

# **Analisi delle pronunce dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici aprile 2001-dicembre 2002**



Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri



# CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - 00186 ROMA - VIA ARENULA, 71

dott. ing. Sergio Polese	<i>Presidente</i>
prof. ing. Ferdinando Luminoso	<i>Vice Presidente Vicario</i>
dott. ing. Romeo La Pietra	<i>Vice Presidente Aggiunto</i>
dott. ing. Renato Buscaglia	<i>Segretario</i>
dott. ing. Alessandro Biddau	<i>Tesoriere</i>
dott. ing. Leonardo Acquaviva	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Alberto Dusman	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Ugo Gaia	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Alcide Gava	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Giancarlo Giambelli	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Domenico Ricciardi	<i>Consigliere</i>

Presidenza e Segreteria: 00187 Roma - Via IV Novembre, 114

Tel. 06.6976701, fax 06.69767048

[www.tuttoingegnere.it](http://www.tuttoingegnere.it)



## Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri

### CONSIGLIO DIRETTIVO

dott. ing. Giovanni Angotti	<i>Presidente</i>
dott. ing. Alberto Speroni	<i>Vice Presidente</i>
dott. ing. Leonardo Acquaviva	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Renato Cannarozzo	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Ugo Gaia	<i>Consigliere</i>
dott. Massimiliano Pittau	<i>Direttore</i>

### COLLEGIO DEI REVISORI

dott. Domenico Contini	<i>Presidente</i>
dott. Stefania Libori	<i>Revisore</i>
dott. Francesco Ricotta	<i>Revisore</i>

Il presente testo è stato redatto ed elaborato dall'avv. Lorenzo Passeri, con il coordinamento del dott. Massimiliano Pittau.

# Sommario

Premessa	pag. 11
1. L'analisi delle pronunce dell'Autorità	» 15
1.1. <i>Determinazione n. 12 del 22 maggio 2001</i>	» 15
1.2. <i>Determinazione n. 13 del 24 maggio 2001</i>	» 18
1.3. <i>Atto di regolazione n. 14 del 5 luglio 2001</i>	» 21
1.4. <i>Determinazione n. 15 del 18 luglio 2001</i>	» 22
1.5. <i>Determinazione n. 17 del 26 luglio 2001</i>	» 28
1.6. <i>Determinazione n. 18 del 26 luglio 2001</i>	» 33
1.7. <i>Determinazione n. 19 del 27 settembre 2001</i>	» 37
1.8. <i>Determinazione n. 21 del 7 novembre 2001</i>	» 39
1.9. <i>Determinazione n. 22 del 5 dicembre 2001</i>	» 39
1.10. <i>Determinazione n. 16/23 del 5 dicembre 2001</i>	» 41
1.11. <i>Determinazione n. 24 del 5 dicembre 2001</i>	» 52
1.12. <i>Determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001</i>	» 54
1.13. <i>Determinazione n. 1 del 16 gennaio 2002</i>	» 59
1.14. <i>Determinazione n. 2 del 14 febbraio 2002</i>	» 60
1.15. <i>Determinazione n. 3 del 27 febbraio 2002</i>	» 63
1.16. <i>Determinazione n. 4 del 6 marzo 2002</i>	» 66
1.17. <i>Determinazione n. 5 del 27 marzo 2002</i>	» 68
1.18. <i>Determinazione n. 6 del 3 aprile 2002</i>	» 76
1.19. <i>Determinazione n. 7 del 17 aprile 2002</i>	» 77
1.20. <i>Determinazione n. 9 del 16 maggio 2002</i>	» 79
1.21. <i>Determinazione n. 10 del 20 maggio 2002</i>	» 81

1.22.	<i>Atto di regolazione n. 12 del 29 maggio 2002</i>	pag. 85
1.23.	<i>Determinazione n. 14 del 10 luglio 2002</i>	» 87
1.24.	<i>Determinazione n. 15 del 16 luglio 2002</i>	» 89
1.25.	<i>Determinazione n. 16 del 16 luglio 2002</i>	» 94
1.26.	<i>Determinazione n. 17 del 10 luglio 2002</i>	» 97
1.27.	<i>Determinazione n. 18 del 24 luglio 2002</i>	» 98
1.28.	<i>Determinazione n. 19 del 30 luglio 2002</i>	» 99
1.29.	<i>Determinazione n. 20 del 30.luglio 2002</i>	» 101
1.30.	<i>Determinazione n. 21 del 30 luglio 2002</i>	» 103
1.31.	<i>Determinazione n. 22 del 30 luglio 2002</i>	» 110
1.32.	<i>Determinazione n. 23 del 30 luglio 2002</i>	» 111
1.33.	<i>Determinazione n. 24 del 2 ottobre2002</i>	» 112
1.34.	<i>Determinazione n. 25 del 2 ottobre 2002</i>	» 115
1.35.	<i>Determinazione n. 26 del 9 ottobre 2002</i>	» 117
1.36.	<i>Determinazione n. 27 del 16 ottobre 2002</i>	» 119
1.37.	<i>Determinazione n. 28 del 23 ottobre 2002</i>	» 144
1.38.	<i>Determinazione n. 30 del 13 novembre 2002</i>	» 147
1.39.	<i>Determinazione n. 31 del 18 dicembre 2002</i>	» 150

# Premessa

L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici si è ormai affermata come una delle istituzioni più importanti per ciò che attiene il governo ed il monitoraggio del settore dei lavori pubblici. In particolare le sue determinazioni e regolazioni, malgrado non siano in alcun modo vincolanti come più volte ribadito dalla stessa giurisprudenza<sup>1</sup>, hanno dimostrato di avere grande influenza sugli operatori del settore ed in particolare sulle amministrazioni pubbliche.

Proprio in considerazione di tale influenza, il Centro studi del Consiglio nazionale degli ingegneri ha avviato, sin dalla costituzione dell'Autorità, una costante attività di analisi dei contenuti di tali determinazioni e regolazioni; analisi che in questo volume attiene le deliberazioni emanate dall'Autorità nel periodo compreso tra il mese di aprile 2001 ed il mese di dicembre 2002<sup>2</sup>.

Due sono in particolare le questioni sulle quali le posizioni assunte dall'Autorità sono risultate discutibili e assolutamente fuorvianti nell'orientare correttamente gli atti ed i comportamenti degli operatori del

1. Si veda tra le altre la sentenza 10 luglio 2002 n. 6241, Sezione III, T.A.R. Lazio.
2. Il commento alle deliberazioni emanate in precedenza dall'Autorità è contenuto nei volumi realizzati dal Centro studi del Consiglio nazionale degli ingegneri n. 5/2000 *L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici – Organi, poteri e attività* e n. 29/2001 *Analisi delle pronunce dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. Febbraio 2000-marzo 2001*.

settore e delle amministrazioni pubbliche. La prima questione attiene le valutazioni circa l'applicabilità del Decreto Ministeriale 4 aprile 2001 che ha aggiornato i corrispettivi delle attività di progettazione e delle altre attività attinenti i lavori pubblici; la seconda attiene i requisiti di qualificazione dell'impresa concorrente all'affidamento di un appalto integrato, con riferimento in particolare all'attività di progettazione.

Per quanto attiene la prima questione, con l'emanazione della Legge 166/2002 (articolo 7, 1° comma, lett. *i*, punto 6 che ha introdotto il comma 12 *ter* all'articolo 17 della Legge n.109/1994), si era pervenuti finalmente, dopo un contenzioso che aveva visto il T.A.R. Lazio esprimersi due volte con le sentenze n. 6552/2002 e n. 7067/2002, alla certezza dell'applicabilità e della legittimità dei contenuti del D.M. 4 aprile 2001.

Di diverso avviso è stata, invece, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici che nella determinazione n. 27, del 16 ottobre 2002 ed in quella n. 30 del 13 novembre 2002, si è espressa a sfavore dell'applicabilità del D.M. 4 aprile 2001.

L'intervento dell'Autorità è stato contestato immediatamente nel merito con una nota dal Centro studi del Consiglio nazionale degli ingegneri; lo stesso CNI successivamente ha fatto ricorso al T.A.R. del Lazio contro di esso.

Numerosi sono state nel tempo le prese di posizione che hanno contraddetto l'interpretazione dell'Autorità, legittimando l'applicabilità del D.M. 4 aprile 2001 (tra gli altri si ricorda una nota del Dipartimento per le opere pubbliche – Ministero delle Infrastrutture e Trasporti del 26 novembre 2002; una nota dell'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia in data 20 febbraio 2003; infine il parere reso il 21 marzo 2003 nell'adunanza dell'Assemblea Generale dal Consiglio Superiore dei lavori Pubblici).

Da ultimo sono intervenute tre sentenze del T.A.R. Veneto (n. 2651/



2003, n. 2653 / 2003; n. 2813 / 2003) a legittimare definitivamente la correttezza dell'applicabilità del D.M. 4 aprile 2001. Nella prima di esse si ribadisce che *“a giudizio del Collegio, diversamente da quanto ritenuto dall’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione n. 30/2002 (...) il richiamo contenuto nella norma alla disciplina del D.M. 4 aprile 2001 non ha natura formale, ma ricettizia: la norma introdotta ad hoc ne ha recepito, cioè, il suo contenuto attuale assumendo la disciplina regolamentare nella fonte primaria al fine specifico di conferirle stabilità indipendentemente dalla vicenda dell’atto regolamentare sottostante, gravato di impugnazione e suscettibile come tale, di annullamento”*.

L’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha espresso invece le proprie considerazioni relativamente alla qualificazione dei concorrenti dell’appalto integrato dapprima con la determinazione n. 27 del 16 ottobre 2002 e successivamente con la determinazione n. 31 del 18 dicembre 2002. In tali determinazioni l’Autorità riconosce e ribadisce che la sola attestazione di progettazione ed esecuzione dell’impresa di cui all’art. 18, 7° comma, del D.P.R. n. 554/99 è del tutto inidonea a comprovare una effettiva capacità e preparazione del progettista organico all’impresa chiamato ad espletare la prestazione tecnica in quanto collegata ad un automatismo che impone, è vero, la presenza, nell’organico dell’impresa, di un determinato numero di tecnici a seconda della classifica di iscrizione, ma prescinde dalla effettiva esperienza e capacità dei medesimi.

Contraddicendo *in toto* tali considerazioni l’Autorità nella determinazione n. 31 del 18 dicembre 2002 ha affermato però che *“Qualora l’importo della progettazione esecutiva previsto nel bando di gara sia, invece, pari o inferiore a euro 100.000 – stante che la normativa in materia in materia di gare di progettazione non prevede per tale caso specifici requisiti - la qualificazione di progettazione e costruzione è condizione necessaria e sufficiente per partecipare alla gara.”*

Tale affermazione non solo contrasta con il dettato letterale della legge, ma anche con il consolidato orientamento della giurisprudenza<sup>3</sup>.

Si aggiunga, per comprendere l'assoluta irragionevolezza dell'affermazione dell'Autorità, che un compenso di 100.000 euro per sola progettazione esecutiva (comprensivo di spese), costituisce quello corrispondente ad un appalto di opere stradali (VI/a) dell'importo di circa 15 milioni di euro, e di edilizia (I/C) di circa 8 milioni di euro; opere complesse che per l'Autorità potrebbero essere progettate da un'impresa qualificata ai sensi del D.P.R. 34/2000, senza alcuna valutazione circa le competenze e le esperienze maturate dai tecnici inseriti nel suo organico. Agli stessi tecnici peraltro potrebbero essere affidate prestazioni specialistiche, per opere di importo anche più contenuto, quali quelle della progettazione architettonica, dei recuperi edilizi, impiantistica, strutturale, geotecnica.

Anche in questo caso l'interpretazione dell'Autorità che legittima il ruolo progettuale dell'appaltatore, privo dei requisiti professionali non garantiti dalla mera partecipazione all'organizzazione dell'impresa di un certo numero di tecnici, costituisce una palese violazione della legislazione professionale e di quella dei lavori pubblici.

*Giovanni Angotti*

3. Si veda in particolare Cons. Stato, V Sez., 3 febbraio 1999 n. 112, Cons. Stato 1999, I, 205; T.A.R. Puglia - Bari, sent. 24.3.2000, n. 1248.

# 1. L'analisi delle pronunce dell'Autorità

## 1.1. Determinazione n. 12 del 22 maggio 2001

*Aspetti problematici fornitura e posa in opera*

- *La specificazione contenuta nel comma 5, dell'art. 141, del D.P.R. n. 554/99 - secondo la quale le attività ovunque espletate ai sensi dell'art. 18, comma 12 della Legge 19.3.1990, n. 55, sono quelle poste in essere nel cantiere cui si riferisce l'appalto - si riferisce esclusivamente alle prestazioni assimilabili ai lavori che rientrano nella categoria prevalente.*
- *Nell'ambito della categoria specializzata "fornitura e posa in opera di strutture e di elementi prefabbricati prodotti industrialmente" di cui all'art. 72, comma 4, lett. l) del D.P.R. n. 554/1999, vanno ricondotte, oltre alle lavorazioni previste nella categoria OS13 dell'allegato A) del D.P.R. n. 34/2000, anche le lavorazioni previste nelle categorie OS18 ed OS33 dello stesso allegato.*

Con la predetta determinazione l'Autorità interviene a chiarire alcuni aspetti problematici connessi all'applicazione di una duplice disposizione normativa: l'art. 141, 5° comma, e l'art. 72, 4° comma, lett. l) del D.P.R. n. 554/1999.

Per chiarire la portata della prima delle due norme citate è necessario ricollegarsi all'art. 18 della legge n. 55/90 che, nel disciplinare il

subappalto, al comma 12 statuisce: *“Ai fini del presente articolo è considerato subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l’impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo se singolarmente di importo superiore a 100.000 Ecu<sup>4</sup> e qualora l’incidenza del costo della manodopera del personale sia superiore al 50% dell’importo del contratto da affidare”*. L’art. 141, 5° comma del D.P.R. n.554/1999 sembrerebbe specificare la portata dell’inciso *“attività ovunque espletate”* di cui al menzionato art. 18, precisando che: *“Ai fini del presente articolo, le attività ovunque espletate ai sensi dell’art. 18, 12° comma, della Legge 19.3.1990, n. 55, sono quelle poste in essere nel cantiere cui si riferisce l’appalto”*; viene, pertanto, chiesto all’Autorità di chiarire, con riferimento specifico alla fornitura e posa in opera, se la norma regolamentare abbia portata generale ovvero sia applicabile ai soli subappalti concernenti la categoria prevalente di lavori.

Il 12° comma, dell’art. 18 della citata Legge n. 55/90 prevede una sostanziale equiparazione fra il subappalto di lavori ed alcune tipologie contrattuali (fra le quali le forniture con posa in opera) le quali ultime, pur non potendosi qualificare come lavori, sono comunque strettamente connesse alla realizzazione degli stessi<sup>5</sup> si da giustificarne l’applicazione delle medesime garanzie; a sua volta il 5° comma, dell’art. 141 del D.P.R. n. 554/99 precisa che ai fini della sussistenza di tale equiparazione le prestazioni di forniture e mano d’opera *devono essere espletate nel cantiere cui si riferiscono i lavori*.

4. Oggi 100.000 euro.
5. Qualora ricorrano le condizioni previste dal citato art. 18, 12° comma, Legge n. 55/1990, ossia: 1) importo del contratto superiore al 2% dell’importo dei lavori o comunque a 100.000 Ecu; 2) il costo della manodopera del personale sia superiore al 50% dell’importo del contratto.

Ebbene, come giustamente rilevato dall'Autorità, l'inciso iniziale del 5° comma, dell'art. 141, *“ai fini del presente articolo”* ne chiarisce in maniera inequivocabile la portata applicativa limitandola ai soli lavori della categoria prevalente in quanto, è proprio a quest'ultima categoria che si applica in generale l'art. 141 D.P.R. n. 554/99 che, difatti, al primo comma dispone: *“La percentuale di lavori della categoria prevalente subappaltabile è stabilita nella misura del 30% dell'importo della categoria”*.

