino amministratori o rappresentanti legali dell'impresa consorziata che ha fatto domanda di partecipazione autonoma alla stessa gara (*Cons. St. Sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 949*). Sui vari possibili casi di partecipazione congiunta di consorzi ed imprese consorziate e su altre questioni interpretative l'Autorità si è già espressa nella determinazione del 29 ottobre 2003 n. 18 concernente "*problematiche relative ai consorzi stabili*". La possibilità, pertanto, d'una partecipazione congiunta alla medesima gara del consorzio e dell'impresa consorziate è condizionata da una strutturazione flessibile dell'organo deliberante del consorzio in funzione dell'imprescindibile esigenza di salvaguardare comunque la segretezza delle offerte.

Dal momento, poi, che il *consorzio stabile* implica la costituzione di un'autonoma struttura consortile, è il consorzio come tale - inteso, cioè, come soggetto giuridico distinto dalle imprese consorziate di cui coordina l'attività imprenditoriale - il titolare, formale e sostanziale, del rapporto con la stazione appaltante. Il *consorzio stabile* è, infatti, dotato di un fondo proprio (*consortile*) con il quale risponde direttamente delle obbligazioni assunte nei confronti della stazione appaltante. Ed analogamente a quanto avviene per i consorzi tra cooperative ed imprese artigiane, nei consorzi stabili il rapporto intercorrente tra consorzio ed imprese consorziate può essere ricondotto al rapporto tra società commerciale e socio, così come l'i-

potesi di contemporanea partecipazione a gara di un consorzio e di una impresa associata deve essere assimilato all'ipotesi di partecipazione a gara di due società aventi lo stesso socio di maggioranza o di un imprenditore individuale che sia anche socio di maggioranza di una società commerciale partecipante; con la conseguenza che il divieto di contemporanea partecipazione, quale appare desumibile dalla legge n. 109/1994 e s.m., si riferisce alle ipotesi nelle quali l'impresa individuale assuma una propria rilevanza anche all'interno della formazione associativa, non anche quando lo strumento associativo abbia una sua completa autonomia, senza che vengano in alcun rilievo le imprese associate (*Tar Sicilia, Pal. 7 novembre 1997, n. 1707*).

Il vincolo in base al quale le imprese consorziate eseguono i lavori deriva dall'assegnazione fatta dal consorzio; assegnazione che non è un contratto di appalto e nemmeno un subappalto bensì un atto unilaterale ricettizio del consorzio medesimo. Il vincolo per l'impresa assegnataria deriva dallo stesso rapporto consortile in forza del quale i consorziati conferiscono alla struttura consortile l'incarico di stipulare contratti d'appalto per loro conto ed in nome del consorzio e di indicare, di volta in volta, a quale tra loro assegnare e far eseguire i lavori. Non vi è, pertanto, una duplicità di contratti di appalto (*un appalto della stazione appaltante al consorzio ed un subappalto del consorzio alle imprese consorziate*) ma un unico contratto che il consorzio stipula in nome proprio ma per conto delle imprese consorziate (*Tar Lombardia, 4 febbraio 1988, n. 71*). Queste considerazioni conducono ad affermare che gli atti mediante i quali i consorzi stabili organizzano l'esecuzione mediante l'assegnazione ad uno o più dei consorziati non hanno rilevanza esterna. Riconosciuto tale assunto, non può non riconoscersi anche quello inverso, per il quale il consorzio può procedere, ad esempio in caso di inadempimento del consorziato, alla revoca dell'assegnazione originaria ed alla assegnazione ad un altro consorziato, che non abbia però partecipato autonomamente alla gara, oppure all'imputazione a se stesso dei lavori, senza che ciò comporti modificazione dell'offerta.

In merito al quesito relativo al rispetto della norma (*articolo 97, comma 3, del DPR n. 554/1999*) che prescrive che le attestazioni di qualificazioni delle imprese appartenenti ad un **consorzio stabile** devono riportare la segnalazione di tale fatto, va ricordato che nella delibera del 25 febbraio 2004, n. 35 - inerente le tariffe minime da applicarsi in casi di variazioni minime delle attestazioni di qualificazioni - l'Autorità è già intervenuto specificando che nel caso di adesione di una impresa ad un consorzio stabile l'attestazione di qualificazione di questa impresa deve essere modificata inserendo questa ulteriore informazione.

In base alle svolte considerazioni, ad integrazione e specificazione di quanto già espresso nelle determinazioni dell'8 febbraio 2001, n.6, del 16 ottobre 2002, n. 27, del 29 ottobre 2003, n. 18 e del 10 marzo 2004, n. 2 si è dell'avviso che i **consorzi stabili**:

- a) devono essere costituiti ai sensi del capo II, titolo X, del libro quinto del codice civile e, quindi, **non** sono da considerarsi **consorzi stabili** quelli

costituiti in forme diverse da quella dei *consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi di cui agli articoli da 2602 a 2620 del codice civile* quale ad esempio la società cooperativa consortile;

- b) possono essere costituiti anche nelle forme delle *società lucrative* di cui ai capi III e seguenti del titolo V del codice civile – e cioè delle società in nome collettivo, delle società in accomandita semplice, delle società per azioni, delle in accomandita per azioni e delle società a responsabilità limitata – *aventi, però, come oggetto sociale lo scopo consortile* (articolo 2615-ter del codice civile);
- c) devono essere costituiti con contratto in forma pubblica;
- d) devono prevedere nella loro denominazione sociale espressamente la locuzione *consorzio stabile*;
- e) devono riportare nel loro atto costitutivo o nel loro statuto l'indicazione che sono costituiti ai sensi delle disposizioni della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.
- f) devono avere una durata minima *non inferiore a cinque anni*;
- g) devono avere come scopo sociale *esclusivamente* quello di *operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici* e, pertanto, l'oggetto sociale non può prevedere l'estensione ad ulteriori attività, fermo restando che è può essere previsto lo svolgimento di qualunque operazione che sia, però, strumentale al conseguimento di quello che la legge prescrive come scopo istituzionale;
- h) devono essere costituiti da soggetti *tutti* in possesso di attestazione di qualificazione rilasciata da una S.O.A.;
- i) possono essere costituiti *esclusivamente* da imprese individuali, da imprese artigiane, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro e, quindi, *non* possono far parte del *consorzio stabile* né i consorzi di cooperative di produzione e lavoro, né i consorzi di imprese artigiane, né i consorzi stabili e né i soggetti abilitati, ai sensi dell'articolo 17, della legge 11 febbraio 1994 e successive modificazioni, a fornire servizi tecnici;
- j) devono essere stati costituiti dopo il 1 marzo 2000 (*data di entrata in vigore del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m.*) in quanto soltanto dopo tale data le imprese possono avere acquisito l'attestazione di qualificazione;
- k) possono eseguire in proprio, in corso di contratto, in parte o per intero, i lavori loro affidati ancorché in gara abbia indicato un consorziato o più consorziati come esecutori dei suddetti lavori;
- l) comportano – per le S.O.A. che hanno rilasciato l'attestazione di qualificazione dei suddetti consorzi stabili – l'obbligo di comunicare, entro sette giorni, il rilascio dell'attestazioni di qualificazioni alle S.O.A. che hanno emesso le attestazioni di qualificazioni delle imprese consorziate, al fine che queste provvedano a rilasciare – con il pagamento da parte dell'impresa consorziata della tariffa (cinque per cento di quella ottenuta prevedendo, nella formula di cui all'allegato E del DPR n. 34/2000, per il coefficiente C il valore di € 258.228 e per il coefficiente N il valore di uno) stabilita nella delibera n. 35/2004 – una attestazione di qualificazione che sia modificata rispetto a quella precedente con l'inserimento di tale partecipazione.

Determinazione n. 12/2004

Atto di indirizzo sulle modalità di dimostrazione del requisito di cui all'art. 8, comma 3, lettere a) e b) della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s. m. e all'art. 4 del DPR 21 gennaio 2000, n. 34 e s. m. (sistema di qualità aziendale ed elementi significative e correlati del sistema di qualità aziendale)
(1° luglio 2004)

Considerato in fatto

La legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. – come confermato dal Tar Lazio, Sezione III, con le sentenze del 12 maggio 2004, n. 4340, 4341 e 4342 e dal Consiglio di Stato, Sezione VI, con le sentenze del 2 marzo 2004, n. 991 e n. 993 e del 30 marzo 2004, n. 2124 – ha attribuito all'Autorità il ruolo di garante dell'efficienza e corretto funzionamento del mercato e, quindi, del sistema di qualificazione, il che comporta il compito di dare indicazioni operative in ordine all'attività di qualificazione ed in particolare anche per quanto riguarda il valore e la credibilità delle **certificazione del possesso del sistema di qualità aziendale** e delle **dichiarazioni della presenza di requisiti significativi e correlati del sistema di qualità aziendale** previste dall'articolo 8, comma 3, lettere a) e b) della legge n. 109/1994 e s.m. e dall'articolo 4 del DPR 21 gennaio 2000, n. 34 e s.m. quali fattori primari per il conseguimento degli obiettivi di qualità nelle costruzioni che l'ordinamento si prefigge.

L'Autorità in merito a tale aspetto della normativa con la determinazione del 14 maggio 2003, n. 11, ha espresso l'avviso che:

- a) la **certificazione del possesso del sistema di qualità aziendale** può essere rilasciata esclusivamente da un organismo accreditato dal **SINCERT** nel settore **EA 28**;
- b) la **certificazione** deve essere rilasciata in conformità alle prescrizioni di cui al documento **SINCERT RT-05** (*Rev. 05 del 13 maggio 2002 e successive*) con le modifiche di cui alla successiva lettera ...);
- c) la **dichiarazione della presenza di requisiti significative e correlati del sistema di qualità aziendale** può essere rilasciata esclusivamente da un organismo accreditato dal **SINCERT** nel settore **EA 28**;
- d) la **dichiarazione** deve essere rilasciata in conformità alle prescrizioni di cui al documento **SINCERT RT-08** (*Rev. 01 del 19 dicembre 2000 e successive*) con le modifiche di cui alla successiva lettera ...);
- e) la **certificazione** può essere rilasciata da un organismo accreditato nel settore **EA 28** da enti, diversi dal **SINCERT**, firmatari degli accordi **MLA EA**, purché esso dimostri di operare in conformità al suddetto documento **SINCERT RT-05**;
- f) la **dichiarazione** può essere rilasciata da un organismo accreditato nel settore **EA 28** da enti, diversi dal **SINCERT**, firmatari degli accordi

- MLA EA**, purché esso dimostri di operare in conformità al suddetto documento **SINCERT RT-08**;
- g) la conformità di cui alle lettere e) ed f) è assicurata dal **SINCERT** tramite *accordo/contratto* stipulato tra il **SINCERT** e l'organismo accreditato oppure dall'ente di accreditamento diverso dal **SINCERT**, o anche direttamente dal **SINCERT**, nel quadro di un *protocollo di intesa* fra **SINCERT** ed ente di accreditamento;
- h) l'*elenco* degli organismi accreditati che si siano impegnati a rilasciare la **dichiarazione** nel rispetto delle prescrizioni del suddetto documento **SINCERT RT-08** nonché gli *accordi/contratti* ed i *protocolli d'intesa* di cui alla precedente lettera sono comunicati dal **SINCERT** all'Autorità che li rende noti tramite l'Osservatorio dei lavori pubblici

Considerato in diritto

Le indicazioni contenute nella determinazione n. 11/2003 sono scaturite dalla necessità di prevedere una stretta correlazione tra il sistema di certificazione della qualità e il sistema di qualificazione delle imprese e dalla opportunità che la certificazione di qualità si riferisca il più possibile alle attività svolte dalle imprese certificate. Al fine di perseguire le suddette esigenze l'Autorità con la indicata determinazione ha fatto proprio le prescrizioni contenute, con riferimento alle imprese di costruzione ed installazione di impianti e servizi (settore EA 28), nei documenti **SINCERT (RT-05)** per la valutazione e la certificazione dei sistemi di gestione per la qualità e (**RT-08**) per l'accREDITAMENTO di organismi che operano per la valutazione degli elementi significativi e correlati di sistema di qualità.

Il riferimento nella determinazione 11/2003, da parte dell'Autorità, ai suddetti documenti, denominati **SINCERT RT 05** e **RT 08**, è intervenuto, inoltre, nella considerazione che gli schemi previsti dall'accordo di mutuo riconoscimento tra gli enti di accreditamento europei (*accordo MLA EA*) per l'accREDITAMENTO degli organismi abilitati al rilascio di documenti inerenti i sistemi di qualità, consentono indirizzi interpretativi e prescrizioni integrative che siano ritenuti, a giudizio delle competenti autorità nazionali, necessari ai fini previsti da specifiche norme del paese e ciò, sicuramente, può avvenire per l'accREDITAMENTO al rilascio della dichiarazione che è un documento di natura transitoria presente soltanto in Italia .

Il Ministero per le attività produttive, al quale questa Autorità ha richiesto un parere in merito alla questione relativa alle modalità di dimostrazione del requisito in questione nonché al contenuto della suddetta determinazione n. 11/2003, con nota del 15 dicembre 2003, ha ritenuto corretto quanto disposto dall'Autorità ed ha ritenuto che l'Autorità, al fine di garantire equilibrio tra il valore e la credibilità delle certificazioni e delle dichiarazioni, dovrebbe procedere ad una verifica periodica a campione delle modalità di rilascio delle **dichiarazioni** relative al possesso degli elementi del sistema di qualità. Il Ministero ha precisato che tale verifica può essere costitui-

ta, sulla base di un apposito accordo fra Autorità e SINCERT, anche da quella che il SINCERT svolge istituzionalmente. Inoltre ha espresso l'avviso che i suddetti documenti SINCERT RT-05 e RT-08 debbano essere fatti formalmente propri dall'Autorità.

Tutto ciò premesso, al fine di conseguire gli obiettivi di qualità nelle costruzioni che la legislazione italiana si prefigge, l'Autorità dispone:

- a) il recepimento del documento SINCERT RT-05 relativo alle *“prescrizioni per la valutazione e la certificazione dei sistemi di gestione per la qualità delle imprese di costruzione ed installazione di impianti e servizi (settore EA 28)”*;
- b) il recepimento del documento SINCERT RT-08 relativo alle *“prescrizioni per l'accreditamento di organismi che operano la valutazione degli elementi significativi e correlati di sistema di qualità delle imprese di costruzione ed installazione (settore EA 28)”* ai fini della dichiarazione prevista dall'art. 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m;
- c) la conferma delle indicazioni contenute nella determinazione 14 maggio 2003, n. 11 e, pertanto, la conferma del fatto che la **certificazione del sistema di qualità aziendale** deve essere rilasciata in conformità alle prescrizioni di cui al documento SINCERT RT-05 (*Rev. 05 del 13 maggio 2002 e successive*) e la **dichiarazione della presenza degli elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità aziendale** deve essere rilasciata in conformità alle prescrizioni di cui al documento SINCERT RT-08 (*Rev. 01 del 19 dicembre 2000 e successive*);
- d) la pubblicazione sul sito dell'Autorità, tramite l'Osservatorio dei lavori pubblici, dell'*elenco* degli organismi accreditati che si siano impegnati a rilasciare le **certificazioni del sistema di qualità aziendale** e le **dichiarazioni della presenza degli elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità aziendale** nel rispetto delle prescrizioni dei suddetti documenti SINCERT RT-05 e SINCERT RT-08 in virtù degli *accordi/contratti* e dei *protocolli d'intesa* previsti in premessa, che sono comunicati dal SINCERT all'Autorità;
- e) indica alle S.O.A. autorizzate che, nella considerazione che in Italia l'unico organismo abilitato all'accreditamento è il SINCERT, come anche sancito dal TAR Lazio, Sezione. II bis, sentenza n°3898 del 6.5.2004, le **certificazioni del sistema di qualità aziendale** e le **dichiarazioni della presenza degli elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità aziendale** da valutare ai fini della dimostrazione del requisito di cui all'art. 4, del DPR 34/2000, sono quelle rilasciate dagli organismi compresi nell'elenco di cui alla suddetta lett. d);
- f) l'obbligo per il SINCERT, nel caso si presentasse la necessità di apportare ai suddetti documenti RT-05 e RT-08 variazioni e integrazioni, di concordare tali modifiche con l'Autorità alla quale, al fine di definire concordemente ed in modo rapido tali variazioni, dovrà essere richiesto di far partecipare propri dipendenti ai gruppi di lavoro costituiti per lo studio delle modifiche.

Determinazione n. 13/2004

Chiarimenti in merito ai lavori di manutenzione ed ai contratti aperti

(28 luglio 2004)

Considerato in fatto

L'Associazione Nazionale Comuni d'Italia (ANCI) dell'Emilia e Romagna, con nota del 3 giugno 2004, ha chiesto a questa Autorità di esprimere il proprio avviso in ordine ad alcuni problemi che si presentano negli *appalti di manutenzione* e nei *contratti aperti* previsti dall'articolo 154 del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m. nonché in ordine alla possibilità di ricorrere per questi lavori all'*appalto integrato* di cui all'articolo 19, comma 1, lettera *b*) della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. ed all'articolo 140 del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m.

In particolare l'associazione ha rappresentato che per i lavori di manutenzione affidabili con *contratti aperti* è estremamente difficile prevedere l'organizzazione delle singole lavorazioni e di conseguenza valutare i rischi per la sicurezza e salute dei lavoratori e, pertanto, sussiste l'impossibilità di assolvere a gran parte delle prescrizioni previste dalle norme vigenti in materia di sicurezza.

Soluzione adeguata, secondo l'associazione, potrebbe essere quella di indicare nel relativo bando di gara un piano di sicurezza di massima basato sulla lettura dei dati storici delle lavorazioni effettuate in casi simili nel passato e ponendo a carico dell'appaltatore l'elaborazione di uno specifico piano operativo di sicurezza collegato ad ogni singolo ordine di lavoro.

Considerato in diritto

Le richieste di chiarimenti avanzate necessitano in primo luogo di chiarire cosa le norme intendono per *manutenzione*. La specificazione è contenuta nell'articolo 2, comma 2, lettera *l*), del DPR n. 554/1999 e s.m. Essa è definita come *la combinazione di tutte le azioni tecniche specialistiche e amministrative, incluse le azioni di supervisione, volte a mantenere o a riportare un'opera o un impianto nella condizione di svolgere la funzione prevista dal provvedimento di approvazione del progetto*. Da tale definizione si deduce che essa si riferisce sia alla manutenzione *ordinaria* sia a quella *straordinaria*. Va, inoltre, rilevato che la manutenzione può essere suddivisa in quella *programmabile* ed in quella di *pronto intervento*.

In secondo luogo va chiarito che il *contratto aperto* è definito dall'articolo 154, comma 2, del DPR 554/1999 e s.m. come il contratto che si riferisce ad

un determinato arco di tempo e che prevede, come oggetto, l'esecuzione di lavorazioni che sono singolarmente definite nel loro contenuto prestazionale ed esecutivo ma non nel loro numero. La quantità delle prestazioni da eseguire dipende dalle necessità che verranno in evidenza nell'arco di tempo previsto contrattualmente. Si tratta, quindi, di contratti che riguardano *esclusivamente* lavorazioni inerenti la manutenzione ordinaria o straordinaria definita di *pronto intervento*. Nel caso, infatti, che gli interventi siano individuabili sia nel contenuto prestazionale ed esecutivo, sia nel numero e sia nella localizzazione si tratta di normali appalti di esecuzione di lavori.

Va, inoltre, osservato che la normativa (*articolo 19, comma 1, lettera b), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.*) prevede la possibilità di impiegare l'*appalto integrato* per gli interventi di manutenzione, restauro e scavi archeologici qualsiasi siano i loro importi nonché per gli interventi di importo superiore a 200.000 euro e inferiore a 10 milioni di euro qualora, però, la componente impiantistica o tecnologica incida per più del 60% del valore dell'opera e per gli interventi di importo inferiore a € 200.000 e pari o superiore a 10 milioni di euro senza alcun limite sulla loro natura. Il comma 1-bis del suddetto articolo 19 dispone, poi, che la gara per l'*appalto integrato* deve avvenire sulla base di un progetto definitivo, mentre il comma 5-bis del medesimo articolo dispone che nel caso di lavori di manutenzione l'esecuzione dei lavori può prescindere dalla redazione del progetto esecutivo. Ciò significa che i lavori di manutenzione *ordinaria e straordinaria, programmabili* o di *pronto intervento*, possono essere eseguiti sulla base del progetto definitivo.

La suddetta disposizione (*art. 19, comma 5-bis, della legge 109/94 e s.m.*) conferma gli avvisi più volte espressi dall'Autorità (*determinazione del 31 gennaio 2001, n. 4*) in ordine alla derogabilità della disposizione relativa ai tre livelli progettuali (*preliminare, definitivo ed esecutivo*) ogni qual volta la differenza di definizione tecnica fra il progetto definitivo e quello esecutivo, nella sostanza, non sussiste. La disposizione, però, non può essere intesa nel senso che nel caso dei lavori di manutenzione non è mai obbligatorio redigere il progetto esecutivo. Qualora, infatti, si tratta di lavori di manutenzione straordinaria di un'opera, nella quale va compresa anche la ristrutturazione, il recupero o la trasformazione dell'opera, non si può prescindere dall'obbligo di redigere il progetto esecutivo in quanto sussiste certamente una differenza di livello di definizione tecnica fra il progetto definitivo e quello esecutivo.

In base a tale assetto normativo può concludersi che allorché si tratta di lavori di manutenzione – costituiti da lavorazioni definite nel contenuto prestazionale ed esecutivo, nel numero e nella localizzazione – può impiegarsi sia il *contratto di sola esecuzione*, da affidare sulla base di un progetto esecutivo, e sia il *contratto di progettazione esecutiva e di esecuzione (appalto integrato)*, da affidare sulla base di un progetto definitivo, mentre se si tratta di lavori di manutenzione – costituiti da lavorazioni definite nel loro contenuto prestazionale ed esecutivo ma non nel loro numero e nella loro localizzazione – può essere utilizzato sia il *contratto di sola esecuzione* e sia il *contratto*

aperto. Va osservato che in questo ultimo caso fra le due possibilità è sicuramente da preferire il *contratto aperto* in quanto più rispondente al fatto che si tratta in sostanza di *manutenzione di pronto intervento*.

Per quanto riguarda l'aspetto della sicurezza va considerato che esso si presenta differente nel caso dell'*appalto integrato* e nel caso dei *contratti aperti*. In entrambi i casi le norme obbligano all'osservanza delle disposizioni sulla sicurezza dei luoghi di lavori ed in particolare di quelle di cui al DPR del 3 luglio 2003, n. 222, sui contenuti minimi dei piani di sicurezza, secondo il quale, laddove non è prevista la redazione dei piani di sicurezza e di coordinamento ai sensi del D.Lgs. del 14 agosto 1996 n. 494 e s.m., le stazioni appaltanti sono comunque tenute ad effettuare una stima dei relativi costi per il cui calcolo, come suggerisce l'ente richiedente, si può fare riferimento agli interventi pregressi.

Le suddette disposizioni comportano che:

- a) nel caso dell'*appalto integrato* il progetto definitivo posto a base di gara deve contenere anche degli elaborati costituenti lo sviluppo del documento facente parte del progetto preliminare denominato *prime indicazioni e disposizioni per la stesura dei piani di sicurezza (articolo 18, comma 1, lettera f), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m.)*;
- b) nel caso del *contratto aperto*, invece – tenuto conto del fatto che le lavorazioni devono essere eseguite in luoghi non sempre preventivamente conosciuti e, pertanto, nella maggior parte dei casi è difficile prevedere l'organizzazione e lo svolgimento delle singole lavorazioni e la valutazione dei rischi per la sicurezza e salute dei lavoratori e, conseguentemente, la redazione di preventivi piani per la prevenzione degli stessi. – occorre che le specifiche tecniche delle singole lavorazioni previste contrattualmente contengano anche disposizioni inerenti l'aspetto della sicurezza sia per quanto riguarda le maestranze impegnate nell'esecuzione delle lavorazioni sia per quanto riguarda gli utenti delle opere su cui si interviene.

Nei bandi di gara vanno, poi, sempre indicati i costi dei piani di sicurezza che non sono soggetti a ribasso. Per quanto riguarda il *contratto aperto* va osservato che – dato che non è tecnicamente possibile, come prima rilevato, redigere dei piani di sicurezza ma soltanto prescrizioni operative finalizzate a garantire la sicurezza della maestranze e dell'utenza e, di conseguenza, non è possibile valutare i costi tramite la redazione di un computo metrico – occorre specificare quale è la parte del prezzo complessivo di ogni singola prestazione prevista contrattualmente – quasi sempre, valutato a corpo con riferimento a più lavorazioni fra loro collegate – che riguarda la sicurezza e che, come prima ricordato, non è soggetta a ribasso. Va poi osservato che la stazione appaltante deve, oltre ad imporre tali prescrizioni operative nel contratto, aver cura di verificare che, nel corso dei lavori, vengano adottate dall'appaltatore tutte le misure, volta per volta, comunque necessarie ad assicurare la salute e sicurezza dei lavoratori ed degli utenti delle opere interessate dai lavori di manutenzione.

In base alle suddette considerazioni si è dell'avviso che:

- a) nel caso di lavori di manutenzione – costituiti da un insieme di lavorazioni individuate nel loro contenuto tecnico e esecutivo nonché nel loro numero e nella loro localizzazione – è impiegabile il *contratto di sola esecuzione* oppure il *contratto di progettazione esecutiva ed esecuzione* denominato *appalto integrato*;
- b) nel caso di lavori di manutenzione – costituiti da un insieme di lavorazioni individuate nel loro contenuto tecnico ed esecutivo ma non nel loro numero e nella loro localizzazione – è impiegabile di norma il *contratto aperto*;
- c) l'affidamento dei *contratti di sola esecuzione* di lavori di manutenzione deve avvenire sulla base di un progetto esecutivo – comprendente anche il piano di sicurezza redatto nel rispetto delle disposizioni previste dal D.Lgs. 19 settembre 1994, n. 626 e s.m. nonché dal D.Lgs. 14 agosto 1996, n. 494 e s.m. dall'art. 31 comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. e dal DPR 3 luglio 2003, n. 222 e s.m., – e con l'indicazione nel bando di gara dei costi dei piani di sicurezza non soggetti a ribasso;
- d) l'affidamento dei *contratti di progettazione esecutiva ed esecuzione*, denominato *appalto integrato*, di lavori di manutenzione deve avvenire sulla base di un progetto definitivo e con l'indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso;
- e) il progetto definitivo posto a base di gara dell'*appalto integrato* di cui alla precedente lettera d) deve comprendere anche degli elaborati – costituenti lo sviluppo del documento facente parte del progetto preliminare denominato *prime indicazioni e disposizioni per la stesura dei piani di sicurezza (articolo 18, comma 1, lettera f), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m.)* – che devono essere predisposti nel rispetto delle disposizioni, per quanto impiegabili, previste dal D.Lgs. 19 settembre 1994, n. 626 e s.m. nonché dal D.Lgs. 19 agosto 1996, n. 494 e s.m. dall'art. 31 comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. e dal DPR 3 luglio 2003, n. 222 e s.m.;
- f) l'affidamento dei *contratti aperti* di lavori di manutenzione deve avvenire sulla base di un progetto definitivo – costituito essenzialmente dalla individuazione, per ognuno dei tipi delle lavorazioni previste nel contratto, del loro contenuto tecnico ed esecutivo e della specificazione degli apprestamenti da realizzare per garantire la sicurezza delle maestranze e degli utenti delle opere su cui si interviene – e con l'indicazione nel bando di gara del costo complessivo di ogni singola lavorazione e della quota parte di tale costo, non soggetto a ribasso, riguardante l'esecuzione dei suddetti apprestamenti.

Determinazione n. 14/2004

Integrazioni in ordine ai criteri che le S.O.A. debbono seguire al fine del rilascio della attestazione di qualificazione nella categoria specializzata OS18 (8 settembre 2004)

Considerato in fatto

La F.IN.CO. – Federazione Industrie Prodotti Impianti e Servizi per le costruzioni – ha inoltrato all’Autorità una segnalazione in merito al rilascio delle attestazioni di qualificazione nella categoria specializzata **OS18**. Ha segnalato che, nell’allegato A al DPR 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m., è specificato che la categoria specializzata **OS18** riguarda “ *la produzione in stabilimento ed il montaggio in opera di strutture in acciaio e di facciata continue costituite da telai metallici ed elementi modulari in vetro o altro materiale.*” Detta declaratoria, pertanto, contiene, a parere della F.IN.CO., al proprio interno un chiaro riferimento ad attività di produzione in stabilimento e montaggio in opera

La F.IN.CO., in considerazione della perspicua specificazione contenuta nella declaratoria di che trattasi ritiene necessario, ai fini del rilascio delle attestazioni di qualificazione nella categoria **OS18**, che:

- a) dai certificati di esecuzione presentati dall’impresa richiedente la qualificazione emerga chiaramente, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di cui all’articolo 18, comma 5, lettere *b)* e *c)* del DPR n. 34/2000 e s.m., che i componenti messi in opera siano stati prodotti dall’installatore in propri stabilimenti;
- b) le imprese richiedenti comprovino, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito di cui all’articolo 18, comma 8, del DPR n. 34 e s.m., l’effettiva disponibilità di uno stabilimento di produzione per un periodo di tempo almeno pari alla durata della validità dell’attestazione di qualificazione.

A seguito della suddetta segnalazione, il Servizio Ispettivo dell’Autorità, nell’ambito dei controlli *ex art.* 14 del DPR n. 34/2000, ha proceduto a richiedere alle S.O.A., con riferimento ad alcune imprese qualificate nella categoria specializzata **OS18**, la documentazione ritenuta da queste probatoria ai fini del riconoscimento della qualificazione nella categoria stessa e, in particolare, la documentazione con cui è stata comprovata l’effettiva disponibilità di uno stabilimento di produzione per un periodo di tempo almeno pari alla durata di validità dell’attestazione.

La documentazione inviata dalle S.O.A. è risultata, in alcuni casi, costituita da semplici autodichiarazioni del legale rappresentante dell’impresa senza alcun riferimento né alla localizzazione dello stabilimento né al titolo giu-

stificativo dell'effettiva disponibilità dello stabilimento da parte dell'impresa. Il Servizio Ispettivo, non ritenendo la documentazione inviata dalle S.O.A. sufficiente al fine del puntuale riscontro dell'effettiva produzione dei manufatti previsti dalla declaratoria, nonché dell'effettiva disponibilità dello stabilimento, ha proceduto a richiedere alle S.O.A. ed alle imprese interessate una memoria corredata dalla relativa documentazione sulle circostanze emerse dagli esiti istruttori.

La documentazione aggiuntiva prodotta dalle S.O.A. e dalle imprese ha superato i profili di contestazione in ordine alle modalità di accertamento dei requisiti, ma ha evidenziato la necessità, da parte degli operatori del settore e delle relative associazioni di categoria, di un incontro volto ad approfondire le questioni prospettate ed, in particolare, una corretta lettura del dato normativo di riferimento.

L'esigenza di approfondire la tematica in ordine alla qualificazione nella categoria specializzata **OS 18** è scaturita anche dalle pertinenti osservazioni formulate nelle memorie presentate dalle imprese a seguito della richiesta di chiarimenti del Servizio Ispettivo.

E' stato precisato, infatti, che non può essere ritenuta ostativa al rilascio della attestazione nella categoria OS18 la circostanza che lo stabilimento sia ubicato all'interno del cantiere allestito per una determinata commessa posto che l'attività delle imprese di costruzione è caratterizzata dal fatto che la produzione viene realizzata attraverso molteplici cantieri allestiti per singole opere e, come tali, temporanei ed, inoltre, hanno evidenziato che richiedere la disponibilità di uno stabilimento per tutta la durata di validità dell'attestazione vorrebbe dire, in pratica, la richiesta di ulteriore requisito di ordine speciale occorrente per la qualificazione nella categoria specializzata **OS18** oltre a quelli previsti dall'art 18 del DPR n. 34/2000 e s.m.

Anche in ordine al requisito di cui all'art 18, comma 5, lettere *b*) e *c*) del DPR n. 34/2000 e s.m. hanno precisato che i contratti d'appalto cui si riferiscono le prestazioni sono sorti anteriormente all'entrata in vigore dello stesso DPR, ovvero in epoca in cui vigeva prima il DM 25 febbraio 1982, n. 770 e successivamente il DM 15 maggio 1998, n. 304. Sotto la disciplina di dette norme le lavorazioni oggi ricomprese nella categoria specializzata **OS18** venivano ricondotte rispettivamente nella categoria **17** e nella categoria **S18** per le quali non era prevista, ai fini della qualificazione, la disponibilità di uno stabilimento di produzione.

Al fine di approfondire la lettura del dato normativo di riferimento, sono state convocate in audizione anche le associazioni di categoria ANCE, AGI, ANCPL e F.IN.CO. In tale sede, l'AGI ha osservato che l'utilizzo di termini come " *produzione in stabilimento o propri stabilimenti*" sono lungi dal contenere qualsiasi riferimento al fatto che detto stabilimento debba collocarsi fuori dal cantiere.