Ne consegue che, in presenza di una fornitura con posa in opera che non sia tale da doversi ritenere un *“autonomo lavoro”* l'amministrazione aggiudicatrice non dovrà indicarla nel bando come lavorazione a se stante rientrando essa nell'ambito della categoria prevalente; essa potrà essere eseguita direttamente da parte dell'aggiudicatario ovvero affidata in subappalto fermo restando che, in quest'ultimo caso, l'importo del subcontratto incide sulla quota del 30% dell'importo della categoria prevalente subappaltabile.

Con riferimento al secondo quesito, relativo all'art. 72, 4° comma, lett. l) del D.P.R. n. 554/99, si è chiesto all'Autorità di specificare se la lavorazione consistente nella *“fornitura e posa in opera di strutture ed elementi prefabbricati prodotti industrialmente”* sia riconducibile, come prevede il D.P.R. n. 554/99, alla sola categoria OS13 ovvero anche nella categoria OS18 riguardante *“la produzione in stabilimento ed il montaggio in opera di strutture in acciaio o di facciate continue costituite da telai metallici ed elementi modulari in vetro o altro materiale”*.

Precisa l'Autorità che l'art. 72 menzionato dettaglia il contenuto dell'art. 13, 7° comma, della Legge n. 109/1994, che fa riferimento a quei lavori di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica i quali, qualora superino la quota del 15% dell'importo totale dell'appalto, non possono essere oggetto di subappalto, ma devono essere realizzati direttamente dall'affidatario fatta salva la possibilità di costituire

un'associazione temporanea di imprese. Ebbene, la lett. l) del citato art. 72, 4° comma, pur facendo riferimento a strutture ed elementi prefabbricati prodotti industrialmente, non restringe il campo di applicazione alle sole strutture prefabbricate in cemento armato, ma richiede espressamente solo che tali strutture siano, appunto, prefabbricate. Ciò premesso può ritenersi che nella categoria in esame rientrino non solamente le opere classificabili nella categoria OS13, ma anche quelle di cui alle categorie OS18 e OS33. L'Autorità precisa anche che la lett. e) del predetto art. 72, 4° comma, del D.P.R. n. 554/99 si riferisce non solamente alla categoria OS30, ma anche agli impianti di cui alle categorie OS16, OS17 e OS19, in quanto la suddetta lett. e) non specifica che essa riguardi esclusivamente impianti interni.

## **1.2. Determinazione n. 13 del 24 maggio 2001**

*Appalti per opere protettive di sicurezza stradale (barriere stradali di sicurezza)*

- *Appare maggiormente rispettosa dei principi della libera concorrenza, nelle gare aventi ad oggetto anche la fornitura e posa in opera di barriere stradale, la proposta di rinviare la presentazione delle certificazioni afferenti i test di sicurezza (crash test) ad aggiudicazione avvenuta.*

Da una disamina del quadro normativo di riferimento, non ancora integralmente attuato<sup>6</sup>, emerge che i progetti esecutivi di strade pubbliche extraurbane ed urbane con velocità di progetto uguale o superiore ai

6. In particolare la materia è regolamentata dal D.M. 18.2.1992, n. 223 successivamente aggiornato ed integrato con il D.M. 15.10.1996, la circolare 15.10.1996, n. 4662, il D.M. 3.6.1998 e, da ultimo, il D.M. 11.6.1999.

70 km/h devono comprendere in un apposito allegato i tipi di barriere di sicurezza da adottare. Relativamente a queste ultime, il D.M. n. 223/92 prevede, a sua volta, che tali barriere siano "omologate" dall'Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale del Ministero dei lavori pubblici (ora Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) sentito il Consiglio Superiore dei lavori pubblici ovvero da soggetti privati a ciò autorizzati (promotori); condizione indefettibile ai fini dell'omologazione è la verifica sperimentale delle barriere attraverso *crash test* da effettuare presso specifici istituti. Inoltre il D.M. 11.6.1999 ha previsto in via transitoria che gli enti appaltanti ai fini della partecipazione alle gare dovessero considerare valide le certificazioni di prova eseguite secondo le precedenti istruzioni tecniche, qualora integrate dalla prova di *crash* eseguita con autovettura.

Nonostante la possibilità rimessa alle parti di superare l'omologa ordinaria, lo svolgimento per la fornitura e posa in opera di barriere stradali, strettamente connessa alla esecuzione di lavori pubblici aventi ad oggetto la realizzazione di strade, è fortemente condizionata dalla scarsa disponibilità sul mercato dei prodotti idonei, nonché, quanto meno per quanto riguarda il periodo transitorio, dalla scarsa disponibilità delle certificazioni di prova di cui sopra in quanto, *"essendo tali certificazioni disponibili in numero limitato presso un numero ristretto di produttori, ne deriva che questi ultimi possono condizionare la partecipazione alle gare dei soggetti qualificati all'esecuzione dei lavori e alla posa in opera delle barriere fornendo o meno la certificazione"*.

L'Autorità si trova ad esaminare due soluzioni proposte per fronteggiare il problema in esame e cioè: 1) la costituzione di una ATI (Associazione Temporanea di Impresa), di tipo verticale, che comprenda anche i produttori di barriere di sicurezza stradali; 2) rinviare la presentazione delle certificazioni relative ai *crash test* - la quale può, seppur nel solo

periodo transitorio, sostituire la omologazione - ad aggiudicazione avvenuta.

La prima soluzione viene respinta dall'Autorità in quanto *“la proposta richiederebbe di modificare il quadro legislativo non essendo previsto dalle norme vigenti, per il caso specifico, l'obbligo di costituire una ATI per l'accesso alle gare, palesandosi inoltre inopportuna per il fatto che considerando il limitato numero di produttori di barriere, ciascuno di essi potrebbe non essere in grado di produrre tutte le tipologie di barriere previste nell'appalto si da richiedere la partecipazione all'ATI di più produttori”*.

Viene, invece, salutata favorevolmente l'altra soluzione della posticipazione della certificazione di superamento dei *crash test*.

La soluzione prospettata dall'Autorità non sembra del tutto condivisibile solo che si venga a considerare che tale certificazione è indefettibile condizione per la fornitura del prodotto e, pertanto, parametro legale di riferimento della sua *“qualità”*; la qualità dell'opera è principio fondamentale che informa l'intero ordinamento dei lavori pubblici ed è chiaro come la capacità dell'imprenditore di realizzare lavori di qualità vada testata prima dell'aggiudicazione dei lavori e, precisamente, durante la qualificazione dei concorrenti e la valutazione delle offerte presentate. Pare, pertanto, indiscutibile che la certificazione dei *crash test*, condizione per la fornitura e posa in opera delle barriere stradali, vada richiesta nelle fasi procedurali precedenti l'aggiudicazione e non successivamente ad essa. Sembra quindi preferibile la soluzione dell'ATI, sia perché, pur in mancanza di una vincolante previsione legislativa, il bando di gara potrà comunque prevedere la costituzione dell'associazione, sia perché nulla vieta che un'ATI verticale sia costituita da più imprese, ancorché operanti nel medesimo settore, con specifiche professionalità.



### 1.3. Atto di regolazione n. 14 del 5 luglio 2001

*Precisazioni funzionali ad eliminare le remore alla piena operatività del sistema della finanza di progetto*

- *La rilevanza pubblicistica dell'attività di asseverazione della proposta presentata dal promotore va intesa non come attribuzione al sistema bancario di una nuova e differente posizione giuridica, ma piuttosto va vista in relazione all'importanza che l'attività dell'istituto di credito riveste per l'operato della pubblica amministrazione in quanto quest'ultima trova una conferma ovvero un supporto per le sue autonome valutazioni nell'attestazione professionalmente qualificata che l'istituto di credito rilascia circa la correttezza del piano e la congruità degli elementi che lo compongono sotto il profilo economico-finanziario.*
- *L'attività di asseverazione del sistema bancario ha natura privatistica e non determina un rapporto diretto fra pubblica amministrazione e sistema bancario.*
- *Il riferimento agli elementi di cui all'art. 85 D.P.R. n. 554/99 per l'attività di asseverazione non deve ritenersi tassativo.*

Con il presente atto di regolazione l'Autorità interviene nuovamente, dopo la determinazione n. 34/2000, sulla questione della natura giuridica dell'attività di asseverazione alla proposta del promotore operata dagli istituti di credito nell'ambito di quell'operazione complessiva definita *project financing*.

Il *project financing* è quell'istituto di origine anglosassone, introdotto nel nostro ordinamento dagli artt. 37 bis e seguenti della Legge n. 109/1994 e successive modificazioni, avente ad oggetto la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità con l'apporto di capitali privati; la procedura per l'attivazione del predetto istituto sono particolarmente complesse e l'Autorità, nel caso concreto, si sofferma esclusivamente su uno degli

aspetti ad essa afferenti, ossia l'asseverazione della proposta del promotore.

L'art. 37 bis della Legge n. 109/94 prevede espressamente che la proposta del promotore debba essere asseverata da istituti specializzati, configurando, pertanto, l'asseverazione quale indefettibile condizione per la successiva presentazione alla pubblica amministrazione della predetta proposta; a sua volta l'Autorità nella regolamentazione esame, richiamata la valenza pubblicistica della asseverazione, precisa come quest'ultima abbia quale specifica finalità l'accertamento della validità del piano economico finanziario, accertamento che, eseguito da soggetti dotati di una qualificata e specifica professionalità nel settore, acquista un particolare valore, giovando alla pubblica amministrazione nelle sue autonome valutazioni e al mercato dei finanziatori. In particolare l'Autorità, valutando positivamente uno schema di asseverazione presentato dalla Banca d'Italia, ritiene che tale asseverazione vada a riguardare una valutazione della proposta non solamente sotto il profilo economico (rapporto costi - benefici) bensì anche sotto il profilo finanziario (adeguatezza delle fonti di finanziamento) e, pertanto, in generale essa sia volta a verificare il suo equilibrio in relazione ai flussi di cassa generati dal progetto.

#### **1.4. Determinazione n. 15 del 18 luglio 2001**

*Problemi inerenti la partecipazione alle gare di appalto delle associazioni temporanee di imprese*

Con la determinazione in esame l'Autorità indaga numerose questioni connesse all'art. 13 della Legge 11.2.1994, n. 109 afferente le *associazioni temporanee di imprese* (ATI).

Come prima cosa all'Autorità viene richiesto un parere circa la tassatività o meno della norma di cui al comma 5-bis dell'art. 13 della

Legge n. 109/1994 che testualmente reca che: “...È vietata qualsiasi modificazione alla composizione delle associazioni temporanee e dei Consorzi di cui all’art. 10, comma 1, lett. d) ed e), rispetto a quella risultante dell’impegno presentato in sede di offerta”.

Diversamente dal Consorzio con attività esterna una ATI, si configura quale “unità di gestione”<sup>7</sup> che non acquista una sua propria autonoma soggettività con autonomia patrimoniale rispetto alle imprese che la compongono; il legislatore ha quindi posto in essere il divieto di cui al menzionato comma 5 bis dell’art. 13 proprio al fine di garantire la pubblica amministrazione aggiudicatrice dall’evenienza che l’ATI possa trasformarsi in uno strumento di “aggiramento” delle regole in grado di consentire l’ingresso all’esecuzione di lavori pubblici di imprese non qualificate.

L’art. 94 del D.P.R. n. 554/99 ha comunque espressamente previsto una deroga al rilevato principio della immutabilità soggettiva della associazione (ancorché non costituita) qualora vi sia il fallimento dell’impresa mandataria (o se impresa individuale la morte, l’interdizione ed il fallimento dell’imprenditore); in questo caso la pubblica amministrazione ha facoltà di proseguire il rapporto di appalto con altra impresa comunque costituita ai sensi dell’art. 93 del D.P.R. n. 554/99 e che possieda i requisiti di qualificazione richiesti dalla normativa vigente. Nel diverso caso, invece, di fallimento dell’impresa mandante (o se impresa individuale la morte, l’interdizione ed il fallimento dell’imprenditore), l’impresa capogruppo, ove non indichi altra impresa subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuta alla esecuzione, direttamente o a mezzo delle altre imprese mandanti, purché queste abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori ancora da eseguire.

7. Così R. Damonte in *L’Attuazione della Legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 2000, 446.

Si tratta, evidentemente, di una eccezione specifica non suscettiva di applicazione ulteriori rispetto a quelle normativamente previste; è pur vero che la deroga al comma 5-bis di cui all'art. 13 della Legge viene posta da una norma di rango subordinato (regolamentare), ma si tratta del regolamento generale di attuazione della normativa (D.P.R. n. 554/99) che trova forza derogatoria nell'art. 3 della medesima legge n. 109/1994.

Più articolato il discorso per quanto concerne l'art. 12 del D.P.R. n. 252/1998 che reca: *“Se taluna delle situazioni indicate nell'articolo 10, comma 7<sup>8</sup>, interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e quelle di divieto di cui all'articolo 4, comma 6, del decreto legislativo n. 490 del 1994, non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori. La sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori”*.

La norma in questione prevede dunque una modifica soggettiva della composizione dell'ATI solamente qualora le menzionate cause di incompatibilità riguardino esclusivamente le imprese mandanti con esclusione

8. Dispone l'art. 10, 7° comma che: *“Ai fini di cui al comma 2 le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa sono desunte: a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluno dei delitti di cui agli articoli 629, 644, 648-bis, e 648-ter del codice penale, o dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di cui agli articoli 2-bis, 2-ter, 3-bis e 3-quater della legge 31 maggio 1965, n. 575; c) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno, ovvero richiesti ai prefetti competenti per quelli da effettuarsi in altra provincia”*.

di qualsivoglia riferimento alla mandataria; tale norma ha inoltre rango regolamentare ed è, dunque, di per se stessa, inidonea a derogare una norma di rango legislativo quale è quella di cui al comma 5-bis dell'art. 13 della Legge 109/94, non trovando supporto la deroga del D.P.R. n. 252/1998, diversamente da quanto detto per l'art. 94 del D.P.R. n. 554/99, nell'art. 3 della "legge Merloni".

Le considerazioni dell'Autorità in merito paiono in parte condivisibili ove viene statuito che *"tale disposizione è qualificabile come normativa di ordine pubblico in quanto integra la disciplina in materia di lotta alla criminalità mafiosa, essa è da considerarsi normativa speciale che prevale su quelle di carattere generale come la legge quadro in materia di lavori pubblici"*, così come non ci si può esimere dal rilevare – sulla scorta di considerazioni improntate ad un sano realismo – che sarebbe quanto meno ingiusto invalidare la partecipazione di tutte le imprese coinvolte nell'associazione lì dove sia stata estromessa quella imputata di "infiltrazione mafiosa". Giova, però, rilevare come l'eccezione in questione sia stata posta direttamente dall'art. 12 del D.P.R. n. 252/1998 e non dalle Leggi delle quali il medesimo è attuazione<sup>9</sup>, sicché ben si potrebbe palesare un problema di ordine formale; la deroga è infatti posta da una fonte normativa di rango subordinato rispetto alla Legge e tale ultima obiezione di fatto sarebbe idonea ad invalidare il ragionamento dell'Autorità incentrato sul principio *lex specialis derogat generali* che presuppone, ovviamente, una identità fra fonti normative.

In tale determinazione l'Autorità addiviene, altresì, ad una ulteriore chiarificazione che può ritenersi oggi superata dall'intervento del legislatore ad opera della Legge 1.8.2002, n. 166; in essa veniva affermato che non ricorrevano i presupposti per l'operatività del divieto di subappalto

9. Legge n. 575/1967 (art. 10) e Legge 8.8.1994, n. 480 (art. 4).

di cui al 7° comma, dell'art. 13 *“qualora nel bando di gara siano indicate più categorie diverse dalla prevalente delle quali più d'una è generale o appartenente all'elenco di cui all'art. 72, 4° comma del D.P.R. n. 554/99<sup>10</sup>, ma una sola è d'importo pari o superiore al 15% dell'importo complessivo dell'intervento”*.

L'Autorità, nel rendere siffatta interpretazione, faceva riferimento alla formulazione dell'art. 13, 7° comma L. n. 109/1994 nella parte in cui quest'ultimo, con riferimento alla presenza di opere speciali, recava che il divieto di subappalto operava qualora *“ciascuna di tali opere”* superasse il valore del 15% dell'importo totale e sembrava, pertanto, fare riferimento alla necessità di una pluralità di opere speciali che tutte insieme superassero l'importo predeterminato dalla Legge.

La Legge n. 166/2002 ha espunto dal dettato normativo l'inciso *“ciascuna di tali opere”* sostituendolo con *“una o più di tali opere”* ciò ha comportato la conseguenza che il predetto divieto di subappalto opera anche qualora sia presente una sola lavorazione speciale (purché superiore al 15% dell'importo totale dei lavori). Chiaro è, poi, l'ulteriore chiarimento che il sistema di cui all'art. 13, 7° comma L. n. 109/1994, poiché fa riferimento al sistema di qualificazione di cui al D.P.R. n. 34/2002, si applica ai soli casi in cui l'appalto o i subappalti siano d'importo pari o superiore a 150.000 euro.

Altra precisazione dell'Autorità riguarda l'art. 95, 2° comma, D.P.R. n. 554/99 il quale dispone: *“Per le associazioni temporanee di imprese e per i Consorzi di cui all'art. 10, comma 1, lettere d), e) ed e-bis), della legge di tipo orizzontale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o*

10. Che contiene l'elenco delle opere specializzate.

*da una impresa Consorziata nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese Consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento di quanto richiesto all'intero raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria".* In merito l'Autorità ha precisato che la norma in esame fa riferimento ai requisiti finanziari e tecnici richiesti dal bando di gara sicché la previsione secondo cui l'impresa mandataria debba comunque possedere i requisiti in misura maggioritaria deve essere interpretata con riferimento ai requisiti minimi richiesti dal bando di gara per la partecipazione a quell'appalto e non può certamente avere valenza generale nel senso di riferirsi ai requisiti posseduti in assoluto dai concorrenti (a prescindere dalla singola gara); ragionando in questi termini infatti si porrebbe una restrizione irragionevole alla libera concorrenza privilegiando le imprese di maggiori dimensioni nella formazione delle associazioni.

L'art. 93, 4° comma, D.P.R. n. 554/1999 reca che: *"Le imprese riunite in associazione temporanea devono eseguire i lavori nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento"*. In merito a tale disposizione normativa l'Autorità ha confermato l'unico significato oggettivamente enucleabile da essa ossia che deve intercorrere una esatta corrispondenza tra la quota di partecipazione all'associazione e percentuale dei lavori eseguiti.

L'art. 32, comma, lett. c) del D.P.R. n. 34/2000 dispone che: *"Alle procedure di affidamento di appalti di importo pari o superiore al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP, i cui bandi sono pubblicati entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente regolamento, sono ammesse le imprese in possesso dei seguenti requisiti: (...) esecuzione di un singolo lavoro, nella categoria prevalente oggetto dell'appalto, di importo, non inferiore al 30% di quello dell'appalto da affidare, ovvero, in alternativa, di due lavori, nella suddetta categoria*

*prevalente, di importo complessivo, non inferiore al 40% di quello dell'appalto da affidare, ovvero, in alternativa, di tre lavori, nella suddetta categoria prevalente, di importo complessivo, non inferiore al 50% di quello dell'appalto da affidare (.....)"; si pone dunque il problema se i lavori in questione debbano essere eseguiti da una sola impresa ovvero, qualora si tratti di ATI orizzontale, anche da più imprese del raggruppamento. In merito l'Autorità aderisce a quest'ultima soluzione affermando che "non è vietato che qualora il requisito richiesto sia dimostrato da più di un lavoro di punta ognuno di questi sia stato eseguito da uno dei partecipanti al raggruppamento" purché tale lavoro sia da queste ultime integralmente eseguito.*

Altra questione rilevante è, poi, quella relativa alla questione se il soggetto subappaltatore possa o meno essere un'ATI; ebbene a tale proposito l'Autorità ha giustamente specificato che alcun divieto è presente nel nostro ordinamento circa la possibilità di un'ATI ad assumere lavorazione in subappalto purché ovviamente l'associazione sia in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dalla Legge.

## **1.5. Determinazione n. 17 del 26 luglio 2001**

*Ammissibilità di aggiudicazione della gara in presenza di un'unica offerta valida*

- *Ai sensi dell'art. 69 del R.D. 827/1924 la gare esperite con la procedura del pubblico incanto possono essere aggiudicate anche in presenza di una sola offerta qualora vi sia una espressa previsione in tal senso nel bando di gara.*
- *Quanto previsto dall'art. 76, 2° comma del D.P.R. n. 554/99 - che prevede che per l'appalto concorso e per la licitazione privata il numero dei candidati non sia inferiore a tre - è compatibile con l'art. 69 del R.D. n.*



*827/1924 riguardando il primo la fase precedente agli inviti alla gara ed il secondo il momento successivo delle offerte valide presentate.*

Il quadro normativo di riferimento va ricercato essenzialmente nelle Leggi sulla contabilità dello Stato ed in particolare nell'art. 69 del R.D. n. 827/1924 che testualmente dispone che l'asta andrà dichiarata deserta ove non siano presentate almeno due offerte *"salvo il caso in cui l'amministrazione abbia stabilito, avvertendolo nell'avviso d'asta, che, tenendosi l'asta coi sistemi delle offerte segrete, si procede all'aggiudicazione anche se venga presentata una sola offerta"*.

La norma testé menzionata si presta ad un univoco ed oggettivo significato: l'asta non potrà essere aggiudicata qualora si sia presentato un solo offerente salvi i casi in cui l'amministrazione disponga espressamente nel bando di gara che l'aggiudicazione possa avvenire anche in quest'ultimo caso.

Orbene il principio comunitario della garanzia della concorrenza nelle procedure di appalto – principio appunto ispirato a garantire il confronto fra una pluralità di partecipanti alla medesima gara – viene sufficientemente assistito dal citato art. 69 R.D. n. 827/1924 nella parte in cui quest'ultimo espressamente richiede la presenza di almeno due offerte valide; nel contempo, però, tale summenzionato principio soffre una limitazione in quanto è concesso alla stazione appaltante di prevedere nel bando di gara la possibilità di aggiudicare la gara anche in presenza di una unica offerta valida.

Né d'altra parte potrebbe paventarsi un contrasto della suddetta facoltà, normativamente concessa alla pubblica amministrazione, rispetto al principio della libera concorrenza in quanto è chiaro che quest'ultima viene garantita dalla pubblicità della gara la quale, se correttamente esperita, consente la potenziale partecipazione di tutte le imprese in possesso delle condizioni richieste dalla Legge e dal bando. Assolto l'adem-

pimento della pubblicità della gara, la concorrenza fra gli imprenditori è sufficientemente garantita; che poi fra tutte le imprese che potenzialmente potrebbero concorrere una sola presenti una offerta formalmente valida non può certamente ritenersi circostanza potenzialmente lesiva del principio menzionato.

In tale caso, peraltro, incombe sull'amministrazione il rischio di dover aggiudicare la gara ad una offerta che potrebbe, allo stato dei fatti, rivelarsi inaffidabile; l'aggiudicazione di un appalto in presenza di una sola offerta valida (anche qualora vi siano più offerenti) potrebbe dunque essere pregiudizievole per il buon andamento della pubblica amministrazione, ma non certo per il principio della libera concorrenza qualora la gara sia stata aperta alla potenziale partecipazione di tutti gli offerenti qualificati. Si tratta in sostanza di un interesse che pertiene strettamente alla pubblica amministrazione ed è per questo che la norma di cui all'art. 69 R.D. n. 827/1924 lascia a quest'ultima la scelta se aggiudicare o meno la gara in presenza di una unica offerta.

Lo stesso R.D. n. 827/1924 disciplina i casi nei quali è legittima l'aggiudicazione anche in presenza di una unica offerta disponendo che debba trattarsi di asta pubblica (dunque la procedura aperta) e le offerte debbano essere segrete; l'art. 89 R.D. n. 827/1924 a sua volta estende anche alla licitazione privata la prescrizione di cui al citato art. 69 del medesimo R.D., mentre nulla è disposto circa la trattativa privata e l'appalto concorso, procedure per le quali è dunque - almeno per il quadro normativo ora in esame - possibile l'aggiudicazione in presenza di una sola offerta anche in mancanza di esplicita previsione del bando di gara (ove previsto).

La disposizione di cui all'art. 69 R.D. n. 827/1924 riguarda, dunque, unicamente il pubblico incanto e la licitazione privata, mentre nel caso in cui la procedura di aggiudicazione prescelta sia quella della trattativa privata ovvero dell'appalto concorso la mancata previsione nel bando di

gara dell'espressa previsione dell'aggiudicabilità anche nel caso di presentazione di una sola offerta non è di ostacolo per tale aggiudicazione.

Per esigenze di trasparenza dell'azione pubblica si ritiene opportuno, fermo restando quanto detto, esplicitare espressamente nel bando di gara, a prescindere dalla tipologia procedimentale adottata per l'aggiudicazione, la volontà di aggiudicare l'appalto anche in presenza di una unica offerta.

Tutto ciò premesso è necessario distinguere fra appalti di lavori pubblici ed appalti di servizi pubblici e forniture.

Per quanto attiene gli appalti di servizi e forniture che si trovino sotto soglia (controvalore in euro di 200.000 d.s.p.), non vi è disciplina normativa specifica relativamente alla questione in esame (il D.P.R. n. 573/1994 non reca disposizioni in tal senso); possono quindi applicarsi i principi di cui sopra relativi all'aggiudicazione in presenza di una unica offerta valida distinguendo – circa i necessari adempimenti – fra le diverse procedure di aggiudicazione secondo lo schema riportato nella tav. 1.

Per quanto attiene gli appalti di lavori pubblici l'art. 69 del R.D. n. 827/1924 deve essere coordinato con l'art. 76, 2° comma, del D.P.R. n. 554/99 che prevede: *"non si fa luogo ad appalto concorso o a licitazione privata qualora il numero dei candidati qualificati sia inferiore a tre"*; qualora ciò venga a verificarsi *"-la stazione appaltante bandisce una nuova gara mediante pubblico incanto, anche modificando le relative condizioni ed aggiudica comunque l'appalto all'esito della seconda procedura"*.

Il primo periodo può essere agevolmente interpretato nel senso che il numero minimo dei tre candidati per la partecipazione alla gara pubblica si riferisce testualmente al numero dei candidati qualificati e non al diverso caso del numero delle offerte presentate; si tratta, in buona sostanza, di due momenti distinti della gara, appunto qualificazione e presentazione delle offerte, che costituiscono le procedure di aggiudicazione

**Tav. 1- Possibilità di aggiudicare una gara di appalto di servizi e forniture in caso di presenza di una unica offerta valida**

Procedura di aggiudicazione	Previsione ex art. 69, R.D. n. 827/1924	Aggiudicazione anche in assenza della previsione nel bando di gara
Asta pubblica	*	
Licitazione privata	*	
Appalto concorso		*
Trattativa privata		*

Fonte: Centro Studi CNI, 2003

della licitazione privata e dell'appalto concorso, ed è chiaro che, al fine di garantire la concorrenza, il legislatore abbia ritenuto opportuna la presenza di almeno tre imprese qualificate. Si torna a ribadire, però, che (in particolare proprio nelle due procedure di aggiudicazione dianzi menzionate dove sono materialmente distinte) la fase di qualificazione delle imprese è cosa diversa dal momento di presentazione delle offerte e nulla toglie che possa verificarsi il caso nel quale, pur essendo qualificate ed invitate almeno tre imprese, solo una di esse presenti materialmente l'offerta; in questi casi la stazione appaltante potrà procedere all'aggiudicazione della gara all'unico offerente, ovviamente qualora ricorrano le condizioni previste dall'art. 69 R.D. n. 827/1924.

Per quanto concerne il 2° capoverso dell'art. 76, 2° comma, del D.P.R. n. 554/99, che testualmente pone a carico della stazione appaltante l'obbligo di aggiudicare comunque la seconda gara essa non esclude, sì come riconosciuta dall'Autorità di vigilanza, l'onere della verifica di congruità dell'unica offerta valida presentata.

## 1.6. Determinazione n. 18 del 26 luglio 2001

*Incarichi di progettazione di importo stimato inferiore ai 40.000 euro*

- *Le forme di pubblicità per l'affidamento degli incarichi di progettazione d'importo inferiore ai 40.000 euro, seppur semplificate, devono comunque essere adeguate allo scopo di raggiungere la più ampia sfera di partecipazione.*
- *È illegittima, a fa data dal 18.12.1998, la clausola contrattuale che subordina la corresponsione del compenso professionale all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata.*
- *È illegittimo un frazionamento artificioso dell'importo dell'incarico professionale protratto al fine di eludere le regole dell'evidenza pubblica.*

Nel caso specifico l'Autorità chiedeva ad alcuni Comuni della Provincia di Foggia informazioni relative alle procedure di affidamento degli incarichi di progettazione afferenti l'attuazione del P.O.R. 2000/2006, nell'occasione svolgendo un intervento chiarificatore su alcune delle questioni afferenti il predetto affidamento.

In particolare, l'art. 17 della Legge n. 109/94 prevedeva (prima delle modifiche apportate dalla Legge n. 166/2003) che, per quanto concerne gli incarichi d'importo inferiore ai 40.000 euro, la stazione appaltante potesse procedere all'affidamento diretto a progettisti di loro fiducia previa verifica dell'esperienza e della capacità professionale degli stessi e con motivazione della scelta in relazione al progetto da affidare.

Tale norma veniva, poi, specificata dall'art. 62, 1° comma, D.P.R. n. 554/1999 che, a sua volta, dispone: *"I servizi di cui all'art. 50 di importo inferiore a 40.000 euro sono affidati dalle stazioni appaltanti previa adeguata pubblicità dell'esigenza di acquisire la relativa prestazione professionale; l'avvenuto affidamento deve essere reso noto con adeguate formalità, unitamente alle motivazioni della scelta effettuata"*.

Sulla scorta di tale combinato normativo l’Autorità, pur rilevando la discrezionalità della pubblica amministrazione nella determinazione delle forme di pubblicità e dei criteri di scelta del professionista cui affidare l’incarico, ha provveduto ad individuare alcune regole vincolanti anche qualora si proceda ad un affidamento *lato sensu* fiduciario di un servizio.

Il combinato normativo citato impone infatti una “*adeguata pubblicità*” dell’esigenza dell’Ente all’acquisizione delle prestazioni professionali, nonché la “*motivazione*” della scelta dell’affidatario ed “*adeguate formalità*” nella comunicazione della medesima; in sintesi, pur lasciando spazio alla discrezionalità dell’Amministrazione nell’ottica di garantire la più ampia semplificazione dell’iter procedurale per l’aggiudicazione di incarichi di importo ridotto, la norma richiede il rispetto di forme idonee a garantire la trasparenza dell’azione pubblica e la massima partecipazione.

Anche i criteri di aggiudicazione dovranno essere predeterminati e comunque relazionati ai parametri oggettivi delle capacità e dell’esperienza professionale dei concorrenti<sup>11</sup>;

è d’altra parte chiara *l’intentio legislatoris* di garantire che la semplificazione trovi allocazione in un regime capace di garantire l’imparzialità della pubblica amministrazione, principio, quest’ultimo, che non può soffrire limitazioni di sorta neanche per appalti di importi ridotti.

In merito giova precisare che le modifiche di recente apportate all’art. 17, 12° comma, Legge n. 109/1994 dalla Legge 1.8.2002, n. 166 – modifiche che hanno comportato l’innalzamento della soglia di valore degli incarichi “fiduciari” da 40.000 a 100.000 euro – non intaccano la validità delle regole summenzionate che, anzi a maggior ragione, devono trovare piena applicazione.