In questo senso è da considerare come la stessa situazione occorra per la categoria specializzata **OS13** dove, sebbene la corrispondente declaratoria faccia riferimento al termine stabilimento, non si è mai dubitato che il cosiddetto campo travi che le imprese realizzano in cantiere valga ad integra-

re proprio tale elemento. Ha aggiunto l'AGI che, fermo restando quanto precede, in senso speculare ed opposto non può nemmeno ritenersi che chi abbia la disponibilità di uno stabilimento per la produzione dei componenti in questione fuori dal cantiere sia poi obbligato a mettere in opera in tutti i cantieri in corso tali componenti. Sarebbe infatti singolare che avendo, ad esempio, uno stabilimento in una città X si debba trasportare le componenti ivi prodotte in tutta Italia o nel resto del mondo. La F.IN.CO ha richiamato quanto indicato nell'atto di segnalazione ed, in particolare, la necessità che la qualificazione nella categoria specializzata **OS18** può essere attribuita qualora i componenti da mettere in opera siano stati prodotti *dall' installatore in propri stabilimenti*.

Considerato in diritto

La declaratoria di cui all' allegato A del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m. relativamente alla categoria specializzata **OS18** prevede *“lavorazioni costituite dalla produzione in stabilimento e dal montaggio in opera di strutture in acciaio e di facciate continue costituite da telai metallici ed elementi modulari in vetro o altro materiale.”* L'Autorità, con la determinazione del 12 ottobre 2000, n. 48, al punto 7, lettera e) dell'allegato alla determinazione, ha precisato che la qualificazione nelle categorie specializzate **OS13**, **OS18** e **OS32** può essere attribuita qualora i componenti da mettere in opera siano stati prodotti dall'installatore stesso in propri stabilimenti. Con il comunicato alle S.O.A. del 19 febbraio 2001, n. 1 al punto 11), l'Autorità ha, poi, chiarito che:..... *la qualificazione nelle categorie OS13, OS18, OS32 può essere attribuita solo qualora i componenti messi in opera siano stati prodotti dall'installatore in propri stabilimenti e non può essere attribuita quando l'impresa provveda al solo assemblaggio ed installazione con proprie maestranze e mezzi.*

L'elemento di novità introdotto dal legislatore nella declaratoria della categoria specializzata **OS18** di cui all'allegato A del DPR n. 34/2000 e s.m., rispetto alle declaratorie dei precedenti decreti ministeriali n. 770/82 e n. 304/98, è stato quello di introdurre la locuzione *produzione in stabilimento*. La novità, pertanto, è stata quella di riservare la qualificazione in detta categoria alle imprese che abbiano una effettiva capacità aziendale di produrre e mettere in opera gli elementi previsti dalla declaratoria della suddetta categoria **OS18**.

L'esigenza di riservare la qualificazione in detta categoria alle imprese caratterizzate da una peculiare capacità ed organizzazione aziendale è stata determinata dalla specificità tecnica degli elementi rientranti in detta categoria e nella esigenza di individuare in capo ad uno stesso soggetto la titolarità della produzione e della messa in opera in quanto il soggetto che ha ideato e definito tutti gli aspetti tecnici è, di conseguenza, in grado di assicurare la produzione in qualità nei propri stabilimenti.

La precedente normativa dell'Albo Nazionale dei Costruttori, infatti, non prevedeva per tale categoria la produzione in stabilimento e da ciò deriva la fondata osservazione che le imprese, nella prima fase di avvio del nuovo sistema di qualificazione di cui al DPR n. 34/2000 e s.m., hanno dimostrato i lavori eseguiti, anche sulla base di una produzione allestita in cantiere o sulla base di stabilimenti all'uopo affittati per la durata della commessa, ma deriva, altresì, l'infondata argomentazione che, ai sensi delle caratteristiche del nuovo sistema di qualificazione, è sufficiente, ai fini della qualificazione, la prova di aver effettuato tale lavorazione in uno stabilimento la cui disponibilità è limitata al momento del rilascio della attestazione di qualificazione.

La qualificazione nelle categorie specializzate individuate con l'acronimo **OS** è conseguita dimostrando capacità di eseguire in proprio l'attività delle lavorazioni che costituiscono parte del processo realizzativo di un'opera o di un intervento che necessitano di una particolare specializzazione e professionalità; la qualificazione nelle categorie specializzate presuppone, pertanto, effettiva capacità operativa ed organizzativa come, d'altra parte, è indicato nelle premesse dell'allegato A del DPR n. 34/2000 e s.m.

In tale contesto, dal combinato disposto della declaratoria dell'allegato A del DPR n. 34/2000 e s.m. e dell'articolo 18, comma 8, dello stesso DPR risulta che l'accertamento della sussistenza dell'adeguata attrezzatura tecnica per la qualificazione nella categoria **OS18** non può prescindere dalla verifica circa la disponibilità dello stabilimento di produzione.

L'accertamento sulla disponibilità dello stabilimento deve implicare necessariamente la disponibilità attuale e futura, posto che, solo attraverso l'accertamento della disponibilità dello stabilimento per l'intera durata dell'attestazione risulta comprovata la capacità dell'impresa ad eseguire la specifica prestazione richiesta oggi dal DPR 34/2000 e s.m. A parere di questa Autorità, le argomentazioni rappresentate dagli operatori del settore e dalle associazioni di categoria si basano essenzialmente sulle esigenze organizzative dell'attività produttiva delle imprese e, pertanto, non rilevano in ordine alla necessità dell'effettiva disponibilità di uno stabilimento di produzione per un periodo di tempo almeno pari alla durata di validità dell'attestazione di qualificazione. Il concetto di produzione in stabilimento e relativa posa in opera deve essere analizzato, infatti, ai fini della qualificazione nella corrispondente categoria non ad altri fini. Per l'attribuzione della qualificazione nella categoria specializzata **OS18** deve essere dimostrata la dotazione stabile di uno stabilimento di produzione con macchinari e maestranze idonee.

Questa dotazione implica una specifica capacità aziendale nel settore della categoria e, conseguentemente, la sicurezza che l'impresa ha una specifica organizzazione aziendale tesa alla produzione delle strutture previste nella suddetta categoria. Tale assunto non può, però, comportare che solo i prodotti di un certo stabilimento X debbano essere posti in opera in tutti i can-

tieri di pertinenza dell'impresa presenti in aree geografiche diverse da quella ove l'impresa ha in disponibilità uno stabilimento di produzione.

La necessaria provenienza di alcuni manufatti da individuati stabilimenti può discendere, invece, solo quando le norme tecniche ed amministrative di settore prevedano specifiche abilitazioni tecniche ed amministrative per la produzione e l'utilizzo di determinati componenti.

Da ciò discende l'infondata argomentazione della segnalazione della F.IN.CO. in ordine alla necessità che la qualificazione nella categoria **OS18** può essere attribuita qualora, in relazione al requisiti inerente i lavori eseguiti, i componenti da mettere in opera siano stati prodotti dall'installatore in propri stabilimenti.

La necessaria specifica organizzazione aziendale per sotto attività dell'azienda è contenuta ed è stata ribadita anche dalla determinazione dell'Autorità in tema di trasferimento di ramo d'azienda ove è stato previsto che la possibilità di distinguere in rami l'azienda, comunque, è condizionata da:

- a) esercizio di più attività imprenditoriali da parte dell'imprenditore mediante un'unica organizzazione di impresa (*risorse, persone, attrezzature*);
- b) un'articolazione dell'organizzazione in sotto-organizzazioni corrispondenti alle diverse attività, tale per cui ne esista una per ciascuna di queste.

È soltanto in presenza di entrambe queste circostanze che si può parlare di azienda suddivisa in rami e, di conseguenza, ipotizzare che l'imprenditore possa enuclearne uno per trasferirlo ad altri.

Oggetto del trasferimento di azienda o di un suo ramo saranno dunque alcuni beni materiali e altri immateriali, unitariamente considerati proprio perché tra loro funzionalmente organizzati: attrezzature (*edifici, macchinari*), know how (*brevetti, esperienza acquisita*), avviamento (*clientela*), rapporti giuridici (*crediti, debiti*).

La sotto-organizzazione oggetto del trasferimento del ramo d'azienda relativo alle lavorazioni nella categoria **OS18** ai fini della loro unitaria e funzionale organizzazione, deve ricomprendere necessariamente la disponibilità dello stabilimento che costituisce il mezzo d'opera indispensabile ai fini dell'esecuzione delle lavorazioni previste dalla relativa declaratoria. L'effettiva disponibilità dello stabilimento di produzione assolve, ai fini del riconoscimento della qualificazione nella categoria **OS18**, la ricorrenza del requisito di cui all'articolo 18, comma 8, del DPR n. 34/2000 e s.m. laddove prevede che l'adeguata attrezzatura tecnica consiste nella dotazione stabile di attrezzature, mezzi d'opera ed equipaggiamento tecnico, in proprietà o in locazione finanziaria o in noleggio.

L'art. 18, comma 8, ai fini della dimostrazione dell'attrezzatura tecnica prevede che il requisito possa essere provato non solo mediante l'effettiva proprietà in capo all'impresa della attrezzatura stessa, ma anche attraverso diverse modalità, tra cui i contratti di noleggio o di locazione finanziaria.

Ne discende, dunque, che lo stabilimento non dovrà essere necessariamente acquisito in proprietà, ma potrà essere acquisito, in maniera continuativa e stabile, anche ad altro titolo, purchè il contratto da cui la disponibilità trae origine sia trasferibile secondo quanto già espresso nelle determinazioni del 5 giugno 2002, n. 11 e del 26 febbraio 2003, n. 5.

Infatti è necessario, per le considerazioni sopra svolte relative alla cessione del ramo aziendale afferente la categoria **OS18**, che nell'ipotesi di cessione transiti in capo al cessionario oltre al know how e al personale specializzato nelle lavorazioni che ricadono nella categoria, anche lo stabilimento in cui si effettuano le lavorazioni stesse.

In base alle considerazioni svolte, ad integrazione di quanto già espresso nella determinazione del 12 ottobre 2000, n. 48, al punto 7, lettera e), dell'allegato alla determinazione in ordine al riconoscimento della qualificazione nella categoria **OS18**, si specifica che:

- 1) l'accertamento della sussistenza dell'adeguata attrezzatura tecnica, ai sensi del combinato disposto della declaratoria dell'allegato A del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m. e dell'articolo 18 comma 8, del medesimo DPR non può prescindere dalla verifica circa la disponibilità dello stabilimento di produzione dei manufatti e componenti da mettere in opera;
- 2) la disponibilità dello stabilimento di produzione deve essere attuale e futura, posto che solo attraverso l'accertamento della disponibilità dello stabilimento per l'intera durata dell'attestazione, è comprovata la capacità dell'impresa ad eseguire la specifica prestazione richiesta dalla declaratoria dell'allegato A) del suddetto DPR;
- 3) lo stabilimento - tenuto conto che l'art. 18, comma 8, del DPR n. 34/2000 e s.m., ai fini della dimostrazione dell'attrezzatura tecnica, prevede che il possesso del requisito possa essere provato non solo mediante l'effettiva proprietà in capo all'impresa della attrezzatura stessa, ma anche attraverso diverse modalità, tra cui i contratti di noleggio o di locazione finanziaria - non dovrà essere necessariamente acquisito in proprietà, ma potrà essere acquisito, in maniera continuativa e stabile anche ad altro titolo, purché il contratto da cui la disponibilità trae origine sia trasferibile secondo quanto già espresso nelle determinazioni del 5 giugno 2002, n. 11 e del 26 febbraio 2003, n. 5;
- 4) la qualificazione può essere attribuita anche nel caso che per i lavori eseguiti non siano stati impiegati esclusivamente componenti e manufatti prodotti nello stabilimento che ha dato luogo al rilascio dell'attestazione di qualificazione;
- 5) la condizione che la disponibilità dello stabilimento sia per tutta la durata della qualificazione comporta l'obbligo per l'impresa attestata di chiedere la modifica dell'attestazione, con la eliminazione della qualificazione nella categoria **OS18**, ove venga meno il titolo legittimante tale disponibilità;

- 6) il titolo inerente la disponibilità dello stabilimento e l'obbligo di cui al precedente punto 5 deve essere annotato nel registro della competente Camera di Commercio.

Determinazione n. 1/2005

Esclusione dalle gare nel caso di soggetti responsabili di avere reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei Lavori Pubblici (2 marzo 2005)

Premesso

Numerose stazioni appaltanti hanno chiesto a quest'Autorità di esprimere il proprio avviso sulla data di decorrenza dell'interdizione dalla partecipazione alle gare d'appalto e di concessione di lavori pubblici e dalla stipulazione dei relativi contratti, per coloro che hanno reso false dichiarazioni *sui requisiti e sulle condizioni necessarie alla partecipazione* alle stesse. Il riferimento è, in particolare, all'art. 75, comma 1, lett. h), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554, introdotto dall'art. 2 del DPR 30 agosto 2000, n. 412, in recepimento - con i necessari adattamenti alle peculiarità dell'ordinamento nazionale - dell'art. 24 della direttiva 93/37/CEE; attiene, pertanto, ai *requisiti soggettivi o generali* che vanno dichiarati dal concorrente al momento della partecipazione alle gare ed a quelli *oggettivi di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e alle altre condizioni* previste dal bando, necessari per l'aggiudicazione e la successiva stipulazione dei contratti. Analoga disposizione è contenuta nell'art. 17 del DPR 25 gennaio 2000, n. 34, e s. m. secondo cui (*relativa lett. m*) costituisce requisito generale occorrente ai fini della qualificazione delle imprese *l'inesistenza di false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento degli attestati di qualificazione*. L'Autorità, pur in mancanza, per tale ultima ipotesi, di specifica indicazione di un termine di interdizione, ha ritenuto, per analogia delle fattispecie, che lo stesso fosse pari ad un anno come previsto per i requisiti di partecipazione alle gare (*determinazione n. 16/23, del 5 dicembre 2001*).

L'intervento dell'Autorità trova giustificazione nel potere alla stessa attribuito di cosiddetta *regolazione interpretativa*, basato sul disposto di cui all'art. 4, comma 16, lett. g), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s. m., che le consente, tra l'altro, la formazione di *tipologie unitarie* da mettere a disposizione delle amministrazioni (*Cons. Stato Sez. IV, 5 aprile 2003, n. 203 e Sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6760*); lo stesso, inoltre, si ricollega all'evoluzione del concetto di *vigilanza*, inteso, oggi, non solo nella verifica del rispetto delle disposizioni formali dettate in materia, ma anche nella definizione sostanziale di regole, a contenuto prettamente interpretativo, che consentano di rendere omogenee le procedure di applicazione della normativa generale ed astratta da parte di tutti i soggetti interessati al mercato (*Cons. Stato Sez. V, 26 maggio 2003, n. 2852*); tanto che, ai sensi dell'art. 3, comma 3, del DPR n. 554/1999 e s. m. indicato, le delibere e gli atti dell'Autorità riguardanti

questioni di rilievo generale o comportanti la soluzione di questioni di massima sono pubblicate nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana.

Con l'occasione, sembra anche opportuno dare conto dell'evoluzione interpretativa dell'Autorità sugli ulteriori profili della fattispecie; e tanto anche al fine, programmato dal suo Consiglio, di riassumere in un aggiornato ed unico testo le soluzioni delle questioni portate al suo esame e da esso man mano risolte con specifici *atti di regolazione interpretativa*.

Ritenuto

Nell'indicata prospettiva, va premesso che, in base alla normativa vigente, a decorrere dal 1° gennaio 2000, i lavori pubblici possono essere eseguiti esclusivamente da soggetti qualificati ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 8 della legge n. 109/1994 e s. m., e non esclusi ai sensi del successivo comma 7 (*art. 8, comma 8, legge n. 109/1994 e s. m.*). Le imprese, quindi, per poter partecipare alle gare per l'affidamento di appalti o di concessioni di lavori pubblici, e stipulare i relativi contratti, devono essere adeguatamente qualificate e moralmente affidabili; vi è, cioè, la necessità del possesso da parte di esse di requisiti (oggettivi) di tipo *economico-finanziario e tecnico-organizzativo*, e di requisiti (soggettivi) di *affidabilità morale e professionale*. Quanto ai primi dei requisiti indicati, in base al nuovo sistema di qualificazione, previsto dall'indicato art. 8 della legge n. 109/1994 e s. m. ed attuato dal DPR 25 gennaio 2000, n. 34 e s. m., la relativa dimostrazione, in occasione delle singole gare, (*nulla dispone in proposito la direttiva comunitaria 37/93/CEE*) deve avvenire, per la maggior parte di esse, con la produzione di un'attestazione di qualificazione emessa da soggetti terzi (S.O.A.), i quali, ancorché siano organismi privati, svolgono una funzione pubblicistica di certificazione che sfocia in un'attestazione con valore di atto pubblico (*Cons. Stato Sez. VI, 14 maggio 2004, n. 2125*). Per cui, per le gare d'importo superiore a € 150.000, la produzione del documento – che ha natura fidejussoria – costituisce *unica condizione necessaria e sufficiente* per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di *capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici* (*art. 1, comma 3, detto DPR 34/2000 e s. m.*).

Per la maggior parte delle gare, quindi, i requisiti di idoneità oggettiva del partecipante sono considerati di tipo statico; una volta, cioè, accertati (*sulla base della pregressa attività*) e certificati in apposito documento, se ne presume l'esistenza e la permanenza per tutta la durata di validità (*cinque anni*) dell'attestazione di qualificazione, e non necessitano d'ulteriore verifica in occasione delle singole e specifiche gare. Per le gare, invece, d'importo pari o inferiore a € 150.000, le imprese, ove non abbiano l'attestazione di qualificazione o non intendano produrla, sono tenute a *dichiarare* di possedere i requisiti oggettivi occorrenti e sono tenute eventualmente a dimostrarli, se sorteggiate, nel procedimento cosiddetto di *verifica a campione*, di cui all'art. 10, comma 1 *quater*, della legge n. 109/1994 e s. m. e, *comunque, se provvisorie aggiudicatarie o seconde graduate*; analogamente, per gli appalti d'importo a base di gara superiore a € 20.658.276 (40.000.000.000 di vecchie lire), i concor-

renti, oltre a produrre il documento di qualificazione conseguita nella classifica VIII, devono dichiarare, e poi dimostrare con le modalità previste dallo stesso art. 10, comma 1 *quater*, della legge n. 109/1994 e s. m. in precedenza richiamato, di aver realizzato una cifra d'affari in lavori non inferiore a tre volte l'importo a base di gara (*art. 3, comma 6, del DPR n. 34/2000 e s.m.*).

La normativa sul nuovo sistema di qualificazione delle imprese, come attuato dal DPR n.34/2000 e s. m., prevede, inoltre, un complesso meccanismo di pubblicizzazione dei dati relativi a quelle qualificate, con l'istituzione presso l'Osservatorio dei lavori pubblici (*art. 4, comma 10, lettera c), della legge n. 109/1994 e s. m.*) di un *Casellario informatico* (*art. 27 del DPR n. 34/2000 e s. m.*) in cui vanno inseriti in via informatica, per ogni impresa qualificata, tra l'altro e per quanto rileva ai fini dell'esaminata fattispecie: *r) gli eventuali provvedimenti di esclusione dalle gare ai sensi dell'art. 8, comma 7, della legge (n. 109/1994 e s. m.) adottati dalle stazioni appaltanti; s) le eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, accertate in esito alla procedura di cui all'art. 10, comma 1 quater, della legge stessa.* Da tenere presente al riguardo che, ai sensi dell'indicato comma 7 dell'art. 8 della legge n. 109/1994 e s. m. e fino al 31 dicembre 1999, il Comitato Centrale del (vecchio) Albo Nazionale Costruttori continuava a disporre la sospensione *da tre a sei mesi* dalla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici nei casi previsti dall'art. 24, primo comma, della direttiva comunitaria 93/37/CEE, il quale, come già rilevato, elenca i requisiti soggettivi di affidabilità morale e professionale dei concorrenti e che, tra l'altro, consente alle stazioni appaltanti l'esclusione dell'imprenditore: *lett. g) che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste per la relativa partecipazione.* All'esclusione dalle gare, dal 1° gennaio 2000, devono provvedere direttamente le stazioni appaltanti sulla base, in via transitoria e per determinare la durata dell'interdizione, dei medesimi criteri valevoli per il Comitato centrale del vecchio Albo Nazionale Costruttori. Successivamente, tuttavia, dalla data di entrata in vigore del già richiamato DPR 30 agosto 2000, n. 412, *l'esclusione dalla partecipazione alle gare opera per l'anno precedente la data di pubblicazione del bando di gara;* avviene cioè automaticamente e senza possibilità di graduazione temporale della sanzione.

Diversamente da quelli economico-finanziari e tecnico-organizzativi (*oggettivi*), i requisiti di affidabilità morale e professionale (*soggettivi o generali*) del concorrente, oltre a dover esistere al momento del conseguimento dell'attestazione di qualificazione (*art. 17 del DPR n.34/2000 e s. m.*), devono, invece, permanere fino alla data della partecipazione alle gare e fino alla stipulazione dei relativi contratti (*art. 75, comma 1, DPR n. 554/1999 e s. m.*). Si tratta, in particolare, di requisiti dinamici - riguardanti la persona fisica dell'imprenditore o, per alcuni di essi (*lett. c) del detto art. 75*) nel caso trattasi di impresa collettiva, dei suoi amministratori o direttori tecnici - suscettibili d'evoluzione nel tempo e per i quali non è, quindi, ipotizzabile un meccanismo statico di accertamento come avviene per quelli di tipo ogget-

tivo. D'altra parte, tuttavia, pretendere una specifica comprova in tutte le fasi in cui si articola la procedura di gara e fino alla stipulazione del contratto, oltre ad un notevole ed inutile aggravio per i concorrenti, sarebbe stato in controtendenza rispetto alla normativa sulla documentazione amministrativa di cui al T.U. contenuto nel DPR n. 445/2000 e s. m. Di modo che, per esigenze di semplificazione e di speditezza procedimentale ed armonizzazione con la normativa sull'*autocertificazione*, ne è stata imposta (comma 2 dell'indicato art. 75 d. P. R. n. 554/1999 e s. m.) la *dichiarazione* (che vale, in base all'art. 77 bis del detto DPR 445/2000 e s. m. come introdotto dall'art. 15 del collegato alla finanziaria per il 2002, anche per i precedenti penali e per i carichi pendenti), con l'obbligo per le stazioni appaltanti di effettuare idonei controlli, anche a campione (art. 71 del DPR n. 445/2000 e s. m.) e con l'obbligo della verifica del relativo possesso prima dell'aggiudicazione definitiva.

Conclusivamente, pertanto, all'atto della partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di appalti o di concessioni di lavori pubblici, il concorrente deve: sempre, *dichiarare* di possedere i requisiti generali di affidabilità morale e professionale di cui all'art. 75 del più volte richiamato DPR n. 554/1999 e s. m.; *dichiarare* di possedere, per le gare di piccolo importo – ove non produca l'attestazione di qualificazione – quelli oggettivi di idoneità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e, per le gare di grande rilevanza economica, una cifra di affari non inferiore a tre volte l'importo a base di gara; e *dichiarare*, infine, tutte le altre circostanze le quali, per legge o per scelta discrezionale della stazione appaltante, siano rilevanti ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione dei contratti. Il mero riscontro della regolarità formale delle dichiarazioni indicate è, poi, sufficiente, all'apertura del plico contenente l'offerta, all'ammissione del concorrente alla procedura di gara, tranne il caso in cui, dallo stesso contenuto dell'atto, emerga una condizione preclusiva: mancanza ad es. di un requisito, o situazione di controllo tra imprese che ne preclude la congiunta partecipazione.

Quanto ai requisiti soggettivi ed alle altre condizioni occorrenti, la loro necessaria verifica trova giustificazione nella considerazione che l'aggiudicazione definitiva è subordinata all'accertamento per l'aggiudicatario del possesso di *tutti i requisiti richiesti e delle altre condizioni previste*; per cui le stazioni appaltanti devono effettuare tutti i controlli preordinati allo scopo (Cons. Stato Sez. V, 28 maggio 2004, n. 2370). E conseguentemente, applicando la normativa sulla semplificazione della documentazione amministrativa – che, avendo valenza generale, è applicabile anche alle procedure selettive per l'aggiudicazione di appalti pubblici (Cons. Stato Sez. V, 9 dicembre 2003, n. 6768) – le stazioni appaltanti devono, ai sensi dell'art. 71 del DPR n. 445/2000 e s. m., attivare il controllo con le modalità di cui al relativo art. 43 senza che ne derivi aggravio probatorio per i concorrenti: consultando, quindi, direttamente gli archivi delle amministrazioni certificanti o chiedendo alle stesse, anche utilizzando strumenti informatici o telematici, conferma scritta circa la rispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei registri posseduti; e con la preclusione di ri-

chiedere atti o certificati concernenti stati, qualità personali e fatti che risultino attestati in documenti già in loro possesso o che comunque esse sono tenute a certificare; dovendo acquisire d'ufficio le relative informazioni previa indicazione da parte dell'interessato, dell'amministrazione competente e degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni e dei dati richiesti. In nessun caso le stazioni appaltanti possono stipulare il contratto, se il responsabile del procedimento e l'impresa appaltatrice non abbiano concordemente dato atto, con verbale da entrambi sottoscritto, del permanere delle condizioni che consentono l'immediata esecuzione dei lavori (art. 71, comma 3, DPR n. 554/1999).

Nella finalità di meglio garantire la serietà e la veridicità delle dichiarazioni concernenti i requisiti soggettivi e le altre condizioni di partecipazione alle gare, si è anche ritenuto di far conseguire - in continuità con il già richiamato sistema di qualificazione basato sull'Albo Nazionale Costruttori - all'accertata falsità delle dichiarazioni medesime, ed in aggiunta alle altre, anche penali, previste sanzioni, l'ulteriore effetto interdittivo dalla partecipazione a tutte le successive gare d'appalto e di concessione per la durata di un anno; nel precedente sistema di qualificazione l'interdizione, come più volte rilevato, in caso di falsità delle dichiarazioni, poteva variare da tre a sei mesi. Nel recepire, quindi, nell'ordinamento interno, l'art. 24 della più volte richiamata direttiva 93/37/CEE, si è riprodotta e meglio definita, anche per armonizzarla alla normativa interna sul Casellario informatico, l'ipotesi (*di cui alla lettera g dell'art. 24 della suddetta direttiva*) dell'ulteriore requisito soggettivo, occorrente ai fini della partecipazione alle gare, dell'inesistenza di false dichiarazioni nel fornire informazioni alla stazione appaltante. Si è così stabilito, con la disposizione qui analizzata, che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti, tra gli altri, i soggetti che, *nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio*. Rispetto al precedente sistema di qualificazione ed alla normativa comunitaria, la disposizione in esame differisce, pertanto, per il fatto che l'interdizione dalle gare è obbligatoria ed è disposta da ciascuna delle stazioni appaltate interessate (*art. 8, comma 7, legge n. 109/1994 e s. m.*); si richiede, inoltre, che le false dichiarazioni siano *risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio*. La previsione interdittiva, pur traendo occasione da una disciplina dettata specificamente per i requisiti soggettivi, è formulata in maniera onnicomprensiva ed è formalmente estesa, per un'evidente esigenza sistematica, anche all'ipotesi della mancata comprova dei requisiti oggettivi, per la quale, peraltro, l'assimilazione degli effetti alla mancata dimostrazione di quelli soggettivi era già stata disposta con il rinvio fatto dall'art. 10, comma 1 *quater*, della legge n. 109/1994 e s. m., alle misure sanzionatorie previste dall'art. 8, comma 7, stessa legge, che ai requisiti soggettivi specificamente ineriva.

Considerato

Così ricostruita la genesi dell'esaminata fattispecie e definitone il contenuto prescrittivo, va dato atto che, nella concreta applicazione della norma, sono emerse difficoltà interpretative relative, innanzi tutto, all'individuazione dei *requisiti e delle condizioni rilevanti* per la partecipazione alle procedure di gara, la cui accertata falsa dichiarazione comporta il previsto effetto interdittivo: i requisiti cui si riferisce la norma sono soltanto quelli economico-finanziario e tecnico-organizzativi, la cui mancata comprova comporta, ai sensi dall'art. 10, comma 1 *quater*, della legge n. 109/1994 e s. m., l'esclusione dalla gara, l'incameramento della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza per i provvedimenti di cui all'art. 4, comma 7, della legge stessa e *per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'art. 8, comma 7*; oppure sono anche quelli generali di affidabilità morale e professionale del concorrente, quali individuati nelle lettere da *a*) ad *h*) del comma 1 dell'art. 75 del DPR n. 554/1999 e che occorre, in base al relativo comma 2, dichiarare di possedere ai sensi delle leggi vigenti?

Sul punto, tenendo conto del dato letterale, delle finalità perseguite e della ricostruzione sistematica della disposizione, quest'Autorità ha sempre ritenuto e ritiene tuttora che la norma vada interpretata nel suo significato più ampio e comprensivo: nel senso, cioè, che i requisiti dalla cui accertata falsa dichiarazione consegue l'effetto interdittivo, sono anche quelli generali di affidabilità morale e professionale del concorrente, sempre che del provvedimento di esclusione dalla (precedente) gara sia stato fatto inserimento nel Casellario informatico delle imprese ai sensi della lett. *r*) dell'art. 27 DPR n. 34/2000 e s. m.. D'altra parte, va anche dato atto che all'interpretazione dell'Autorità sembra si sia adeguata anche la giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali i quali avevano, in un primo momento, ritenuto di propendere per la tesi restrittiva, secondo cui la sanzione dell'interdizione per un anno dalle gare di appalto si produceva per la sola ipotesi della mancata comprova dei requisiti oggettivi di tipo economico-finanziario e tecnico-organizzativo (*Tar Lazio, Sez. III, n. 2996/2003*).

Di modo che, applicando il combinato disposto di cui ai richiamati art. 4, comma 7, e art. 10, comma 1 *quater*, della legge n. 109/1994 e s. m., le stazioni appaltanti devono segnalare all'Autorità tutti i concorrenti che, nel procedimento di verifica a campione, non abbiano fornito la prova del possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi o per i quali non sia stata confermata la veridicità delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta; e l'Autorità, a sua volta, ove non ravvisi l'esistenza di un *giustificato motivo*, oltre all'irrogazione di una sanzione pecuniaria fino a 100.000.000 di vecchie lire, dispone l'annotazione nel Casellario informatico ai sensi della lettera *s*), dell'art. 27 del DPR n. 34/2000 e s. m.

Vi è stata, inoltre, controversia in ordine all'individuazione del soggetto che deve, eventualmente, verificare la ricorrenza della circostanza esimente per le false dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi ed alle altre condizioni

rilevanti per la partecipazione alla gara, ed ove la falsità dell'autodichiarazione non sia stata accertata in occasione e con le modalità del procedimento di verifica a campione previsto per i requisiti oggettivi e nel qual caso è competente l'Autorità. Sul punto, la giurisprudenza prevalente dei tribunali amministrativi regionali ha ritenuto che l'Autorità, ove sia posta a conoscenza di atti riguardanti le imprese qualificate è tenuta – salvo il caso che consti *l'inesistenza, in punto di fatto, dei presupposti o comunque l'inconferenza* della notizia contenuta nei predetti atti – a procedere all'annotazione nel Casellario informatico dei relativi contenuti, considerato che detto Casellario è, *ex lege*, nel nuovo sistema unico e obbligatorio di qualificazione delle imprese, la fonte ufficiale cui le singole stazioni appaltanti possono e devono attingere le notizie necessarie per verificare se un'impresa sia in condizione o meno di poter legittimamente contrarre con la pubblica amministrazione in materia di opere e lavori pubblici. Costituisce, dunque – secondo l'indirizzo in esame – *dovere dell'Autorità*, per il tramite dell'Osservatorio dei lavori pubblici, procedere in applicazione delle norme dell'art. 4, comma 16, della legge n. 109/1994 e s. m. e 17 del DPR n. 34/2000 e s. m., alla *puntuale e tempestiva annotazione nel Casellario* di detti atti e notizie riguardanti le imprese qualificate, *così come pervenuti*, di modo che le stazioni appaltanti, che sono gli unici soggetti ai quali la legge ha affidato il potere di esclusione dalle gare, siano messe in grado, altrettanto tempestivamente, di operare le valutazioni di competenza, sia che esse consistano in un'attività vincolata come nel caso di esclusione di impresa che versi in stato decozionale (*art. 75, comma 1, lett. a), del DPR n. 554/1999 e s. m.*) sia che comportino una valutazione discrezionale, (*ad esempio nelle ipotesi previste dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 75 del DPR 554/1999, non avendo la relativa disposizione specificato quali singoli e individuati reati incidono sull'affidabilità morale e professionale*) (*Tar Lazio, Sez. III, 12 settembre 2003, n. 7600*).

Sulla base dell'indicato indirizzo giurisprudenziale sono, quindi, le stazioni appaltanti a dover *verificare l'esistenza di circostanze esimenti* e a provvedere alla segnalazione all'Autorità sia dei casi di relativa insussistenza e per i quali ricorrano, pertanto, tutte le condizioni per l'applicazione della sanzione dell'interdizione per un anno dalle gare, sia di quelli per i quali ha rilevato sussistenti le circostanze esimenti. Anche in tale prospettiva, resta, comunque, nei casi di insussistenza di cause esimenti, un margine d'intervento da parte dell'Autorità, la quale, sulla base delle stesse richiamate indicazioni giurisprudenziali, non è tenuta all'annotazione nel Casellario informatico se vi è manifesta *mancaza dei presupposti di fatto o inconferenza della segnalazione ricevuta*. Ed in relazione a tale eventuale intervento, ed al fine di poter essere messa in condizione di effettuare in maniera ottimale le valutazioni di competenza, l'Autorità ha ritenuto di predisporre due schemi di segnalazione (*allegato A se l'annotazione riguarda la fase di partecipazione alle gara e l'allegato B se l'annotazione riguarda la fase di esecuzione dei lavori*) e che potranno essere utilizzati, all'occorrenza dalle stazioni appaltanti.

Altra questione interpretativa – che, poi, concerne lo specifico quesito oggetto di esame – attiene, infine, alla individuazione della data di decorrenza dell'effetto sanzionatorio interdittivo.

Con riferimento all'identico problema interpretativo concernente l'ipotesi del rilascio e della verifica degli attestati di qualificazione S.O.A., l'Autorità, (*determinazione n. 6 del 21 aprile 2004*), ha implicitamente ritenuto che l'interdizione al rilascio o al rinnovo del documento di attestazione, derivante dalla già segnalata analoga disposizione di cui alla lettera m) del comma 1 dell'art. 17 del DPR n.34/2000 e s. m., decorre *dalla data di inserimento della notizia nel Casellario informatico delle imprese*.

Occorre, tuttavia, dare atto che a tale conclusione l'Autorità è pervenuta, sia per la specificità dell'attività delle S.O.A., sia, soprattutto, all'esito di una complicata ed a volte contraddittoria elaborazione interpretativa, progressivamente maturata per la soluzione della questione che da tempo più risalente si era posta con riferimento al disposto dell'art. 75, comma 1, lettera h), del DPR n. 554/1999 e s. m. qui esaminato; testo letteralmente anodino e per la cui interpretazione logico-sistematica l'Autorità ha dovuto tener conto, nella progressiva maturazione della migliore soluzione, degli inconvenienti e delle contraddizioni che la prassi operativa man mano evidenziava per ciascuna delle scelte adottate.

Sicché, in un primo momento (*determinazione n. 16/23, del 5 dicembre 2001*), l'Autorità riteneva che il termine dell'interdizione dalle gare prevista dall'esaminata fattispecie decorresse dalla *data di commissione del fatto* da parte del concorrente; data che, successivamente, veniva individuata in quella costituente termine ultimo per la presentazione dell'offerta come previsto nel bando di gara o in quella in cui si faceva *uso* della falsa dichiarazione, e cioè al momento in cui veniva accertata la non veridicità della dichiarazione resa (*determinazione n. 13, del 15 luglio 2003*). In tale ultima determinazione, al fine di fare in modo che si riducesse al minimo la distanza temporale tra la commissione del fatto e la sua pubblicizzazione sul Casellario informatico, si faceva anche presente che i responsabili del procedimento, dopo avere escluso i concorrenti per la mancata prova dei previsti requisiti, dovessero immediatamente provvedere ad informarne l'Autorità che, a sua volta, doveva subito procedere all'annotazione nel Casellario informatico.

L'indicata linea interpretativa si ritrova anche in una pronuncia di un tribunale amministrativo regionale (*Tar Toscana, 7 giugno 2004, n. 1880*), secondo la quale non poteva essere condiviso l'assunto che la data da cui computare il periodo annuale dell'esclusione dalle gare fosse quello in cui dell'illecito venga fatta annotazione nel Casellario informatico delle imprese (*come affermato dall'ordinanza Tar Piemonte, 20 marzo 2003, n. 356*) e che, invece, la decorrenza della sanzione non può che principiare dalla data in cui venga commesso l'illecito.

La prassi operativa ha evidenziato, tuttavia, che l'adottata soluzione interpretativa produce effetti distorsivi nel mercato degli appalti, perché l'interdizione non risulta ancorata ad una data obiettivamente determinata e facilmente accertabile dalle stazioni appaltanti, e soprattutto per il tempo intercorrente tra la commissione dell'illecito e l'inserimento della relativa notizia nel Casellario informatico; in molti casi, si è avuta la partecipazione alle gare di soggetti i quali avevano reso in precedenza dichiarazioni non veritiere e che, conseguentemente, ne dovevano essere esclusi, senza che le stazioni appaltanti avessero avuto la possibilità di verificarne l'idoneità, con grave imbarazzo delle stesse in merito alla sorte del contratto che, talvolta, risultava alle stesse aggiudicato.

L'intervallo temporale tra la data in cui veniva resa la falsa dichiarazione e quella in cui della stessa veniva data notizia nel Casellario informatico, nella maggior parte dei casi è stato di molti mesi o addirittura superiore ad un anno e tale, quindi, da vanificare la sanzione, o comunque da portare ad un notevole ridimensionamento della stessa. E tanto è avvenuto per il tempo occorrente alle stazioni appaltanti: 1) per individuare i soggetti di cui controllare le dichiarazioni; 2) per eseguire il controllo delle stesse con gli adempimenti di verifica stabiliti dall'art. 10, comma 1 *quater*, della legge n. 109/1994 e s. m. o previsti dall'art. 43 del DPR n. 445/2000 e s. m.; 3) per effettuare le segnalazioni all'Autorità, nonché per l'annotazione da parte della stessa del dato nel Casellario informatico.

Veniva in evidenza, inoltre, che risultati ancora più distorsivi si verificavano facendo retroagire l'effetto sanzionatorio, una volta inserito il dato nel Casellario informatico, alla data di commissione del fatto; e ciò in considerazione della necessità di farne conseguire l'invalidità di contratti nelle more aggiudicati o per i quali vi era già stata la consegna dei lavori. In sostanza, è stata riscontrata l'irrealizzabilità del principale presupposto necessario al buon funzionamento dell'adottata soluzione interpretativa, costituito dal non eccessivo sfasamento tra la data di commissione del fatto illecito e della sua pubblicizzazione nel Casellario informatico.

Dal che la ritenuta necessità da parte dell'Autorità - e come già in precedenza anticipato - di un ripensamento della questione, in ragione anche di una pronuncia del Consiglio di Stato nel frattempo intervenuta, la quale, sia pure in sede cautelare, è sembrata offrire una chiave di lettura della norma comportante una sua interpretazione sistematicamente più corretta, e comunque più rispondente alle comuni esigenze di certezza dei dati che è propria dell'intero sistema: il supremo Consesso di giustizia amministrativa nella pronuncia indicata testualmente rilevava che, quanto all'esigenza di garantire l'effettività della sanzione di esclusione da tutte le gare in caso di dichiarazioni mendaci sui requisiti di ammissione, deve osservarsi che il periodo di sospensione per effetto del provvedimento cautelare *non va in riduzione, in caso di esito negativo dell'impugnativa, del periodo di durata della misura sanzionatoria* (Cons. Stato. sez. VI, ordinanza n. 1448/04). Secondo il Consiglio di Stato, pertanto, l'interdizione per un anno dalle gare nel caso di false dichiarazioni deve essere in ogni caso effettiva; per cui i tempi del

processo, ove vi sia esito sfavorevole per l'interessato, non vanno in decurtazione del periodo indicato e non possono valere al ridimensionamento della sanzione. Lo stesso ragionamento può essere fatto per l'attività amministrativa occorrente ai fini dell'accertamento della falsità della dichiarazione resa ed alla annotazione della relativa notizia nel Casellario informatico; il tempo occorrente allo scopo di accertare l'avvenuta falsificazione della dichiarazione e di annotare detta notizia nel Casellario anzidetto non può ridurre la durata dell'interdizione e, quindi, va detratto dal relativo periodo di un anno.

Di modo che più aderente alle esigenze del sistema sembra la soluzione sottesa all'ordinanza del Tribunale amministrativo regionale del Piemonte (n. 356, del 20 marzo 2003), secondo cui la decorrenza della sanzione non può che coincidere con la data in cui la falsa dichiarazione venga accertata e resa pubblica dall'Autorità di vigilanza; ché, diversamente argomentando, l'efficacia concreta della stessa finirebbe con l'essere legata unicamente ad un elemento assolutamente accidentale, cioè la tempestività della comunicazione eseguita dall'amministrazione appaltante della falsa dichiarazione resa dall'impresa interessata, fino ad essere, nei casi estremi, del tutto obliterata. A ciò si aggiunge che tale soluzione interpretativa non pregiudica gli interessi delle imprese, che si riteneva inizialmente di dover salvaguardare, stante l'indifferenza per le stesse della decorrenza dell'anno di interdizione, che, come ritenuto dal Consiglio di Stato, deve essere comunque intero ed effettivo; ed anzi procura anche alle imprese il vantaggio di avere certezza del periodo di preclusione alla partecipazione alle gare.

Sulla base delle considerazioni svolte, si è dell'avviso:

- a) che i requisiti la cui falsa dichiarazione comporta l'effetto interdittivo di cui all'art. 75 del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m. sono anche quelli soggettivi di affidabilità morale e professionale del concorrente;
- b) di confermare che - nel caso in cui l'impresa abbia reso dichiarazioni non veritiere in sede di partecipazione ad una gara di appalto o in sede di rilascio dell'attestazione di qualificazione - il divieto - previsto dall'art. 17, comma 1, lettera m), del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m. in merito al rilascio dell'attestazione di qualificazione, nonché in merito al considerare positiva l'effettuazione della verifica triennale - è pari ad un anno e decorre dalla data di inserimento nel casellario informatico dell'informazione in ordine alle dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa;
- c) che il periodo di un anno in ordine al divieto di partecipare alle gare e di stipulare i contratti - previsto dall'articolo 75, comma 1, lettera h), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m. per le imprese che abbiano reso dichiarazioni non veritiere in occasione di una partecipazione ad una gara di appalto - decorre dalla data di inserimento dell'informazione nel casellario informatico delle imprese;
- d) che le stazioni appaltanti, al fine di rendere l'attività di inserimento delle informazioni nel casellario informatico delle imprese rapida e precisa, possono utilizzare gli allegati modelli (allegato A se l'annotazione ri-

guarda la fase di partecipazione alla gara e l'allegato B se l'annotazione riguarda la fase di esecuzione dei lavori);

- e) che resta confermato che i responsabili del procedimento, dopo avere escluso i concorrenti per la mancata prova dei previsti requisiti, devono, entro dieci giorni, provvedere ad informarne l'Autorità che, a sua volta, procederà nei tempi tecnici necessari all'annotazione dell'informazione nel Casellario informatico.

ALLEGATO A

(da impiegare per la segnalazione di fatti riguardanti la fase di partecipazione alla gara, diversi da quelli di cui al procedimento ex art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109/94 e s.m., da annotare nel casellario)

ALL'AUTORITÀ
PER LA VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI
Ufficio verifica requisiti imprese (Ufficio VERI)
Via di Ripetta, 246
00186 Roma

N. FAX 06.3672.3430/3431

COMUNICAZIONE AI FINI DELL'INSERIMENTO NEL CASELLARIO INFORMATICO EX ART. 27 DEL DPR 25 GENNAIO 2000, N. 34 DI DATI PER L'INDIVIDUAZIONE DELLE IMPRESE NEI CUI CONFRONTI SUSSISTONO CAUSE DI ESCLUSIONE EX ART. 75 DEL DPR 21 DICEMBRE 1999, N. 554 NONCHÉ PER L'ANNOTAZIONE DI TUTTE LE ALTRE NOTIZIE RITENUTE UTILI.

- 1. Stazione appaltante**
 - 1.1. Codice fiscale:**
 - 1.2. Denominazione:**
 - 1.3. Indirizzo:**.....

- 2. Responsabile del procedimento, presidente di gara o dirigente che sottoscrive la comunicazione**
 - 2.1. Nome e cognome:**
 - 2.2. Ufficio / Settore a cui è preposto:**
 - 2.3. Carica rivestita:**
 - 2.4. N. telefonico:**.....
 - 2.5. N. fax:**.....
 - 2.6. E-mail:**

- 3. Individuazione dell'intervento**
 - 3.1. Procedura di scelta concorrente:**

3.1.1. Pubblico incanto	í
3.1.2. Licitazione privata	í
3.1.3. Licitazione privata semplificata	í
3.1.4. Appalto concorso	í
3.1.5. Trattativa privata	í
 - 3.2. Oggetto dell'appalto :**
 -
 -
 -
 - 3.2.1. Data di pubblicazione del bando: / /
 - 3.2.2. Termine ultimo per la presentazione delle offerte: / /
 - 3.2.3. Importo appalto sotto euro 150.000 í
 - 3.2.4. Compreso tra euro 150.000 e euro 6.242.028 (equivalenti a 5.000.000 DSP) í
 - 3.2.5. Sopra euro 6.242.028 (equivalenti a 5.000.000 DSP) í
 - 3.2.6. Importo complessivo al lordo: euro

- 4. Ditta segnalata**
 - 4.1. Codice fiscale:**

- 4.2. Ragione sociale:
- 4.3. Sede legale:
- 4.4. N. telefonico:
- 4.5. N. fax:
- 4.6. E-mail:
- 4.7. Impresa qualificata: í
- 4.8. Nome e cognome del legale rappresentante:
- 4.9. Posizione della ditta segnalata:
- 4.9.1. Sorteggiata í
- 4.9.2. Individuata non tramite sorteggio í
- 4.9.3. Prima o seconda classificata í
- 4.9.4. Segnalata nel corso dei lavori í
- 4.9.5. Segnalata dopo la conclusione dei lavori í

5. Motivo/i della segnalazione che ha/hanno comportato l'esclusione dalla gara, diverso/i da quello/i di cui al procedimento ex art. 10, comma 1-*quater* della legge 11 febbraio 1994 e s. m. e art. 27, lett. s), del DPR 25 gennaio 2000, n. 34, che rimangono disciplinati dalle norme e dalle prassi vigenti;

5.1. Procedure concorsuali o cessazione di attività (art. 75, comma 1, lettera a), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554; art. 27, comma 2, lettere n), o) e r) del DPR 25 gennaio 2000, n. 34):

- 5.1.1. Stato di fallimento í
- 5.1.2. Liquidazione coatta í
- 5.1.3. Amministrazione controllata í
- 5.1.4. Concordato preventivo í
- 5.1.5. Procedure concorsuali pendenti í
- 5.1.6. Cessazione di attività í

5.2. Procedimento pendente per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge n. 1423/56 (art. 75, comma 1, lettera b), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554; art. 27, comma 2, lettere r) e t), del DPR 25 gennaio 2000, n. 34):

- 5.2.1. Nome e cognome del soggetto sottoposto al procedimento:.....
Carica rivestita nell'ambito dell'impresa/società
- 5.2.2. Nome e cognome del soggetto sottoposto al procedimento:.....
Carica rivestita nell'ambito dell'impresa/società
- 5.2.3. Nome e cognome del soggetto sottoposto al procedimento:.....
Carica rivestita nell'ambito dell'impresa/società
- 5.2.4. Nome e cognome del soggetto sottoposto al procedimento:.....
Carica rivestita nell'ambito dell'impresa/società

5.3. Sentenze di condanna passate in giudicato oppure di applicazione della pena su richiesta ovvero decreti penali (art. 75, comma 1, lettera c), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554; art. 27, comma 2, lettera q), r) e t), del DPR 25 gennaio 2000, n. 34):

- 5.3.1. Nome e cognome del soggetto nei cui confronti è stata pronunciata sentenza o decreto:.....; carica rivestita nell'ambito dell'impresa/società: tipo/i di reato:
- 5.3.2. Nome e cognome del soggetto nei cui confronti è stata pronunciata sentenza o decreto:.....; carica rivestita nell'ambito dell'impresa/società: tipo/i di reato:
- 5.3.3. Nome e cognome del soggetto nei cui confronti è stata pronunciata sentenza o decreto:.....; carica rivestita nell'ambito dell'impresa/società: tipo/i di reato:
- 5.3.4. Nome e cognome del soggetto nei cui confronti è stata pronunciata sentenza o decreto:.....; carica rivestita nell'ambito dell'impresa/società: tipo/i di reato:

- 5.3.5. Nome e cognome del soggetto nei cui confronti è stata pronunciata sentenza o decreto:.....; carica rivestita nell'ambito dell'impresa/società: tipo/i di reato:
- 5.3.6. Nome e cognome del soggetto nei cui confronti è stata pronunciata sentenza o decreto:.....; carica rivestita nell'ambito dell'impresa/società: tipo/i di reato:
- 5.4. Violazione del divieto di intestazione fiduciaria (art. 75, comma 1, lettera d), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554; art. 27, comma 2, lettere r) e t), del DPR 25 gennaio 2000, n. 34):**
 - 5.4.1. Osservazioni della Stazione appaltante:
 -
 -
 -
- 5.5. Violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contribuzione sociale e di regolarità contributiva (art. 75, comma 1, lettera e) del DPR 21 dicembre 1999, n. 554; art. 27, comma 2, lettere p), r) e t), del DPR 25 gennaio 2000, n. 34; art. 2, comma 1, decreto legge 25 settembre 2002, n. 210 convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266; articolo 75 del DPR 28 dicembre 2000, n. 445):**
 - 5.5.1. Irregolarità contributiva INPS ¹. sede di:.....;
 - 5.5.1.1. Importo non corrisposto: euro per gli anni:;
 - 5.5.1.2. Attestata alla data del:/...../.....;
 - 5.5.1.3. Eventuale contenzioso in atto ¹ innanzi a.....;
 - 5.5.2. Irregolarità contributiva INPS ¹. sede di:.....;
 - 5.5.2.1. Importo non corrisposto: euro per gli anni:;
 - 5.5.2.2. Attestata alla data del:/...../.....;
 - 5.5.2.3. Eventuale contenzioso in atto ¹ innanzi a.....;
 - 5.5.3. Irregolarità contributiva INAIL ¹. sede di:.....;
 - 5.5.3.1. Importo non corrisposto: euro per gli anni:;
 - 5.5.3.2. Attestata alla data del:/...../.....;
 - 5.5.3.3. Eventuale contenzioso in atto ¹ innanzi a.....;
 - 5.5.4. Irregolarità contributiva INAIL ¹. sede di:.....;
 - 5.5.4.1. Importo non corrisposto: euro per gli anni:;
 - 5.5.4.2. Attestata alla data del:/...../.....;
 - 5.5.4.3. Eventuale contenzioso in atto ¹ innanzi a.....;
 - 5.5.5. Irregolarità contributiva Cassa Edile ¹. sede di:.....;
 - 5.5.5.1. Importo non corrisposto: euro per gli anni:;
 - 5.5.5.2. Attestata alla data del:/...../.....;
 - 5.5.5.3. Eventuale contenzioso in atto ¹ innanzi a.....;
 - 5.5.6. Irregolarità contributiva Cassa Edile ¹. sede di:.....;
 - 5.5.6.1. Importo non corrisposto: euro per gli anni:;
 - 5.5.6.2. Attestata alla data del:/...../.....;
 - 5.5.6.3. Eventuale contenzioso in atto ¹ innanzi a.....;
 - 5.5.7. Soggetto che si è avvalso del piano individuale di emersione non ancora concluso ¹
- 5.6. Gravi infrazioni, debitamente accertate, alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici (art. 75, comma 1, lettera e) del DPR 21 dicembre 1999, n. 554; art. 27, comma 2, lettere p), r) e t), del DPR 25 gennaio 2000, n. 34):**
 - 5.6.1. Valutazioni della Stazione appaltante in merito alla gravità delle infrazioni commesse dal soggetto concorrente (*sia esso l'impresa o il suo amministratore*):
 -
 -
 -
- 5.7. Irregolarità, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse (art. 75, comma 1, lettera g), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554; art. 27, comma 2, lettere r) e t), del DPR 25 gennaio 2000, n. 34):**
 - 5.7.1. Irregolarità accertata dall'Agenzia delle Entrate - sede di:.....;

- 5.7.1.1. Importo non corrisposto: euro per gli anni:
.....;
- 5.7.1.2. Attestata alla data del: ... //
- 5.7.1.3. Eventuale contenzioso concluso innanzi a
- 5.8. Irregolarità nei riguardi di condizioni rilevanti per la partecipazione alla gara (previste dalle norme oppure dal bando di gara) (art. 27, comma 2, lettera t), del DPR 25 gennaio 2000, n. 34):**
- 5.8.1. Partecipazione plurima
- 5.8.2. Collegamento sostanziale con:
.....(codice fiscale);
.....(codice fiscale);
.....(codice fiscale);
.....(codice fiscale).
- 5.8.3. Controllo ex art. 2359 c.c. con:
.....(codice fiscale);
.....(codice fiscale);
.....(codice fiscale);
.....(codice fiscale).
- 5.8.4. Altra condizione:.....
- 5.9. Sussistenza di una delle cause di decadenza, di divieto o di sospensione di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e dei tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490 (art. 27, comma 2, lettera t), del DPR 25 gennaio 2000, n. 34).**
- 5.9.1. Cause di decadenza, di divieto o di sospensione
- 5.9.2. Tentativi di infiltrazione mafiosa
- 5.10. Irregolarità rispetto agli obblighi previsti dalle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili (art. 27, comma 2, lettere p) e t), del DPR 25 gennaio 2000, n. 34; art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68):**
- 5.10.1. Impresa con organico da 15 fino a 35 dipendenti che ha effettuato nuove assunzioni dopo il 18 gennaio 2000
- 5.10.2. Impresa con organico oltre 35 dipendenti
- 5.11. Incapacità del legale rappresentante dell'impresa di contrattare con la pubblica amministrazione a causa dell'emissione, senza autorizzazione o senza provvista, di assegni bancari e postali come risultante dall'"Archivio degli assegni bancari e postali e delle carte di pagamento irregolari" di cui all'art. 10 bis della legge 15 dicembre 1990, n. 386 e s.m. (art. 27, comma 2, lettera t), del DPR 25 gennaio 2000, n. 34; art. 1 e art. 2 della legge 15 dicembre 1990, n. 386, modificata dal D.Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507):**
- 5.11.1. Mancanza di autorizzazione
- 5.11.2. Difetto di provvista:
- 5.11.3. Irregolarità dell'assegno
- 5.12. Mancata veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 19-bis, 46, 47 e 77-bis del DPR 28 dicembre 2000, n. 445, e successive modificazioni, rilasciate dall'impresa per la partecipazione alla gara, in quanto non concorrente con altri motivi di esclusione, o contraffazione di documenti:**
- 5.12.1. E' stato accertato il mancato riscontro oggettivo in atti della P.A. delle auto-dichiarazioni rilasciate per la partecipazione alla gara, non concorrente con altri motivi di esclusione
- 5.12.2. Formazione di atti falsi atto oggetto di contraffazione
.....
- 6. Controllo ex art. 71 del DPR 445/2000 della veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli art. 46 e 47 del medesimo DPR 445/2000 (anche nel caso di esclusione ai sensi dell'art. 75, comma 1, lett. h) del DPR n. 554/99 e s.m., laddove la relativa dichiarazione sia risultata difforme da quanto risultante nel casellario informatico)**
- 6.1.** Dichiarazioni risultate veritiere
- 6.2.** Dichiarazioni relative a requisiti mancanti, omesse o non previste
- 6.3.** Dichiarazioni che, anche se difformi, la S.A. ritiene non vadano iscritte nel casellario
- 6.3.1. Motivi adottati dalla S.A.
.....
.....
- 6.4.** Dichiarazioni in contrasto con gli atti della pubblica amministrazione

6.4.1.	Sussiste l'esimente dell'errore scusabile	í
6.4.1.1.	Motivi adottati dalla S.A.	
	
	
6.4.2.	Dichiarazioni scientemente false	í
6.4.2.1.	Motivi adottati dalla S.A.	
	
	
6.4.3.	Denuncia all'A.G. per dichiarazione mendace o per formazione di atti falsi	í

7. Provvedimenti adottati dalla stazione appaltante in caso di esclusione dalla gara

7.1. Provvedimento di esclusione

7.1.1.	Tipo di provvedimento o atto: (determinazione dirigenziale, verbale di esclusione, verbale di revoca dell'aggiudicazione, ecc.).....	
 sottoscritto da:.....data del provvedimento o atto di esclusione: / /	

7.2. Escussione della cauzione

7.2.1.	Cauzione richiesta	í
7.2.2.	Cauzione incamerata	í

8. Giustificazioni eventualmente adottate da parte dell'impresa alla stazione appaltante

.....

9. Osservazioni della stazione appaltante

.....

10. Documenti allegati alla presente comunicazione

10.1.	Dichiarazione presentata all'atto dell'offerta dall'impresa segnalata relativamente al possesso dei requisiti generali e al rispetto delle condizioni prescritte dal bando di gara	í
10.2.	Provvedimento o verbale di esclusione	í
10.3.	Casellario giudiziale	í
10.4.	Certificato carichi pendenti	í
10.5.	Sentenze di condanna passate in giudicato, sentenze patteggiate, decreti penali	í
10.6.	Attestati INPS, INAIL, CASSE EDILI	í
10.7.	í
10.8.	í

...../...../.....

Firma del Responsabile del procedimento o del Presidente di gara o del Dirigente che sottoscrive la presente comunicazione.

- 4.3. Sede legale:
- 4.4. N. telefonico:
- 4.5. N. fax:
- 4.6. E-mail:
- 4.7. Impresa qualificata:
- 4.8. Nome e cognome del legale rappresentante:
- 4.9. Nome e cognome del direttore tecnico:
- 4.10. Posizione della ditta segnalata:
 - 4.10.1. Singola
 - 4.10.2. In A.T.I.
 - ditta associata: cod. fisc.; ragione sociale:
 - 4.10.3. Consorzio cod. fisc.; ragione sociale:
 - ditta consorziata: cod. fisc.; ragione sociale:

5. Ditta subappaltatrice eventualmente segnalata

- 5.1. Codice fiscale:
- 5.2. Ragione sociale:
- 5.3. Sede legale:
- 5.4. N. telefonico:
- 5.5. N. fax:
- 5.6. E-mail:
- 5.7. Impresa qualificata:
- 5.8. Nome e cognome del legale rappresentante:
- 5.9. Nome e cognome del direttore tecnico:
- 5.10. Oggetto del subappalto :.....
 - 5.10.1. Data di sottoscrizione delle dichiarazioni sostitutive da parte del subappaltatore: / /
 - 5.10.2. Data di autorizzazione del subappalto: / /
 - 5.10.3. Importo del subappalto : euro

6. Motivo/i della segnalazione del fatto rilevato nel corso dei lavori con riferimento a ditta aggiudicataria

- 6.1. Grave negligenza o malafede nell'esecuzione dei lavori (art. 27, comma 2, lettere p) e t), del DPR 25 gennaio 2000, n. 34), nonché violazioni alle norme in materia di sicurezza o ad ogni altro obbligo previsto dal contratto di lavoro:
 - 6.1.1. Mancata stipula del contratto per fatto dell'impresa (compilare solo se compilato il punto 3.2.3.)
 - 6.1.2. Risoluzione del contratto
 - 6.1.3. Esecuzione gravemente errata
 - 6.1.4. Dichiarazione di non collaudabilità dei lavori
 - 6.1.5. Violazioni alle norme in materia di sicurezza del lavoro
 - 6.1.5.1. Accertate dal coordinatore della sicurezza
 - 6.1.5.2. Accertate dalla U.S.L. territorialmente competente
 - 6.1.6. Violazioni ad ogni altro obbligo previsto dal contratto di lavoro
 - 6.1.6.1. Accertate per effetto di visita ispettiva nel cantiere effettuata dal Servizio Ispezioni del lavoro
 - 6.1.6.2. Irregolarità contributiva rispetto ai lavori in corso
 - 6.1.6.3. Debitamente accertate dalla S.A.
 - 6.1.7. Falsa dichiarazione rilasciata alla S.A. o contraffazione di documenti, nel corso dei lavori
 - 6.1.8. Altro

7. Motivo/i della segnalazione del fatto rilevato nel corso dei lavori con riferimento a ditta subappaltatrice

7.1. Violazioni alle norme in materia di sicurezza o ad ogni altro obbligo previsto dal contratto di lavoro; carenza di requisiti generali o di capacità tecnico economica oggetto di dichiarazione sostitutiva da parte della ditta subappaltatrice:

- 7.1.1. Violazioni alle norme in materia di sicurezza del lavoro
 - 7.1.1.1. Accertate dal coordinatore della sicurezza f
 - 7.1.1.2. Accertate dalla U.S.L. territorialmente competente f
- 7.1.2. Violazioni ad ogni altro obbligo previsto dal contratto di lavoro f
 - 7.1.2.1. Accertate per effetto di visita ispettiva nel cantiere effettuata dal Servizio Ispezioni del lavoro f
 - 7.1.2.2. Irregolarità contributiva rispetto ai lavori in corso f
 - 7.1.2.3. Debitamente accertate dalla S.A. f
- 7.1.3. Falsa dichiarazione rilasciata alla S.A. contraffazione di documenti, al momento della richiesta di autorizzazione al subappalto
(in tal caso va unito al presente modello B anche il modello A compilato con riferimento ai requisiti carenti) f
- 7.1.4. Altro f

8. Provvedimenti adottati dalla stazione appaltante

8.1. Provvedimento di rescissione

- 8.1.1. Tipo di provvedimento o atto: (determinazione dirigenziale, delibera di Giunta, ecc.)..... sottoscritto da:.....data del provvedimento o atto di rescissione: / /

8.2. Escussione della cauzione

- 8.2.1. Cauzione richiesta f
- 8.2.2. Cauzione incamerata f

8.3. Denuncia all'Autorità Giudiziaria f

9. Giustificazioni eventualmente addotte da parte dell'impresa alla stazione appaltante

.....

10. Ricorso al giudice ordinario o all'arbitrato, da parte dell'impresa

10.1. Giudice ordinario f

- 10.1.1. Atto notificato alla S.A. in data: .../.../.....
- 10.1.2. Atto di citazione depositato in data: .../.../.....
 Presso Tribunale di

10.2. Arbitrato f

- 10.2.1. Proposta di arbitrato notificata alla S.A. in data: .../.../.....
- 10.2.2. Proposta trasmessa alla Camera Arbitrale in data: .../.../.....

11. Osservazioni della stazione appaltante

.....

12. Documenti allegati alla presente comunicazione

12.1. Determinazione di risoluzione contrattuale ex art. 119 del DPR n. 554/99	í
12.2. Verbale di accertamento del Servizio Ispezione del lavoro	í
12.3. Atto del collaudatore:	í
12.4. Attestati INPS, INAIL e Casse edili	í
12.5.	í
12.6.	í

....., .../ .../

Firma del Responsabile del procedimento o del Dirigente che sottoscrive la presente comunicazione.
.....

Determinazione n. 2/2005

Consegna dei lavori sotto riserva di legge

(2 marzo 2005)

Considerato in fatto

Nell'ambito dello svolgimento dei compiti di vigilanza, cui è istituzionalmente preposta, l'Autorità ha riscontrato il frequente ricorso da parte delle stazioni appaltanti all'istituto della "consegna dei lavori sotto riserve di legge", spesso seguita dall'immediata sospensione degli stessi, nonché da un significativo ritardo nella stipulazione del relativo contratto d'appalto. Si ritiene, pertanto, opportuno chiarire l'esatta valenza giuridica di tale istituto, nonché i limiti connessi al suo eccezionale utilizzo.

Ritenuto in diritto

La consegna dei lavori, ai sensi di quanto espressamente previsto dal comma 2 dell'art. 129 del DPR n. 554/99, deve avvenire non oltre il termine di 45 giorni dalla data di stipulazione del contratto d'appalto, ovvero dalla sua approvazione, nei casi in cui questa sia richiesta.

Può accadere, tuttavia, che si verifichino nell'esperienza concreta particolari "ragioni di urgenza", tali da non consentire un differimento dell'inizio dei lavori fino alla stipulazione od al perfezionamento del relativo contratto.

Tale possibilità, è stata, in realtà, espressamente contemplata e disciplinata dal legislatore dapprima all'art. 337, comma 2, della legge 20 marzo 1865 n. 2248, e successivamente al comma 1 dell'art. 129 del DPR n. 554/99, che riprendendo sostanzialmente quanto stabilito in precedenza, letteralmente afferma che "*qualora vi siano ragioni di urgenza, subito dopo l'aggiudicazione definitiva, il responsabile del procedimento autorizza il direttore dei lavori alla consegna dei lavori*".

La norma del successivo art. 130, comma 3, stabilisce, altresì, che in tal caso il processo verbale deve necessariamente indicare: 1) i materiali ai quali l'appaltatore deve provvedere; 2) le lavorazioni per le quali si rende necessario l'immediato inizio in relazione al programma di esecuzione presentato dall'impresa.