11. In questo senso anche T.A.R. Puglia – Bari, 19.4.2001, n. 1205.

Altra rilevante questione affrontata nella determinazione in esame è quella del condizionamento della corresponsione del compenso professionale all'ottenimento, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, del finanziamento dell'opera progettata.

In merito l'art. 17, comma 12 – bis, della legge n. 109/94, come modificato dalla Legge n. 415/1998, testualmente reca che: *“Le stazioni appaltanti non possono subordinare la corresponsione dei compensi relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico-amministrative ad essa connesse all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata. Nella convenzione stipulata fra stazione appaltante e progettista incaricato sono previste le condizioni e le modalità per il pagamento dei corrispettivi con riferimento a quanto previsto dagli articoli 9 e 10 della legge 2 marzo 1949, n. 143, e successive modificazioni. Ai fini dell'individuazione dell'importo stimato il conteggio deve ricomprendere tutti i servizi, ivi compresa la direzione dei lavori qualora si intenda affidarla allo stesso progettista esterno”*.

La norma, di per se stessa inequivoca e interpretata dall'Autorità nel senso che dovranno ritenersi nulle le condizioni risolutive dell'obbligazione che si concretino nell'evento dell'ottenimento del finanziamento pubblico, sembra scontrarsi con un consolidato orientamento della Suprema Corte di Cassazione<sup>12</sup> che riconosce espressamente che *“non viola la Legge 5 maggio 1976, n. 340, che stabilisce l'inderogabilità dei minimi tariffari per il compenso degli ingegneri e degli architetti, ed è pertanto valida, la pattuizione che subordina il diritto del professionista al compenso a condizione o lo sottopone a termine”*. In particolare la Corte non ha negato l'esistenza, anche con riguardo agli enti pubblici, dell'inderogabilità delle tariffe professionali, ma ha comunque precisato che una cosa è il pagamento dei

12. In particolare v. Cass. civ., 9.1.2001, n. 897; *id.* 22.01.2001, n. 897.

compensi in violazione dei minimi tariffari, ipotesi che sancisce l'invalidità del contratto per contrasto con norme imperative, altra è la prestazione gratuita dell'attività qualora l'opera resti senza fondi; in quest'ultimo caso la tariffa viene rispettata, ma vi è un atto di liberalità (giustificato dalla più recondite ragioni di amicizia, affetto ecc.) da parte del professionista che può prestare la propria opera gratuitamente, senza per questo solo violare il principio dell'inderogabilità dei minimi tariffari.

Pur concordando con l'impostazione dell'Autorità di vigilanza non possono certamente essere disattesi, ai fini di una esaustiva ricostruzione della problematica, gli effetti, a dire il vero "dirompenti", delle menzionate pronunce della Cassazione; sicché, quanto meno per ciò che concerne gli effetti civilistici del contratto stipulato fra pubblica amministrazione e professionista sarà necessario ricostruire la volontà negoziale delle parti e verificare se l'apposizione di una eventuale condizione sia diretta ed effettiva espressione dello spirito di liberalità da parte del singolo libero professionista<sup>13</sup>.

Altra rilevante questione affrontata nella determinazione in esame è quella del divieto di frazionamento del valore degli incarichi professionali; questione questa a dire il vero agevolmente risolvibile sulla scorta del principio comunitario del divieto di artificiose lottizzazioni del valore dell'appalto giustificate al solo fine di eludere le regole sulla trasparenza imposte dall'evidenza pubblica.

Infine nell'ambito di una corretta interpretazione dell'art. 17, comma 14 – *bis*, Legge n. 109/1994 l'Autorità afferma che qualora si intenda assegnare al progettista incaricato la progettazione esecutiva e la direzione

13. Sull'argomento si veda la pubblicazione del Centro Studi CNI, n. 49/2003 *"Le nuove regole in materia di progettazione delle opere pubbliche. Tariffe, prestazioni gratuite, comma Consorzi stabili e appalto integrato"*.



dei lavori il valore dell'appalto, sulla base del quale definire le modalità di affidamento del servizio, dovrà essere comprensivo anche del compenso spettante per tale direzione.

## **1.7. Determinazione n. 19 del 27 settembre 2001**

*Chiarimenti alle stazioni appaltanti in ordine alla stesura dei bandi di gara (art. 1, art. 30 e allegato A del D.P.R. 34/2000; art. 73 del D.P.R. 554/99)*

Con la presente determinazione l'Autorità si limita a qualificare, eventualmente inquadrandole nelle relative categorie di cui all'allegato A), D.P.R. n. 34/2000, alcune lavorazioni ed in particolare:

- a) *Bonifica da ordigni esplosivi.* Attività disciplinata dal D.Lgt. n. 320/1946, eseguita dal Ministero della Difesa che può, eventualmente, appaltarla a ditte specializzate, inserite in un apposito Albo ed iscritte alla categoria 90.02.01. Si tratta di servizi esclusi dall'ambito di operatività della Legge n. 109/1994;
- b) *Installazione di sistemi video di sorveglianza.* Si tratta di impianti antintrusione classificabili nella categoria OS5 di cui all'allegato A), D.P.R. n. 34/2000;
- c) *Esecuzione di opere murarie a secco.* Qualora si tratti di lavorazioni da effettuarsi su beni immobili vincolati ai sensi dell'art. 1, T.U. n. 490/1999 esse devono essere realizzate da imprese rientranti nelle categorie OG2 ovvero OS2 a seconda che gli stessi riguardino un insieme coordinato di lavorazioni specialistiche finalizzate al recupero di un immobile o che riguardino l'esecuzione di un restauro di una superficie decorata;
- d) *Esecuzione di opere murarie a secco.* Qualora si tratti di lavorazioni che non abbiano ad oggetti beni vincolati quali bellezze

monumentali ovvero di tratti di beni vincolati solo sotto il profilo paesistico, esse devono essere eseguite da imprese rientranti nelle categorie OS7;

- e) *Impianti tecnologici.* Qualora si tratti di impianti di cui alle categorie OS3, OS5, OS28, OS30 da realizzarsi in opere generali, già realizzate ovvero in corso di esecuzione, qualora costituiscano un insieme coordinato di impianti devono essere realizzate da imprese classificate nella categoria OG11. Qualora i singoli impianti non costituiscano un insieme coordinato essi possono essere realizzati oltre che da imprese iscritte nella categoria OG11, anche dalle imprese classificate nelle singole categorie specialistiche di cui sopra;
- f) *Impianti per la segnaletica luminosa e la sicurezza del traffico aereo.* La realizzazione di tali lavorazioni va rimessa alle imprese classificate nella categoria OS9;
- g) *Impianti di protezione catodica.* Tali impianti, complementari agli interventi a rete necessari per la distribuzione ad alta e media tensione, possono essere realizzati da imprese qualificate nella categoria OG10.

Inoltre è precisato che l'impresa concorrente potrà esibire in sede di gara la copia fotostatica del certificato rilasciato da una SOA autorizzata, accompagnato da una copia del documento d'identità.

## **1.8. Determinazione n. 21 del 7 novembre 2001**

*Chiarimenti alle stazioni appaltanti in ordine alla validità delle certificazioni dei sistemi di gestione per la qualità rilasciate dagli organismi accreditati dal Sincert*

La data di scadenza del certificato Sincert – relativo alla certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 ovvero alla presenza di elementi significativi del predetto sistema di qualità – è esplicitamente o implicitamente stabilita a tre anni decorrenti dalla data di emissione; scadenza generalmente coincidente con il termine del contratto esistente fra Organismo e Azienda certificata.

## **1.9. Determinazione n. 22 del 5 dicembre 2001**

*Indicazioni relative alla soluzione bonaria di controversie (art. 31 bis comma 1, legge 109/94 e successive modificazioni)*

- *Presupposti per l'avvio della procedura dell'accordo bonario sono: 1) l'espressa dichiarazione dell'ammontare dei lavori; 2) l'importo e l'oggetto delle riserve; 3) la valutazione del responsabile unico del procedimento circa la non manifesta infondatezza e la non manifesta inammissibilità delle riserve presentate; 4) il superamento dell'importo del 10% dell'ammontare dei lavori delle riserve presentate.*
- *I termini previsti dalla legge per la valutazione del responsabile e per la deliberazione dell'amministrazione sulla proposta di accordo da quest'ultimo presentata sono meramente ordinatori.*
- *Il verbale di accordo bonario deve essere sottoscritto dal rappresentante della stazione appaltante e dall'affidatario dei lavori.*

Con la presente determinazione l'Autorità interviene sul complesso

procedimento di definizione dell'accordo bonario disciplinato dall'art. 31 – *bis* della Legge n. 109/1994 e dal relativo regolamento generale D.P.R. n. 554/1999 (in particolare l'art. 149). Prima di esaminare in dettaglio i contenuti di tale determinazione giova rilevare che la norma di legge è stata integralmente sostituita dall'art. 7 della Legge n. 166/2002 e che, dopo tali innovazioni, alcune delle questioni esaminate hanno perso sostanzialmente di importanza.

Nella disciplina precedente l'intervento della Legge n. 166/2002 condizioni oggettive per l'attivazione del procedimento dell'accordo bonario erano rispettivamente: 1) l'iscrizione delle riserve; 2) il superamento, con le riserve iscritte, di un importo pari al 10% del valore dell'appalto; 3) la valutazione di non manifesta inammissibilità ed infondatezza delle predette riserve da parte dell'appaltatore.

Nello specifico il procedimento richiede che, una volta iscritte le riserve, il direttore dei lavori ne dia comunicazione al *responsabile del procedimento* (r.u.p.) trasmettendo la propria relazione riservata nel merito; quest'ultimo, effettuate le valutazioni sulla eventuale inammissibilità ed infondatezza delle riserve, entro 90 giorni trasmette la propria proposta di accordo all'appaltatore ed all'amministrazione la quale ultima entro 60 giorni deve deliberare in merito.

Nella determinazione dell'Autorità viene messo in risalto il ruolo del *responsabile del procedimento* quale organo deputato ad una prodromica valutazione circa la non manifesta infondatezza ed inammissibilità delle riserve, valutazione essenziale al fine di determinare il raggiungimento della soglia del 10%; in particolare la *ratio* di siffatta competenza da parte del r.u.p. viene individuata dall'Autorità “*nel fatto che allo stesso spetta il controllo su tutti i fattori comportanti aumenti di spesa, anche non influenti in maniera diretta ed immediata, ma che comunque possono gravare sul committente nella fase esecutiva del contratto di appalto*”.

Per quanto tale questione, a seguito della Legge n. 166/2002, abbia perso di interesse, non ci si può esimere dal rilevare che la centralità del ruolo assegnato al r.u.p. andrebbe comunque ridimensionata alla luce delle competenze del direttore dei lavori tenuto ad inviare una relazione avente ad oggetto al fondatezza delle riserve esperite; in sintesi a nostro avviso, ferma restando la competenza del r.u.p. alla assunzione della decisione finale, nel sistema previgente, una prima valutazione sulle riserve esperite perteneva piuttosto al direttore dei lavori, la cui valutazione ha una indiscutibile incidenza sulla decisione del responsabile del procedimento.

La procedura di formazione dell'accordo bonario è stata per gran parte modificata; l'innovazione più rilevante riguarda proprio le competenze del responsabile, che viene esautorato dal potere di valutare la riserve; funzione riservata ora ad una Commissione composta da tre componenti in possesso di specifica idoneità e designati, uno dal responsabile del procedimento, l'altro dall'impresa appaltatrice ed il terzo dai membri già designati.

## **1.10.Determinazione n. 16/23 del 5 dicembre 2001**

### *Requisiti per la partecipazione alle gare di appalto e di concessione di lavori pubblici*

Con la determinazione in esame l'Autorità esamina nel dettaglio quelli che vengono definiti dall'art. 17 del D.P.R 25.01.2000, n. 34, come requisiti di ordine generale ed identificabili nell'affidabilità morale, professionale ed economica dell'esecutore; si tratta, in buona sostanza delle "cause di esclusione" che, nell'ambito di una sovrapposizione di norme che non fa certamente brillare il legislatore per chiarezza, vengono disciplinate anche dall'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999.

Nella disciplina delle “cause di esclusione” il quadro normativo presenta, infatti, un doppio riferimento normativo riscontrabile, da un lato negli artt. 17 e 27 del D.P.R. n. 34/2000, dall’altro nel citato art. 75 D.P.R. n. 554/1999 successivamente modificato ad opera del D.P.R. n. 412, del 30 agosto 2000; seppure variegato tale quadro normativo presenta comunque una omogeneità di fondo<sup>14</sup>.

Le “cause di esclusione” operano sia nel momento della qualificazione generale dell’imprenditore ai sensi del D.P.R. n. 34/2000, sia nella singola procedura di gara.

La *ratio* giustificatrice che supporta la previsione delle “cause di esclusione” è da ricercarsi nell’esigenza di garantire “l’elemento fiduciario che caratterizza il contratto di appalto”<sup>15</sup> e dunque la pubblica amministrazione, consentendo ad essa di rifiutare la sottoscrizione del contratto nei confronti di quell’imprenditore che, seppur formalmente aggiudicatario, versi in una delle condizioni di incompatibilità tassativamente individuate dal quadro normativo di riferimento.

L’Autorità passa in rassegna le singole cause di esclusione specificandone la natura, le caratteristiche ed i mezzi di prova:

- a) art. 75, comma 1, lett. a) D.P.R. n. 554/1999: sono escluse dalla gara le imprese “che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di amministrazione controllata o di concordato preventivo o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”; relativamente a tale causa va rilevato che essa prevede l’esclusione dalla gara oltre che delle imprese nei cui confronti sia stata dichiarato con sentenza uno stato di insolvenza,

14. Da rilevare, anche, la identità della normativa interna sulle cause di esclusione con quella comunitaria di cui all’art. 24 della Direttiva CEE 14.6.1993, n. 37.
15. In questi termini l’Autorità di Vigilanza nella determinazione in esame.

anche di quelle nei cui confronti sia in corso un procedimento per tale dichiarazione dovendosi ritenere per procedimento in corso quello nel quale il creditore abbia già presentato l'apposita istanza. Inoltre al fallimento viene equiparato il "concordato preventivo" in quanto entrambi presuppongono uno stato strutturale di insolvenza, mentre alcun riferimento è fatto allo stato di "amministrazione straordinaria" che, diversamente dalle prime cause, è collegato ad una situazione di difficoltà temporanea dell'impresa. Viene, infine, specificato che l'assenza di tali cause di esclusione in esame può essere autocertificato dal concorrente;

- b) art. 75, comma 1, lett. b) D.P.R. n. 554/1999: sono escluse dalla gara le imprese *"nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423; il divieto opera se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice; gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società"*; la fattispecie fa riferimento ai procedimenti volti all'accertamento della pericolosità sociale di un soggetto nei confronti del quale potranno essere applicate misure di prevenzione personale<sup>16</sup> a tutela della sicurezza pubblica<sup>17</sup>, ai sensi delle disposizioni contro la mafia<sup>18</sup> ovvero a tutela dell'ordine pubblico<sup>19</sup> le cui discipline di settore fanno tutte

16. Sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, obbligo o divieto di soggiorno.

17. Art. 3, Legge 27.12.1956, n. 1423.

18. Artt. 1 e 2, Legge 31.5.1965, n. 575.

19. Artt. 18 e 19 Legge 22.5.1975, n. 152.

riferimento al citato art. 3 della Legge 27.12.1956, n. 1423<sup>20</sup>.

Anche in questo caso il procedimento deve essere pendente, con ciò dovendosi intendere il momento in cui il Questore, il Procuratore nazionale antimafia ovvero il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ove dimora il destinatario della misura abbiano avanzato proposta motivata di irrogazione della misura al Presidente del Tribunale avente sede nel relativo capoluogo di provincia; nulla è disposto, dalla norma in esame, lì dove il procedimento non sia pendente, ma sia già stata irrogata la sanzione. In questo caso non si può non concordare con le conclusioni cui perviene l'Autorità di Vigilanza circa la preclusione al concorrente sanzionato di partecipare alla procedura di aggiudicazione; questo, oltre che per il riferimento - fatto dall'Autorità - all'art. 10, comma 2, della Legge n. 575/1965<sup>21</sup>, anche e soprat-

20. Dispone testualmente tale norma che: *“Alle persone indicate nell’art. 1, che non abbiano cambiato condotta nonostante l’avviso orale di cui all’art. 4, quando siano pericolose per la sicurezza pubblica, può essere applicata, nei modi stabiliti negli articoli seguenti, la misura di prevenzione della sorveglianza speciale della pubblica sicurezza. Alla sorveglianza speciale può essere aggiunto, ove le circostanze del caso lo richiedano, il divieto di soggiorno in uno o più comuni, diversi da quelli di residenza o di dimora abituale, o in una o più province. Nei casi in cui le altre misure di prevenzione non sono ritenute idonee alla tutela della sicurezza pubblica può essere imposto l’obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale”*.
21. Dispone tale norma che: *“Il provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione determina la decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, abilitazioni ed erogazioni di cui al comma 1, nonché il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e relativi subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera. Le licenze, le autorizzazioni e le concessioni sono ritirate e le iscrizioni sono cancellate a cura degli organi competenti”*.



tutto per una ragione di logicità e coerenza che verrebbe meno lì dove sia consentita la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici da parte di soggetti già sottoposti a misure di prevenzione ed, invece, esclusa per quelli nei cui confronti tale misura non sia stata comminata, ma ne sia stato avviato solamente l'iter procedimentale. Per quanto concerne la documentazione giova rilevare che ai sensi dell'art. 75, 2° comma, D.P.R. n. 554/1999 l'assenza di cause di esclusioni riconducibili alla fattispecie in esame non può essere esclusivamente *dichiarata*, bensì deve essere *provata* mediante l'esibizione del certificato dei carichi pendenti; è chiaro che tale adempimento si pone in contrasto con le finalità semplificatorie di cui agli artt. 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000; sulla materia è in itinere presso il Parlamento l'approvazione di un d.d.l. (n. 1271 A.S. e già n. 2122 - bis A.C. approvato dalla Camera il 19.3.2002) diretto ad estendere l'applicazione delle norme sull'autocertificazione di cui al D.P.R. n. 445/2000 a tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture anche per la dimostrazione dell'insussistenza delle condizioni di cui alle lettere b) e c) di cui all'art. 75 del regolamento generale;

- c) l'art. 75, comma 1, lett. c) D.P.R. n. 554/1999 prevede l'esclusione delle imprese: *“nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale; il divieto opera se la sentenza è stata emessa nei confronti del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del diret-*

*tore tecnico se si tratta di altro tipo di società o Consorzio. In ogni caso il divieto opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata. Resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'art.445, comma, del codice di procedura penale"; il profilo più problematico della presente "causa di esclusione" attiene quello dell'individuazione dei reati che possono ritenersi incidenti sull'affidabilità morale e professionale dell'imprenditore. Con la presente determinazione l'Autorità di vigilanza è intervenuta a specificare nel dettaglio i casi nei quali la stazione appaltante dovrà provvedere alla esclusione del concorrente per tale causa; essi sono: 1) qualora risulti emessa nei suoi confronti sentenza definitiva di condanna per un reato indicato dall'art. 32 quater del codice penale (i delitti previsti dagli articoli 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-bis, 320, 321, 322, 322-bis, 353, 355, 356, 416, 416-bis, 437, 501, 501-bis, 640, numero 1 del secondo comma, 640-bis, 644 commessi in danno o in vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa); 2) ovvero sentenza ancorché non definitiva ma confermata in appello, pronunciata ai sensi del comma 5 - ter dell'art. 10 della Legge n. 575 / 1965; 3) si procederà inoltre all'esclusione dalla gara del concorrente persona giuridica qualora nei suoi confronti risulti irrogata sanzione interdittiva emessa ai sensi del D. lgs n. 231 / 2001 per reati commessi contro la pubblica amministrazione o il patrimonio commessi nel proprio interesse o a proprio vantaggio. Inoltre nel caso in cui risulti pronunciata una sentenza penale di condanna passata in giudicato ovvero di irrogazione di pena patteggiata per*

altro reato, la stazione appaltante valuterà discrezionalmente l'incidenza della condanna sull'affidabilità morale del concorrente tenendo conto: a) del tipo di reato; b) delle relative circostanze; c) della pena irrogata; d) del tempo trascorso dalla sua commissione. Si tratta, questa, di una eccezione alla vincolatività dei casi nei quali procedere ad esclusione del concorrente; l'amministrazione dovrà quindi procedere a motivare accuratamente il provvedimento di esclusione o meno del candidato alla gara tenendo comunque conto dell'eventuale intervento della riabilitazione ovvero della estinzione del reato per il quale è stata applicata la pena patteggiata. Per quanto concerne, invece, la prova dell'assenza della predetta causa di esclusione, anche in questo caso, l'art. 75 D.P.R. n. 554/99, derogando al D.P.R. n. 145/2000, prevede che essa debba essere provata mediante l'esibizione del certificato del casellario giudiziario da parte del concorrente; a tale ultimo proposito l'Autorità rileva come nel certificato rilasciato al privato non figuri l'indicazione della pena "patteggiata", sicché verrebbe a realizzarsi una inversione dell'*onus probandi* nel senso che spetterebbe all'amministrazione aggiudicatrice richiedere tale certificato nella versione integrale, versione nella quale figurerebbero gli eventuali patteggiamenti. L'Autorità conclude nel senso di indirizzare le predette amministrazioni aggiudicatrici a fare indicazione nel bando di gara dell'obbligo di autocertificazione da parte dei candidati circa l'insussistenza della causa di esclusione relativa alla pena "patteggiata"; in proposito non si può non rilevare come l'indicazione in questione, per quanto volta a superare le rilevate carenze probatorie del certificato richiesto ed esibito dal privato, si pone in contrasto con la *ratio* sottesa alla previsione di cui al 2° comma, di cui all'art.

75 D.P.R. n. 554/99 che, invece, richiede espressamente la prova documentale dell'assenza di tale causa di esclusione;

- d) l'art. 75, comma 1, lett. d) D.P.R. n. 554/1999 prevede l'esclusione delle imprese: *"che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'art. 17 della Legge 19 marzo 1990, n. 55"* ; dispone in proposito il 3° comma di quest'ultima disposizione normativa che: *"Entro lo stesso termine di cui al comma 2, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro del tesoro, d'intesa con il Ministro dei lavori pubblici, sono, altresì, definite disposizioni per il controllo sulle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche, ivi compresi i concessionari, e sui relativi mutamenti societari. Con lo stesso decreto sono comunque vietate intestazioni ad interposte persone, di cui deve essere comunque prevista la cessazione entro un termine predeterminato, salvo le intestazioni a società fiduciarie autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, a condizione che queste ultime provvedano, entro trenta giorni dalla richiesta effettuata dai soggetti aggiudicatari, a comunicare alle amministrazioni interessate l'identità dei fiducianti; in presenza di violazioni delle disposizioni del presente comma, si procede alla sospensione dall'Albo nazionale dei costruttori o, nei casi di recidiva, alla cancellazione dall'Albo stesso"*. L'Autorità rinvia al regolamento attuativo della predetta norma approvato con D.P.C.M. n. 187 dell'11 maggio 1991;
- e) l'art. 75, comma 1, lett. e) D.P.R. n. 554/1999 prevede l'esclusione delle imprese che *"hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dal rapporto di lavoro, risultante dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici"*. L'Autorità rileva la maggiore ampiezza di tale previsione rispetto a quella afferente la qualificazione delle im-

prese di cui all'art. 17, n. 1) del D.P.R., n. 34/2000 che fa, invece, riferimento alla *“inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, attinenti l'osservanza delle norme poste a tutela della prevenzione e della sicurezza dei luoghi di lavoro”*; ciò che lascia perplessi dell'intervento, sul punto, dell'Autorità è il fatto di voler incentrare il presunto maggior rigore della fattispecie di *“esclusione”* rispetto a quella della qualificazione di cui all'art. 17 D.P.R. n. 34/2000, nei requisiti dell'accertamento definitivo e della gravità della violazione. Tali requisiti sono infatti richiesti anche dalla previsione di cui al citato art. 17, sicché, eventualmente, la differenza potrebbe eventualmente essere ricercata solo nella maggior estensione dell'oggetto della previsione di cui all'art. 75 D.P.R. n. 554/99, che fa riferimento alla violazione delle norme in materia di sicurezza e di ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, rispetto a quella di cui all'art. 17 che, invece, reca il riferimento alle sole norme in materia di prevenzione e tutela dei luoghi di lavoro. Le conclusioni alle quali perviene l'Autorità, a nostro avviso, stridono con la ratio del sistema; pare francamente inverosimile ritenere, infatti, che una impresa regolarmente qualificata ai sensi del D.P.R. n. 34/2000 (qualificazione che richiede anche l'accertamento della affidabilità morale oltre che professionale dell'imprenditore) possa poi essere esclusa dalla gara per la presenza di una causa di esclusione la cui assenza è stata già acclarata in sede di qualificazione;

- f) l'art. 75, comma 1, lett. f) D.P.R. n. 554/1999 prevede l'esclusione delle imprese che: *“che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara”*. Anche in questo caso la causa di esclusione può essere confrontata con il requisito di qualificazione di cui all'art. 17, comma,

1, lett. 1, D.P.R. n. 34/2000 che testualmente richiede: *“Inesistenza di errori gravi nell’esecuzione dei lavori pubblici. ....”*. Tendenzialmente tale differenziazione può ritenersi condivisibile alla luce del fatto che l’*“errore grave”* ricomprende la *“grave negligenza”*, ma non certamente la *“malafede”*; d’altra parte, specifica l’Autorità, per la configurazione dell’ipotesi in esame occorre che la negligenza o la malafede rendano l’opera inutilizzabile e che *“non è sufficiente la semplice violazione dei doveri di diligenza nell’adempimento occorrendo altresì, che si tratti di negligenza qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell’appaltatore”*. Ancora, la norma di cui all’art. 75 D.P.R. n. 554/1999 circoscrive l’estensione della causa di esclusione ai soli appalti pregressi con la stazione appaltante che bandisce la gara, lì dove, invece, l’art. 17 sui requisiti di qualificazione impone l’assenza di errori gravi ovunque commessi e, dunque, anche per gare diverse da quelle bandite dalla specifica stazione appaltante;

- g) l’art. 75, comma 1, lett. g) D.P.R. n. 554/1999 prevede l’esclusione delle imprese che: *“che abbiano commesso irregolarità, definitivamente accertate, rispetto gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti”*. L’Autorità riscontra una differenza rispetto alla causa di esclusione comunitaria di cui all’art. 24, 1° comma, lett. f) della D. CEE n. 93/37 la quale prevede l’esclusione dell’imprenditore che *“non sia in regola con gli obblighi del pagamento delle imposte e delle tasse secondo le disposizioni del paese ove egli è stabilito o del paese dell’amministrazione aggiudicatrice”*. In particolare l’elemento di differenziazione sarebbe riscontrabile nel fatto che la normativa *“interna”* prevederebbe, rispetto a quella comunitaria, l’accertamento definitivo della violazione degli obblighi; giova però rilevare che tale differenziazione

coglie un profilo formale e non certamente sostanziale fra i due regimi in quanto la norma comunitaria, pur non prevedendo l'accertamento in via definitiva della violazione, prevede comunque una norma "in bianco" di rinvio alla normativa dei singoli Stati;

- h) l'art. 75, comma 1, lett. h) D.P.R. n. 554/1999 prevede l'esclusione delle imprese che: *"che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno 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"*. Tale causa di esclusione viene confrontata con il requisito di qualificazione di cui all'art. 17, 1° comma, lett. m) D.P.R. n. 34/2000 che prevede: *"l'inesistenza di false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione"*. Orbene l'elemento di differenza fra le due fattispecie è di ordine temporale; mentre l'art. 75 limita all'accertamento alle false dichiarazioni rese nell'anno anteriore la pubblicazione del bando di gara, l'art. 17 non presenta tali limiti temporali. In merito l'Autorità, con argomentazioni sostanzialmente condivisibili, ritiene che la limitazione temporale in esame vada applicata anche per la qualificazione in quanto, diversamente ragionando si dovrebbe ipotizzare una causa di esclusione dalla qualificazione senza possibilità di riabilitazione.

Viene, infine, rilevata l'importanza dell'art. 27 del D.P.R. n. 34/2000 afferente la disciplina del "casellario informatico" di supporto alle stazioni appaltanti nell'accertamento delle cause di esclusione di cui all'art. 75 n. 554/1999. Resta fermo che l'accertamento del possesso dei requisiti dichiarati andrà verificato nei confronti dell'impresa aggiudicataria e della impresa seconda in graduatoria con la richiesta alle stesse di esibizione di tutta la documentazione all'uopo occorrenti.

## **1.11. Determinazione n. 24 del 5 dicembre 2001**

### *Contratto di sponsorizzazione*

- *Gli interventi compresi nell'ambito di applicazione della normativa sui lavori pubblici possono formare oggetto di un contratto di sponsorizzazione ai sensi degli artt. 119 del T.U. D.Lgs. 18.8.2000, n. 267 e dell'art. 43 della Legge 23.12.1997, n. 449.*
- *All'affidamento dei contratti di sponsorizzazione non si applica la normativa sugli appalti di lavori pubblici in quanto non rientrano nella classificazione giuridica dei contratti passivi ovvero, in quanto, nel caso della "sponsorizzazione interna", danno origine ad un negozio gratuito modale.*
- *I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono esser qualificati ai sensi del D.P.R. n. 34/2000.*

Con la presente determinazione l'Autorità di vigilanza interviene sull'applicabilità del contratto di sponsorizzazione alla materia dei lavori pubblici. Tale contratto trova la propria disciplina normativa nella Legge 6.8.1990, n. 223 in tema di spettacoli televisivi e radiofonici ed è, altresì, richiamato dall'art. 119 del T.U.E.L. ed individuato come quel contratto a prestazioni corrispettive mediante il quale l'ente locale (*sponsee*) offre ad un terzo (*sponsor*), che si obbliga a pagare un determinato corrispettivo, la possibilità di pubblicizzare in appositi determinati spazi nome, logo, marchio o prodotti. Si tratta, in sostanza di un negozio giuridico atipico contraddistinto da una complessità di prestazioni ed assoggettato alla disciplina della prestazione prevalente e la cui stipulazione, ai sensi dell'art. 43 della Legge 23.12.1997, n. 449, è subordinata alle seguenti condizioni: a) il perseguimento degli interessi pubblici; b) l'esclusione di conflitti di interesse tra attività pubblica e privata; c) il conseguimento di un risparmio di spesa. A dire dell'Autorità il predetto contratto di sponsorizzazione non sarebbe soggetto, per quanto riguarda l'applicazione delle



procedure di aggiudicazione, alla disciplina comunitaria in quanto *“non catalogabile quale contratto passivo”*, e comportando un vantaggio economico e patrimoniale direttamente quantificabile per la pubblica amministrazione mediante un risparmio di spesa. Accanto a tale tipologia contrattuale l’Autorità individua, però, anche un contratto di *“sponsorizzazione indiretta”* riconducibile alla fattispecie del *“negoziato gratuito modale”* caratterizzato, a differenza della donazione, da un interesse patrimoniale giuridicamente rilevante; in particolare nel caso della sponsorizzazione il ritorno pubblicitario dello sponsor ha sicuramente un peso patrimoniale rilevante tale da giustificare l’onerosità dell’accordo negoziale. Pur partendo da tali premesse l’Autorità ritiene che il contratto di sponsorizzazione non rientri nell’ambito di applicazione della normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici, seppur limitatamente alla disciplina delle procedure di aggiudicazione, in quanto tale normativa troverebbe applicazione esclusivamente per i contratti passivi, ossia per quelli che comunque comportano una spesa della pubblica amministrazione. Tutto ciò non esclude però, che il soggetto che si appresta alla realizzazione dei lavori pubblici debba comunque garantirne la qualità, ed a tal fine di fondamentale importanza è la qualificazione dell’imprenditore, sicchè, quanto meno limitatamente a tale ultimo profilo, la normativa in materia di appalti troverebbe applicazione.