Ciò al fine specifico di assicurare da un lato la tempestiva esecuzione dei soli lavori che l'urgenza non consente di dilazionare nel tempo e dall'altro di impedire che l'appaltatore possa prendere ulteriori iniziative in contrasto con la peculiare situazione di incertezza contrattuale, nella quale si trova ad operare.

La disciplina dell'istituto - che tra l'altro non innova all'effetto tipico della consegna, che consiste nel determinare l'inizio del termine previsto per

l'ultimazione dei lavori – è completata dalla disposizione di cui al comma 4 dello stesso art. 129, secondo il quale “ *in caso di consegna in via d'urgenza, il direttore dei lavori tiene conto di quanto predisposto o somministrato dall'appaltatore, per rimborsare le relative spese nell'ipotesi di mancata stipula del contratto.*”

Successivamente alla consegna dei lavori con riserva può, infatti, accadere che:

- 1) la stipula del contratto avvenga regolarmente nei termini di cui all'art. 109 del Regolamento di attuazione, ed in tal caso *nulla quaestio*;
- 2) trascorrono i suddetti termini senza che intervenga alcuna regolare stipulazione, ed in tal caso sarà consentito all'appaltatore recedere dal contratto qualora ciò sia dovuto ad un comportamento imputabile all'amministrazione;
- 3) si verificano circostanze, successive alla consegna, tali da imporre all'amministrazione di non procedere alla stipula del contratto stesso.

Dal complesso delle norme richiamate si evince, pertanto, chiaramente il carattere di eccezionalità dell'istituto in esame da cui scaturisce la conseguente applicazione di norme particolari.

Le stazioni appaltanti, in particolare, potranno far ricorso a tale procedura soltanto in presenza di entrambe le condizioni sottoelencate:

- 1) a seguito di aggiudicazione definitiva e nelle more della successiva stipulazione od approvazione del contratto;
- 2) in presenza di oggettive ragioni di urgenza.

Con specifico riferimento al punto 2) è necessario ricordare che secondo quanto affermato dalla costante giurisprudenza amministrativa e ribadito da questa stessa Autorità in altre sue precedenti pronunce deve trattarsi di “*un'urgenza qualificata e non generica tale da potersi fondamentalmente ritenere che il rinvio dell'intervento per il tempo necessario all'approvazione del contratto comprometterebbe, con grave pregiudizio dell'interesse pubblico, la tempestività o l'efficacia dell'intervento stesso*” (Corte dei conti, Sez. contr., 23 gennaio 1986 n. 1625).

Ciò sta sostanzialmente ad indicare che l'urgenza in quanto circostanza speciale ed eccezionale che rende indilazionabile l'inizio dell'esecuzione dei lavori programmati deve:

- 1) scaturire da cause imprevedute ed imprevedibili, “*ancorate cioè a condizioni chiare e riconoscibili che portano ad escludere, obiettivamente, la possibilità di prefigurarsi l'evento*” (come espressamente chiarito da questa stessa Autorità nella determinazione n. 9 del 2003);
- 2) avere carattere cogente, vale a dire essere tale da “obbligare” l'amministrazione a provvedere senza indugio, al fine di evitare il pregiudizio per l'interesse pubblico che sicuramente scaturirebbe da un posticipato inizio di esecuzione dei lavori;
- 3) avere, altresì, carattere obiettivo, non deve cioè essere originata da comportamenti omissivi o negligenti da parte dell'amministrazione.

Conseguentemente non integrano gli estremi della urgenza di cui all'art. 129 del DPR 554/99 quelle circostanze che: 1) derivano da eventi prevedibili; 2) sono in grado di sopportare senza alcun pregiudizio per l'interesse pubblico i tempi richiesti per la stipulazione o l'approvazione del contratto; 3) sono dirette a sopperire a negligenze proprie dell'amministrazione, quali

ad esempio l'osservanza di un termine ormai prossimo alla scadenza ed imposto a pena di revoca del relativo finanziamento, ovvero una carenza organizzativa, che rende eccessivamente lunghi i tempi per la stipulazione del contratto.

Ciò chiarito, si rende, altresì, opportuno precisare che la stessa *ratio* sottesa all'espressa previsione dell'istituto in esame, vale a dire consentire l'immediato inizio di quei soli lavori che non possono essere dilazionati ulteriormente nel tempo senza grave pregiudizio dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera o dell'intervento programmato, non è conciliabile, in via generale, con l'utilizzo della sospensione dei lavori prevista e disciplinata dall'art. 133 del Regolamento.

In particolare, a titolo esemplificativo, non potranno ritenersi circostanze in grado di giustificare la suddetta sospensione: 1) la sussistenza di condizioni climatiche avverse, preesistenti o prevedibili da parte dell'appaltatore; 2) la necessità di adottare varianti tecniche o di provvedere a nuove lavorazioni, che mal si concilierebbe con l'assoluta indilazionabilità delle stesse; 3) l'esigenza di risolvere problemi organizzativi della stazione appaltante, sovente causa anche del ritardo nella stipulazione del contratto d'appalto; 4) la necessità di provvedere all'acquisizione di autorizzazioni o nulla-osta, nonchè, più in generale ad adempimenti propedeutici al fine di una proficua esecuzione dei lavori.

Peraltro, qualora dovessero eccezionalmente ricorrere circostanze sopravvenute assolutamente imprevedute ed imprevedibili mediante l'impiego dell'ordinaria diligenza, le quali impongono di procedere alla successiva sospensione dei lavori, il responsabile del procedimento, cui compete l'accertamento della situazione di fatto, dovrà attenersi ancor più scrupolosamente al disposto normativo di cui all'art. 133 del DPR n. 554/99, indicando dettagliatamente le ragioni specifiche poste a fondamento della suddetta sospensione, motivando in maniera esauriente la non imputabilità delle stesse alla stazione appaltante e specificando altresì la loro stretta attinenza con le lavorazioni oggetto della consegna anticipata.

In caso contrario, sarà logico presumersi - come, tra l'altro, già chiarito da questa Autorità nella precedente determinazione n. 9 del 2003 - *" un giudizio negativo sull'attività tecnico-amministrativa svolta dalla stazione appaltante e - per essa - dai soggetti preposti alla conduzione dell'appalto ed investiti della sua gestione e della connessa responsabilità, con i conseguenti addebiti nel caso in cui dal loro operato sia desumibile un danno erariale"*.

Determinazione n. 3/2005

Appalti misti e requisiti di qualificazione

(6 aprile 2005)

Considerato in fatto

Sono pervenute a questa Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici alcune richieste di chiarimenti da parte di stazioni appaltanti in merito ai requisiti di qualificazione negli appalti misti. Al riguardo il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 6 aprile 2005, al fine di fornire indicazioni per un'interpretazione uniforme, ha adottato la seguente determinazione.

Ritenuto in diritto

Per appalto misto si intende quello in cui l'oggetto della procedura di aggiudicazione e del successivo contratto è costituito da prestazioni eterogenee, ascrivibili a settori assoggettati a differenti discipline pubblicistiche (lavori, servizi, forniture), sicché sorge il problema dell'individuazione della disciplina applicabile a seconda della qualificabilità dell'appalto stesso in termini di lavori, servizi o forniture.

A tal fine, con riferimento al settore dei lavori pubblici, deve richiamarsi l'art. 2, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., ai sensi del quale *"nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento"*.

Il parametro da utilizzare nell'individuare il regime giuridico proprio degli appalti a prestazioni eterogenee, di cui alla suddetta disposizione, è quello della prevalenza economica.

Con riferimento a tale disposizione, tuttavia, con procedura di infrazione n. 2001/2182 ex art. 226 del Trattato, la Commissione ha formulato alcuni rilievi circa la compatibilità della norma italiana in materia di contratti misti al diritto comunitario.

E' stato rilevato, infatti, che all'individuazione dell'oggetto principale di un appalto misto concorrono, tra gli altri, non solo la rilevanza economica delle singole prestazioni, ma anche la connotazione dell'accessorietà o meno della componente lavori rispetto alle altre prestazioni e viceversa.

Nel recepire tale impostazione concettuale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nella circolare n. 2316 del 18 dicembre 2003, in materia di "disciplina dei contratti misti negli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi", ha focalizzato il concetto di "oggetto principale del contratto" precisando che il criterio utilizzato dal legislatore comunitario mira ad identificare la natura propria dell'appalto, facendo perno su di un concetto di pre-

valenza della prestazione parziale intesa non tanto (e non solo) in senso economico, quanto piuttosto come prestazione che deve esprimere l'oggetto principale del contratto, definendo conseguentemente il carattere dell'appalto. La Circolare invita, altresì, le amministrazioni aggiudicatrici all'osservanza del criterio comunitario in esame, conformando allo stesso i futuri bandi di gara.

Successivamente nella Direttiva unificata n. 18/2004/CE - relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi - con riferimento agli appalti misti (lavori con forniture e/o servizi), è stato precisato che (X considerando) l'appalto va definito di lavori se il suo oggetto riguarda specificamente l'esecuzione di lavori "anche se può riguardare la fornitura di altri servizi necessari per l'esecuzione dei lavori stessi"; tale precisazione va però letta con quanto previsto per l'appalto di servizi, laddove si precisa che se il contratto contiene lavori qualificabili accessori rispetto ai servizi, il contratto si definisce comunque di servizi. Il riferimento è dunque alla nozione di accessorietà dei lavori e non alla prevalenza economica. Ciò viene chiarito sempre nel X considerando della direttiva dove si afferma che sono *accessori* rispetto all'oggetto principale del contratto i lavori che "costituiscono solo una conseguenza eventuale o un completamento del servizio". E, per ulteriore chiarezza, viene precisato anche che il fatto che detti lavori (accessori) facciano parte dell'appalto non può giustificare la qualifica di appalto pubblico di lavori dell'appalto di servizi. Analogamente dispone l'art. 1, comma 2 della Direttiva.

Di conseguenza, al fine di rendere la normativa interna conforme al diritto comunitario, nel senso indicato, nel disegno di legge comunitaria 2004 (Disegno di legge C 5179 - Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004. Testo approvato dal Senato (S 2749) e trasmesso all'esame dell'assemblea della Camera dei Deputati¹ è prevista l'introduzione nell'art. 2 sopra citato, del criterio dell'accessorietà così come inteso nel diritto comunitario.

Si prevede, infatti, la sostituzione dell'art. 2, comma 1, della legge n. 109/1994 e s.m., con il seguente testo "nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento. Quest'ultima disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto".

Tale disposizione recepisce, dunque, le indicazioni della Direttiva n. 18/2004/CE, sebbene non contenga alcuna precisazione in ordine al significato da attribuire al criterio dell'"accessorietà", sicché per comprenderlo occorrerà fare riferimento a quanto disposto dalla Direttiva stessa.

Così alla luce delle modifiche normative *in itinere*, può osservarsi quanto segue:

¹ La legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004) è stata pubblicata nel Supplemento Ordinario alla Gazzetta Ufficiale 27 aprile 2005, n. 96.

- la normativa sui lavori pubblici troverà applicazione qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento rispetto al valore dell'appalto;
- la normativa *de qua*, ai sensi della nuova e futura versione dell'art. 2, comma 1, legge quadro, non sarà applicabile quando i lavori rivestono carattere accessorio, ossia (ai sensi della direttiva n. 18/2004) quando "costituiscono solo una conseguenza eventuale o un completamento del servizio". Sicché troverà applicazione la normativa su servizi o forniture anche qualora i lavori, accessori nel senso appena esplicitato, siano di valore economico superiore a questi ultimi. Ma ragionando al contrario, può altresì ammettersi l'applicazione della normativa sui lavori pubblici ove i lavori stessi "caratterizzino" l'appalto (in quanto costituenti l'oggetto principale dello stesso) e (poiché la norma nulla dispone al riguardo), può aggiungersi, anche se di valore inferiore rispetto a quello di servizi e forniture.

La suddetta interpretazione dell'art. 2 (nella futura versione) sembra, peraltro, in linea con le pronunce dell'Autorità sull'argomento, la quale nell'atto di regolazione n. 5 del 31/01/2001 e nelle determinazioni nn. 13 del 28/12/1999 e 22 del 10/12/2003, ha espresso avviso per cui nell'ordinamento italiano il criterio dell'accessorietà, contenuto nelle direttive comunitarie, è integrato con il criterio della prevalenza economica.

Conseguentemente (come precisato nelle citate pronunce dell'Autorità) la normativa in tema di lavori pubblici troverà applicazione in entrambi i seguenti casi:

1. in tutti i casi in cui l'oggetto del contratto sia sostanzialmente un lavoro pubblico, cioè quando la sua funzione, ossia il risultato che dallo stesso l'amministrazione pubblica intende conseguire è quello della realizzazione dell'opera pubblica; in tal caso, pur se sono previsti servizi o forniture, anche di valore economico prevalente, essi conservano una funzione meramente strumentale;
2. nei casi in cui la prestazione di lavori assuma rilievo prevalente e economico superiore al 50% del valore complessivo del contratto.

Occorre, inoltre, considerare che le previsioni comunitarie in materia di appalti misti e le conseguenti modifiche che saranno apportate all'art. 2, comma 1, della legge quadro, come illustrato in precedenza, devono coniungersi con il regime di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici previsto nella legge quadro.

Al riguardo, sembra opportuno richiamare l'art. 8, comma 1, della legge n. 109/1994 e s.m. "(...) tutti i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati (...)"; così ai sensi del successivo comma 11-septies "nel caso di forniture e servizi, i lavori, ancorché accessori e di rilievo economico inferiore al 50 per cento, devono essere eseguiti esclusivamente da soggetti qualificati ai sensi del presente articolo".

Quest'ultimo comma, introdotto dalla legge 1 agosto 2002, n. 166 (c.d. Merloni *quater*) stabilisce, dunque, che nei contratti di forniture e servizi con lavori accessori, pur non disciplinati dalle norme della legge quadro sui lavori

ri pubblici in ragione del peso della componente lavori inferiore al 50 per cento, ma anche (alla luce della direttiva n. 18/2004/CE e delle modifiche normative *in itinere* dell'art. 2, comma 1, legge n. 109/1994 e s.m.), in ragione dell'accessorietà degli stessi, rispetto a servizi e/o forniture, i lavori devono essere svolti esclusivamente da soggetti qualificati ai sensi dell'art. 8 della stessa legge quadro.

Come precisato dall'Autorità nella determinazione n. 27 del 16 ottobre 2002, infatti, tale norma deve essere interpretata nel senso che nei contratti di fornitura e servizi, i lavori, ove previsti ed anche se accessori e di rilievo economico inferiore al 50% dell'importo dell'appalto, devono essere eseguiti esclusivamente da imprese in possesso di attestazione di qualificazione.

Si deroga, dunque, alla regola generale dell'art. 2, comma 1, della legge quadro, (anche nella futura versione): in tema di qualificazione, infatti, le regole della legge quadro si applicano ogni qualvolta l'appalto misto comprende l'esecuzione di lavori, a prescindere dal valore e dall'accessorietà degli stessi rispetto ai servizi o alle forniture, e fatta salva per il resto l'applicazione della normativa relativa alla tipologia alla quale il contratto è riconducibile (forniture o servizi).

Si tratta peraltro di un'esigenza sempre più sentita in ordine a nuove tipologie contrattuali, come il *global service* e simili, spesso sottratti all'applicazione della legge quadro n. 109 del 1994.

Esigenza già evidenziata dall'Autorità, la quale con deliberazione n. 254 del 21/06/2001, esaminando un bando della Consip per la fornitura di servizi di *global service* immobiliare, ha ritenuto le clausole del relativo bando di gara compatibili solo con la prestazione di servizi e non anche con l'esecuzione di lavori pubblici, non essendo ivi previsto, *ex ante*, quale requisito di partecipazione alla gara il possesso della qualificazione ai sensi del DPR 25 gennaio 2000 n. 34, necessario invece per l'esecuzione di lavori (nella fattispecie di manutenzione).

La disposizione dell'art. 8, comma 1-*septies*, della legge n. 109/1994 e s.m., invece, dispone chiaramente l'obbligo di far eseguire i lavori esclusivamente a soggetti qualificati.

Conseguentemente deve ritenersi che nei bandi relativi ad appalti misti dovranno essere opportunamente evidenziate la categoria e la classifica, con i relativi importi, dei lavori da eseguire, ancorché accessori o di valore inferiore al 50 per cento, mentre i concorrenti dovranno dimostrare di essere in possesso della richiesta qualificazione, di importo e tipologia corrispondente a detti lavori.

Allo stesso modo, si ritiene che negli appalti misti debba trovare applicazione la disposizione di cui all'art. 3, comma 6, del DPR n. 34/2000, ogni qualvolta la componente lavori, anche se accessoria o di valore inferiore a 50 per cento dell'appalto, superi la soglia di € 20.658.276.

La disposizione in parola stabilisce infatti che "*per gli appalti di importo a base di gara superiore a lire 40.000.000.000 (€ 20.658.276), l'impresa, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, deve aver realizzato, nel quinquennio*

antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a tre volte l'importo a base di gara; il requisito è comprovato secondo quanto previsto all'articolo 18, commi 3 e 4, ed è soggetto a verifica secondo l'articolo 10, comma 1-quater, della Legge”.

Conseguentemente, ove detta disposizione trovi applicazione negli appalti misti, come sopra precisato, il requisito di cui all'art. 18, commi 3 e 4, del DPR n. 34/2000 dovrà essere comprovato con riferimento alla cifra d'affari in lavori, e non anche in servizi e/o forniture.

Sulla base delle suesposte considerazioni

Il Consiglio

Ritiene che

- *nei contratti misti la normativa sui lavori pubblici trova applicazione quando i lavori costituiscono l'oggetto principale del contratto stesso, a prescindere dalla rilevanza economica;*
- *le disposizioni della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m. in materia di qualificazione si applicano ogni qualvolta l'appalto misto comprende l'esecuzione di lavori, a prescindere dal valore e dall'accessorietà degli stessi rispetto ai servizi o alle forniture;*
- *nei bandi relativi ad appalti misti devono essere opportunamente evidenziate le categorie e le classifiche relative ai lavori da eseguire, ancorché accessori o di valore inferiore al 50 per cento dell'importo dell'appalto; i concorrenti devono dimostrare di essere in possesso della qualificazione richiesta per l'esecuzione di detti lavori;*
- *negli appalti misti, qualora la componente lavori, anche se accessoria o di valore inferiore a 50 per cento dell'appalto, superi la soglia dei 20.658.276 di euro, trova applicazione la disposizione di cui all'art. 3, comma 6, del DPR n. 34/2000, per cui l'impresa concorrente, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, dovrà dimostrare di aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari in lavori non inferiore a tre volte l'importo a base di gara; detto requisito di cui all'art. 18, commi 3 e 4, del DPR n. 34/2000 è comprovato esclusivamente con riferimento alla cifra d'affari in lavori, e non anche in servizi e forniture.*

Determinazione n. 2/2004

Contemporanea partecipazione alle gare di un consorzio di cui all'articolo 10, comma 1, lettera b), della legge n. 109/94 e successive modificazioni e dei suoi consorziati (10 marzo 2004)

Considerato in fatto

L'ANIEM, ha chiesto a questa Autorità alcuni chiarimenti in ordine alla determinazione n. 18 del 29 ottobre 2003, in materia di “*problematiche relative ai consorzi stabili (art. 12 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni)*”.

Nella suddetta determinazione è stato osservato che la contemporanea partecipazione del consorzio stabile e di un proprio consorziato alla medesima procedura di gara, qualora negli organi amministrativi del primo siano presenti titolari o rappresentanti o direttori tecnici del secondo, potrebbe determinare una situazione di collegamento sostanziale, con il conseguente divieto, ove ricorrano le predette circostanze, di contemporanea partecipazione alla stessa procedura selettiva per i suddetti concorrenti.

L'ANIEM condividendo la posizione dell'Autorità, osserva tuttavia che la situazione di collegamento sostanziale come sopra delineata, può determinarsi non solo per i consorzi stabili, ma anche per i consorzi di cui all'art. 10, comma 1, lett. b) della legge n. 109/94 e s.m., per i quali dovrebbe ugualmente operare, in presenza degli illustrati presupposti, l'inibitoria alla partecipazione alle gare.

Alla luce di quanto sopra, l'ANIEM ha richiesto all'Autorità se l'ambito applicativo di tale prescrizione debba intendersi genericamente riferito a tutti i tipi di consorzi oppure solo ed esclusivamente ai consorzi stabili.

Ritenuto in diritto

Nella citata determinazione n. 18/2003, con esplicito riferimento ai consorzi stabili, oltre al divieto di partecipazione per quei consorziati per i quali il consorzio concorre, è stato stabilito che “*non possono partecipare, in via autonoma, alle gare cui partecipa il consorzio stabile quei consorziati i cui titolari, rappresentanti e direttori tecnici siano presenti nell'organo amministrativo del consorzio*”, atteso che la contemporanea partecipazione del consorzio e del consorziato, ove ricorra una delle circostanze sopra illustrate, potrebbe configurare una situazione di collegamento sostanziale.

Al fine di stabilire se una simile prescrizione possa trovare applicazione anche nei confronti dei consorzi di società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e s.m. e dei consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443, di cui all'art. 10,

comma 1, lettera *b*), della legge n. 109/94 e s.m., deve in primo luogo osservarsi, in linea generale, che ai sensi dell'art. 10, comma 1 *bis*, della legge stessa "non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile".

La disposizione sopra richiamata, come più volte evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, va considerata come norma di ordine pubblico economico, anche alla luce dell' art. 41 della Costituzione, che tutela la libertà di iniziativa economica privata; la norma *de qua* tutela, infatti, il libero confronto tra le offerte, in quanto la correttezza e la trasparenza della gara possono essere pregiudicate dalla presentazione di offerte che, seppur provenienti da imprese diverse, sono riconducibili ad un medesimo centro di interessi.

In altre parole, il rispetto dei principi fondamentali della *par condicio* e della segretezza dell' offerta, posti a garanzia della regolarità della procedura concorsuale nell' interesse sia della pubblica amministrazione sia dei singoli concorrenti, postula necessariamente che fra questi ultimi non sussista una relazione idonea a consentire un flusso informativo in merito alla fissazione dell' offerta ovvero agli elementi valutativi della stessa. Ne discende che vanno esclusi dalla gara i concorrenti che si trovino in una situazione di intreccio degli organi amministrativi o di rappresentanza o tecnici tali da far sì che non vi siano le condizioni di trasparenza indispensabili per assumere l'autonomia e la segretezza delle offerte presentate da ciascuna ditta (Consiglio di Stato, sez. VI, 15/07/1998, n. 1093).

In ordine alla disposizione in esame, peraltro, sembra opportuno richiamare anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V del 01/07/2002, n. 3601), ai sensi della quale nell'art. 10, comma 1 *bis*, della legge n. 109/94 e s.m., il riferimento alle imprese, anziché alle sole società che la norma del codice contempla, consente di ritenere che si deve aver riguardo agli effetti delle situazioni che la stessa disposizione definisce per individuare i rapporti di controllo. La possibilità di applicare a qualsiasi impresa la verifica di una situazione di controllo, e perciò anche ad altre società di capitali, alle società di persone o agli imprenditori individuali, non già alle sole società cui specificamente ha riguardo l'art. 2359, fa giustamente concludere che quel che la legge n. 109/1994 e s.m. prende in considerazione è il fatto che, in virtù degli incroci di partecipazione e di interessi sussistenti, si rilevi l'esistenza di un unico centro decisionale, corrispondente a quello, che con la maggioranza dei voti, con l'influenza dominante o con particolari vincoli contrattuali, si avvera nelle predette società. Le forme e le misure di possesso di azioni, di quote o di partecipazioni in genere, l'esistenza di patti parasociali, la collocazione di soggetti negli organi di amministrazione possono avvenire a vario titolo. Quel che assume rilievo, ai fini della partecipazione alle suddette procedure, è che non vi sia riferibilità ad una medesima persona, ad un medesimo gruppo di persone o ad una medesima società delle decisioni formalmente attribuibili ad entità diverse.

Tali rilievi si mostrano coerenti con altre disposizioni della medesima legge n. 109/1994 e s.m.

Sussistono, infatti, i divieti recati dall'art. 12, comma 5, e 13, comma 4, della legge stessa di plurime partecipazioni alle procedure di affidamento di lavori pubblici. Essi sono vigenti per il consorzio stabile e i suoi consorziati,

ma anche per tutti i concorrenti (art. 13), in quanto inibiscono di partecipare alle gare in più di un'associazione temporanea o consorzio oppure in questi ed in forma individuale.

Si tratta di norme ispirate alla trasparenza, e che mirano a rimuovere il rischio di procedure inquinate da accordi che possono influenzare le offerte, con pregiudizio dell'interesse pubblico al miglior risultato ottenibile, se garantito da una concorrenza piena, e quindi da una vera parità di condizione fra i vari offerenti; che tendono a scongiurare la concreta possibilità che partecipazioni plurime rechino pregiudizio alla segretezza delle offerte.

Da tutto quanto sopra, può ritenersi quanto segue.

L'art. 10 della legge quadro, dopo aver elencato al comma 1, i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei lavori pubblici (imprese, individuali, società, consorzi, associazioni temporanee), stabilisce, al successivo comma 1 *bis*, che i concorrenti non devono trovarsi in una delle situazioni di cui all'art. 2359 c.c.; situazioni che includono, secondo le indicazioni della giurisprudenza amministrativa, le ipotesi di intreccio degli organi amministrativi o di rappresentanza o tecnici, tali da far sì che non vi siano le condizioni di trasparenza indispensabili per assumere l'autonomia e la segretezza delle offerte presentate da ciascuna ditta.

In sostanza, il divieto è posto con riferimento a *tutti* i concorrenti, siano essi singoli o associati o consorziati, a prescindere dalla tipologia di consorzio prescelta.

Sulla base delle considerazioni svolte, l'Autorità è dell' avviso che:

- il divieto di contemporanea partecipazione alla medesima gara dei consorzi e dei consorziati, in caso di intreccio degli organi amministrativi o di rappresentanza o tecnici tale da determinare l'ipotesi di collegamento sostanziale, di cui all' art. 10, comma 1-bis della legge 109/94 e s.m., opera quale norma di ordine pubblico a tutela dei principi di par condicio dei concorrenti, libera concorrenza, trasparenza e correttezza delle offerte, oltre che per i consorzi stabili, anche per i consorzi di società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e s.m. e per i consorzi tra imprese artigiane costituiti a norma della legge 8 agosto 1985, n. 443.

Determinazione n. 3/2004

Appalti di progettazione e di supporto alla progettazione (21 aprile 2004)

Premesso

L'OICE (Associazione delle organizzazioni d'ingegneria, architettura e consulenza tecnico-economica), con nota del 20 dicembre 2002, chiedeva a questa Autorità di vigilanza sui lavori pubblici di valutare la legittimità di alcune procedure adottate dall'Anas per l'affidamento di servizi di supporto alla progettazione preliminare di lavori relativi ad alcuni collegamenti viari. L'associazione rappresentava, in particolare, che le prestazioni poste a base di gara, anche se definite di supporto, costituivano, in realtà, una vera e propria attività di progettazione preliminare; dal che il sospetto che si operasse con violazione o elusione delle norme previste dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni e dal DPR 21 dicembre 1999, n. 554, concernenti l'affidamento al fine, tra l'altro, di non applicare le tariffe professionali per i compensi dovuti ai progettisti.

L'ANAS, dal canto suo, faceva presente che le opere da realizzare, ed alle quali si riferivano i bandi emanati, erano comprese nel programma d'infrastrutture strategiche d'interesse nazionale, approvato con delibera CIPE del 21 dicembre 2001, e quindi ricadevano nell'ambito di applicazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443 e relativo decreto legislativo attuativo 20 agosto 2002, n. 190. Per tali opere l'ente aveva provveduto ad elaborare i relativi studi di fattibilità e, in alcuni casi, aveva sviluppato la progettazione di livello preliminare; tuttavia, al fine di garantire un più idoneo livello di dettaglio ai progetti, aveva ritenuto necessario procedere alla relativa integrazione e completamento, ed in tale prospettiva si era dotato di una struttura di progettazione interna cui affidare lo sviluppo ulteriore dei progetti, ed al contempo aveva indetto una gara per acquisire apporti professionali esterni occorrenti all'implementazione del detto ufficio di progettazione interna.

A seguito di audizione delle parti interessate, che confermavano le rispettive posizioni, e del Consiglio Nazionale degli Ingegneri, che rappresentava la necessità del rispetto delle tariffe professionali, il Consiglio dell'Autorità, stante la rilevanza generale della questione e le implicazioni che potevano derivare dall'adottanda soluzione, nella riunione del 02/04/2003, decideva di acquisire il parere del Consiglio di Stato, che, dopo una richiesta istruttoria in data 18 giugno 2003, esprimeva l'avviso (Consiglio di Stato - Sezione Seconda - 17 dicembre 2003, n. 4904/03) che, nel sistema delineato dalla legge n. 109/1994, l'attività di progettazione è tendenzialmente unitaria, laddove quella di supporto ed accessoria alla stessa è frazionabile e scindibile in tante quante sono le tipologie di atti necessitanti di competenze spe-

cifiche per il loro espletamento. Nel caso sottoposto al suo esame, il Consiglio di Stato riteneva che gran parte delle attività richieste nei bandi di gara predisposti dall'Anas rappresentavano espressione di tipica attività progettuale, di natura creativa e non solo ricognitiva o valutativa dell'esistente e quindi di semplice supporto alla progettazione stessa.

Successivamente, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 14 aprile 2004, al fine di verificare la coerenza dell'iniziativa dell'ANAS sia con le regole normative che con i criteri di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, ha assunto la seguente determinazione.

Considerato

Le questioni sollevate dall'esponente, discusse in sede di audizione sono state oggetto del parere del Consiglio di Stato, citato in premessa, per l'avvertita esigenza di acquisire, oltre che l'avviso dell'organo consultivo sulla interpretazione delle regole normative, anche i dati che potevano essere in possesso dello stesso in ordine alle realtà amministrative che possono emergere nello svolgimento della funzione di consulenza.

Risulta, in base all'acquisito parere confermato il percorso interpretativo, di cui era consapevole l'Autorità e che puntualizza quella che può definirsi la valutazione letterale e logica delle disposizioni vigenti in materia.

In coerenza, possono confermarsi le proposizioni relative alla esatta definizione del concetto tecnico-giuridico di progettazione ed ai soggetti abilitati a norma di legge a svolgere tale attività.

Per quanto concerne il contenuto del concetto di progettazione in senso proprio occorre far riferimento all'articolo 16 della legge n. 109/1994 e s.m., come successivamente modificato sia dalla legge 18 novembre 1998, n. 415 sia dalla legge 1 agosto 2002, n. 166, nel quale viene definita e qualificata l'attività di progettazione, che si articola secondo tre successivi livelli di approfondimenti tecnici, in *preliminare, definitiva ed esecutiva*.

Come già affermato da questa Autorità in propri precedenti atti (*in particolare, determinazione n. 4/2001*), la disciplina in tale materia costituisce uno degli aspetti peculiari e più innovativi della legge n. 109/94 n. e s.m. che anche i successivi interventi emendativi o con carattere di novella non hanno posto in discussione. L'attività di progettazione ha, quindi, assunto carattere di cardine fondamentale della riforma operata dalla legge n. 109/1994 e s.m. ed il progetto, che ne è il risultato finale, ha un ruolo decisivo e di centralità nel complessivo procedimento di realizzazione delle opere pubbliche.

La progettazione, inoltre, si presenta come funzionale ad una serie di esigenze quali la tutela ambientale, la difesa del suolo, la sicurezza dei cantieri, la pianificazione urbanistica; di qui la necessità di avere un contesto normativo di riferimento organico e ben definito.

Mentre, quindi, in passato era previsto che la progettazione fosse redatta soltanto in due livelli di definizione tecnica (*massimo ed esecutivo*) ora, invece, in almeno tre (*preliminare, definitivo ed esecutivo*). Inoltre il legislatore della legge n. 109/1994 e s.m., nel proceduralizzare le attività di progettazione, ha reso, a differenza degli anni precedenti, molto più stringenti e puntuali le regole sulla materia e con ciò le ha, di conseguenza, allineate a quelle vigenti in altri Stati appartenenti all'U.E.

La vera novità è, quindi, costituita dalla strutturazione della progettazione in tre livelli di definizione tecnica, i cui contenuti ed elaborati sono puntualmente definiti dalla legge all'art. 16 commi 3, 4, 5 della legge n. 109/1994 e s.m. e negli artt. da 18 a 45 del DPR n. 554/1999.

Per quanto riguarda la individuazione dei soggetti cui è possibile affidare l'attività di progettazione essa è contenuta nell'art. 17 della legge n. 109/1994, come successivamente modificato e integrato. In tale articolo è specificata la disciplina per l'effettuazione non solo delle attività di progettazione, ma anche di quelle di direzione dei lavori, e delle relative prestazioni accessorie.

In particolare per il tema che si sta esaminando sono significativi i commi 10, 11, 12 e 14-*quinquies* del suddetto articolo 17.