Lascia perplessi la prospettata ipotesi di applicazione parziale della legge Merloni nel caso di contratto di sponsorizzazione; se la sponsorizzazione non è idonea a configurare una corresponsività vera e propria nel negozio giuridico in esame, è pur vero che non si può escludere in senso assoluto nel medesimo una onerosità a carico della pubblica amministrazione e nulla esclude che, sulla scorta di una gara, quest’ultima ottenga la realizzazione dell’opera a condizioni più vantaggiose. In buona sostanza non sembra si possa ritenere che, nel caso specifico, l’imprenditore rea-

lizzi un atto di “puro mecenatismo”, in quanto richiede alla pubblica amministrazione una prestazione chiaramente onerosa; tale onerosità è sufficiente, a nostro avviso, a legittimare comunque l’obbligo di attivazione delle procedure concorsuali poste a presidio dei principi dell’imparzialità della pubblica amministrazione e della libera concorrenza .

## **1.12.Determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001**

*Profili interpretativi in materia di bandi di gara e di esecuzione dei lavori*

- *L’art. 13, 7° comma, Legge 11.2.1994, n. 109 e s.m. – che stabilisce il divieto di subappalto qualora ciascuna delle lavorazioni specializzate superi il 15% del valore dei lavori – si applica anche qualora nel bando di gara siano previste delle lavorazioni generali quali opere scorporabili.*
- *Il divieto di subappalto di cui all’art. 13, 7° comma, Legge n. 109/1994 opera qualora ogni categoria scorporabile superi il valore del 15% dell’importo totale dei lavori.*
- *È pienamente legittima la partecipazione alle gare di ATI di tipo “misto” composte da sub associazioni di tipo orizzontale.*

La determinazione in esame approfondisce alcune problematiche relative alla partecipazione, qualificazione delle imprese, nonché esecuzione dei lavori.

Problematica centrale è quella relativa all’interpretazione dell’art. 13, 7° comma, della legge n. 109/1994. In particolare l’impresa concorrente qualificata per la categoria di lavorazioni prevalenti (siano esse generali o specializzate) non può, in assenza delle relative qualificazioni, realizzare direttamente anche le residue lavorazioni (anch’esse generali o specializzate) “a qualificazione obbligatoria” (di cui all’allegato A del D.P.R. n. 34/2000). Tali opere sono però scorporabili e subappaltabili fatta eccezione al caso di cui all’art. 13, 7° comma, della Legge n. 109/1994 che testual-

mente dispone che: *“Qualora nell’oggetto dell’appalto o della concessione rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali, e qualora ciascuna di tali opere superi altresì in valore il 15 per cento dell’importo totale dei lavori, esse non possono essere affidate in subappalto e sono eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari. In tali casi, i soggetti che non siano in grado di realizzare le predette componenti sono tenuti a costituire, ai sensi del presente articolo, associazioni temporanee di tipo verticale, disciplinate dal regolamento che definisce altresì l’elenco delle opere di cui al presente comma”*.

L’Autorità, soffermandosi in particolar modo sull’interpretazione dell’inciso recato dalla norma testé menzionata (*“qualora ciascuna di tali opere superi altresì in valore il 15 per cento dell’importo totale dei lavori”*), perviene alla conclusione che nel caso in cui, nel bando di gara, siano indicate particolari categorie di lavori ognuna delle quali, singolarmente considerate, superi il 15% del valore dell’appalto, trovi applicazione il divieto di subappalto di cui al citato art. 13, 7° comma, Legge n. 109/1994. L’Autorità, peraltro, coglieva l’occasione per rimarcare come siffatta interpretazione della norma svisisse in qualche modo l’esigenza, sentita dal legislatore, di contemplare il ricorso all’istituto dell’ATI verticale che, così disponendo la norma, sarebbe subordinato alla condizione del superamento del predetto limite del 15% da parte di tutte le lavorazioni.

I timori manifestati dall’Autorità sono stati fatti propri dal legislatore il quale con la Legge n. 166/2002<sup>22</sup> ha modificato l’art. 13, 7° comma citato, prevedendo che il divieto di subappalto vige qualora *“una o più di tali opere superi il valore del 15%...”*. Dal confronto con il testo previgente è possibile intendere la *ratio* della novella legislativa nel senso di ritenere

22. Art. 7, 1° comma.

l'ambito oggettivo di operatività del divieto di subappalto anche ai casi nei quali la somma dei valori delle opere particolari superi il limite del 15% dell'importo totale seppure il valore di queste, singolarmente considerate, non raggiunga tale limite.

Altro problema interpretativo connesso al testo dell'art. 13, 7° comma L. n. 109/1994 è altresì quello di individuare se esso faccia riferimento alle sole categorie di opere altamente specializzate ovvero anche alle categorie generali indicate nel bando come categorie diverse da quella prevalente. L'Autorità propende per quest'ultima soluzione in quanto il regolamento ha esteso il divieto di subappalto anche a tale ultime categorie di lavorazioni qualora, ovviamente, indicate nel bando di gara come categorie diverse dalla prevalente e, pertanto, scorporabili.

Sempre l'art. 13, 7° comma, L. n. 109/1994 precisa inoltre, proprio relativamente alle categorie di lavorazioni non subappaltabili, che tali lavorazioni devono essere *“eseguite direttamente dai soggetti affidatari”*; or bene si è posto il problema se, lì dove partecipi alla gara un'ATI verticale quest'ultima possa comunque *“accedere”* al subappalto per una quota pari al 30%. L'Autorità risponde positivamente a tale quesito ritenendo che nel caso di ATI verticali - ancorché diretta conseguenza del divieto di subappalto di cui all'art. 13, 7° comma, - ogni mandante, assumendo l'esecuzione delle lavorazioni scorporabili è da assimilarsi al soggetto che assume le lavorazioni nella categoria prevalente sicché, al pari di quest'ultimo, anche i primi potranno procedere al subappalto entro il limite del 30% del valore delle lavorazioni di ogni categoria scorporabile. In proposito va rimarcato come tale ultima impostazione sia evidentemente elusiva del divieto di subappalto di cui all'art. 13, 7° comma; difatti una volta stabilito che è fatto divieto di subappalto ogniqualvolta le categorie scorporabili (siano specializzate o generali) superino il 15% del valore

dell'appalto, pare francamente contraddittorio - seppur formalmente conforme al dettato normativo - consentire successivamente alle imprese mandanti dell'ATI verticale l'esperimento del subappalto entro il limite del 30% delle lavorazioni di ogni categoria.

Altra questione affrontata dall'Autorità con la determinazione in esame è la possibilità di partecipazione alle gare di associazioni temporanee di tipo "misto", ossia di associazioni di tipo verticale in cui la mandataria (lavorazione prevalente) e le mandanti (lavorazioni scorporabili) siano costituite da sub associazioni di tipo orizzontale. La legittimazione alla partecipazione di tali soggetti troverebbe riscontro in particolare nell'assenza di qualsivoglia divieto esplicito, nonché nel fatto che essa risponde all'esigenza *"di aprire il mercato degli appalti pubblici al più alto numero di imprese possibili cioè all'obiettivo di favorire la più ampia concorrenza"*; viene, invece, esclusa la possibilità di prevedere ATI miste costituite da sub associazioni di tipo verticale in quanto esse non potrebbero assumere le lavorazioni della categoria prevalente sono scorporabili<sup>23</sup>.

Chiarita l'ammissibilità delle ATI miste nei termini di cui sopra l'Autorità si sofferma sulla individuazione dei requisiti di qualificazione delle predette ATI in particolare specificando che:

- a) la mandataria deve possedere la qualificazione per la categoria prevalente e per una classifica adeguata al 40% dell'importo cui deve far fronte l'intera sub associazione orizzontale;
- b) le mandanti che intendano assumere lavorazioni della categoria prevalente dovranno possedere una qualificazione adeguata per tale lavorazione pari ad almeno il 10% dell'importo cui deve far

23. In tal senso si è pronunciata anche la giurisprudenza in particolare v. T.A.R. Sicilia - Pal., 14.7.1997, n. 1211; CS, IV, 9.7.1998, n. 702.

- fronte l'intera sub associazione;
- c) le mandanti che intendano assumere lavorazioni delle categorie scorporabili devono possedere la qualificazione per ognuna di tali categorie;
  - d) l'importo di ognuna delle categorie scorporabili può essere coperto anche da più di una mandante con la condizione che almeno una di esse (da considerarsi mandataria della sub associazione orizzontale che intende assumere l'esecuzione delle lavorazioni della categoria scorporabile) sia qualificata per una classifica adeguata al 40% del suddetto importo e le altre per una classifica adeguata al 10% del suddetto importo, fermo restando la copertura dell'intero importo;
  - e) trova comunque applicazione la norma<sup>24</sup> che prevede, qualora le imprese siano qualificate per un importo pari ad almeno il 20% dell'importo complessivo a base di gara, un incremento della propria classifica pari al 20%.

Altra problematica riguarda il fatto che i requisiti prescritti per la partecipazione alle gare di appalto e le modalità di documentazione del loro possesso da parte dei concorrenti si diversificano a seconda dell'importo complessivo dell'intervento; in particolare è possibile distinguere fra le seguenti soglie di valore:

- a) importo complessivo superiore a 20.658.276 euro. In questo caso le imprese mandatarie, mandanti, nonché le sub associazioni nei raggruppamenti misti dovranno fornire la prova di aver realizzato nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, una cifra d'affari in lavori non inferiore a tre volte la percentuale dei lavori di loro spettanza ai sensi dell'art. 3, 6° comma, D.P.R. n. 34/2000;

24. Art. 3, 2° comma, D.P.R. n. 34/2000.

- b) importo complessivo superiore a 1.500.000 euro, ed inferiore o pari a 20.658.276 euro per i quali non si pongono particolari problemi in quanto la qualificazione verrà acclarata mediante le attestazioni di qualificazione;
- c) importo complessivo superiore a 150.000 euro e pari o inferiore a 1.500.000 euro. Per questi appalti, nel caso che gli importi delle lavorazioni appartenenti a lavorazioni scorporabili siano tutti superiori a 150.000 euro, la qualificazione andrà dimostrata mediante le attestazioni di qualificazione, mentre il problema sorge lì dove alcune lavorazioni siano d'importo inferiore al predetto importo ed altre, invece, superiori. In quest'ultimo caso l'Autorità ritiene che il concorrente, qualora aggiudicatario, dovrà essere in possesso dell'attestazione di qualificazione indipendentemente se le lavorazioni siano d'importo superiore o inferiore ai 150.000 euro;
- d) importo inferiore a 150.000 euro. Anche in questo caso non si presentano particolari problematiche applicandosi la disciplina speciale disposta dall'art. 28 del D.P.R. n. 34/2000 senza obbligo delle attestazioni di qualificazione.

### **1.13. Determinazione n. 1 del 16 gennaio 2002**

*Attuazione del Casellario informatico delle imprese qualificate.*

- *Pur essendo pubblici, l'accesso ai dati del Casellario informatico, nonché all'elenco regionale delle imprese qualificate, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici non può essere indiscriminato, ma deve es-*

*sere richiesto ed autorizzato dall'Autorità di vigilanza.*

Con la presente determinazione l'Autorità precisa le condizioni e le procedure per l'implementazione del "Casellario informatico" previsto dall'art. 27 del D.P.R. n. 34/2000 precisando, comunque, che non è giustificabile un accesso generalizzato ad esso, dovendo, invece, questo aversi solo su richiesta specifica e tramite l'Autorità di vigilanza.

## **1.14.Determinazione n. 2 del 14 febbraio 2002**

*Forme di pubblicità adeguamento piano triennale - sanzionamento incarichi di progettazione*

- Gli adeguamenti al programma annuale che vengono progressivamente introdotti non necessitano, di norma, di misure di pubblicità o adempimenti tali da comportare un riavvio del relativo procedimento, restando in ogni caso tale valutazione rimessa alla discrezionalità dei competenti organi e fermo restando che le integrazioni all'elenco annuale di carattere sostanziale devono in ogni caso adempiere alle misure di pubblicità previste dalla legge.
- È possibile affidare all'esterno una parte della progettazione, purché venga data adeguata motivazione della scelta adottata e la progettazione non sia artificiosamente divisa in più parti al fine di eludere l'applicazione delle norme che disciplinano l'affidamento del servizio (art. 62, comma 10, D.P.R. n. 554/99) e, analogamente a quanto previsto per la cosiddetta progettazione integrale (art. 17, comma 8, L. 109/1994 e s.m.i.), venga individuata la persona fisica incaricata dell'integrazione fra le varie prestazioni.

Con la presente determinazione l'Autorità indaga su due questioni di particolare rilevanza: le forme di pubblicità delle variazioni alla pro-



grammazione dei lavori pubblici e le possibilità di frazionamento degli incarichi di progettazione.

Con riferimento alla prima problematica l'art. 14, 2 comma, ultimo capoverso della Legge n. 109/1994 testualmente dispone che *"lo schema di programma triennale e i suoi aggiornamenti annuali sono resi pubblici, prima della loro approvazione, mediante affissione nella sede dei soggetti di cui all'art. 2, comma, 2, lett. a) per almeno 60 giorni consecutivi"*. La questione specifica non è tanto la scelta delle forme di pubblicità della predetta programmazione, vista la chiarezza della norma sul punto, quanto soprattutto l'individuazione delle variazioni che debbano essere soggette a tale pubblicità. In particolare l'Autorità fa specifico riferimento all'art. 8 del D.M. 21.06.2000 nel quale è disciplinato l'adeguamento dell'elenco annuale ai flussi di spesa; successivamente il D.M. 4.8.2000 recante interpretazione autentica del D.M. 21.6.2000, chiarisce che: *"Ai sensi dell'art. 8 del decreto ministeriale 21 giugno 2000, gli adeguamenti al programma annuale che vengono progressivamente introdotti non necessitano, di norma, di misure di pubblicità o adempimenti tali da comportare un riavvio del relativo procedimento, restando in ogni caso tale valutazione rimessa alla discrezionalità dei competenti organi"*. A sua volta il 5° comma dell'articolo unico del predetto D.M. statuisce che: *"Resta fermo che le integrazioni all'elenco annuale di carattere sostanziale devono in ogni caso adempiere alle misure di pubblicità previste dalla legge"*. Le argomentazioni addotte dall'Autorità paiono troppo dubitative a fronte della chiarezza del quadro normativo di riferimento. In sintesi è evidente come, proprio con riferimento alle forme di pubblicità delle eventuali integrazioni della programmazione, il D.M. 4.8.2000 distingue sostanzialmente fra gli "adeguamenti" e le "integrazioni" al programma annuale e che a tali definizioni corrispondano due fattispecie diverse. L'adeguamento non potrà che rispondere all'operazione di cui all'art. 8 del D.M. 21.6.2000 (*"adeguamento dell'elenco annuale a flussi di cassa"*); per

contro le modifiche sostanziali all'elenco, ossia la previsione di nuove opere, coinciderà con ciò che viene definito come "integrazione", e dunque esse saranno soggette alle misure di pubblicità previste dalla Legge.

Relativamente alla questione circa la possibilità, da parte della pubblica amministrazione, di affidare all'esterno solamente una parte dei servizi di progettazione, l'Autorità ritiene fattibile tale frazionamento in quanto, non ostandovi specificamente la disciplina normativa, essa si renderebbe possibile lì dove manchino le opportune professionalità, ponendo contestualmente una duplice condizione: il frazionamento deve essere motivato e deve, comunque, sempre essere indicata *"la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche"*.