Il comma 10 prevede che per l'affidamento di incarichi di progettazione di importo pari o superiore alla soglia comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi, si applicano le disposizioni del D.Lgs. n. 157/1995 ovvero del D.Lgs. n. 158/1995. Il comma 11 stabilisce che per l'affidamento di incarichi di progettazione il cui importo stimato sia compreso tra €100.000 e la soglia comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi, il regolamento disciplina le modalità di aggiudicazione che le stazioni appaltanti devono rispettare, in alternativa alla procedura del pubblico incanto, in modo che sia assicurata adeguata pubblicità agli stessi e siano temperati i principi generali di trasparenza e buon andamento con l'esigenza di garantire la proporzionalità tra le modalità procedurali e il corrispettivo dell'incarico. Il comma 12 dispone che per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori il cui importo stimato sia inferiore a €100.000 le stazioni appaltanti per il tramite del responsabile del procedimento possono procedere all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere *d), e), f), e g)* di loro fiducia, previa verifica dell'esperienza e della capacità professionale degli stessi e con motivazione della scelta in relazione al progetto da affidare.

Particolarmente rilevante è poi il comma 14-*quinquies*, che per gli incarichi a estranei all'amministrazione pone un divieto almeno parziale al subappalto, col sancire che in tutti gli affidamenti di incarichi di progettazione l'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per talune attività quali le *indagini geologiche, geotecniche e sismiche, i rilievi, le misurazioni, le picchettazioni, la predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con l'esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la*

sola redazione grafica degli elaborati progettuali, rimanendo comunque ferma la responsabilità del progettista.

Il progetto di un'opera o di un lavoro pubblico, in termini generali, è, quindi, l'espressione – in termini grafici, descrittivi, tecnici e tecnologici – della risposta del progettista alla domanda del committente, quale è definita nel *documento preliminare alla progettazione*. La progettazione consiste, pertanto, in un insieme di attività tra loro coordinate, intese a tradurre le esigenze della committenza in un progetto contenente puntuali prescrizioni operative per l'esecutore. E' costituita da disegni, relazioni, tabelle, specifiche tecniche e calcoli, che concorrono a definire la forma, la dimensione, le caratteristiche e le modalità d'esecuzione dell'intervento richiesto e ne individua i costi. Come, quindi, rilevato dal Consiglio di Stato, costituisce opera dell'ingegno di carattere creativo, originale ed innovativo, di contenuto complesso (*grafico, relazionale, espositivo*), che descrive e rappresenta l'opera da eseguire come concepita dal suo autore, cioè il progettista, a mezzo di atti definiti *soluzioni, elaborati, scelte*, ciascuno rappresentativo di una trasposizione documentale dell'idea progettuale.

Nel sistema della legge-quadro n. 109/1994 viene, in sostanza, preso atto che l'attività di progettazione si svolge sempre attraverso progressivi sviluppi dell'idea progettuale. La stessa è rigorosamente disciplinata come un vero e proprio procedimento. La legge ed il relativo regolamento generale d'attuazione individuano i contenuti degli elaborati descrittivi e grafici che sono necessari per ritenere i singoli progetti adeguatamente sviluppati nei rispettivi livelli di approfondimento. Di modo che i livelli medesimi costituiscono individuazione dei necessari contenuti documentali attraverso i quali prende corpo e progressivamente si sviluppa l'idea progettuale, e la cui redazione è rimessa all'elaborazione dei progettisti.

La legge stabilisce, inoltre, a quali soggetti, a quali condizioni e con quali modalità devono essere affidate le prestazioni relative alla progettazione nonché agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile unico del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale. Dal che si evince una differenziazione tra l'attività di progettazione vera e propria e quella, ad essa preparatoria, di supporto al responsabile del procedimento e al dirigente addetto al programma triennale.

E' stabilito, poi, che, tendenzialmente, l'attività di progettazione debba essere affidata a personale interno dell'amministrazione, potendosi disporre l'affidamento a professionisti esterni soltanto in casi documentati e comprovati di carenza di organico o di particolare complessità e rilevanza del progetto, e, come già detto, che l'affidatario esterno dell'incarico non può ricorrere al subappalto, fatta eccezione per le attività prima indicate. Da ciò può desumersi, sempre relativamente agli incarichi ad estranei all'amministrazione, la sottintesa previsione dell'indivisibilità della stessa, per la necessaria responsabilizzazione dei soggetti che svolgono attività sostitutiva di uffici dell'amministrazione. Perciò l'art. 17 della legge n.

109/1994, nel testo modificato dalla legge 18 novembre 1998, n. 415, ha espunto il riferimento ad un distinto affidamento di *parte* della progettazione e ne preclude il frazionamento, con conseguente abrogazione, fra l'altro, del disposto di cui al DM 15 dicembre 1955, n. 2608, *disciplinare - tipo per il conferimento di incarichi a liberi professionisti per la progettazione e direzione di opere pubbliche*, che tale frazionamento, invece, consentiva, prevedendosi la facoltà di affidare all'esterno singole *parti* del progetto e congiuntamente la progettazione a professionisti esterni ed a professionisti interni, con il pagamento in tali casi di una tariffa professionale ridotta al 40%. Questa modifica si collega anche alla valorizzazione delle società di ingegneria che nell'ambito della concreta attività di progettazione possono, ovviamente, organizzare i supporti personali per la sua realizzazione.

Sulla base di queste indicazioni interpretative di carattere generale, per valutare i criteri organizzativi ammissibili nell'attività di progettazione svolta dagli uffici delle amministrazioni occorre considerare che in essa confluiscono: quella che può denominarsi progettazione in senso proprio, che consiste in quell'opera dell'ingegno di carattere creativo, originale ed innovativo, di contenuto complesso; quelle attività che accedono all'ideazione progettuale e che sono da svolgere secondo indicazioni e criteri stabiliti in sede di scelte progettuali ed infine, distinte dalla progettazione vera e propria le attività di supporto tecnico-amministrativo alla progettazione

Queste ultime attività sono, tendenzialmente, affidate agli uffici interni della stazione appaltante, ma che, tuttavia, qualora non sia possibile effettuarla con dipendenti della stazione appaltante, può essere affidata all'esterno con procedure ad evidenza pubblica e con riferimento a corrispettivi stabiliti a corpo in base ad indagini di mercato.

Si tratta di quegli apporti di contributi tecnici, che presuppongono la conoscenza e la preventiva soluzione d'un ventaglio di questioni attinenti a branche disparate delle conoscenze tecniche e scientifiche, e che non s'identifica soltanto con l'attività professionale propria dell'ingegnere o dell'architetto e si risolvono in mere *indagini, ispezioni, ricognizioni, localizzazioni*, non originali, di natura meramente materiale e ripetitiva che, tuttavia, proprio per la complessità insita nella loro caratteristiche, richiedono spesso il ricorso a diversificate professionalità, per la cui acquisizione anche il progettista esterno può eventualmente ricorrere al subappalto. Per queste attività non vi è preclusione al frazionamento ed all'affidamento a gruppi di tecnici differenti da quelli che sono incaricati della *progettazione vera e propria*. Trattandosi, peraltro, di attività implicanti l'esplicazione di servizi, l'eventuale affidamento esterno deve avvenire con procedura ad evidenza pubblica ai sensi del decreto legislativo 157/95.

Per le attività che accedono alla progettazione in senso proprio – cioè quelle per seconde prima indicate – ferma rimanendo l'osservanza dell'opzione fondamentale del legislatore per la progettazione, come opera di ingegno, effettuata all'interno della stazione appaltante, ove non siano ravvisabili, oppure allo stato non siano disponibili o sufficienti, le professionalità necessarie alla predisposizione di tutti gli elaborati progettuali, è possibile co-

stituire gruppi di progettazione misti, formati da dipendenti aventi un'adeguata professionalità e da professionisti esterni.

In questi casi in cui, si ripete, la stazione appaltante non disponga o non siano disponibili tutte le professionalità occorrenti allo sviluppo compiuto della progettazione, richiedere che la stessa l'affidi tutta l'attività all'esterno sarebbe soluzione con ingiustificato aggravio di spesa. Perciò si è indicato quella di costituzione di un gruppo di progettazione misto, composto dai dipendenti delle stazioni appaltanti dotati delle necessarie specializzazioni e da professionisti esterni che integrano quelle mancanti ai suddetti dipendenti.

Ciò che costituiscono connotati necessari per l'ammissibilità della costituzione di detti gruppi misti sono: la precisazione nei documenti di gara delle specifiche professionalità che debbono possedere i concorrenti; la dettagliata specificazione delle attività da eseguire da parte dei singoli progettisti; il necessario sviluppo progettuale assegnato a ciascuno nell'ambito dell'unitario progetto, e cioè la necessità che queste attività siano da svolgere secondo indicazioni e criteri stabiliti in sede di scelte progettuali o comunque condizionate da criteri e da assensi per accertata coerenza con dette scelte.

Queste attività che accedono alla progettazione in senso proprio, infine, possono essere affidate unicamente in base alle disposizioni contenute nella legge n. 109/94 e del DPR n. 554/999.

Con riferimento, poi, ai bandi dell'Anas, gli affidamenti in essi per non rispondere a detti criteri e per come formulate le previsioni relative e le clausole di affidamento si prestano ad essere oggetto delle censure di illegittimità prospettate.

In base alle esposte considerazioni si può, conclusivamente, ritenere che:

- a) nella progettazione di un'opera o lavoro pubblico possono ravvisarsi due distinte attività operative, costituite, la prima, dalla progettazione, in senso proprio, che consiste in un'opera dell'ingegno di carattere creativo, originale ed innovativo, di contenuto complesso, con cui si estrinseca e rappresenta l'idea del progettista, e, la seconda, che si concreta in una serie di attività che accedono alla progettazione, ma sono da svolgere secondo indicazioni e criteri stabiliti in sede di scelte progettuali;
- b) distinta dalla composita attività di progettazione vera e propria, indicata è, invece, l'attività di supporto tecnico-amministrativo alla progettazione la quale è tendenzialmente affidata agli uffici interni della stazione appaltante, ma che, tuttavia, qualora non sia possibile effettuarla con dipendenti della stazione appaltante, può essere affidata all'esterno con procedure ad evidenza pubblica e con riferimento a corrispettivi stabiliti a corpo in base ad indagini di mercato;
- c) ferma rimanendo l'opzione fondamentale del legislatore per una progettazione in senso proprio effettuata all'interno della stazione appaltante, ove nelle sue articolazioni organizzative non siano ravvisabili,

oppure allo stato non siano disponibili o sufficienti, tutte le professionalità all'uopo necessarie, è possibile costituire gruppi di progettazione misti, formati da dipendenti aventi un'adeguata professionalità e da professionisti esterni, alle condizioni indicate in motivazione;

- d) i bandi di gara indetti dall'ANAS si prestano – per come sono indicate e formulate le prestazioni da affidare – a censure di irregolarità in quanto non rispondono ai criteri ed alle condizioni precisate e possono configurare affidamenti di incarichi non compatibili con le disposizioni vigenti.

Determinazione n. 4/2004

Appalto di lavori pubblici a trattativa privata, ai sensi di leggi speciali ed ordinanze di emergenza, emanate in occasione di eventi calamitosi (21 aprile 2004)

Premesso

A seguito del Comunicato di questa Autorità “*Segnalazioni su fatti specifici*”, pubblicato sulla G.U.R.I. del 6 febbraio 2002, sono pervenute numerose comunicazioni, da parte di stazioni appaltanti, relative ad appalti di lavori pubblici affidati mediante la procedura della trattativa privata, ai sensi di normative speciali emanate in occasione di eventi calamitosi.

Dalle segnalazioni esaminate, si è riscontrato che buona parte degli affidamenti a trattativa privata sono avvenuti ai sensi di due provvedimenti di emergenza, entrambi volti a finanziare interventi urgenti di ripristino delle opere danneggiate da eventi calamitosi :

1. l’ordinanza di necessità ed urgenza n. 3090/2000, emanata dal Ministero dell’Interno, a seguito degli eventi alluvionali dell’ottobre 2000 ;
2. la legge n. 61/1998, di conversione del D.L. n. 6/1998 .

Tali provvedimenti di emergenza, finalizzati a consentire l’esecuzione dei lavori di recupero in tempi ridotti, incompatibili con le procedure ad evidenza pubblica, hanno consentito la deroga alla restrittiva disciplina sull’affidamento mediante trattativa privata dettata dall’art. 24, legge 109/94 e s.m.i.

Visto il frequente ricorso alle sopra descritte modalità di affidamento, si è ritenuto opportuno approfondire i limiti entro i quali le medesime possano ritenersi legittime, precisando, altresì, che le considerazioni che seguiranno, pur facendo riferimento principalmente a questi due provvedimenti normativi, possono essere estese, per identità di fattispecie, a tutta la normativa derogatoria emanata in occasione di calamità naturali, normativa che ha conosciuto nel nostro ordinamento giuridico una straordinaria proliferazione.

Ritenuto in diritto

Questa Autorità ha avuto modo in più occasioni di approfondire la problematica relativa alla natura delle ordinanze contingibili ed urgenti.

A) In particolare, nella determinazione n. 20/2002 del 30 luglio 2002, sono stati precisati i limiti dell’efficacia delle ordinanze d’emergenza, emanate dal Dipartimento per la Protezione Civile, in relazione all’esecuzione di opere pubbliche.

E' stato evidenziato che, poiché la *ratio* delle ordinanze *extra ordinem* è quella di far fronte a situazioni di speciale urgenza, l'efficacia di tali provvedimenti è rigorosamente limitata nel tempo e circoscritta alla persistenza della menzionata situazione.

Pertanto, una deroga alle disposizioni vigenti, in base alle ordinanze di emergenza, proprio perché causata da una situazione eccezionale, non trova logica giustificazione ove permanga *sine die*.

Se, quindi, gli interventi urgenti che le situazioni di emergenza richiedono non vengono adottati tempestivamente, dette situazioni tendono a consolidarsi, diventando situazioni di disagio permanente (difficoltà abitative, di circolazione ecc..) che, tuttavia, non sono proprie soltanto dei luoghi colpiti da eventi calamitosi, ma di molte parti del territorio nazionale.

In tale evenienza, la deroga alla legge ordinaria ed alle correlate garanzie costituzionali, non trova più logica giustificazione poiché i fatti smentiscono il dichiarato obiettivo di urgenza.

B) La recente determinazione n. 1/2004 del 14 gennaio 2004, relativa alle ordinanze emanate dal sindaco per motivi di pubblica sicurezza, ha ulteriormente precisato che la categoria generale delle ordinanze *extra ordinem* trova dei limiti inderogabili nei principi generali dell'ordinamento e nei canoni, individuati dalla giurisprudenza costituzionale, della ragionevolezza e della proporzionalità tra il provvedimento e la realtà circostante, dell'obbligo di motivazione e dell'indicazione delle specifiche disposizioni derogate.

In base ai suddetti canoni di ragionevolezza, si è potuto concludere che, tra le norme della legge quadro sui lavori pubblici, possano essere derogate quelle attinenti alla scelta del contraente ed all'assegnazione del relativo contratto.

Con particolare riferimento alla disciplina degli affidamenti diretti per motivi di urgenza (art. 24 della legge quadro - trattativa privata ; art. 146 del DPR 554/99 - lavori d'urgenza, condotti in economia dalla S.A.; art. 147 del DPR 554/99 - provvedimenti in casi di somma urgenza), si è ritenuto che l'ordinanza sindacale possa rappresentare un presupposto per i successivi affidamenti diretti, derogando alle procedure ad evidenza pubblica.

Il riconoscimento della possibilità di deroga alle procedure di affidamento ad evidenza pubblica, a favore di forme di aggiudicazione diretta, trova, però, per le ordinanze d'urgenza, lo specifico limite, ribadito anche nella citata determinazione n. 1/2004, della **indicazione di un preciso termine finale** <<...non essendo configurabili effetti di durata indefinita, in quanto un'efficacia *sine die* contrasterebbe con il carattere eccezionale e temporaneo del provvedimento>>.

Si ritiene che le considerazioni espresse nelle citate determinazioni, in merito alle ordinanze contingibili ed urgenti, possano essere estese anche all'altro strumento giuridico, sovente utilizzato in occasione di eventi calamitosi, e cioè alle leggi speciali emanate per provvedere a tempestivi interventi di ripristino.

La ratio dei provvedimenti legislativi di emergenza è la stessa delle ordinanze di necessità ed il regime giuridico di diritto eccezionale che introducono ha la caratteristica di essere necessariamente temporaneo, in quanto la normativa ordinaria, posta in uno stato di quiescenza, riprende vitalità una volta trascorso il periodo di sospensione.

Tutta la normativa di emergenza, quindi, e cioè sia le ordinanze di necessità che le leggi speciali, è caratterizzata da un effetto sospensivo ed, al contempo, da imprescindibili limiti temporali di applicazione, poiché il legislatore non risulta libero di determinare la durata della legislazione d'emergenza, in quanto non può rendere vana la tutela costituzionale di alcuni valori garantiti, come la concorrenza.

Tanto premesso, occorre analizzare le concrete previsioni contenute nei provvedimenti di emergenza, in merito alle modalità di affidamento degli interventi di ricostruzione.

I provvedimenti di emergenza, di solito, stabiliscono la predisposizione, da parte delle regioni interessate, di un piano straordinario che individui le opere danneggiate, sulla base del quale erogare i finanziamenti statali, da ripartire a favore dei singoli interventi, a loro volta specificati nei programmi annuali dei lavori pubblici degli enti locali.

Nei piani di ricostruzione redatti dalle regioni (o dalle province) vengono individuate anche le modalità di scelta dei contraenti da adottare per l'affidamento di tutti gli appalti di lavori compresi nel programma ed a tali procedure fanno, poi, riferimento gli enti locali nella veste di stazioni appaltanti.

Nella maggioranza dei casi, le regioni indicano la possibilità di ricorrere alla procedura della trattativa privata, da attuare in deroga alla disciplina ordinaria, come consentito da espresse disposizioni dalla normativa di emergenza.

Per fare un esempio, l'art. 2, comma 5 dell'ordinanza ministeriale n. 3090/2000 prevede espressamente che << Per l'affidamento delle progettazioni e la realizzazione degli interventi è autorizzata, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, la deroga alle sotto elencate norme: (...) legge 11 febbraio 1994, n. 109, modificata dalle leggi 2 giugno 1995, n. 216, e 18 novembre 1998, n. 415, articolo 6, comma 5, ed articoli 9, 10, comma 1-quater, 14, 16, 17, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 28, 29, 32, 34 e le disposizioni del Decreto Presidente Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, strettamente collegate all'applicazione delle suindicate norme; (...) >>.

In modo analogo, l'art. 14, comma 4, della legge n. 61/98 recita testualmente : <<Per tutti gli interventi di ricostruzione, ripristino o restauro di opere pubbliche distrutte o danneggiate (...), si può procedere ai sensi dell'art. 24, comma 1, lett. b), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i., **fino all'importo di due milioni di ECU**, IVA esclusa. L'affidamento di appalti a trattativa privata, ai sensi del comma 1 dell'art. 24 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, avviene mediante gara informale alla quale debbono essere invitati almeno 15 soggetti concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati ai sensi della citata legge n. 109 del 1994 per i lavori oggetto dell'appalto>>.

Queste disposizioni consentono quindi un sistematico ricorso alla trattativa privata (preceduta da gara informale), per tutti gli appalti dei lavori compresi nei piani regionali, al fine di eseguire senza indugio gli interventi di ricostruzione, a prescindere dai limiti (soprattutto di importo) previsti dalla più rigorosa disciplina di cui alla legge quadro.

Questa tipologia di affidamenti, a causa delle peculiari modalità con cui gli appalti vengono concretamente realizzati, pone un problema sostanziale di coerenza con la natura necessariamente temporanea dei provvedimenti di urgenza che tale disciplina derogatoria introducono.

La discrasia deriva dal fatto che numerose stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione di lavori pubblici a trattativa privata, facendo riferimento alle sopra citate disposizioni derogatorie, ma adottando le determinazioni di affidamento ad un lasso di tempo significativo dal verificarsi degli eventi calamitosi, invocati quale origine del danno, cioè anche ad alcuni anni di distanza.

Tali modalità di aggiudicazione vanificano gli imprescindibili limiti temporali propri della normativa di emergenza e, con essi, il dichiarato obiettivo di celerità che è la ratio di simili provvedimenti.

Il punto nevralgico della questione, per l'operatore del diritto, concerne, a questo punto, l'individuazione del limite temporale della singola disciplina derogatoria, nei frequenti casi in cui non sia il legislatore stesso ad indicare espressamente una data precisa o un determinato evento.

A tal fine, pur rientrando nella discrezionalità dell'interprete individuare, caso per caso, i limiti temporali di efficacia, assume un ruolo di importante supporto il perdurare dello stato di emergenza dichiarato dall'autorità amministrativa competente.

Questo criterio trova riscontro nella legge sulla Protezione Civile n. 225/2000, il cui art. 5 ("Stato di emergenza e potere di ordinanza"), disciplina, al comma 1°, la deliberazione dello stato di emergenza, da parte del Consiglio dei Ministri, al verificarsi di eventi calamitosi.

Il successivo comma 2 disciplina il potere normativo derogatorio dell'esecutivo, a mezzo di ordinanze di necessità, in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, ai fini dell'attuazione degli interventi conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza.

Visto lo stretto legame tra l'esercizio del potere normativo derogatorio ed il perdurare dello stato di emergenza (la cui durata ed estensione territoriale, ai sensi del citato art. 5, comma 1, deve essere espressamente determinata, in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi calamitosi), è legittimo fare riferimento alla durata dello stato di emergenza per individuare i limiti temporali di efficacia della disciplina derogatoria.

L'indicato criterio ermeneutico trova riscontro anche in altre fonti normative, volte a disciplinare singole situazioni di emergenza, relative a circoscritti ambiti territoriali (es : art.1 della legge n.226/99, che autorizza i Presidenti delle Regioni colpite a completare gli interventi urgenti di loro competenza <<...comunque nel termine di durata dello stato di emergenza>>.).

Dalle considerazioni svolte segue che.

- Possono ritenersi legittime quelle procedure di aggiudicazione a trattativa privata di appalti di lavori pubblici, effettuate ai sensi della normativa di emergenza, che siano perfezionate nel perdurare dello stato di emergenza.
- Al contrario, l'affidamento dei lavori mediante trattativa privata, motivato dalla stazione appaltante dall'urgenza di ripristinare le opere danneggiate da eventi calamitosi, può configurare situazioni di illegittimità e di contrasto con i presupposti della normativa di emergenza, laddove la determinazione di affidamento dei lavori sia avvenuta in data successiva alla cessazione dello stato di emergenza, come previsto nella relativa delibera del Dipartimento della Protezione Civile, e qualora il lasso di tempo trascorso abbia consolidato lo stato di fatto e quindi reso normale la necessità di intervenire.
- In tali ipotesi, riprende vigore la disciplina ordinaria, per cui le stazioni appaltanti sono tenute ad attuare l'iter di affidamento degli appalti, nel rispetto delle ordinarie procedure ad evidenza pubblica e dei principi fondamentali di trasparenza e concorrenza.

Determinazione n. 5/2004

Ulteriori criteri cui devono uniformarsi le S.O.A. in materia di rilascio di attestazioni relative ad imprese cedenti e ad imprese cessionarie di aziende o di rami di aziende (21 aprile 2004)

Considerato in fatto

L'Autorità nelle determinazioni 5 giugno 2002, n. 11 e 26 febbraio 2003, n. 5 ha individuato le regole operative in materia di rilascio di attestazioni nel caso di cessione di azienda o di ramo d'azienda.

In tali determinazioni, tenuto conto che i certificati di esecuzione dei lavori devono essere utilizzati una sola volta, è stato, fra l'altro, espresso l'avviso:

- a) **che l'impresa cessionaria** (*o conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di scissione, ecc*)– qualora voglia avvalersi ai fini della propria qualificazione dei requisiti dell'impresa cedente(*o conferente, locatrice, ecc*) l'azienda o il ramo d'azienda – ha la possibilità di:
- 1) se non ancora attestata: stipulare un contratto con una S.O.A. per il rilascio di una prima attestazione;
 - 2) se già in possesso di attestazione: stipulare un contratto con una S.O.A. per il rinnovo dell'attestazione posseduta e, quindi, con nuova data di **rilascio prima attestazione**, di **scadenza verifica triennale** e di **scadenza finale** oppure stipulare una integrazione del contratto originario avente ad oggetto la modifica, fermo restando le date del **rilascio prima attestazione** di **scadenza verifica triennale** e di **scadenza finale** , facendo, quindi, applicazione degli indirizzi formulati dall'Autorità nel punto 7 della determinazione 8 febbraio 2001, n. 6 (*integrazione delle attestazioni già rilasciate, mediante l'inserimento in esse di qualificazioni in nuove categorie*) oppure nel punto 6 del comunicato alle S.O.A. del 12 aprile 2001, n. 5 (*integrazioni delle attestazioni già rilasciate con modifica delle sole classifiche delle qualificazioni*);
- b) che qualora **l'impresa cedente** (*o conferente, locatrice, ecc*) sia in possesso di attestazione, occorre, nel caso si è in presenza di cessione di azienda, il ritiro dell'attestazione, oppure, nel caso si è in presenza di cessione di un ramo azienda, il suo ridimensionamento;
- c) che la S.O.A. che stipula un contratto con una impresa la cui idoneità deriva in tutto o in parte dall'acquisto di una azienda o di un suo ramo (*o da atti di trasformazione, fusione e scissione di imprese*) deve trasmettere, oltre al contratto da essa stipulato con **l'impresa cessionaria** (*o conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di scissione, ecc*) anche il contratto fra **impresa cedente** (*o conferente, locatrice, ecc*) e **impresa cessionaria** (*o conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di scissione, ecc*)

- d) che la S.O.A. che ha stipulato il contratto con la **impresa cessionaria** (o *conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di scissione, ecc*) – qualora sia la stessa che ha rilasciato l’attestazione alla **impresa cedente** (o *conferente, locatrice, ecc*)– deve, prima del rilascio dell’attestazione alla **impresa cessionaria** (o *conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di scissione, ecc*), provvedere al ritiro o al ridimensionamento dell’attestazione della **impresa cedente** (o *conferente, locatrice, ecc*);
- e) che la S.O.A. che ha stipulato il contratto con la **impresa cessionaria** (o *conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di scissione, ecc*) – qualora sia diversa da quella che ha rilasciato l’attestazione alla impresa cedente (o *conferente, locatrice, ecc*) – deve, prima del rilascio dell’attestazione alla **impresa cessionaria** (o *conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di scissione, ecc*), procedere alla verifica della avvenuto ritiro o modifica dell’attestazione dell’**impresa cedente** (o *conferente, locatrice, ecc*) ed a questo scopo deve mettersi in contatto tramite l’Autorità con la S.O.A. che ha rilasciato l’attestazione;

E’ stato rilevato che la indicazione di cui alla precedente lettera e) comporta alcune difficoltà attuative che ne suggeriscono un riesame approfondito.

Con riferimento alle considerazioni in fatto e ai problemi operativi, appaiono funzionali le seguenti precisazioni che vanno a integrare le vigenti regole relative, in prevalenza, all’attività delle S.O.A. che, giova ricordare – come precisato con le sentenze del Consiglio di Stato del 2 marzo 2004, n. 991 e n. 993 e con la sentenza del 14 aprile 2004, n. 2124 – pur essendo organismi di diritto privato, svolgono una funzione pubblicitica di certificazione che sfocia in una attestazione di natura vincolata con valore di atto pubblico, realizzandosi in tal modo una ipotesi di esercizio privato di una funzione pubblica.

Si premette che nel sito dell’Autorità (www.autoritalavoripubblici.it) sono presenti nella pagina *Casellario informatico* più elenchi di imprese contenenti specifiche annotazioni e informazioni. Uno di questi elenchi contiene le *imprese per le quali sono stati disposti la modifica e/o l’annullamento dell’attestazione* ed un altro le *imprese per le quali le S.O.A. hanno comunicato il ritiro dell’attestazione*. Tutte queste annotazioni sono comunque riportate in via automatica anche nell’elenco delle *imprese qualificate suddiviso per regioni* e, ciò, rende completa l’informazione sulla efficacia o meno dell’attestazione qualsiasi sia l’elenco che si consulta.

Va inoltre sottolineato che nella banca dati delle attestazioni sono conservate, oltre alle attestazioni in corso di validità, anche quelle non più valide in quanto sostituite da quelle in corso di validità oppure ritirate o annullate, e, quindi, per ogni impresa qualificata è possibile conoscere non solo l’attestazione in corso di validità ma anche lo storico di quelle che non lo sono più.

Considerato in diritto

Si precisa, in primo luogo, che le **imprese cedenti** (o conferente, locatrice, ecc), a partire dalla data di stipula dell'atto con l'**impresa cessionaria** (o conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di scissione, ecc), non possono partecipare, nel caso di cessione di azienda (conferimento, fusione, ecc.), agli appalti ed alle concessioni di lavori pubblici di qualsiasi importo e categoria e, nel caso di cessione di ramo di azienda, agli appalti e concessione di lavori pubblici che prevedano la categoria o le categorie cui si riferisce il ramo di azienda ceduto.

In ordine agli adempimenti che le S.O.A. debbono svolgere in materia di rilascio di attestazioni ad **imprese cedenti** e a **imprese cessionarie** e alle connesse attribuzioni dell'Autorità - cui, nelle indicate sentenze del Consiglio di Stato, viene riconosciuto il ruolo di garante dell'efficienza e del corretto funzionamento del mercato e, quindi, del sistema di qualificazione nonché penetranti poteri di vigilanza e controllo sia sulle S.O.A. sia sulle singole attestazioni di qualificazioni - si precisa:

- a) le S.O.A. nel trasmettere il contratto stipulato con una **impresa cessionaria** (o conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di scissione, ecc) unitamente al contratto tra **impresa cedente** (o conferente, locatrice, ecc) e **impresa cessionaria** (o conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di scissione, ecc) deve trasmettere anche l'allegato modulo A, debitamente sottoscritto dal direttore tecnico della S.O.A., che contiene le informazioni relative al suddetto contratto (nomi e codici fiscali della impresa cedente, o conferente, o locatrice, ecc e dell'impresa cessionaria o conferitaria, o locataria, o oggetto di fusione o di scissione, ecc; il nome del notaio che ha stipulato l'atto; la data della stipula; se si tratta di atti relativi ad una azienda oppure di atti relativi ad un ramo di azienda; le categorie generali o specializzate che, nel caso di atti relativi a un ramo di azienda, si intendono collegate al suddetto ramo di azienda; se l'impresa cedente o conferente, o locatrice è attestata o non è attestata; se essa è o non è la S.O.A. che ha rilasciato l'attestazione alla impresa cedente o conferente, o locatrice).
- b) le S.O.A. firmatarie di contratti con **imprese cessionarie**, qualora l'**impresa cedente** (o conferente, locatrice, ecc) sia in possesso di attestazione e questa sia stata rilasciata da una altra S.O.A., contemporaneamente alla trasmissione dei documenti di cui alla lettera a), trasmette l'allegato modulo A anche alla S.O.A. che ha rilasciato la suddetta attestazione in modo che questa possa procedere alla revoca o modifica dell'attestazione;
- c) la S.O.A. che ha rilasciato l'attestazione alla **impresa cedente** (o conferente, locatrice, ecc) provvede, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione di cui alla lettera a) e con decorrenza dalla data di stipula del contratto tra **impresa cedente** e **impresa cessionaria**, alla revoca dell'attestazione, nel caso di cessione di azienda, oppure alla revisione dell'attestazione, nel caso di cessione di ramo di azienda;
- d) la S.O.A. che ha rilasciato l'attestazione dell'**impresa cedente** (o conferente, locatrice, ecc), nel caso di revoca o ritiro dell'attestazione, trasmette, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione di cui

alla lettera a), l'atto relativo all'Autorità che inserirà l'annotazione nell'apposito elenco di *imprese per le quali le S.O.A. hanno comunicato il ritiro dell'attestazione*;

- e) la S.O.A. che ha rilasciato l'attestazione dell'**impresa cedente** (o *conferente, locatrice, ecc*), nel caso di revisione dell'attestazione, trasmette, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione di cui alla lettera a), la nuova attestazione con le modalità previste normalmente per la trasmissione delle attestazioni che, pertanto, in tempo reale sarà automaticamente inserita nell'elenco delle *imprese qualificate suddiviso per Regioni*;
- f) la S.O.A. che ha stipulato il contratto con la **impresa cessionaria** (o *conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di scissione, ecc*), nel trasmettere la copia cartacea dell'attestazione rilasciata, deve comunicare anche che la stessa, a seguito di una operazione (*cessione di azienda, cessione di ramo di azienda, trasformazione, fusione, scissione, ecc.*), ha comportato l'utilizzo dei requisiti dell'impresa (C.F.) in possesso dell'attestazione rilasciata dalla S.O.A.;

Infine, si richiama quanto precisato dal Consiglio di Stato, sempre nelle sentenze citate e, cioè, che :

- 1) fra i poteri ed i doveri dell'Autorità sono compresi quelli di indicare in maniera vincolante il contenuto (*rilascio, modifica, ritiro*) dell'atto che le S.O.A. devono adottare nonché di stabilire i termini, anche molto brevi, in cui esso deve essere adottato;
- 2) che spetta all'Autorità, in caso di inerzia delle S.O.A. in ordine alle indicazioni dell'Autorità, assumere – dandone, ai sensi dell'articolo 7, della legge 7 agosto 1990, n. 241, contestualmente avviso di avvio del procedimento all'impresa interessata – uno specifico proprio provvedimento avente ad oggetto l'annullamento o il ridimensionamento delle attestazioni;

Sulla base degli elencati adempimenti l'Autorità, provvederà ad inserire nel *casellario informatico*, in corrispondenza dell'attestazione dell'**impresa cessionaria** (o *conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di scissione, ecc*), una annotazione contenente le informazioni di cui alla precedente lettera f) in modo da permettere il controllo della revoca o annullamento o revisione dell'attestazione dell'**impresa cedente** (o *conferente, locatrice, ecc*).