Tali argomentazioni non sembrano convincenti innanzitutto perché non conformanti al vigente quadro normativo di riferimento; l'art. 16 della Legge n. 109/1994 fa infatti esplicito riferimento ad *"una progettazione esecutiva"* e non ad una molteplicità di progettazioni dalle quali quest'ultima sarebbe caratterizzata; è vero che la progettazione è composta da più elementi progettuali specifici, ma dal punto di vista della normativa sui lavori pubblici, che ne disciplina l'affidamento, essa è chiaramente vista unitariamente. Il 10° comma, dell'art. 62 del D.P.R. n. 554/99, poi, fa specifico riferimento alla progettazione dell'intervento complessivamente considerato e non alla singola fase progettuale. A nostro avviso conferma tale impostazione anche la disposizione, di cui all'art. 17, comma 8, della Legge n. 109/1994, secondo la quale la progettazione deve essere espletata da professionisti iscritti negli appositi albi professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione delle offerte con specificazione delle rispettive qualificazioni professionali; ancora il comma 14 - *quinquies* della medesima norma stabilisce che l'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per *"le attività delle indagini geologiche, geotecniche, sismiche, a sondaggi, a rilievi, a misurazioni e picchettazioni. ...."*; ed infine il seguente comma 14 - *sexies* che dispone come *"la progettazione definitiva ed esecutiva sono di norma affidate al medesimo soggetto, pubblico e privato, salvo che in senso contrario sussi-*

*stano particolari ragioni”.*

### **1.15.Determinazione n. 3 del 27 febbraio 2002**

*“Relazione geologica - Necessità di previsione nella documentazione di progetto ed indicazioni per la formulazione dei bandi di gara di servizi di progettazione”*

- 1 La relazione geologica, fermi restando i casi in cui sia espressamente richiesta dalla legge, è sempre necessaria ad eccezione di una diversa valutazione discrezionale del responsabile unico del procedimento.
- 2 Qualora si renda necessaria l’acquisizione della relazione geologica, l’Amministrazione è tenuta ad avvalersi dell’opera professionale del geologo che potrà essere reperita o all’interno della struttura tecnica della stazione appaltante o all’esterno attraverso specifico affidamento riservato ai professionisti geologi ovvero ad unico soggetto affidatario dell’incarico di progettazione completo. In tale ultimo caso la presenza del professionista geologo dovrà essere richiesta esplicitamente in fase di bando di gara e la relativa presenza all’interno delle strutture dei soggetti partecipanti dovrà essere accertata dall’Amministrazione. La presenza del geologo potrà manifestarsi sia sotto forma di componente di eventuale associazione temporanea ovvero in qualità di responsabile della prestazione, nominativamente indicato nell’offerta, in organico alla struttura partecipante.

Con la presente determinazione l’Autorità torna nuovamente sulla relazione geologica<sup>25</sup> esaminando il problema della sua obbligatorietà per ogni tipologia progettuale. Dal quadro normativo regolamentare di rife-

25. Problematica già affrontata nella determinazione n. 19/2000.

26. In particolare artt. 25 e 27 del D.P.R. n. 554/1999.

rimento<sup>26</sup> non emerge con chiarezza se la relazione geologica debba essere necessariamente presente quale che sia l'attività progettuale eseguita, ovvero se tale necessità ricorra esclusivamente nei casi espressamente indicati dalla legge (in particolare L. n. 64/1974; R.D. n. 3267/1923).

L'Autorità mette in evidenza come i livelli di approfondimento tecnico dei progetti, ancorché l'attività progettuale sia stata procedimentalizzata dalla Legge n. 109/1994, non possono *“essere standardizzati e rigidamente articolati nella classica tripartizione bensì essi andranno relazionati alle caratteristiche tecniche dell'opera da realizzare”*, sicché il responsabile unico del procedimento potrà, previa adeguata motivazione modificare, ampliandoli o restringendoli, i requisiti minimi dei vari livelli spingendosi fino al punto di ridurre i livelli progettuali fatta eccezione per quello esecutivo. Tale discrezionalità, di natura tecnica, legittimerebbe il *responsabile unico del procedimento* a verificare i casi nei quali fare riferimento alla relazione geologica ovviamente raccordando la propria decisione con l'intendimento del progettista *“unico responsabile...del progetto nella sua interezza”*.

Che la relazione geologica, al di fuori dei casi previsti dalla Legge, non sia elemento imprescindibile dell'attività di progettazione risulta palese più che dal dato normativo dalla realtà dei fatti; essa è infatti attività accessoria e strumentale a quella di progettazione, specifica sotto il profilo funzionale e, pertanto, non indispensabile lì dove quelle esigenze sottese al suo espletamento non siano presenti nel caso concreto. La circostanza, poi, che lì dove il legislatore abbia inteso come necessaria la redazione della relazione geologica ne abbia fatto esplicita menzione nell'atto normativo sembra avvalorare la tesi della non obbligatorietà, nei casi residui, della medesima.

Pur condividendo, le conclusioni alle quali perviene l'Autorità, discutibili appaiono i presupposti giustificativi che la supportano.

In particolare non convince il parallelismo citato fra la non obbligatorietà della relazione geologica e quella della tripartizione dei livelli progettuali. Difatti il 2° comma dell'art. 16 della Legge n. 109/1994 dispone testualmente che: *“Le prescrizioni relative agli elaborati descrittivi e grafici contenute nei commi 3, 4 e 5 sono di norma necessarie per ritenere i progetti adeguatamente sviluppati. Il responsabile del procedimento nella fase di progettazione qualora, in rapporto alla specifica tipologia ed alla dimensione dei lavori da progettare, ritenga le prescrizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 insufficienti o eccessive, provvede a integrarle ovvero a modificarle”*. La norma fa dunque riferimento alle possibilità di integrare o modificare le prescrizioni relative agli elaborati descrittivi e grafici, ma in alcun modo ai livelli progettuali; sicché potrebbe ragionevolmente ritenersi che contenuto della norma è la prospettazione di una possibile semplificazione contenutistica dei livelli progettuali, ma non certo ad una loro soppressione.

*Nulla quaestio*, invece, sulle considerazioni dell'Autorità in ordine alla partecipazione del geologo alle gare per l'affidamento dei servizi di progettazione. Il quadro normativo di riferimento impone che la prestazione professionale sia eseguita da professionista, nominativamente indicato in sede di offerta, iscritto all'albo professionale e personalmente responsabile della attività svolta essendo, poi, del tutto irrilevante - almeno per la normativa in esame - il rapporto giuridico che lega il geologo al progettista (di subordinazione, di natura indipendente, di natura parasubordinata). Vanno però esclusi quelli che l'Autorità definisce *“rapporti di consulenza ad hoc”* che possono configurarsi nello specifico come forma di

subappalto esplicitamente vietato dalla Legge.

### **1.16.Determinazione n. 4 del 6 marzo 2002**

Finanza di progetto: quesiti posti in materia di gara per la scelta dei partecipanti alla procedura negoziata, di variazione della composizione del promotore e di possibilità di impiego della procedura del promotore per il “ciclo integrale delle acque”

1. A base della gara di cui all’art. 37 quater, comma 1, lett. a) della Legge 11.2.1994, n. 109 e s.m.i. deve essere posto il progetto preliminare presentato dal promotore, nonché gli elementi necessari per la determinazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Sono questi i documenti per i quali può essere esercitato il diritto di accesso da parte di tutti i soggetti interessati alla gara.
2. Il promotore può procedere alla modifica della compagine sociale fino a quando non venga iniziata la procedura negoziata con i soggetti selezionati.
3. L’utilizzo del meccanismo della “finanza di progetto” è consentito ai soggetti che operano nei settori speciali dell’acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni.

Con la presente determinazione l’Autorità esamina alcune questioni afferenti l’operatività del *project finance*, prima fra le quali quella relativa all’accesso della documentazione posta a base di gara. Precisato che la

licitazione privata di cui all'art. 37 *quater* della Legge n. 109/1994 rappresenta esclusivamente la prima della due fasi procedurali (l'altra è quella della procedura negoziata) attraverso le quali l'amministrazione addiviene alla scelta dell'aggiudicatario<sup>27</sup>, l'Autorità evidenzia come la documentazione accessibile da parte di tutti coloro che intendano partecipare alla gara esperibile mediante la procedura della licitazione privata sia il progetto preliminare ed i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa con esclusione del piano economico finanziario. Tale scelta pare più che fondata ove si venga a considerare che in tale ultimo piano il promotore esplicita le proprie scelte imprenditoriali e le sue strategie ed *"in generale quelle informazioni economiche che caratterizzano le ragioni e le valutazioni stesse del promotore rispetto al mercato"*, che non possono essere oggetto del predetto diritto di accesso.

Altra questione è quella relativa all'individuazione del momento ultimo entro il quale il promotore può modificare la propria compagine sociale. Anche in questo caso, facendo riferimento alle "bifasicità" della procedura, e considerando che l'aggiudicazione avviene comunque al termine della fase negoziale, l'Autorità ritiene che il promotore possa modificare la propria compagine sociale sino all'indizione del sub procedimento negoziato in quanto *"da tale momento prende vita il confronto concorrenziale per l'aggiudicazione"*.

Infine viene chiesto all'Autorità se il *project finance* possa trovare ap-

27. In merito è interessante la considerazione dell'Autorità nella parte in cui riconosce una sostanziale equivalenza fra il procedimento del *project financing* e quello di cui all'art. 7 della Direttiva C.e. n. 93/37/CEE in base al quale le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare gli appalti di lavori mediante *"procedura negoziata, dopo avere pubblicato un bando di gara e selezionato i candidati secondo criteri qualitativi e resi noti"*.

plicazione anche per singoli segmenti del ciclo idrico (adduzione, captazione, depurazione). In verità in tali casi è già prevista l'applicazione della Legge n. 109/94 per quelle attività che riguardino i lavori individuati dal D.P.C.M. n. 517/1997 e comunque i lavori concernenti rilevati aeroportuali e ferroviari qualora tali lavorazioni non possano essere progettate separatamente dalle opere comprese nella generale disciplina di cui al D.Lgs. n. 158/1995. In sostanza l'Amministrazione potrà appaltare unicamente entrambe le categorie di lavori applicando la legge n. 109/1994 ovvero appaltare separatamente tali lavori a seconda del proprio regime giuridico. In ogni caso, riconosce giustamente l'Autorità, pur a prescindere dal regime giuridico dell'intervento, è orientamento consolidato presso la giurisprudenza amministrativa che lì dove l'intervento presenti la caratteristica della "tariffabilità" ossia della gestione economica, il *project finance* sarà comunque utilizzabile "anche se non previsto dalle direttive di settore e dal D.Lgs. di recepimento n. 158/1995".

## **1.17.Determinazione n. 5 del 27 marzo 2002**

### *Fenomeno dei ritardati pagamenti negli appalti di lavori pubblici*

1. Ove non sia diversamente pattuito, l'art. 1194 del Codice Civile si applica in caso di ritardo nei pagamenti da parte delle stazioni appaltanti con la conseguenza che gli stessi non possono essere imputati al capitale senza il consenso del creditore e che il pagamento fatto in conto di capitale ed interessi debba essere imputato prima agli interessi.
2. La disciplina in materia di ritardati pagamenti contenuta nell'art.



26 L. n. 109/1994 e s.m. e negli artt. 29 e 30 D.M. 145/2000 copre ogni ipotesi di conseguente danno in concreto derivatone e può essere validamente opposta ad ogni ulteriore pretesa risarcitoria.

3. L'art. 13, comma 3.2 D.L. 28 febbraio 1983, n. 55, convertito nella legge 26 aprile 1983, n. 131, in quanto norma derogatoria al generale principio della responsabilità patrimoniale del soggetto che incorre nel ritardo a corrispondere il pagamento, non è applicabile, mediante interpretazione estensiva, al settore dei lavori pubblici.

Con la presente determinazione l'Autorità provvede a descrivere il complesso sistema dei pagamenti negli appalti di opere pubbliche e la sua compatibilità con la normativa comunitaria in particolare facendo riferimento alla recente Direttiva 35/2000/CEE del 29.6.2000.

Il quadro normativo di riferimento trova negli artt. 26 e 28 della Legge n. 109/1994, 116 del D.P.R. n. 554/1999 e 29-30 del D.M. n. 145/2000 le proprie norme di riferimento.

In particolare la norma legislativa prevede rispettivamente che: *“In caso di ritardo nella emissione dei certificati di pagamento o dei titoli di spesa relativi agli acconti, rispetto alle condizioni e ai termini stabiliti dal capitolato speciale, che non devono comunque superare quelli fissati dal capitolato generale, spettano all'esecutore dei lavori gli interessi, legali e moratori, questi ultimi nella misura accertata annualmente con decreto del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, ferma restando la sua facoltà, trascorsi i termini di cui sopra o, nel caso in cui l'ammontare delle rate di acconto, per le quali non sia stato tempestivamente emesso il certificato o il titolo di spesa, raggiunga il quarto dell'importo netto contrattuale, di agire ai sensi dell'articolo 1460 del Codice civile, ovvero, previa costituzione in mora dell'Amministrazione e trascorsi sessanta giorni dalla data della costituzione stessa, di promuovere il giudizio arbitrale per la dichiarazione*

*di risoluzione del contratto”.*

A sua volta l'art. 28, 9° comma della Legge n. 109/1994 prevede che: *“Il pagamento della rata di saldo, disposto previa garanzia fidejussoria, deve essere effettuato non oltre il novantesimo giorno dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio ovvero del certificato di regolare esecuzione e non costituisce presunzione di accettazione dell'opera, ai sensi dell'articolo 166, secondo comma, Codice civile”.*

In sostanza la Legge prevede a carico della pubblica amministrazione una duplice scadenza: da un lato relativa all'emissione dei titoli di pagamento, dall'altro al pagamento dei crediti attestati in tali titoli. I successivi atti regolamentari provvedono a definire le modalità di effettuazione dei pagamenti in conformità dello schema legislativo illustrato. In particolare i termini in questione sono fissati dal “capitolato generale” approvato con D.M. n. 145/2000; l'art. 29 del predetto D.M. prevede che il termine per l'emissione del certificato di pagamento relativo agli acconti del corrispettivo di appalto deve essere emesso entro 45 giorni dalla maturazione di ogni stato di avanzamento dei lavori, mentre i relativi pagamenti dovranno essere effettuati entro 30 giorni dalla data di emissione del summenzionato certificato. Relativamente al pagamento del saldo dei lavori e di svincolo della garanzia fidejussoria esso non potrà avvenire oltre i 90 giorni dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione fermo restando che, nel caso in cui l'appaltatore non abbia presentato la garanzia fidejussoria a garanzia del saldo, il termine per il pagamento di quest'ultimo decorre dalla data di presentazione della predetta garanzia<sup>28</sup>.

Così stabiliti i termini di pagamento di acconti e saldo del prezzo di appalto le norme menzionate provvedono ad individuare le relative san-

28. In questi termini l'art. 29, 2° comma, D.M. n. 145/2000.

zioni in caso di inosservanza dei medesimi ed in particolare l'art. 116 del D.P.R. n. 554/1999 estende anche al ritardato pagamento della rata di saldo quanto previsto dall'art. 26 della Legge n. 109/1994 e, al 4° comma, stabilisce che l'importo degli interessi per ritardato pagamento viene computato e corrisposto in occasione del pagamento in conto e a saldo immediatamente successivo a quello eseguito in ritardo, senza necessità di apposite domande o riserve. L'art. 30 del D.M. n. 145/2000, invece, precisa dettagliatamente che:

- 1) qualora non sia emesso il certificato di pagamento degli acconti entro il termine di cui all'art. 29 del predetto D.M. spettano all'appaltatore gli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute fino alla data di emissione di detto certificato. Decorso almeno 60 giorni dal citato termine senza che sia stato emesso il certificato, l'amministrazione sarà tenuta a corrispondere anche gli interessi moratori;
- 2) qualora il pagamento della rata di acconto non sia effettuato entro i 90 giorni dalla emissione del certificato di collaudo provvisorio o di regolare esecuzione la stazione appaltante sarà tenuta a pagare all'esecutore dei lavori gli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute. Anche in questo caso gli interessi moratori scattano quando il ritardo nel pagamento ecceda i 60 giorni dalla data di scadenza del termine di 90 giorni per il pagamento della rata di saldo.