In base a queste ulteriori precisazioni si fa presente che l'Autorità – qualora la S.O.A. che ha rilasciato l'attestazione dell'**impresa cedente** (o *conferente, locatrice, ecc*), non provvede, nei tempi previsti nella comunicazione di cui alla precedente lettera c), a quanto stabilito nella comunicazione stessa – assumerà un proprio provvedimento di annullamento dell'attestazione o di sua revisione ed inserirà tale provvedimento nell'elenco delle *imprese per le quali sono stati disposti la modifica e/o l'annullamento dell'attestazione*.

Determinazione n. 6/2004

Documentazione mediante la quale le imprese, al fine di ottenere la verifica triennale della loro attestazione, dimostrano l'esistenza dei requisiti di ordine generale e disposizioni in materia di modalità di verifica, da parte delle S.O.A. (società organismi di attestazione), delle autodichiarazioni rese dalle imprese nonché criteri cui devono attenersi le S.O.A. nella loro attività di verifica dell'esistenza della capacità strutturale delle imprese
(21 aprile 2004)

Premesso

L'articolo 15-*bis*, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 e successive modificazioni - inserito nel suddetto decreto dal decreto del Presidente della Repubblica del 10 marzo 2004, n. 93 - prevede che la verifica triennale delle attestazione di qualificazione, introdotta nel sistema di qualificazione dall'articolo 7 della legge 1 agosto 2002, n. 166, comporta il controllo del permanere del possesso dei *requisiti d'ordine generale* indicati nell'articolo 17 del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni nonché il controllo del possesso di un particolare requisito d'ordine speciale, chiamato *capacità strutturale*;

Detta *capacità strutturale* è costituita:

- 1) dal requisito di cui all'articolo 4 (*sistemi di qualità aziendale ed elementi significativi e correlati del sistema di qualità aziendale*), del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni;
- 2) dal requisito di cui all'articolo 18, comma 2, lettera a) (*idonee referenze bancarie*), del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni;
- 3) dal requisito di cui all'articolo 18, comma 2, lettera c) (*capitale netto di valore positivo*), del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni;
- 4) dal requisito di cui all'articolo 18, comma 5, lettera a) (*idonea direzione tecnica*). del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni;
- 5) dal requisito di cui all'articolo 18, comma 7, (*staff tecnico necessario per la qualificazione di progettazione ed esecuzione*), del DPR 34/2000 e successive modificazioni;
- 6) dal requisito di cui all'articolo 18, commi 8 e 9, (*adeguata dotazione di attrezzature tecnica*), del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni;
- 7) dal requisito di cui all'articolo 18, commi 10, 11, 12 e 13, (*adeguato organico medio annuo*), del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni;

L'articolo 17, comma 2, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni, prevede che l'Autorità deve stabilire con quale documentazione i soggetti che intendono qualificarsi dimostrano il possesso dei *requisiti d'ordine generale*.

Tenuto conto di quanto disposto dal DPR n. 34/2000 e successive modificazioni (*articolo 15-bis, comma 2, e articolo 17, comma 2*), nonché delle nuove norme che disciplinano la dimostrazione della regolarità in materia di contribuzioni sociali e di assenza di condanne che incidono sulla moralità professionale dell'impresa, sussiste la necessità di emanare una nuova determinazione in ordine alla documentazione atta a dimostrare il possesso dei **requisiti generali** e alle modalità di accertamento da parte delle S.O.A. (*società organismi di attestazione*) della veridicità della documentazione.

Pertanto, sentite le associazioni delle S.O.A. e visto il parere della Commissione Consultiva prevista dall'art. 8, comma 3, della legge 109/94 e successive modificazioni e dall'art. 5, del D.P.R. 34/2000 e successive modificazioni espresso nelle sedute del 31 marzo 2004 e del 14 aprile 2004 e sulla base degli apporti relativi si forniscono le indicazioni che seguono.

Considerato in diritto

Il DPR n. 34/2000 e successive modificazioni dispone che le S.O.A. rilasciano l'attestazione di qualificazione ed effettuano la relativa **verifica triennale** sulla base di un titolo contrattuale e sulla base di accertamenti e controlli svolti anche mediante accesso diretto alle strutture aziendali dell'impresa da qualificare e l'art. 2, comma 1, lettera o), del DPR stesso dispone che l'Autorità deve stabilire i criteri cui devono attenersi le S.O.A. nella loro attività.

Il Consiglio di Stato, Sezione VI, con sentenze del 2 marzo 2004, n. 991, del 2 marzo 2004, n. 993 e del 30 marzo 2004, n. 2124, ha espresso l'avviso:

- a) che la legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni ha inteso attribuire all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici il ruolo di garante dell'efficienza e corretto funzionamento del mercato e, quindi, del sistema di qualificazione e, a tal fine, ha assegnato all'Autorità penetranti poteri di vigilanza e controllo sia sulle S.O.A. sia sulle singole attestazioni di qualificazioni;
- b) che fra i poteri ed i doveri dell'Autorità sono compresi quelli di indicare in maniera vincolante il contenuto (*rilascio, modifica, ritiro*) dell'atto che le S.O.A. devono adottare nonché di stabilire i termini, anche molto brevi, in cui esso deve essere adottato;
- c) che spetta all'Autorità, in caso di inerzia delle S.O.A. in ordine alle indicazioni dell'Autorità, assumere – dandone, ai sensi dell'articolo 7, della legge 7 agosto 1990, n. 241, contestualmente avviso di avvio del procedimento all'impresa interessata – uno specifico proprio provvedimento avente ad oggetto l'annullamento o il ridimensionamento delle attestazioni;
- d) che le S.O.A., pur essendo organismi di diritto privato, svolgono una funzione pubblicistica di certificazione che sfocia in una attestazione di

natura vincolata con valore di atto pubblico, realizzandosi in tal modo una ipotesi di esercizio privato di una funzione pubblica;

Ciò premesso, si precisano le regole concernenti il possesso dei requisiti quali premesse per la specificazione della documentazione da esibire:

- a) le condanne previste dall'articolo 17, comma 1, lettera c), del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni sono quelle relative a reati contro la pubblica amministrazione (*libro secondo, titolo II, del codice penale*), l'ordine pubblico (*libro secondo, titolo V, codice penale*), la fede pubblica (*libro secondo titolo VI, del codice penale*), il patrimonio (*libro secondo, titolo XIII, del codice penale*) e comunque relativi a fatti la cui natura e contenuto siano idonei a pregiudicare negativamente il rapporto fiduciario con la stazione appaltante in quanto collegabili alla natura delle obbligazioni proprie dei contratti di appalto; l'incidenza delle condanne deve essere apprezzata dalla S.O.A. traendo elementi di valutazione dai concreti contenuti della fattispecie, dal tempo trascorso dalla condanna e da eventuali recidive;
- b) non precludono la verifica triennale le sentenze per le quali è intervenuta la riabilitazione di cui all'art. 178 c.p. oppure, nel caso di sentenza di applicazione della pena su richiesta (*patteggiamento*), l'avvenuta estinzione del reato prevista dall'art. 445, comma 2, del c.p.p.;
- c) il certificato del casellario giudiziale, necessario per la dimostrazione dell'inesistenza di precedente condanna penale a seguito di dibattimento o di applicazione della pena su richiesta (*patteggiamento*), qualora rilasciato su istanza dell'interessato, non riporta tutte le condanne penali per le quali il giudice ha disposto il beneficio della *non menzione*, nonché le condanne patteggiate che godono di diritto di tale beneficio (*art. 689 c.p.p.*), mentre riporta tutte le condanne, incluse quelle *patteggiate* (*art. 688 c.p.p.*) se rilasciato su richiesta diretta delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti che esercitano un servizio pubblico;
- d) la nuova normativa in materia di semplificazione delle documentazioni amministrative (*DPR 28, dicembre 2000, n. 445*) trova applicazione generale ed obbligatoria nei confronti di tutti gli uffici della pubblica amministrazione, dei soggetti concessionari, dei soggetti gestori di pubblici servizi e di soggetti che esercitano una funzione pubblica;
- e) la nuova normativa in materia di semplificazione delle documentazioni amministrative ammette (*articoli 43, 46 e 71 del DPR 28, dicembre 2000, n. 445*) l'applicazione del meccanismo della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà in quanto questo atto può essere usato nei rapporti con la pubblica amministrazione, in quelli giurisdizionali ed anche nei rapporti interprivatistici in materia civile e commerciale e si inquadra tra gli atti di natura non negoziale a carattere certificativo;
- f) le S.O.A. possono richiedere, ai sensi delle convenzioni stipulate tra INPS, INAIL e CASSE EDILI, il Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC), previsto dall'articolo 2, comma 2, della legge 22, novembre, 2002, n. 266 relativo all'impresa sottoposta a verifica triennale

nonché richiedere, ai sensi del decreto del Ministro della Giustizia 11 febbraio 2004 – data la loro natura di soggetti privati che esercitano una funzione pubblica (*Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenze n. 991/2004, 993/2004 e 2124/2004*) – i certificati integrali del casellario giudiziale relativi al titolare, ai legali rappresentanti, agli amministratori e ai direttori tecnici della impresa e, pertanto, sono in condizione di verificare la veridicità delle dichiarazioni sostitutive rese dal titolare o dal legale rappresentante dell'impresa in ordine alla regolarità contributiva nonché quelle rese dal titolare, dai legali rappresentanti, dagli amministratori e dai direttori tecnici della impresa in ordine alla assenza di condanne di cui alla precedente lettera a);

- g) l'articolo 18 del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni specifica e quantifica i requisiti (*adeguata dotazione di attrezzature tecniche e adeguato organico medio annuo*) da possedere ai fini del rilascio dell'attestazione nonché stabilisce, in rapporto alla forma giuridica del soggetto cui rilasciare l'attestazione di qualificazione, i mezzi di prova del possesso degli stessi che, per quanto riguarda i bilanci ed i documenti fiscali e tributari, devono essere quelli approvati e depositati alla data di stipula del contratto con la S.O.A.;
- h) l'articolo 15-*bis*, comma 4, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni dispone che la verifica triennale ha avuto esito positivo qualora la quantificazione dei requisiti accertata in sede di verifica non risulti inferiore a quella stabilita, ai fini del rilascio dell'attestazione, nell'articolo 18 del medesimo decreto, con una franchigia del 25% (*venticinque per cento*) il che significa che la quantificazione accertata in sede di verifica non deve risultare inferiore al 75% (*settantacinque per cento*) delle misure previste per il rilascio dell'attestazione;
- i) l'articolo 15-*bis*, comma 4, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni dispone che in sede di verifica triennale la quantificazione dei requisiti deve essere determinata con riferimento ai dati (*ammortamenti, canoni di locazione finanziaria, canoni di noleggio*) contenuti nei documenti di bilancio ed in quelli *fiscali dei cinque anni precedenti la scadenza del termine triennale ed alla cifra d'affari in lavori, accertata in sede di rilascio dell'attestazione*;
- j) la disposizione di cui all'articolo 15-*bis*, comma 4, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni necessita di specificazioni particolari in quanto la scadenza del termine della validità triennale può essere compreso anche in un periodo in cui il bilancio ed il documento fiscale dell'anno immediatamente precedente non sono ancora stati approvati e depositati;
- k) l'articolo 15-*bis*, comma 4, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni dispone che qualora la quantificazione dei requisiti accertata in sede di verifica è inferiore al 75% delle misure stabilite, ai fini del rilascio dell'attestazione, nell'articolo 18 del medesimo decreto, la cifra d'affari in lavori, accertata in sede di rilascio dell'attestazione, viene figurativamente e proporzionalmente ridotta (*art. 18, comma 15, del DPR 34/2000 e successive modificazioni*) in modo da ristabilire le percentuali richieste;

- 1) l'articolo 15-*bis*, comma 4, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni dispone che la cifra d'affari in lavori rideterminata figurativamente deve comunque essere non inferiore alla somma delle classifiche delle categorie previste nell'attestazione e, pertanto, ove ciò non si verifichi occorre revisionare l'attestazione per quanto riguarda categorie e classifiche.

Ciò precisato è anche da segnalare, quali utili premesse alla indicazione della documentazione per il rilascio dell'attestazione e dei criteri da impiegare per la verifica triennale, che nel sito dell'Autorità (www.autoritalavoripubblici.it) è presente fra l'altro:

- 1) *l'elenco delle imprese qualificate suddiviso per regioni* (articolo 11, comma 2, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni);
- 2) *l'elenco delle imprese per le quali vi è una annotazione in ordine ad un provvedimento di annullamento o ridimensionamento dell'attestazione* assunto dall'Autorità;
- 3) *l'elenco delle imprese per le quali vi è una annotazione in ordine al ritiro o ridimensionamento dell'attestazione* deciso delle S.O.A.;
- 4) *l'elenco delle imprese per le quali sono fornite informazioni che consentono alle stazioni appaltanti di individuare le imprese nei cui confronti sussistono cause di esclusioni dalle procedure di affidamento di lavori pubblici* (articolo 27, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni.);

Le annotazioni relative agli elenchi di cui ai punti 2), 3) e 4) sono contenute anche nell'elenco di cui al punto 1), in modo da essere conoscibili accedendo ad entrambi gli elenchi;

Inoltre il modello di attestazione predisposto dall'Autorità contiene, fra l'altro, la indicazione:

- 1) delle date di *rilascio attestazione originaria*; di *rilascio attestazione in corso* (nel caso si tratti di attestazione rilasciata a seguito di *variazioni minime* cioè a seguito di: *variazione della denominazione o ragione sociale; variazione della sede variazione della rappresentanza legale o della direzione tecnica; variazione del direttore tecnico che ha consentito la qualificazione; variazione in ordine alle informazioni in materia di certificazione o dichiarazione di qualità; variazioni in ordine alle cessioni di azienda o di ramo di azienda; variazioni a seguito dell'inserimento della prestazione di progettazione in una attestazione che ne era priva; variazioni a seguito di modifica della compagine di un consorzio stabile; ecc.*); di *scadenza validità triennale*; di *effettuazione verifica triennale* (qualora questa abbia avuto esito positivo); di *scadenza intermedia* (nel caso si tratti di attestazione di un consorzio stabile); di *scadenza validità quinquennale*;
- 2) dell'esistenza o meno del possesso della *certificazione di qualità* o della *dichiarazione* della presenza degli elementi significativi e correlati del sistema di qualità con la specificazione dell'organismo che lo ha rilasciato e della data di scadenza della validità del documento;
- 3) della esistenza o meno della qualificazione per *prestazione di progettazione e costruzione* e della classifica massima cui essa si riferisce.

E' poi previsto che le attestazioni, ai sensi dell'articolo 12, comma 5, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni, vengano trasmesse dalle S.O.A. all'Autorità, oltre che in forma cartacea anche *on line* e, quindi, in modo tale da poter essere inserite in tempo reale nell'**elenco delle imprese qualificate suddiviso per regioni** e che nella banca dati delle attestazioni sono conservate, oltre alle attestazioni in corso di validità, anche quelle non più valide in quanto sostituite da altre in corso di validità e, cioè, da quelle rilasciate a seguito di **variazioni minime** oppure in quanto sono state ritirate o ridimensionate dalle S.O.A..

La presenza nella banca dati di tutte le attestazioni rilasciate nel tempo ad ogni singola impresa consente di inserire nell'**elenco delle imprese suddiviso per regioni** la attestazione in corso di validità e lo storico delle attestazioni sostituite nel tempo da quelle in corso di validità;

Da ultimo si ricorda che le stazioni appaltanti verificano l'ammissibilità di una impresa a partecipare alle gare di appalto controllando, sulla base delle date contenute nell'attestazione, la validità del documento nel senso che esso non abilita l'impresa a partecipare alle gare sia nel caso il **certificato di qualità** o la **dichiarazione di qualità** non sono più validi e l'importo dell'appalto, invece, lo richieda (*importo dei lavori di competenza dell'impresa che richiedono una classifica non inferiore alla terza*), sia nel caso la gara si svolga in una data successiva alla scadenza della validità triennale dell'attestazione e non risulta effettuata positivamente la **verifica triennale** della stessa.

*Sulla base delle svolte precisazioni si indica la documentazione che le imprese devono presentare nonché i criteri, le procedure e le attività che le S.O.A. devono svolgere al fine della effettuazione della **verifica triennale**. Tali indicazioni non hanno bisogno di espressa motivazione in quanto strettamente connesse e dipendenti dalle precisazioni stesse.*

1. *il possesso dei requisiti di cui all'articolo 17, comma 1, del DPR 34/2000 e successive modificazioni è dimostrato con la presentazione dei seguenti documenti:*
 - 1.1. certificati di cittadinanza italiana relativi al titolare, al legale rappresentante oppure ai legali rappresentanti, all'amministratore oppure agli amministratori e al direttore tecnico oppure ai direttori tecnici;
 - 1.2. certificato di iscrizione dell'impresa al registro unico delle imprese di cui agli articoli 2188 e ss. del codice civile istituito presso le Camere di Commercio con l'indicazione in particolare di quale sia la specifica attività svolta dall'impresa;
 - 1.3. comunicazione effettuata - ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del DPR 3 giugno 1998, n. 252 - dalla Prefettura della Provincia in cui risiede o ha sede il soggetto sottoposto a verifica, a seguito di richiesta del medesimo soggetto, della informazione "**...nulla osta ai**

fini dell'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 e successive modificazioni..." oppure, in alternativa, indicazione, ai sensi dell'articolo 9 del DPR n.252/98, in calce al certificato di iscrizione al registro unico delle imprese, della dicitura "*...nulla osta ai fini dell'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 e successive modificazioni...*";

- 1.4. certificato della cancelleria fallimentare;
- 1.5. dichiarazione sostitutiva di atto notorio, resa ai sensi degli articoli 46, 47 e 71 del DPR 28, dicembre 2000, n. 445, rilasciato dal titolare, dal legale rappresentante o dai legali rappresentanti, dall'amministratore o dagli amministratori nonché dal direttore tecnico o dai direttori tecnici attestante l'inesistenza di sentenze definitive di condanna passate in giudicato di sentenze per le quali il giudice ha disposto il beneficio della "*non menzione*" o di sentenze di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del c.p.p. ovvero l'elencazione di tali sentenze;
- 1.6. dichiarazione sostitutiva di atto notorio resa ai sensi degli articoli 46, 47 e 71 del DPR 28, dicembre 2000, n. 445, rilasciata dal titolare o dal legale rappresentante circa l'inesistenza di irregolarità, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione italiana o del paese di provenienza, di inesistenza di irregolarità in materia di contribuzioni sociali, di inesistenza di errore grave nell'esecuzione di lavori pubblici, nonché di false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazioni.
2. i documenti dei soggetti residenti in Stati dell'Unione Europea devono essere prodotti secondo la normativa vigente nei rispettivi paesi;
3. i documenti dei soggetti non residenti in Stati dell'Unione Europea devono essere prodotti secondo la legislazione italiana e, pertanto, secondo quanto previsto al numero 1., fatto salvo per quanto riguarda il certificato di cittadinanza che è sostituito da quello di residenza ed il certificato di iscrizione al registro delle imprese presso la competente camera di commercio, industria, agricoltura ed artigianato che è sostituito da quello di iscrizione al registro professionale dello Stato di provenienza;
4. nel contratto relativo alla verifica triennale da sottoscrivere tra impresa e S.O.A. si dovrà fare espresso riferimento, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, del suddetto DPR 34/2000 e successive modificazioni, al contenuto delle disposizioni approvate con la presente determinazione nonché si dovrà inserire esplicita indicazione, da parte dell'impresa, della/e categoria/e e corrispondente/i classifiche da revisionare nel caso di mancato superamento della verifica di mantenimento dell'attestazione originaria;
5. le S.O.A., ai fini della verifica triennale devono:
 - 5.1. per quanto riguarda i **requisiti di cui all'articolo 17 del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni** (*requisiti d'ordine generale*):
 - 5.1.1. accertare che non sussistono, nel casellario informatico operante presso l'Autorità, annotazioni in ordine a cause di e-

clusione delle imprese dalle gare d'appalto e dal rilascio dell'attestazione - tenendo conto, in particolare, che è da considerarsi errore grave, oltre a quello giudizialmente accertato, anche quello che ha condotto alla non collaudabilità dei lavori oppure alla risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 119 del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e successive modificazioni - e che, nel caso sussistono annotazioni riguardanti il fatto che l'impresa ha reso in gara oppure nel rilascio dell'attestazione dichiarazioni non veritiere, sia trascorso un anno dalla data di inserimento delle stesse nel suddetto casellario;

- 5.1.2. verificare la veridicità delle dichiarazioni sostitutive di atto notorio rese in ordine alla inesistenza di condanne che incidono sulla moralità professionale dell'impresa, richiedendo, ai sensi del Decreto Ministero della giustizia dell'11 febbraio 2004, pubblicato sulla G.U.R.I. del 14 febbraio 2004, n. 37, il certificato generale del casellario giudiziale di tutti i soggetti che hanno reso le dichiarazioni sostitutive e nel caso che siano esistenti condanne, sempre che siano state indicate nella dichiarazione, esprimere una valutazione inerente alla loro incidenza o meno sulla moralità professionale dell'impresa, traendo elementi di valutazione dai concreti contenuti della fattispecie, dal tempo trascorso dalla condanna e da eventuali recidive
 - 5.1.3. verificare la veridicità della dichiarazione sostitutiva di atto notorio resa in ordine alla inesistenza di irregolarità in materia di contribuzioni sociali - ivi compresi i versamenti alle CASSE EDILI per le imprese esercenti attività inquadrabile, dal punto di vista dei rapporti contrattuali con le relative maestranze, nel settore edile - richiedendo all'INPS oppure all'INAIL oppure ad una CASSA EDILE il Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC), previsto dall'articolo 2, comma 2, della legge 22, novembre, 2002, n. 266;
 - 5.1.4. verificare l'inesistenza di cessione di azienda o di ramo di azienda o di operazioni di locazione, fusione, scissione, trasformazione societaria, richiedendo il certificato storico di iscrizione al registro unico delle imprese e accertando che nel casellario informatico operante presso l'Autorità non vi siano informazioni in tal senso;
- 5.2. *per quanto riguarda il requisito di cui all'articolo 4, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni* (certificati di qualità aziendale e dichiarazione di qualità aziendale):
- 5.2.1. verificare - qualora l'attestazione contenga qualificazioni per classifiche che, ai sensi delle scadenze previste dall'allegato B al DPR n. 34/2000 e successive modificazioni, richiedano il possesso della certificazione di qualità aziendale oppure della dichiarazione che dimostri, secondo quanto stabilito nell'allegato C al DPR 34/2000 e successive modificazioni, la presenza di elementi significativi e correlati del sistema di

- qualità – che tale requisito sia posseduto nel rispetto di quanto previsto nelle determinazioni del 13 dicembre 2000, n. 56, punto 9, del 7 novembre 2001, n. 21, del 16 luglio 2002, n. 15, del 14 maggio 2003, n. 11 e nelle note e comunicati del 15 maggio 2001, n. 27467/01/segr e del 2 luglio 2001, n. 37365/01/segr. e sia valido;
- 5.3. per quanto riguarda il requisito di cui all'articolo 18, comma 5, lettera a) e comma 14 del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni (idonea direzione tecnica):**
- 5.3.1.** verificare che la direzione tecnica dell'impresa rispetti quanto disposto nelle determinazioni del 13 dicembre 2000, n. 56, punti 28), 29) e 30) del dispositivo, dell' 8 febbraio 2001, n. 6, punto 2), del dispositivo, nelle note e comunicati del 19 febbraio 2001, n. 9993/01/segr. punto 7), del 14 giugno 2001, n. 34470/01/segr. punto 8) e deliberazione del 17 settembre 2003. n. 247;
- 5.4. per quanto riguarda il requisito di cui all'articolo 18, commi 8 e 9, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni (*adeguata dotazione di attrezzature tecnica*):**
- 5.4.1.** verificare che i dati relativi agli *ammortamenti*, ai *canoni di locazione finanziaria* e ai *canoni di noleggio* riportati nei bilanci e nei documenti fiscali presentati dall'impresa, in originale, oppure in copia dichiarata conforme all'originale dal legale rappresentante della stessa, riguardino il complesso di beni specificamente destinati alla esecuzione di lavori con esclusione pertanto delle immobilizzazioni extracaratteristiche;
- 5.4.2. ritenere che agli ammortamenti ed ai canoni di locazione finanziaria sono assimilate anche i noleggi i cui contratti siano almeno di durata quinquennale;**
- 5.4.3. verificare che i noleggi siano esclusivamente quelli a freddo;**
- 5.4.4.** verificare la corrispondenza delle indicazioni identificative essenziali relative alle attrezzature, mezzi d'opera ed equipaggiamento tecnico (*articolo 18, comma 8, primo periodo, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni*) con i dati relativi agli *ammortamenti* e ai *canoni*;
- 5.4.5. verificare che il periodo di ammortamento figurativo sia in continuità con quello reale e ricada nel quinquennio di riferimento;**
- 5.4.6. ritenere che il possesso del requisito è dimostrato qualora la somma degli importi relativi agli ammortamenti, ai canoni di locazione finanziaria e ai canoni di noleggio di durata maggiore e minore di cinque anni, sostenuti nel quinquennio di riferimento, sia pari o superiore all' 1,50% (uno e cinquanta centesimi per cento) della cifra d'affari in lavori nella misura accertata in sede di rilascio dell'attestazione e, contemporaneamente, la somma degli importi relativi ai soli ammortamenti, canoni di locazione finanziaria e canoni di noleggio non inferiore a cinque anni, sia pari o superiore allo 0,75% (zero e**

settantacinque centesimi per cento) della medesima cifra d'affari;

- 5.5. per quanto riguarda, il requisito di cui all'articolo 18, commi 10, 11, 12 e 13, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni (*adeguato organico medio annuo*):**
- 5.5.1.** ritenere che il possesso del requisito è dimostrato qualora il *costo per il personale dipendente a tempo indeterminato e determinato (retribuzioni, stipendi, contributi sociali, accantonamenti ai fondi di quiescenza e contributi per le casse edili)*, sostenuti nel quinquennio di riferimento, sia pari o superiore all'11,25 % (*undici e venticinque centesimi per cento*) della cifra d'affari in lavori nella misura accertata in sede di rilascio dell'attestazione e contemporaneamente i *costi per il personale dipendente a tempo determinato ed indeterminato con qualifica operaio* sia pari o superiore al 4,50% (*quattro e cinquanta centesimi per cento*) della cifra di cui sopra, oppure in alternativa, qualora il *costo per il personale dipendente a tempo indeterminato* siano pari o superiori al 7,50 % (*sette e centesimi cinquanta per cento*) della cifra di cui sopra e contemporaneamente il *costo per il personale dipendente, tecnico e amministrativo (laureato o diplomato) a tempo indeterminato* sia pari o superiore al 6,00 % (*sei per cento*) della cifra di cui sopra;
- 5.6.** effettuare, nel caso che una o più di una delle condizioni indicate ai precedenti punti **5.4.6.** e **5.5.1.** non risulti rispettata, una riduzione figurativa proporzionale della cifra d'affari in lavori (*articoli 15-bis e 18, comma 15, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni*) in misura tale da permettere il rispetto di tutte le suddette condizioni;
- 5.7.** ritenere – qualora la cifra d'affari in lavori che ha consentito il rispetto delle condizioni di cui ai precedenti punti **5.4.6.** e **5.5.1.** sia pari o superiore alla somma delle classifiche previste nell'attestazione sottoposta a verifica triennale – che la verifica del possesso di adeguata *capacità strutturale* abbia avuto esito positivo;
- 5.8.** procedere – nel caso la cifra d'affari in lavori che ha consentito il rispetto delle condizioni di cui ai precedenti punti **5.4.6.** e **5.5.1.** sia inferiore alla somma delle classifiche previste nell'attestazione sottoposta a verifica triennale – alla revisione dell'attestazione sulla base delle indicazioni dell'impresa contenute nel contratto stipulato fra S.O.A. ed impresa;
- 6.** le S.O.A., qualora si verifichi sulla base degli accertamenti di cui al punto **5.1.**, che l'impresa non è in possesso dei *requisiti d'ordine generale*, devono dichiarare che la *verifica triennale* ha avuto esito negativo e comunicare tale risultato all'impresa nonché procedere al ritiro dell'attestazione e ad informare di tale operazione l'Autorità la quale procederà ad inserire la suddetta annotazione nel casellario informatico al fine di rendere edotte le stazioni appaltanti dell'esito negativo della verifica;

7. le S.O.A., qualora si verifichi quanto previsto al punto 6. possono considerare conclusa la verifica triennale e, pertanto, non procedere alle verifiche di cui ai punti 5.2., 5.3., 5.4. e 5.5.;
8. le S.O.A. possono sospendere, per un periodo non superiore a trenta giorni, l'istruttoria relativa alla verifica triennale al fine di richiedere all'impresa chiarimenti o documentazione integrativa;
9. le S.O.A., qualora la verifica triennale della attestazione abbia avuto esito positivo nei riguardi sia dei *requisiti d'ordine generale* sia del *requisito di capacità strutturale* - ancorché abbia comportato un ridimensionamento delle categorie e classifiche previste nell'attestazione sottoposta a verifica - devono trasmettere l'attestazione sottoposta a verifica - con le modalità *on-line* previste normalmente per la trasmissione delle attestazioni e, quindi, in modo da essere in tempo reale inserita nell'elenco delle *imprese qualificate suddiviso per Regioni* previsto nel casellario informatico dell'impresa istituito presso il sito dell'Autorità - con la indicazione sulla stessa della data della suddetta verifica e della indicazione in ordine alla attestazione di cui essa costituisce la sostituzione.

Conclusivamente appare utile fornire ulteriori precisazioni di carattere generale.

In primo luogo la disposizione prevista dall'articolo 15-*bis* del DPR 34/2000 e successive modificazioni in ordine al fatto che l'impresa debbono sottoporsi alla verifica triennale almeno sessanta giorni prima della data di scadenza del triennio di validità dell'attestazione non è perentoria e, pertanto, l'impresa può sottoporsi a verifica anche dopo le suddette date ma, in tal caso, qualora la verifica sia effettuata dopo la scadenza del triennio di validità dell'attestazione, l'impresa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio alla data di effettuazione della verifica con esito positivo.

In secondo luogo i documenti di bilancio e fiscali presentati dall'impresa ai fini della verifica triennale, devono essere quelli relativi ai cinque anni fiscali antecedenti la data della scadenza della validità triennale dell'attestazione che risultano approvati e depositati/presentati al momento della stipula del contratto per la effettuazione della suddetta verifica; nel caso che la data di stipula sia successiva alla data di scadenza del triennio i bilanci devono essere quelli approvati e depositati alla data di scadenza della validità triennale dell'attestazione.

In terzo luogo ai fini di individuare l'effetto che ha l'esito negativo della verifica triennale oppure la riduzione delle categorie e classifiche nei riguardi degli appalti da aggiudicare, degli appalti aggiudicati e dei contratti in corso di esecuzione valgono gli avvisi espressi nella determinazione del 30 luglio 2002, n. 19.

L'Autorità – in ordine al costo del lavoro da valutarsi, ai sensi dell'articolo 18, comma 5, del DPR n. 34/2000 e successive modificazione, *eccessivamente modesto* – si riserva di fornire alle S.O.A. indicazioni che possano guidarle nell'applicazione di tale norma e, a tal fine promuoverà incontri con gli enti interessati.

Infine si fa presente che le S.O.A., qualora nell'attività di riscontro della veridicità delle dichiarazioni sostitutive presentate dall'impresa, incontrino difficoltà operative dovranno segnalare il fatto all'Autorità che si attiverà al fine di superare le difficoltà e consentire una corretta attività di verifica triennale.

Determinazione n. 7/2004

Mancato pagamento ai subappaltatori (28 aprile 2004)

Considerato in fatto

La società Valcantieri s.p.a. (già GE.CO. s.r.l.) ha chiesto all'Autorità di esprimere il proprio avviso in ordine all'esatta interpretazione dell'art. 18, comma 3 *bis*, della legge 19 marzo 1990 n. 55, e segnatamente in ordine ai poteri riconosciuti in capo alla stazione appaltante in caso di mancata consegna da parte dell'appaltatore delle fatture quietanzate dei subappaltatori.

Ritenuto in diritto

Preliminarmente deve osservarsi che l'Autorità ha già svolto le proprie considerazioni in materia di pagamenti ai subappaltatori, in particolare nella determinazione n. 8 del 26 marzo 2003, nella quale è stato affermato che, ai sensi dell'art. 18, comma 3 *bis* della legge n. 55/1990, la stazione appaltante, dandone notizia nel bando di gara, può optare, per il pagamento delle lavorazioni affidate in subappalto, per una delle due seguenti discipline :

- a) pagamento - alla maturazione secondo quanto previsto dal contratto di appalto di ogni stato di avanzamento - direttamente al subappaltatore in base alla specificazione dell'importo delle lavorazioni eseguite dal subappaltatore fornita dall'appaltatore;
- b) pagamento nei confronti dell'appaltatore, con l'obbligo per quest'ultimo di trasmettere alla stazione appaltante, entro 20 giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei suoi confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti corrisposti al subappaltatore con l'indicazione delle ritenute a garanzia effettuate.

L'Autorità ha, altresì, espresso avviso in ordine al mancato invio da parte dell'appaltatore delle fatture quietanzate del subappaltatore, entro i termini indicati dalla norma in esame, nella deliberazione n. 209 del 24-25 luglio 2002, nella quale è stata ritenuta illegittima, in tale circostanza, la sospensione dei pagamenti nei confronti dell'appaltatore, in quanto l'art. 18, comma 3 *bis*, della legge 55/1990 e s.m. non riconosce espressamente tale facoltà all'amministrazione.

Quanto sopra, in virtù del fatto che nessun rapporto giuridico sorge, in virtù del contratto di subappalto o della sua autorizzazione, tra stazione appaltante e subappaltatore, posto che la suddetta autorizzazione comporta

solo che il subappalto è consentito e null'altro: nessuna azione diretta compete, pertanto, alla pubblica amministrazione nei confronti del subappaltatore, e viceversa.

Infatti, l'art. 18, comma 3 *bis*, della legge 55/90, stabilisce che *“i pagamenti relativi ai lavori svolti dal subappaltatore o dal cottimista verranno effettuati dall'aggiudicatario che è obbligato a trasmettere entro 20 giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato, copia delle fatture quietanzate con l'indicazione delle ritenute a garanzia effettuate”*, ma nulla dispone in ordine alle conseguenze per il mancato invio delle fatture quietanzate del subappaltatore alla stazione appaltante.

Di conseguenza, non sembra consentito che il comportamento in esame possa giustificare, come invece asserito dalla richiedente, una trattenuta da parte della committenza delle somme ancora dovute all'appaltatore stesso, e ciò proprio in virtù dell'autonomia del rapporto contrattuale di subappalto, rispetto a quello principale d'appalto intercorrente tra P.A. ed aggiudicatario, pur se a quest'ultimo collegato in quanto negozio giuridico secondario.

Ne deriva che nel caso in cui la stazione appaltante, come nella fattispecie in esame, abbia stabilito che il pagamento nei confronti del subappaltatore è a carico del solo appaltatore, non insorgendo alcun rapporto giuridico fra pubblica amministrazione e subappaltatore, nessuna azione diretta compete alla prima nei confronti di quest'ultimo, il quale tuttavia, per il recupero dei suoi crediti, può invocare la disposizione di cui all'art. 353 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. F, circa la concessione preferenziale di sequestri sulle somme dovute all'appaltatore dalla pubblica amministrazione.

Tuttavia, preme evidenziare che l'art. 18, comma 3 *bis*, della legge n. 55/1990, sopra riportato, stabilisce che *l'“aggiudicatario (...) è obbligato a trasmettere entro 20 giorni(...) copia delle fatture quietanzate (...)”*. La norma pur non prevedendo, come in precedenza evidenziato, espressamente le conseguenze derivanti dal mancato rispetto della stessa, pone però in capo all'aggiudicatario un *obbligo* nei confronti della stazione appaltante e detto obbligo rientra a tutti gli effetti tra gli obblighi contrattuali che l'impresa assume con la sottoscrizione del contratto.

Pertanto, si ritiene che l'incombenza non soddisfatta configuri un'ipotesi di *inadempimento contrattuale* dell'appaltatore, idonea a giustificare l'escussione della cauzione definitiva rilasciata da quest'ultimo.

Deve, infatti, considerarsi che l'art. 30, comma 2, della legge quadro, stabilisce che la *“garanzia copre gli oneri per il mancato o inesatto adempimento (...)”*, mentre l'art. 101 del DPR n. 554/99 e s.m., che integra la predetta norma, sancisce che la cauzione definitiva è finalizzata a garantire l'adempimento di *“tutte le obbligazioni del contratto (...)”*.

La garanzia *de qua* garantisce, dunque, l'adempimento di *tutte* le obbligazioni dedotte in contratto e perciò anche di quelle che comportano prestazioni da parte dell'appaltatore nei confronti di terzi al cui adempimento l'Amministrazione è comunque interessata sotto il profilo della tutela dell'interesse pubblico generale.

Deve, tuttavia, osservarsi che l'Amministrazione, accertato l'inadempimento *de quo*, non è legittimata a procedere direttamente all'escussione della suddetta cauzione, non essendo espressamente previsto, in tali circostanze, un meccanismo di incameramento automatico della garanzia, come quello invece esperibile, ad esempio, per la cauzione provvisoria, in seguito alla procedura di verifica dei requisiti ai sensi dell'art. 10, comma 1 *quater*, della legge quadro.

L'incameramento della suddetta garanzia è, pertanto, subordinato alla preventiva risoluzione del relativo contratto d'appalto, da effettuarsi ad opera della stazione appaltante nel rispetto dei presupposti, delle modalità e dei termini di cui all'art. 119 del DPR n 554/99.

La suddetta disposizione prevede, infatti, una particolare procedura da attivarsi in ogni caso in cui sia stato accertato un comportamento da parte dell'appaltatore tale da " *concretare un grave inadempimento delle obbligazioni del contratto*"

Sarà pertanto opportuno, qualora ricorrano le circostanze in esame, che l'amministrazione interessata proceda ad una formale contestazione dell'addebito all'appaltatore, assegnando allo stesso un termine non inferiore a 15 giorni entro il quale trasmettere le fatture quietanzate del subappaltatore, o per lo meno fornire i chiarimenti necessari a giustificare l'omesso tempestivo invio delle stesse.

Pertanto nel caso in cui l'appaltatore non abbia fatto pervenire in tempo utile le suddette fatture ovvero siano state comunque valutate negativamente le giustificazioni addotte in merito all'omesso tempestivo adempimento di tale obbligo contrattuale, la stazione appaltante potrà disporre la risoluzione del contratto, con conseguente escussione della garanzia fideiussoria, secondo le procedure previste dalla normativa vigente.

Sulla base delle argomentazioni svolte l'Autorità ritiene che:

- l'inadempimento dell'obbligo previsto dall'art. 18 comma 3 bis della legge 55/1990, può concretizzare gli estremi di un grave inadempimento contrattuale da parte dell'appaltatore, qualora sia accertato che lo stesso non è frutto di un mero ritardo di trasmissione ma di un effettivo mancato pagamento nei confronti del subappaltatore; in tal caso esso rappresenta un valido presupposto per la preventiva risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 119 del DPR n. 554/99 e la successiva escussione della garanzia fideiussoria, di cui agli artt. 30 comma 2 della legge n. 109/94 e 101 del DPR n. 554/99.

Determinazione n. 8/2004

Esclusione dalle gare nel caso di sussistenza di pronunce in ordine a errori gravi commessi nell'esecuzione di lavori

(12 maggio 2004)

Considerato in diritto

L'art. 75, comma 1, del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e successive modificazioni nel fornire un'elencazione delle clausole di esclusione dalle gare, prevede alla lettera f) che "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti.....che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara".

Nella fattispecie di cui trattasi vanno ricompresi i casi di risoluzione del contratto d'appalto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo di cui all'articolo 119 del DPR n. 554/1999 e s.m. E' evidente che in tali evenienze, come precisato anche da recente giurisprudenza (*Consiglio di Stato, Sez. V, 8 marzo 2004 n. 2317*), la valutazione della grave inadempienza cui collegare l'esclusione, non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto nel corso del precedente rapporto contrattuale intercorso con la stazione appaltante, essendo sufficiente la valutazione che la stessa stazione appaltante abbia fatto, in sede amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare alla nuova procedura di affidamento.

Infatti, l'intervenuta risoluzione del rapporto contrattuale per il fatto del soggetto affidatario è di per sé sufficiente a incidere negativamente sul rapporto fiduciario che deve instaurarsi con la stazione appaltante, alla cui salvaguardia è posta la causa di esclusione di cui all'art. 75, comma 1, lett. f), DPR n. 554/1999 e s.m.

La valutazione di esclusione deve comunque essere sempre motivata, essendo connessa a nozioni ampie e generiche quali quelle di grave negligenza e malafede, che richiedono una adeguata motivazione in punto di fatto e di diritto, contrariamente alle ipotesi di cui alle lettere a), b), g), h) dello stesso articolo 75, in cui può essere sufficiente una motivazione *de relato*.

Si conferma, pertanto, quanto in precedenza affermato al punto f) della determinazione del 15 luglio 2003, n. 13, circa la natura discrezionale della valutazione e l'obbligo di motivazione cui è tenuta la stazione appaltante che escluda un'impresa, ritenendo integrata la causa preclusiva di cui alla lettera f) dell'articolo 75 del DPR 554/99 e s.m. Ad esempio, nel caso di impresa partecipante ad una procedura concorsuale indetta da stazione appaltante

che precedentemente aveva risolto un contratto di appalto in danno della stessa impresa, non può essere determinata la sua automatica esclusione dalla gara. Al riguardo la natura discrezionale della suddetta valutazione comporta di tenere conto, tra i diversi elementi, il tempo trascorso dall'atto di rescissione e le eventuali recidive rilevate da altre stazioni appaltanti. Discrezionalità, peraltro, molto limitata o nulla, nel caso che il pregresso contegno contrattuale dell'impresa sia di per sé solo sufficiente ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario. Per contro, in caso di ammissione di impresa responsabile di grave negligenza o malafede nel corso di pregresso rapporto contrattuale intercorso con la stazione appaltante, vi è ancora l'obbligo di motivazione ove la stazione appaltante ritenga di instaurare ugualmente con il soggetto un nuovo rapporto contrattuale (*Consiglio di Stato, Sez. V, 8 marzo 2004 n. 2317*).

I presupposti che danno luogo al verificarsi della risoluzione contrattuale di cui all'art. 119 del DPR 554/1999 e s.m., sono indicati *a contrario* sia dall'art. 17 lettera i) del DPR 21 gennaio 2000, n. 34, e successive modificazioni relativamente ai requisiti d'ordine generale necessari per ottenere la qualificazione, sia dall'art. 27 comma 2, lettera p), del medesimo DPR n. 34/2000 e s.m. come elementi di cui deve essere presa nota nel Casellario Informatico dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. In particolare quest'ultima norma si riferisce ad eventuali episodi di negligenza grave nell'esecuzione di lavori pubblici ovvero a gravi inadempienze contrattuali.

Il Casellario Informatico, pertanto, contiene una serie di informazioni sui soggetti che si propongono come affidatari di lavori pubblici, che se integrate tra loro possono dare luogo ad un profilo complessivo sulla loro affidabilità tecnico-professionale oltre che morale, che si rende disponibile alle stazioni appaltanti.

Tali disposizioni tuttavia, pur ampliando le informazioni poste a disposizione delle stazioni appaltanti, non modificano la portata della disposizione di cui all'art. 75, che, potendo essere considerata una norma a tutela dell'ordine pubblico, elenca in un *numerus clausus* le ipotesi in cui l'esclusione discende direttamente dalla previsione normativa e deve, quindi, essere accertata soltanto in concreto da parte della stazione appaltante nel verificarsi dei suoi presupposti.

Relativamente alla grave negligenza/gravi inadempienze, pertanto, l'esclusione discendente dalla norma riguarda soltanto le stazioni appaltanti con cui il soggetto partecipante all'affidamento ha già intessuto rapporti contrattuali, essendo sul punto chiara l'espressione utilizzata dal legislatore (*lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara*).

Ciò si rivela riduttivo rispetto alle previsioni della normativa comunitaria (*articolo 24, primo comma, lett. d), della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993*), che considera rilevante, per l'esclusione da una gara, il grave errore professionale commesso dall'appaltatore nel corso dei lavori eseguiti per conto di una qualsiasi stazione appaltante; così come riduttivo è ri-

guardo al disposto di cui all'art. 17, comma 1, lett. i), del DPR 34/2000 e s.m. , per il quale l'errore grave nell'esecuzione dei lavori pubblici, dovunque e comunque commesso, è situazione che impedisce il conseguimento della qualificazione. Per potere individuare e valutare detta situazione, in caso di omessa dichiarazione da parte dei soggetti che intendono qualificarsi o che chiedono il rinnovo dell'attestazione, la S.O.A. si avvale dei dati inseriti nel Casellario di cui all'art. 27 del DPR n. 34/2000 e s.m., tra cui sono compresi i fatti implicanti grave negligenza e grave inadempimento nell'esecuzione dei contratti di appalto, non esclusi quelli riferiti ad imprese non ancora qualificate, che l'Osservatorio per i lavori pubblici iscrive a seguito delle comunicazioni delle stazioni appaltanti.

Nella tabella seguente, di confronto delle tre disposizioni ora citate, si evidenziano le differenti formulazioni e la circostanza che, per questa fattispecie preclusiva, la norma della Direttiva, pur comportando una facoltà e non un obbligo, appare di portata più ampia rispetto a quella del Regolamento generale.

Tabella comparativa della direttiva 93/37 e con il DPR n. 554/99 e s.m. e con il DPR n. 34/2000, e s.m. limitatamente alla causa di esclusione/requisito generale per grave negligenza o errore grave nel corso dei lavori		
Direttiva 93/37/CEE	DPR n.. 34/2000 e s.m.	DPR n. 554/1999 e s.m.
<p>Articolo 24 Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni imprenditore:</p>	<p>Art. 17 (Requisiti d'ordine generale) 1. I requisiti d'ordine generale occorrenti per la qualificazione sono:</p>	<p>Art. 75 (Cause di esclusione dalle gare di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici) 1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:</p>
<p>d) che, in materia professionale, abbia commesso un errore grave, accertato mediante qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice;</p>	<p>i) inesistenza di errore grave nell'esecuzione di lavori pubblici;</p>	<p>f) che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara;</p>

In passato, l'appaltatore che si fosse reso colpevole di malafede o di negligenza, nel corso dell'esecuzione di un lavoro pubblico, veniva escluso dalla partecipazione a tutte le gare successive indette da qualunque stazione appaltante (*la cosiddetta esclusione permanente: art. 3 del r.d. 18 novembre 1923, n.*

2240 “Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni” e art. 68, 1° comma, del r.d. 23 maggio 1924, n. 827 - “Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale da comunicarsi al ministero delle finanze (ragioneria generale), a cura del quale ne viene data notizia alle altre amministrazioni. Analogamente si provvede per le eventuali riammissioni.”)

Successivamente, dopo l'istituzione presso il Ministero dei LL.PP. dell'Albo Nazionale dei Costruttori, la legge 10 febbraio 1962, n. 57, nel disciplinare completamente la materia, ha di fatto abrogato la norma di cui al comma 1 dell'art. 68, con riferimento al settore dei lavori pubblici, avendo previsto nell'art. 20 i casi in cui veniva sospesa l'efficacia dell'iscrizione nell'albo e nell'art. 21 quelli di cancellazione dall'Albo stesso. Tuttavia, l'art. 3, comma 3, della citata legge confermava che l'iscrizione nell'albo non precludeva l'esercizio della facoltà per la stazione appaltante, prevista dall'art. 68, comma 2, di escludere l'impresa da ogni singola gara nel caso di sussistenza di fatti ostativi alla partecipazione alle pubbliche gare.

In seguito, in relazione a quanto previsto dall'art. 8, comma 7, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., sono state abrogate le norme esistenti in materia di sospensione e cancellazione dall'albo, e sono state totalmente recepite le cause di esclusione dettate dall'articolo 24, primo comma, lett. d), della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, con efficacia sia per gli appalti sopra che sotto soglia.

Relativamente all'art. 68, comma 2, del R.D. n. 827/1924, tuttora vigente, è dubbia la sua applicabilità al sistema dei lavori pubblici posto che qui, come precisato anche da questa Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione n. 24 del 2 ottobre 2002, si applica un sistema normativo organico costituito dalla legge n. 109/1994 e s.m. e dal DPR n. 554/1999 e s.m. e che la giurisprudenza sembra orientata nel senso di escludere qualsiasi operazione di estensione analogica dell'art. 68 (*Tar Lazio sez. I bis, 27 marzo 2004 n. 2908*).

Da ultimo, il DPR 30 agosto 2000, n. 412 ha colmato la lacuna esistente nel DPR n. 554/99 e s.m. per la mancata registrazione da parte della Corte dei conti, delle norme di recepimento delle cause di esclusione dalle gare nei servizi attinenti alla architettura ed all'ingegneria e negli appalti e concessioni di lavori pubblici, queste ultime previste dall'articolo 24, primo comma, della direttiva 93/37/CEE.

Nelle premesse del DPR n. 412/2000, nel motivare la necessità di un Regolamento recante disposizioni integrative del DPR n. 554/99, veniva precisato che l'art. 8, comma 7, attraverso l'applicazione diretta della disciplina comunitaria, aveva potuto “... momentaneamente supplire, in attesa di una più approfondita valutazione del portato della pronuncia dell'organo di controllo”.

In tale ambito, l'art. 75, comma 1, lett. f), del DPR n. 554/99 e s.m., ha recepito parzialmente la disposizione comunitaria recata dall'articolo 24, primo comma, lett. d), della direttiva 93/37/CEE, ai sensi del quale "può essere escluso" dalle gare l'imprenditore che in materia professionale "abbia commesso un errore grave accertato mediante qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice", specificando che la predetta causa di esclusione vada riferita alla "grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara".

In merito, tuttavia, preme evidenziare che per "stazione appaltante che bandisce la gara", deve intendersi non solo la singola amministrazione interessata dalla specifica procedura selettiva, ma l'intera struttura della stessa, seppur divisa in articolazioni territoriali. Deve, infatti, considerarsi che affinché un ente possa operare con titolo di stazione appaltante occorre che questo sia in possesso di capacità giuridica (come peraltro attribuito ex art. 11 del codice civile) e di capacità d'agire, quest'ultima intesa come attitudine all'imputazione di fattispecie. In forza di tale istituto, il soggetto pubblico esprime la sua volontà e compie atti attraverso i propri organi che imputano tale attività al soggetto. E detti organi vanno individuati per l'appunto anche nelle strutture periferiche in cui si articola l'ente, pervenendo quindi ad un concetto sempre più unitario di stazione appaltante, identificando in essa quei soggetti dotati di autonoma personalità giuridica la cui eventuale articolazione territoriale non influisce sulla originaria unitarietà.

Invero, relativamente ad alcune Amministrazioni dello Stato, come il Ministero per i Beni e le Attività culturali, e ad alcuni enti, come l'ANAS S.p.A., che risultano suddivisi in strutture centrali ed organi o uffici periferici, l'utilizzo del termine *stazione appaltante che bandisce la gara* in luogo di *amministrazione aggiudicatrice* potrebbe indurre a ritenere che la norma sia diretta alla singola unità organizzativa che gestisce direttamente il procedimento di gara.

Al riguardo tuttavia occorre rilevare che il legislatore ha provveduto a fornire una definizione di *stazione appaltante* all'art. 2, comma 1, lett. a), del DPR 554/99 e s.m., che appare dirimente della questione di cui trattasi. Detta disposizione infatti opera un rinvio diretto ed automatico a tutti soggetti di cui all'art. 2, comma 2, della legge 109/94 e s.m., tra i quali sono ricomprese le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lettera a) della medesima norma, stante la previsione contenuta all'art. 2, comma 7, lettera c), della legge stessa. Pertanto, l'apparente diversità di formulazione utilizzata dal legislatore non comporta alcuna differenza di carattere sostanziale nell'identificazione del soggetto cui riferire il dettato normativo, che va pertanto considerato nella sua complessiva costituzione.

Da quanto sopra, deriva che la causa di esclusione di cui all'art. 75, comma 1, lett. f), del DPR n. 554/99 e s.m., deve essere riferita a casi di inadempimento dell'impresa in pregressi rapporti contrattuali anche con le eventuali

articolazioni territoriali della medesima stazione appaltante, intesa nel suo complesso.

La considerazione che il regolamento di cui trattasi abbia recepito parzialmente le previsioni recate dalla direttiva comunitaria, potrebbe portare alla conseguenza che la grave negligenza/malafede, posta in essere in pregressi contratti di appalto con altre stazioni appaltanti, si riveli di nessuna utilità e rilievo pratico da parte di altri operatori del mondo degli appalti pubblici rispetto a quelli che la hanno direttamente accertata.

Poiché, tuttavia, i comportamenti contemplati nel suddetto art. 75, comma 1, lett. f), del DPR n. 554/1999 e s.m. sono potenzialmente in grado di rilevare gravi situazioni di devianza e di anomalia nella fase di esecuzione di lavori pubblici, si pone la questione se, dinanzi a fatti reiterati e particolarmente seri, dovuti a grave negligenza o malafede nel corso di distinti lavori denunciati da uno o più committenti pubblici e conosciuti attraverso la consultazione del Casellario Informatico dell'Autorità, gli stessi possano rivestire particolare rilievo per *tutte* le stazioni appaltanti – anche diverse da quelle che abbiano avuto precedenti rapporti contrattuali con il concorrente oggetto di più annotazioni nel casellario informatico.

Tali reiterati episodi, il cui effetto sia stato o il ritardo nell'esecuzione dei lavori o l'errore nell'esecuzione degli stessi – da intendersi quale mancata corrispondenza dell'opera eseguita alle previsioni progettuali ovvero quale realizzazione non a perfetta regola d'arte – o la malafede commessa nell'esecuzione – intesa quale comportamento malizioso posto in essere dall'appaltatore al fine di pregiudicare il diritto della stazione appaltante – costituiscono indice di inaffidabilità professionale e, come tali, potrebbero comportare l'esclusione dalle gare anche da parte di stazioni appaltanti che non abbiano avuto precedenti rapporti contrattuali con il soggetto responsabile di siffatti comportamenti.

Ciò, ovviamente, deve formare oggetto di una compiuta valutazione da parte dell'amministrazione, in ordine al grado di incidenza dei predetti comportamenti sull'affidabilità del concorrente e, quindi, in ordine all'interesse pubblico di evitare di intrattenere rapporti contrattuali con un soggetto inadempiente, in relazione al quale sussiste la ragionevole possibilità che si determini ancora detta sfavorevole evenienza e tenuto conto delle specifiche finalità connesse all'intervento da appaltare.

La modalità attraverso le quali le stazioni appaltanti possono dare rilievo ai suddetti comportamenti dovrebbe avere carattere generale, per cui potrebbe essere inserita un'apposita previsione nella *lex specialis* di gara, con cui viene reso possibile valutare, ai fini dell'eventuale esclusione, l'incidenza sull'affidabilità professionale del concorrente di comportamenti di grave negligenza e malafede tenuti con altra stazione appaltante e risultanti dal Casellario Informatico.

Tale clausola del bando di gara, infatti, dovrebbe essere in grado di esplicitare il principio di fiduciarietà e di serietà tecnico-professionale al cui presidio è posta la disposizione dell'art. 75, comma 1 lett. f) DPR n. 554/1999 e s.m.

Una simile facoltà è stata, peraltro, ritenuta ammissibile da questa Autorità, sebbene per differente fattispecie, nella determinazione del 15/10/2003, n. 14 in materia di "*clausole di gradimento*", nella quale in ordine alla possibilità per la stazione appaltante di prescrivere adempimenti ulteriori rispetto alle previsioni normative stabilite per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici, è stato espresso avviso per cui, anche sulla base della giurisprudenza prevalente (*vedi da ultimo Consiglio di Stato sentenza. n. 2150 del 15 aprile 2004*), deve ritenersi sussistente "*la facoltà per la stazione appaltante di individuare nel bando di gara ulteriori adempimenti purché proporzionati alle finalità dell'amministrazione e purché non costituiscano richieste irrazionali e pretestuose, con conseguente violazione del principio della più ampia partecipazione alla gara. Il procedimento amministrativo è improntato al rispetto dei principi generali di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, secondo il disposto dell'articolo 97 della Costituzione. Nel settore degli appalti pubblici detti principi si estrinsecano nelle regole della concorsualità, segretezza e della serietà delle offerte: tali regole, trovano applicazione in virtù del criterio teleologico, che mira, in via suppletiva, all'individuazione del particolare interesse dell'amministrazione sotteso alla garanzia della parità dei concorrenti, ovvero perché esplicitate nella lex specialis*".

L'Autorità ha, dunque, ritenuto "*indispensabile un apprezzamento da parte della stazione appaltante in ordine alle specifiche finalità che la stessa intende perseguire mediante i suddetti ulteriori adempimenti*", i quali non devono comunque costituire richieste irrazionali e pretestuose.

Peraltro, in analogia con quanto affermato dalla giurisprudenza (*Tar Lombardia, Milano, sez. III 30.04.03 n. 1094*) in ipotesi di esclusione per collegamento tra imprese, la clausola non dovrebbe mai essere espressa nei termini di un'esclusione automatica dalla gara, dovendo consentire all'amministrazione di verificare se l'esame della fattispecie concreta induca a ritenere scarsamente affidabile il soggetto partecipante.

Deve, infine, rilevarsi che l'esclusione, nel caso di previsione contenuta nel bando di gara, deve a *fortiori* rispetto all'applicazione dell'art. 75 comma 1 lettera f), del DPR 554/1999 e s.m. essere sempre assistita da idonea ed analitica motivazione, trattandosi di un vero e proprio giudizio sull'affidabilità professionale del soggetto partecipante, in grado di produrre effetti lesivi sullo stesso.

Sulla base delle considerazioni svolte, l'Autorità è dell'avviso che:

- a) la locuzione "*stazione appaltante che bandisce la gara*" utilizzata all'art. 75, comma 1, lett. f), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e successive modifi-

cazioni, va riferita all'ente nel suo complesso e, pertanto, l'esclusione dalla gara può essere disposta da una articolazione territoriale di un ente ancorché i comportamenti gravemente negligenti e l'errore grave nell'esecuzione di lavori siano stati rilevati da un'altra articolazione territoriale del medesimo ente;

- b) vada confermato l'avviso espresso al punto *f*) della determinazione del 15 luglio 2003, n. 13, circa la natura discrezionale della valutazione e l'obbligo di motivazione cui è tenuta la stazione appaltante che escluda o ammetta una impresa, ritenendo integrata o meno la causa preclusiva di cui alla lettera *f*) dell'articolo 75 del DPR 554/1999 e s.m.;
- c) in aggiunta al disposto dell'art. 75, comma 1, lettera *f*), del DPR 554/99 e s.m., le stazioni appaltanti possono inserire nella *lex specialis* di gara una previsione del seguente tipo: *La stazione appaltante si riserva la facoltà di escludere dalla gara, con obbligo di motivazione, i concorrenti per i quali non sussiste adeguata affidabilità professionale in quanto, in base ai dati contenuti nel Casellario Informatico dell'Autorità, risulta essersi resi responsabili di comportamenti di grave negligenza e malafede o di errore grave nell'esecuzione di lavori affidati da diverse stazioni appaltanti.*

Determinazione n. 9/2004

**Contenzioso in fase di appalto conseguente ad una o più
sospensioni dei lavori, disposte - in esito a prescrizioni degli
organi preposti alla tutela dei beni culturali - per l'esecuzione di
campagne di indagini archeologiche nel sottosuolo.
Valutazione della possibilità di limitare gli effetti negativi di
ordine economico correlati a tale fattispecie
(19 maggio 2004)**

Premesso che

Nell'ambito della propria attività, questa Autorità si è trovata con una certa frequenza ad analizzare procedure d'appalto il cui espletamento - in termini di rispetto dei tempi e dei costi di esecuzione - è stato condizionato da rinvenimenti archeologici nel sottosuolo e dalle conseguenti attività di scavo e documentazione, oltre che dalle ulteriori fasi di valutazione e di adozione degli opportuni provvedimenti di conservazione; iniziative tutte che sono nella competenza degli organi preposti alla tutela dei beni culturali.

In particolare, nei suddetti casi è risultata ricorrente la sospensione dei lavori di significativa durata, correlata non solo al tempo materialmente necessario per lo svolgimento delle indagini archeologiche, ma anche a quello successivo per la redazione ed approvazione delle varianti in corso d'opera che tenessero conto del valore dei ritrovamenti e della loro possibile fruizione o, quanto meno, che ne salvaguardassero l'integrità.

Aldilà dei costi per le maggiori o diverse lavorazioni che a tal fine si rendono necessarie, le procedure d'appalto per le quali si concretizza l'evenienza in questione possono comportare impegni economici imprevisti e ben più significativi, in conseguenza delle richieste delle imprese esecutrici dei lavori, che si estrinsecano principalmente sotto forma di riserve iscritte, nei modi di legge, sugli atti contabili ed incentrate sul calcolo degli oneri derivanti dalla protratta gestione delle attività lavorative di cantiere.

L'insorgenza di un simile contenzioso è sempre e comunque legata ad una circostanza di oggettivo gravame per l'appaltatore, cui viene precluso il dispiegamento compiuto di quella capacità organizzativa che deve contraddistinguere ogni realtà imprenditoriale e che si esprime - nell'esecuzione delle opere aggiudicate - con un'accurata programmazione temporale delle singole fasi di lavoro e delle relative sovrapposizioni, delle forniture, dei noli e via dicendo, al fine di ottimizzare i risultati economici della gestione dell'appalto.

L'elevata probabilità che ad una sospensione dei lavori, disposta a seguito di rinvenimenti archeologici (e protratta per il tempo necessario a compiere le connesse indagini di scavo e documentazione) faccia seguito la rappresentazione formale di una doglianza dell'impresa, induce quindi a

rilevare che il verificarsi della fattispecie in questione si accompagna quasi sempre ad un significativo aumento dei costi che la stazione appaltante dovrà sopportare in dipendenza della controversia avviata, con le possibili conseguenze che ciò può comportare in termini di giudizio da parte dell'organo di magistratura contabile.

Ne deriva l'utilità di operare alcune riflessioni sul tema in questione, al fine di valutare quali possano essere - nell'evenienza di ritrovamenti archeologici a lavori iniziati e cioè *a cantiere aperto* - le possibilità di limitare le ricadute negative di ordine economico che tale occorrenza imprevista può indurre sulla procedura d'appalto in corso.

Tanto premesso, ravvisata l'esigenza e l'importanza di conoscere l'avviso del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali in ordine alle possibili iniziative da intraprendere, ne sono stati sentiti i rappresentanti nell'audizione disposta in data 21 aprile 2004.

In tale sede gli intervenuti hanno dettagliatamente rappresentato che le problematiche evidenziate investono aspetti da tempo all'attenzione del Ministero, il quale ha ben presente la necessità di mettere a punto regole capaci di consentire con pari efficacia l'azione di tutela e la realizzazione degli appalti *con il minor sacrificio degli operatori*.

Ritenuto in diritto

Una considerazione preliminare riguarda la natura dell'area sulla quale è prevista la realizzazione dell'opera pubblica, intendendo con ciò se la stessa sia sottoposta o meno ad uno specifico vincolo archeologico.

In caso affermativo, la normativa vigente prevede che l'organo preposto alla tutela esprima il proprio parere - di norma in sede di *conferenza di servizi* - al fine di chiarire alla stazione appaltante se e a quali condizioni l'opera a farsi sia compatibile con i principi sui quali si basa la conservazione del patrimonio culturale e, nel contesto particolare, se l'esecuzione delle specifiche categorie di lavoro previste dal progetto possa interferire con la salvaguardia dei resti archeologici presumibilmente esistenti nel sottosuolo.

Questa ipotesi, sufficientemente disciplinata nei suoi aspetti procedurali, dovrebbe portare ad una conoscenza preventiva degli elementi ostativi alla proficua esecuzione dei lavori, escludendo perciò (o, quanto meno, riducendo significativamente) la possibilità che in corso d'opera si verificino circostanze impeditive connesse ai ritrovamenti archeologici, con gli effetti negativi indicati in precedenza.

Appare evidente che il passaggio procedurale appena descritto, benché articolato in forma semplice e *lineare*, non può garantire alcun effetto realmente positivo se il rapporto fra la stazione appaltante e l'organo preposto alla tutela non risulta improntato alla massima collaborazione, diligenza e chiarezza.

Per fare un esempio concreto, se l'amministrazione che ha indetto la *conferenza di servizi* presenta in quella sede un progetto privo degli opportuni approfondimenti di dettaglio in ordine alla tipologia ed alle caratteristiche geometriche delle strutture di fondazione, non consentirà

l'espressione di un parere compiuto da parte del rappresentante della competente soprintendenza archeologica, oppure ne potrà ottenere un assenso condizionato alla esecuzione - in corso d'opera - dei necessari saggi e della correlata valutazione dei risultati, senza perciò conseguire alcun risultato utile ad evitare interferenze tra svolgimento della fase esecutiva dell'appalto ed azione di tutela dei beni archeologici eventualmente presenti.

La Soprintendenza Archeologica competente per territorio, per contro, non può esimersi dal rappresentare in maniera esaustiva le esigenze derivanti dalle proprie attribuzioni, senza però dimenticare che il proprio parere interviene nell'ambito di una procedura d'appalto, la cui finalità è la costruzione di un'opera pubblica da realizzarsi attraverso un'attività uniformata ai criteri di cui all'art. 1 della legge n. 109/94.

Questo non può - ovviamente - significare che gli organi preposti alla tutela debbano improntare la loro azione riferendosi unicamente al rispetto dei principi di efficienza, efficacia, tempestività ed economicità dell'azione amministrativa in materia di appalti.

Difatti, la tutela dei beni archeologici e, più in generale, di quelli culturali, ha il fine di garantire la fruizione, anche per le generazioni future, di un patrimonio universale ed inestimabile, la cui conservazione assume un valore che prescinde da qualsiasi monetizzazione e si pone - oggettivamente - come principio superiore a quelli indicati dall'art. 1 della legge n. 109/94 e perciò prevalente su di essi.

Risulta tuttavia più facile il tentativo di coniugare l'esercizio di ogni necessaria azione di tutela nell'eventualità di ritrovamenti archeologici ed il rispetto di tempestività ed economicità nella procedura d'appalto allorquando - in un'ottica di comprensione dei rispettivi limiti di competenza e margini di operatività, anche finanziaria - viene assicurata la conoscenza reciproca e preventiva di tutti gli elementi utili alla valutazione delle problematiche da affrontare, nonché delle difficoltà connesse.

Ad avviso del competente Ministero - che considera parimenti essenziale l'azione preventiva - un'opzione praticabile potrebbe essere quella di 'istituzionalizzare' la presenza dei tecnici della Soprintendenza sin dalle prime fasi della progettazione, con il risultato di garantire l'approccio metodologico più idoneo e l'adozione delle proprie determinazioni su basi conoscitive certe, evitando di restringere l'espressione del parere di competenza all'unica sede della *conferenza di servizi*, in esito alla quale scaturisce - quasi inevitabilmente - un'autorizzazione subordinata all'esecuzione di successivi accertamenti.

In sostanza, l'Amministrazione dei BB. e delle AA.CC. delinea ed auspica l'affermazione di un ruolo differente per le Soprintendenze, superando quello *autorizzatorio* o *ensorio*, per rivestire quello di piena collaborazione e di corresponsabilità; in tal senso, la recente attuazione di alcune iniziative 'pilota' di collaborazione con altri Enti avrebbe già consentito di sperimentare una gestione dell'appalto più attenta alle reciproche esigenze.

Comunque, pur nell'ipotesi di una collaborazione anticipata alla fase della progettazione preliminare, non è infrequente che sopravvenga la necessità dell'esecuzione di indagini o campagne di scavo preventive, cui consegue l'esigenza del reperimento delle risorse economiche per dare seguito alle stesse.

In proposito è noto come le Soprintendenze lamentino la persistente insufficienza dei fondi per procedere direttamente ed autonomamente all'espletamento di indagini archeologiche: in quest'ottica si inquadra la richiesta che debbano essere le stesse amministrazioni appaltanti a dotarsi dei finanziamenti sufficienti a garantire l'esecuzione delle opportune indagini archeologiche, da condurre sotto la direzione tecnico-scientifica della competente Soprintendenza archeologica, così da consentire ad essa la completa conoscenza dell'area e quindi l'espressione di pareri basati su elementi scientifici concreti.

In sede di audizione il Ministero ha tenuto ulteriormente a precisare che tale assunto – già richiamato in alcune disposizioni normative per particolari opere – ha trovato esplicita conferma nel Nuovo Codice dei beni culturali e del paesaggio (D.Lgs. n. 41 del 22 gennaio 2004), in vigore dall'1 maggio 2004, costituendo conseguenzialmente un obbligo di legge 'generalizzato'.

Sull'argomento è stato anche aggiunto che le risorse necessarie devono consentire – in prima analisi – la sola esecuzione di saggi preliminari condotti sotto la direzione scientifica della Soprintendenza competente, fermo restando che eventuali ritrovamenti di significativa rilevanza comportano – nel naturale ordine delle cose – l'obbligatoria richiesta di uno scavo 'a tappeto', con le relative conseguenze in termini di disponibilità dei fondi.

Per contenere gli effetti di questa possibile incertezza finanziaria, il Ministero ha formulato l'ipotesi concreta di anticipare le indagini archeologiche già alla fase del progetto preliminare, contenendone l'entità economica, con la finalità di valutare l'opportunità di proseguire nella progettazione definitiva e, nel caso, con quali vincoli, nonché con l'obiettivo di valutare l'esigenza di un successivo scavo 'integrale'.

Ciò anticiperebbe la cognizione di due aspetti fondamentali:

- 1) verifica della fattibilità dell'opera programmata;
- 2) necessità di reperire ulteriori ed adeguate risorse, anche attingendo a differenti fonti di finanziamento, per assicurare tanto l'esecuzione dello scavo 'integrale', quanto la conservazione e la fruizione di reperti archeologici di eccezionale importanza.

Risulta infatti evidente come sia difficile che una stazione appaltante possa essere in grado di disporre di risorse economiche tali da indagare completamente ed esaustivamente (nell'accezione intesa dalle Soprintendenze archeologiche) le aree interessate dai vari appalti di opere pubbliche contemplati nel programma triennale, tanto più che indagini siffatte finirebbero per costituire dei veri e propri interventi autonomi, il cui svolgimento – in termini di tempi, costi, valutazione degli esiti e

finanche di esecuzione dell'opera originariamente prevista - sarebbe per di più sottratto alla potestà discrezionale ed alla connessa responsabilità, poste in capo alle singole amministrazioni.

Quest'ultima considerazione, tra l'altro, incide anche sul ruolo del responsabile del procedimento, svuotando parzialmente di significato il possibile richiamo alle disposizioni regolamentari (artt.18, 19 e 36 del D.P.R. n.554/99), le quali pongono a carico della stazione appaltante tutti quegli adempimenti correlati alla progettazione che possano ridurre gli imprevisti in corso d'opera, e che trovano un loro limite proprio nella fattispecie trattata, imperniata sulla tutela dei beni archeologici.

Infatti, l'unico organo preposto alla individuazione, con metodo scientifico, dei beni da tutelare nonché alla determinazione delle relative modalità - intese sia con riferimento alle tecniche di rilevamento che a quelle di conservazione - resta, in via esclusiva, la Soprintendenza Archeologica competente per territorio.

Ciò significa che l'esecuzione preventiva di indagini archeologiche, qualora venisse disposta unicamente su iniziativa dal Responsabile del procedimento nominato dalla stazione appaltante, risulterebbe condotta da un soggetto privo della necessaria legittimazione in ordine alla conoscenza ed all'utilizzo delle corrette metodiche di scavo, rilievo e catalogazione, nonché - soprattutto - in ordine alla valutazione dell'importanza che i ritrovamenti rivestono per la collettività ed alla più opportuna tipologia d'intervento per assicurarne la fruizione o, quanto meno, per documentarne l'esistenza.

Paradossalmente, un'attività siffatta - benché ispirata dalla volontà di ridurre gli imprevisti in corso d'opera ed i conseguenti prevedibili oneri - potrebbe configurare essa stessa un maggior costo, concretizzandosi in un'attività i cui frutti risultano incerti e quindi privi di una concreta utilità, sia ai fini della tempestiva conduzione dell'appalto, sia ai fini della tutela del patrimonio archeologico.

L'anticipazione delle prospezioni archeologiche a cura della competente Soprintendenza risulta perciò auspicabile, ma deve altresì sottolinearsi come in molti casi le relative indagini vengano disposte perché non può escludersi - a priori - la presenza di resti antichi nella zona interessata dal nuovo intervento e che spesso le strutture riportate alla luce non rivestono un'importanza tale da imporre un ripensamento dell'intero progetto; anzi - una volta eseguiti i rilievi grafici e fotografici, documentando l'attività svolta ed i risultati conseguiti - l'iter può anche concludersi disponendo la ricopertura di quanto scavato (in particolare quando la conservazione risulti problematica), al fine di evitarne il degrado.

Se quindi continua ad avere un valore l'affermazione secondo cui *il miglior museo è la terra*, come può desumersi dalle Carte del restauro e dalle Convenzioni internazionali (quali la Carta di Atene, che sintetizza l'esito dei lavori della Conferenza Internazionale del 1931), nulla vieta che l'organo preposto alla tutela - preso atto della onerosità (e quindi dell'estrema difficoltà di realizzazione, se non addirittura dell'impossibilità economica) di compiere un'indagine archeologica 'a tappeto' estesa all'intera area di sedime della nuova costruzione e delle sue pertinenze - esprima un parere favorevole, per quanto di competenza, subordinando

l'esecuzione dei lavori alla previsione di soluzioni tecniche progettuali non interferenti con il sottosuolo archeologico (intendendo con tale termine lo strato di terreno, situato ad una determinata profondità, che può racchiudere in sé i segni dell'attività umana antica), così da non precludere future eventuali azioni di scavo e documentazione.

Volendo trarre delle prime conclusioni da quanto sin qui riportato, deve perciò evidenziarsi che quando l'appalto a farsi insiste su di un'area sottoposta a vincolo archeologico, la successiva sospensione dei lavori - disposta in esito a rinvenimenti di significativo interesse - si ricollega ad una circostanza indubbiamente impreveduta, ma che non può definirsi - con altrettanta certezza - imprevedibile.

Se quindi la stazione appaltante e l'organo di tutela non hanno improntato la loro azione, ognuno per quanto di rispettiva competenza, a rendere esaurientemente chiare e precise le condizioni di fattibilità dell'intervento da realizzare, gli eventuali maggiori oneri connessi alle interruzioni nella fase esecutiva dei lavori potranno dar luogo a contestazioni di addebito da parte della Corte dei Conti, rivolte ai soggetti che ne sono stati responsabili. Fin qui si è trattato della fattispecie in cui la presenza di un vincolo archeologico impone un vaglio progettuale - ad opera della competente Soprintendenza - che interviene prima dell'aggiudicazione dell'appalto e, spesso, prima della redazione del progetto esecutivo, per cui è possibile operare tutte le valutazioni del caso al fine di evitare che le problematiche irrisolte si possano tradurre in impedimenti all'atto dell'esecuzione dei lavori, con le conseguenze economiche e temporali che sono state indicate.

Vi sono però anche i casi in cui sull'area di sedime dell'opera a farsi non grava uno specifico vincolo archeologico, oppure casi in cui, pur in presenza dell'anzidetto vincolo, non è possibile eseguire preventivamente tutti i saggi necessari, per la presenza di corpi di fabbrica da demolire nell'ambito dell'appalto da affidare.

Sono queste le fattispecie nelle quali il problema dei rinvenimenti archeologici si manifesta pienamente solo in corso d'opera ed in quella sede deve essere affrontato, imponendo quindi l'interruzione delle attività di cantiere per consentire l'espletamento delle opportune indagini sotto la direzione scientifica della Soprintendenza archeologica.

Se al verificarsi di tale ipotesi risulta ovviamente tramontata ogni possibilità di azione in termini di prevenzione, la consapevolezza del concreto rischio di una configurazione di maggiori oneri - che ogni protrazione temporale dell'appalto reca in sé - rende ancora più necessario che la stazione appaltante e l'organo di tutela adottino comportamenti e provvedimenti idonei a limitare l'entità degli eventuali danni.

Per quanto concerne l'Amministrazione appaltante, non può nemmeno escludersi - in casi particolari - il recesso dal contratto, ai sensi dell'art. 122 del DPR n. 554/99, qualora ciò risulti opportuno in esito ad una valutazione ponderata delle circostanze di fatto.

Nella generalità dei casi, invece, qualora venga disposta la sospensione dei lavori, deve innanzitutto ricordarsi l'importanza delle disposizioni contenute nell'art. 133, commi 4 e 5, del DPR n. 554/99, il cui rigoroso rispetto da parte del direttore dei lavori è sicuramente utile ad evitare contrastanti descrizioni in ordine alla consistenza della forza lavoro e dei

mezzi d'opera esistenti in cantiere al momento della sospensione e durante l'intera protrazione della stessa, ferma restando la necessità che vengano impartite le necessarie disposizioni al fine di contenere macchinari e mano d'opera allo stretto indispensabile.

Inoltre, sarà opportuno che in corso di esecuzione delle indagini archeologiche, svolte sotto la direzione scientifica della competente Soprintendenza, il direttore dei lavori si mantenga in stretto contatto con i rappresentanti dell'organo di tutela, per conoscere in tempo reale le valutazioni sull'importanza dei reperti messi in luce e sulle modalità per assicurarne l'eventuale conservazione *in situ*, al fine di prefigurare le possibili ripercussioni sui lavori appaltati ed anticipare – per quanto possibile – lo studio delle modifiche che si dovessero rendere necessarie, riducendo i tempi di redazione di un'eventuale variante in corso d'opera.

Per quanto riguarda le possibili iniziative poste in essere da parte dell'organo preposto alla tutela dei beni culturali, è fuor di dubbio che il peculiare ambito di competenza porta a focalizzare l'attenzione soprattutto sui possibili ritrovamenti, con l'evidente finalità di assicurarne la conoscenza e – se possibile – la fruizione. Ciò tuttavia non esclude che debbano essere ben presenti anche le funzioni attribuite all'Ente appaltante, tenuto a garantire la tempestività ed economicità di ogni procedura di esecuzione di lavori pubblici

In concreto, la consapevolezza delle altrui responsabilità non può che tradursi in tempi di espletamento delle attività di competenza che siano sempre contenuti nella misura strettamente necessaria all'espressione delle proprie valutazioni, dovendo altresì ribadire che eventuali comportamenti caratterizzati da lungaggini o inerzie, potendo dar luogo a maggiori oneri, implicano l'imputabilità del danno erariale, ad opera della magistratura contabile, nei confronti di tutti i soggetti che – a qualsiasi titolo - ne siano ritenuti artefici.

Anche sotto questo aspetto il Ministero dei BB. e delle AA.CC. ha inteso sottolineare la propria costante attenzione, dando conoscenza della recente emanazione di un provvedimento interno (Circolare DGBA n.9786 del 10.6.03), finalizzato proprio allo snellimento delle procedure amministrative ed inteso ad incrementare l'autonomia decisionale degli Uffici periferici, con l'obiettivo di ridurre quei tempi decisionali che possono comportare le note conseguenze in termini di maggiori oneri.

Infine, restano da svolgere alcune ulteriori riflessioni sulle attività che, di norma, fanno seguito all'interruzione dei lavori connessa al ritrovamento di reperti archeologici.

In primo luogo, deve rilevarsi che le campagne di scavo archeologico disposte in regime di sospensione risultano frequentemente attuate con il sistema delle liste in economia ed il ricorso alla mano d'opera della stessa impresa aggiudicataria, previa verifica della disponibilità all'affidamento diretto dei relativi lavori. Il ricorso a tale modalità di effettuazione viene giustificato con l'urgenza e l'opportunità di avvalersi di una forza lavoro già presente in cantiere, da porre agli ordini della direzione scientifica della Soprintendenza.

Benché l'importo complessivo di tali lavori in economia possa risultare scarsamente significativo se paragonato a quello contrattuale, è indubbio che al ricorrere di tale circostanza l'appaltatore ottenga un affidamento aggiuntivo - sottraendosi, per le suddette ragioni di correttezza, a qualsivoglia procedura concorsuale - e ne tragga un utile.

In secondo luogo, può verificarsi con analoga ricorrenza che per effetto delle risultanze dello scavo archeologico sia necessario apportare variazioni al progetto approvato, prevedendo un incremento delle lavorazioni a farsi, concordando gli eventuali nuovi prezzi con l'aggiudicatario e perfezionando il rapporto contrattuale in essere tramite la sottoscrizione di un apposito atto di sottomissione o di un atto aggiuntivo al contratto stesso. Anche in questo caso l'appaltatore trae un utile dai maggiori lavori affidati, per l'assunzione dei quali sostiene indubbiamente oneri in misura ridotta, in considerazione del fatto che - oltre a non sobbarcarsi le spese di una nuova gara - ottiene certamente il risparmio connesso all'utilizzo dell'impianto di cantiere già esistente.

È altrettanto frequente che l'impresa iscriva riserve in conseguenza della sospensione dei lavori, lamentando il danno subito in termini di protrazione gestionale ed elencando gli oneri aggiuntivi sostenuti per spese generali, macchinari e mano d'opera, mancato utile, ecc., determinandoli - in ossequio ad una prassi invalsa - mediante calcoli aritmetici deduttivi.

Ad esempio, per la stima delle spese generali infruttifere sostenute e delle quali si chiede il ristoro, viene spesso operato il confronto tra la *produzione giornaliera effettiva* e quella che viene definita *produzione giornaliera teorica*, assumendo come unico riferimento per quest'ultima le originarie condizioni contrattuali ed il relativo cronoprogramma, ma senza considerare le eventuali modifiche economiche o temporali che reggono l'appalto, intervenute su richiesta dell'impresa o che si rivelano comunque migliorative per essa.

Sulla base delle considerazioni che precedono, non sembra privo di utilità il richiamo alle disposizioni di cui agli artt. 24 e 25 del DM LL.PP. n. 145/2000 (*Regolamento recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici*), in materia di ammissibilità delle sospensioni e di modalità di calcolo del danno eventualmente derivante, cosicché, all'atto della valutazione di ammissibilità e fondatezza delle riserve iscritte dall'impresa sui registri contabili, risulti ben chiara e presente l'esigenza di svolgere le seguenti verifiche:

- 1) sussistenza dei presupposti per ottenere il riconoscimento dei danni prodotti dalla sospensione dei lavori, ai sensi dell'art. 24 del DM LL.PP. n. 145/2000;
- 2) conformità della quantificazione del danno operata dall'appaltatore, accertata con riferimento ai criteri indicati nel successivo art. 25, comma 2-lettere a), b), c), d), e comma 3;
- 3) riconsiderazione degli importi calcolati a titolo di spese generali infruttifere, lesione dell'utile, ammortamenti e retribuzioni inutilmente corrisposte, qualora nel medesimo periodo di sospensione l'impresa abbia ottenuto affidamenti aggiuntivi, traendone profitto.

In estrema sintesi, nell'argomentare le controdeduzioni in merito alle doglianze dell'impresa, non ci si può limitare all'analisi dei soli elementi

riportati nelle iscrizioni sugli atti contabili, dovendosi invece apprezzare nella giusta misura tutte le circostanze che si sono verificate nel corso della fase di esecuzione dell'appalto, al fine di evitare la corresponsione di somme eccedenti l'effettivo danno patito dall'impresa affidataria.

Dalle considerazioni svolte segue che:

1. al fine di assicurare sia il rispetto di tempestività ed economicità nella procedura d'appalto, sia l'esercizio di ogni necessaria azione di tutela nell'eventualità di ritrovamenti archeologici, appare utile che le stazioni appaltanti valutino l'opportunità di coinvolgere il competente organo preposto alla tutela sin dalla fase della progettazione preliminare, studiandone - d'intesa con esso - le possibili modalità di concreta attuazione;
2. nel caso in cui il progetto di un'opera insistente su area soggetta a vincolo archeologico venga sottoposto all'esame della competente Soprintendenza solo all'atto della *conferenza di servizi*, l'amministrazione appaltante ha l'obbligo di rendere chiaro in ogni dettaglio il progetto presentato, così da consentire all'organo di tutela l'espressione di un parere compiuto, sia esso pienamente favorevole oppure condizionato allo svolgimento di ulteriori indagini preventive. Il medesimo organo di tutela, per suo conto, dovrà in quella sede indicare con altrettanta chiarezza (anche e soprattutto al fine di determinare tempi e costi presuntivi) quali siano le condizioni da rispettare per poter dar corso all'opera programmata, tanto nell'ipotesi in cui vi siano sufficienti risorse per effettuare campagne di scavo sotto la direzione scientifica della medesima Soprintendenza, che nell'opposta circostanza in cui possa realisticamente ipotizzarsi unicamente l'adozione di soluzioni progettuali non interferenti con il sottosuolo archeologico;
3. nel caso di sospensione dei lavori connessa a ritrovamenti archeologici in corso d'opera, il concreto rischio di una configurazione di maggiori oneri, conseguente alla protrazione temporale dell'appalto, impone la massima sinergia tra la stazione appaltante e l'organo di tutela, al fine di adottare comportamenti e provvedimenti idonei, che tengano in giusto conto tanto la necessità di non arrecare pregiudizio ai reperti presenti nel sottosuolo, quanto l'esigenza di limitare l'entità degli eventuali danni che l'affidatario potrà subire;
4. qualora alla sospensione dei lavori abbia fatto seguito l'insorgenza di un contenzioso con l'impresa esecutrice, oltre a rimarcare l'importanza della corretta applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 133, commi 4 e 5, del DPR n. 554/99, e negli artt. 24 e 25 del DM LL.PP. n. 145/2000, deve precisarsi che la disamina delle doglianze annotate sul registro di contabilità e la conseguente valutazione non potrà prescindere dalla conoscenza di tutte le circostanze di fatto intervenute durante l'espletamento dell'appalto, comprese quelle - non citate tra le riserve - che sono oggettivamente suscettibili di implicare una riduzione del danno lamentato.

Volume II

PROTOCOLLI D'INTESA

Protocollo d'intesa n. 1

Protocollo d'intesa tra l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e SINCERT

(26 novembre 2004)

Visto l'art. 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. recante disposizioni in materia di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici e, in particolare, il relativo comma 3, concernente l'attestazione del possesso, da parte dei suddetti, di valida certificazione di sistema di gestione per la qualità ai sensi della norma europea UNI EN ISO 9001:2000 o della dichiarazione della presenza degli elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità.

Visto l'articolo 4 del DPR 25 gennaio 2000, n. 34, recante disposizioni materia di certificazione del sistema di gestione per la qualità aziendale e, in particolare, il relativo comma 3, che rimette alle S.O.A. il compito di accertare il possesso della certificazione di sistema di gestione per la qualità aziendale, ovvero il possesso della dichiarazione della presenza di requisiti del sistema di qualità aziendale, emesse da soggetti accreditati, ai sensi delle norme UNI CEI EN 45000, al rilascio della certificazione di qualità nel settore delle imprese di costruzione (settore EA 28).

Visto l'atto di determinazione del 14 maggio 2003 n. 11/2003 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, recante indicazioni alle S.O.A. in materia di attestazione del possesso del requisito di cui all'art. 4 del DPR n. 34/2000.

Considerato che l'Autorità, come disposto dall'art. 4, comma 4, lett. i) della legge n. 109/94 e s.m., esercita il potere di vigilanza sul sistema di qualificazione sulla base delle norme regolamentari allo scopo emanate.

Considerata l'opportunità di indicare agli organismi di certificazione accreditati da SINCERT - o ad altri organismi operanti nell'ambito dell'Accordo multilaterale MLA EA per le certificazioni di sistemi di gestione per la qualità - le modalità di valutazione per il rilascio delle certificazioni dei sistemi di gestione per la qualità delle imprese di costruzione ed installazione di impianti e servizi, nonché delle dichiarazioni del possesso degli elementi significativi e tra loro correlati di sistema qualità.

Considerato, inoltre, che gli Accordi di mutuo riconoscimento tra enti di accreditamento europei (Accordi multilaterali MLA EA), di cui SINCERT è firmatario, prevedono la definizione di indirizzi interpretativi e di disposizioni integrative ritenuti necessari dalle Autorità nazionali per l'adeguamento a specifiche norme cogenti di riferimento.

Preso atto che SINCERT ha elaborato le procedure per il rilascio della certificazione di sistema di gestione per la qualità, adottando il documento identificato dalla sigla RT-05, nonché per il rilascio della dichiarazione degli elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità, adottando il documento identificato dalla sigla RT-08.

Rilevato che, nell'ambito dell'esercizio del potere di vigilanza sul sistema di qualificazione di cui al DPR n. 34/2000, l'Autorità detiene anche il potere di verifica e controllo sull'applicazione delle procedure adottate dagli enti certificatori e che, in relazione a detto potere, è necessario indicare agli enti certificatori le modalità per l'accertamento della conformità ai requisiti applicabili e per il rilascio delle certificazioni dei sistemi di gestione per la qualità e delle dichiarazioni della presenza degli elementi significativi e correlati di sistema qualità, ai fini della qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici.

Ritenuto di poter condividere le prescrizioni per la valutazione e la certificazione dei sistemi di gestione per la qualità delle imprese di costruzione ed installazione di impianti e servizi (settore EA 28) (RT-05) adottate da SINCERT, nonché le prescrizioni dello stesso ente per l'accreditamento di organismi operanti la valutazione della "presenza degli elementi significativi e correlati di sistema di qualità" delle imprese di costruzione ed installazione (settore EA 28)(RT-08)

Vista la disponibilità manifestata da SINCERT ad attuare un rapporto di collaborazione con l'Autorità.

Tutto quanto sopra visto, considerato e ritenuto

l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e SINCERT convengono:

- a) di istituire un formale rapporto di collaborazione tra l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e SINCERT, finalizzato all'esercizio del potere, proprio dell'Autorità, di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese e, conseguentemente, in ordine all'accertamento del possesso del requisito previsto dall'art. 4 del DPR n. 34/2000 e s.m.;
- b) il rapporto di collaborazione si concretizzerà tramite la costituzione di un'apposita struttura di supporto tecnico, denominata Commissione di Supporto all'Autorità (CSA), che - garantendo terzietà ed indipendenza rispetto all'attività istituzionale di SINCERT quale Ente di accreditamento - provveda ad accertare e confermare il rispetto, da parte degli enti certificatori, delle disposizioni emanate da SINCERT con i doc. RT-05 e RT-08 e fatte proprie dall'Autorità, ed altre future eventuali, nonché contribuisca al miglioramento e rafforzamento di dette disposizioni;
- c) la Commissione sarà composta da tre rappresentanti designati da SINCERT e da tre rappresentanti designati dall'Autorità. Uno di questi ultimi, su indicazione del Presidente dell'Autorità e previa ratifica dei competenti Organi statuari di SINCERT, svolgerà la funzione di Coordinatore della Commissione;
- d) la Commissione è un organo indipendente, distinto dalla struttura istituzionale e operativa di SINCERT e dai relativi processi di accreditamento. Essa ha funzioni di controllo del corretto operato degli organismi di certificazione accreditati dal Sincert nel settore EA 28, nonché degli enti di certificazione operanti sotto accreditamento estero EA MLA e riconosciuti da SINCERT secondo le procedure indicate dal SINCERT e approvate dall'Autorità medesima, per tutto quanto attiene alle modalità di dimostrazione del requisito previsto dall'art. 4 del DPR n. 34/2000 e s.m. La Commissione prenderà visione dei documenti di

accreditamento afferenti a detti soggetti e riguardanti gli esiti delle valutazioni effettuate in sede di concessione degli accreditamenti/riconoscimenti e di sorveglianza ordinaria e straordinaria e fornirà al SINCERT o all'Autorità - in relazione all'inferenza dei fatti rilevati con i rispettivi compiti istituzionali - raccomandazioni per l'adozione delle iniziative correlate. La Commissione provvederà, inoltre, all'esame dei documenti tecnici regolanti le attività di accreditamento nel settore in oggetto (quali i regolamenti tecnici RT-05 ed RT-08 ed altri eventuali futuri), fornendo un parere tecnico che sarà ritenuto determinante ai fini della successiva ratifica degli Organi competenti di SINCERT e conseguente entrata in vigore delle relative disposizioni.

- e) gli atti della Commissione, quali i verbali delle riunioni e relative indicazioni, indirizzi, raccomandazioni e pareri - incluse le eventuali segnalazioni in ordine all'adozione di provvedimenti sanzionatori nei riguardi degli enti certificatori il cui operato sia risultato non conforme con le relative ricadute sulle imprese da questi valutate - saranno formalmente trasmessi al SINCERT e all'Autorità per l'adozione delle iniziative di rispettiva competenza;
- f) il funzionamento operativo della Commissione sarà disciplinato da apposito Regolamento redatto a cura della Commissione stessa ed approvato dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e dal Consiglio direttivo di SINCERT;
- g) le modifiche, ritenute opportune dal SINCERT, alle indicazioni contenute nei documenti RT-05 e RT-08, dovranno essere condivise e approvate dall'Autorità.

Protocollo d'intesa n. 2

Protocollo d'intesa tra l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e l'Agenzia del Demanio

(15 aprile 2005)

Visto l'articolo 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni ed integrazioni, che, in particolare, al comma 1, istituisce l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'articolo 1, comma 1, della legge stessa, nella materia dei lavori pubblici anche di interesse regionale e, al comma 4, attribuisce all'Autorità la funzione di vigilanza sull'osservanza delle normative, nazionali e comunitarie, affinché sia assicurata l'efficienza e l'economicità di esecuzione dei lavori pubblici:

Visto l'articolo 65 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 e successive modificazioni, che, in particolare, al comma 1, attribuisce all'Agenzia del demanio l'amministrazione dei beni immobili dello Stato, con il compito di razionalizzarne e valorizzarne l'impiego, di sviluppare il sistema informativo sui beni del demanio e del patrimonio;

Vista la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 7 marzo 2003, con la quale si attribuiscono all'Agenzia del Demanio, in coerenza con la propria missione istituzionale, una serie di compiti specifici in ordine all'adozione di strumenti di pianificazione generale degli interventi finalizzati alla massimizzazione dei risultati di riqualificazione del patrimonio pubblico e all'ottimizzazione dell'allocazione degli stanziamenti che tali interventi richiedono annualmente;

Visti i commi 446, 447 e 448 dell'art. 1 della legge 311 del 30 dicembre 2004 (legge finanziaria 2005) con i quali vengono ampliati e rafforzati i compiti già attribuiti all'Agenzia del Demanio con la suddetta Circolare del 7 marzo 2005;

PREMESSO

- che la funzione di vigilanza dell'Autorità viene attuata anche mediante l'esercizio della funzione di regolazione atta a tradurre i criteri, mutuati dall'esperienza, in regole a valenza giuridica al fine di curare l'interesse pubblico generale e garantire il rispetto della legislazione vigente;
- che detta funzione si esplica mediante strumenti diversificati (atti di regolazione, determinazioni ed indicazioni operative) in relazione alle caratteristiche specifiche delle questioni poste all'attenzione dell'Autorità dai soggetti operanti nel settore dei lavori pubblici;
- che la costituzione un rapporto stabile di collaborazione e scambio di esperienze ed informazioni di comune interesse risulterebbe utile allo svolgimento delle missioni rispettive;

CONSIDERATO

- che l'Autorità si pone come punto di riferimento nel settore dei lavori pubblici, perché destinataria di informazioni e segnalazioni e, al tempo stesso, promotrice di attività per il coordinamento delle diverse iniziative al fine di una corretta applicazione della normativa di settore;
- che è compito e responsabilità dell'Agenzia del Demanio, anche alla luce della recente e specifica normativa richiamata in Premessa, assumere ogni utile iniziativa diretta alla razionalizzazione e alla valorizzazione del patrimonio immobiliare dello Stato;
- che per dare concretezza alla funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sono necessari attivi ed intensi collegamenti con tutti i soggetti pubblici e privati che, a vario titolo, intervengono nel mercato dei lavori pubblici;
- che detti soggetti, in via convenzionale, possono raccordare le proprie funzioni al fine di garantire che, su determinate materie, i propri compiti istituzionali vengano svolti secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità;
- che tale raccordo funzionale può assumere aspetti diretti a garantire, su base di reciprocità, un flusso informativo di dati e notizie.

TUTTO QUANTO SOPRA PREMESSO E CONSIDERATO

L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, rappresentata dal Presidente in carica Alfonso Maria Rossi Brigante e L'Agenzia del Demanio, rappresentata dal Direttore Elisabetta Spitz adottano il seguente

PROTOCOLLO D'INTESA

Articolo 1

1. Le parti con il seguente protocollo si impegnano a dar luogo a un rapporto di collaborazione al fine di monitorare, per il perseguimento dei rispettivi scopi istituzionali, gli investimenti pubblici nel settore della manutenzione degli immobili pubblici, in particolare analizzando il rapporto tra investimenti e ciclo di vita degli immobili.
2. Detta collaborazione si attua mediante un procedimento che assicuri il tempestivo flusso di dati ed informazioni e realizzi un reciproco vantaggio.

Articolo 2

1. Il flusso delle informazioni e dei dati di reciproco interesse da scambiare tra le parti verrà definito attraverso la costituzione di uno specifico gruppo di lavoro misto, cui verranno demandate l'analisi delle rispettive esigenze di dettaglio e lo modalità, anche informatiche, cui si potrà ricorrere per soddisfarle.
2. A tale gruppo di lavoro misto potranno essere di volta in volta invitati a partecipare rappresentanti di altri soggetti pubblici o privati che le parti riterranno essere utili contributori per il soddisfacimento dei reciproci interessi.