Ciò premesso si deve rilevare come il quadro normativo condiziona il pagamento degli interessi - legali o moratori che siano - non solamente al presupposto oggettivo del ritardo nel pagamento da parte della pubblica amministrazione, ma anche alla ulteriore circostanza di carattere soggettivo che tale ritardo sia connesso ad una causa imputabile alla stazione appaltante. Diversamente dal regime codicistico ordinario, l'obbli-

go della pubblica amministrazione di corrispondere gli interessi anche solo nella misura legale, è dunque condizionato ad una responsabilità della medesima per il ritardo nei pagamenti; l'appaltatore quindi non può rivendicare la corresponsione degli interessi per il ritardo nei pagamenti lì dove tale ritardo sia imputabile a cause non direttamente connesse alla pubblica amministrazione.

Altra questione, pure esaminata dalla Autorità, è quella relativa alla disposizione di cui all'art. 30, 4° comma, del D.M. n. 145/2000 nella parte in cui prevede che la misura del saggio degli interessi, determinata con decreto del Ministero dei Lavori Pubblici di concerto con il Ministro del Tesoro, del bilancio e della programmazione economica<sup>29</sup>, "*è comprensiva del maggior danno ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, del Codice civile*<sup>30</sup>".

In particolare è necessario verificare se tale interesse di mora estingua integralmente la pretesa creditoria dell'appaltatore ovvero gli interessi di mora di cui all'art. 1224, 2° comma, Codice civile, richiamato dall'art. 30, 4° comma, D.M. n. 145/2000, siano inidonei a coprire tutti i danni cagionabili all'imprenditore per il ritardato pagamento da parte della pubblica amministrazione.

L'Autorità ritiene pienamente operativa la previsione di cui all'art. 1224, 2° comma, Codice civile e dunque non integrabile ulteriormente la

29. Vedi D.M. 31.7.2002 che ha fissato per il periodo 1.1.2002-31.12.2002 il tasso dell'interesse di mora al 7,25%.
30. Dispone l'art. 1224 c.c. che: "*Nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali, anche se non erano dovuti precedentemente e anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno. Se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura. [2] Al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento. Questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori*".

somma a titolo di interessi moratori corrisposti all'imprenditore in seguito al ritardo nel pagamento e questo anche - anzi soprattutto - in considerazione del costante orientamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>31</sup> che ritiene applicabile nel caso di specie, ed in mancanza di usi contrari, la regola dell'anatocismo di cui all'art. 1283 Codice civile<sup>32</sup> *"dovendo escludersi che il debito di interessi.....si configuri come una qualsiasi obbligazione pecuniaria dalla quale derivi il diritto agli ulteriori interessi dalla mora nonché al risarcimento al maggior danno..."*<sup>33</sup>.

Gli interessi di cui all'art. 30 D.M. n. 145/2000 esauriscono dunque l'entità del risarcimento spettante all'appaltatore, vanificando qualsiasi altra ulteriore pretesa risarcitoria, conformemente alla *ratio* della predetta previsione normativa a mezzo della quale, precisa l'Autorità, il legislatore ha inteso preventivamente determinare in via forfettaria e con criteri certi l'entità del danno risarcibile in caso di ritardato pagamento da parte della pubblica amministrazione negli appalti pubblici di lavori.

Nell'ambito di tale ricostruzione normativa l'Autorità sembra omettere di considerare una discrasia sussistente fra il testo di cui all'art. 26 della Legge n. 109/1994 - che ripropone nella sostanza quanto previsto

31. Da ultimo le Sezioni Unite Cass. civ. con la richiamata sentenza 17.7.2001, n. 9653.
32. Dispone l'art. 1283 c.c. che: *"In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi"*.
33. Solleva perplessità circa la pertinenza del richiamo della sentenza da parte dell'Autorità, G. De Marzo, *I ritardi nei pagamenti degli appalti pubblici*, in Urb. e App., n. 6/2002, 636 ss. che rileva come oggetto specifico della sentenza in questione sia non tanto l'anatocismo di cui all'art. 1283 c.c., quanto soprattutto la precisazione della natura derogatoria degli artt. 35 e 36 del previgente Capitolato Generale n. 1063 del 1962 oggi sostituito dal D.M. n. 145/2000.

dall'art. 35 del D.P.R. n. 1063 del 1962, e l'art. 30 del d.m. n. 145/2000. In particolare la norma di Legge non esclude l'operatività dell'art. 1224 2° comma, Codice civile nella parte in cui prevede una risarcibilità del maggior danno; è invece la norma regolamentare a escluderne l'applicazione. È stato rilevato<sup>34</sup> come la circostanza che la Legge non escluda l'applicazione dell'art. 1224, 2° comma del Codice civile, non può essere superata sulla base della considerazione che è una norma regolamentare a prevedere diversamente e questo sia perché il D.M. n. 145/2000 è fonte di rango subordinato rispetto alla Legge e sia perché l'art. 1224, 2° comma, c.c. esclude il risarcimento per il maggior danno solamente se è stata convenzionalmente pattuita la misura degli interessi moratori. In buona sostanza la deroga alla previsione normativa in questione è condizionata alla previsione di un accordo negoziale fra le parti ed a tale ambito non è certamente riconducibile la norma regolamentare recepita dall'art. 30 del D.M. n. 145/2000.

Il quadro normativo in questione deve, inoltre, essere relazionato con le previsioni di cui alla citata Direttiva 35/2000/CEE relativa alla *“Lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali”* e che prevede, *“di norma”*, un termine di 30 giorni per l'effettuazione dei pagamenti da parte della pubblica amministrazione decorsi i quali la misura degli interessi moratori è pari al tasso d'interesse praticato dalla banca Centrale europea nelle operazioni di rifinanziamento, maggiorato di almeno sette punti percentuali.

L'Autorità nega esplicitamente l'operatività di tale direttiva agli appalti pubblici di lavori in quanto *“il suo ambito è limitato ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo per le transazioni commerciali fra imprese e fra imprese e pubbliche amministrazione, laddove per transazioni commerciali si*

34. G. De Marzo, *op. cit.*, 636 ss.

*intendono i contratti che comportano la consegna di merci o la prestazione di servizi contro pagamento di un prezzo"*. Anche in questo caso l'interpretazione della Autorità lascia perplessi in quanto esclude in senso assoluto la riconducibilità di tale direttiva anche agli appalti pubblici. Va infatti considerato che la Direttiva n. 35/2002/CEE fa riferimento, ai fini della definizione della nozione di pubblica amministrazione, alla Direttiva n. 93/37/CEE, e che il legislatore comunitario ha voluto utilizzare una nozione piuttosto generica, atta a ricomprendere categorie di fattispecie negoziali dal contenuto analogo, e non certo restrittiva.

In attuazione dell'art. 26 della Legge 1.3.2002, n. 39, cd. "Legge comunitaria 2001", il Governo ha emanato il D.Lgs. 9.10.2002, n. 231 recante le norme di attuazione della citata Direttiva 35/2000/CEE. Tale Decreto non risolve definitivamente il problema dell'ambito di applicazione della Direttiva, anche se le espressioni utilizzate lasciano propendere per una sostanziale esclusione del comparto degli appalti pubblici di lavori. Difatti l'art. 1, afferente alla definizione dell'ambito di applicazione del citato decreto, dispone che: *"Le disposizioni contenute nel presente decreto si applicano ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale"* fatta eccezione per :

- a) debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore;
- b) richieste di interessi inferiori a 5 euro;
- c) pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno ivi compresi i pagamenti effettuati a tale titolo da un assicuratore.

A sua volta l'art. 2 individua quale "transazione commerciale" i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, *in via esclusiva o prevalente*, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo.

Il riferimento ad un concetto di prevalenza utilizzato dalla disposizione normativa sembra condurre alla considerazione che non automati-

camente gli appalti pubblici non possano essere ricondotti nell'ambito delle transazioni commerciali; partendo dal presupposto che è intenzione del legislatore delegato non applicare la normativa comunitaria agli appalti di lavori e considerando che il riferimento generico alle transazioni commerciali non necessariamente esclude questi ultimi, ecco che il riferimento al concetto quantitativo di prevalenza diventa indispensabile al fine di definire l'ambito oggettivo di operatività della direttiva. Sembra corretto ammettere, dunque, che la Direttiva troverà applicazione solamente lì dove le prestazioni di servizi ovvero la fornitura di beni acquistino carattere prevalente nell'ambito della prestazione complessivamente considerata da rendere alla pubblica amministrazione; il che comporta una marginalità, ma non una totale esclusione, dell'ambito di applicazione della Direttiva dai lavori pubblici, fermo restando che sulla scorta delle norme di cui alla Legge n. 109/1994 sui contratti misti<sup>35</sup> l'appalto non potrà mai essere considerato di lavori pubblici.

Da notare, infine, che la direttiva n. 35/2000/CEE fa espressamente salva la possibilità dell'appaltatore di ottenere il maggior danno ai sensi dell'art. 1224, 2° comma, Codice civile, facoltà questa di cui è, invece, privo l'appaltatore di lavori pubblici secondo l'interpretazione fatta dall'Autorità e di cui si è sopra detto. Sembra, questa da ultima citata, una irragionevole disparità di trattamento.

## **1.18. Determinazione n. 6 del 3 aprile 2002**

35. Art. 2 Legge n. 109/1994.



*Disposizione sui certificati di esecuzione dei lavori e sulla relazione dettagliata sul comportamento delle imprese*

Con la presente determinazione l'Autorità, constatata una sostanziale e diffusa negligenza delle stazioni appaltanti nella redazione dei certificati di esecuzione dei lavori, stabilisce una serie di regole operative ritenute necessarie per fronteggiare tali prassi.

In particolare l'Autorità stabilisce che:

- a) le stazioni appaltanti devono trasmettere all'Autorità una copia dei certificati di esecuzione dei lavori rilasciati dall'impresa entro trenta giorni dalla data del rilascio;
- b) le stazioni appaltanti che abbiano rilasciato tali certificati dopo il 1.3.2000<sup>36</sup> senza trasmetterne copia all'Autorità devono provvedervi in sanatoria entro 30 giorni dalla data di pubblicazione della determinazione in esame;
- c) le stazioni appaltanti devono trasmettere all'Autorità la relazione dettagliata sul comportamento delle imprese esecutrici entro trenta giorni dalla data del verbale di ultimazione dei lavori;
- d) la relazione dettagliata sul comportamento delle imprese esecutrici, in caso di appalti aggiudicati a soggetti costituiti da imprese deve riferirsi ad ognuna delle imprese che ha eseguito i lavori;
- e) la relazione dettagliata sul comportamento delle imprese esecutrici deve riferirsi esclusivamente agli appalti d'importo superiore ad euro 150.000.

## **1.19.Determinazione n. 7 del 17 aprile 2002**

*Disposizioni in merito alla trasmissione all'Osservatorio dei lavori pubblici*

36. Data di entrata in vigore del D.P.R. n. 34/2000.

*da parte delle imprese qualificate*

Dispone l'art. 27, 3° comma del D.P.R. n. 34/2000 che: *“Le imprese sono tenute a comunicare all’Osservatorio, entro trenta giorni dal suo verificarsi, ogni variazione relativa ai requisiti di ordine generale previsti dall’articolo 17”*.

L’Autorità chiarisce che le informazioni da inserire nel casellario informatico si distinguono in:

- a) informazioni che si riferiscono alle variazioni minime delle attestazioni rilasciate (variazione della denominazione o ragione sociale, della sede, rappresentanza legale e/o direzione tecnica o della presenza degli elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità aziendale);
- b) informazioni sui requisiti di ordine generale di cui all’art. 17, 1° comma, del D.P.R. n. 34/2000 ed in particolare: a) cittadinanza italiana o di altro Stato appartenente all’Unione Europea, ovvero residenza in Italia per gli stranieri imprenditori ed amministratori di società commerciali legalmente costituite, se appartengono a Stati che concedono trattamento di reciprocità nei riguardi di cittadini italiani; b) assenza di procedimento in corso per l’applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all’articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, o di una delle cause ostative previste dall’articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; c) inesistenza di sentenze definitive di condanna passate in giudicato ovvero di sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale a carico del titolare, del legale rappresentante, dell’amministratore o del direttore tecnico per reati che incidono sulla moralità professionale; d) inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contribuzione sociale secondo la legislazione italiana o del paese di residenza; e) inesistenza di irregolarità, definitivamente accertate,

rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione italiana o del paese di provenienza; f) iscrizione al registro delle imprese presso le competenti camere di commercio, industria, agricoltura e artigianato, ovvero presso i registri professionali dello Stato di provenienza, con indicazione della specifica attività di impresa; g) insussistenza dello stato di fallimento, di liquidazione o di cessazione dell'attività; h) inesistenza di procedure di fallimento, di concordato preventivo, di amministrazione controllata e di amministrazione straordinaria; i) inesistenza di errore grave nell'esecuzione di lavori pubblici; l) inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, attinenti l'osservanza delle norme poste a tutela della prevenzione e della sicurezza sui luoghi di lavoro; m) inesistenza di false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione.

Le informazioni di cui alla lett. a) sono trasmesse esclusivamente dalle SOA, tramite invio all'Osservatorio sia in forma cartacea che informatica. Le informazioni di cui alla lett. b) sono trasmesse tramite invio all'Autorità, a cura delle imprese cui si riferiscono.

## **1.20. Determinazione n. 9 del 16 maggio 2002**

*Trattative private: offerte anomale*

1. Nei casi di gara informale che precede gli appalti a trattativa privata non sussistono le condizioni per l'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale.

Il problema affrontato dalla Autorità, nella determinazione in questione, è quello di verificare l'applicabilità o meno del principio generale della

esclusione delle offerte anomale nel caso in cui si sia adottata la procedura negoziata della trattativa privata.

La *ratio* dell'introduzione nell'ordinamento dei lavori pubblici del principio generale dell'esclusione automatica dell'offerta anomala va ricercata nel temperamento fra l'interesse ad aggiudicare la gara al miglior offerente e l'interesse a garantire la validità tecnica dell'offerta aggiudicataria escludendo quelle che, caratterizzate da un eccessivo ribasso, potrebbero pregiudicare la realizzazione dell'opera pubblica.

In particolare l'art. 21, comma 1 - *bis* della Legge n. 109/1994 prevede l'applicazione del criterio dell'esclusione automatica per le gare aggiudicate a mezzo della procedura dell'asta pubblica e della licitazione privata, ma non alla trattativa privata che è invece regolamentata, nell'ambito dei lavori pubblici, dall'art. 24, 5° comma, della Legge n. 109/1994. Anche se la giurisprudenza amministrativa è da tempo orientata ad applicare alle cosiddette "gare informali" tutti i principi elaborati con riferimento alle gare ad evidenza pubblica, l'Autorità ritiene che il meccanismo dell'esclusione automatica sia da mettere in relazione con l'aggiudicazione da effettuarsi con modalità che escludano ogni intervento di valutazione sulle offerte dei concorrenti; nella trattativa privata invece diritti ed obblighi per la pubblica amministrazione e per il privato scaturiscono solo in seguito alla stipulazione del contratto. Inoltre si deve considerare che l'art. 78, 3° comma, del D.P.R. n. 554/99 prevede che: *"La stazione appaltante negozia il contratto con l'impresa che ha offerto le condizioni più vantaggiose, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'aggiudicazione di appalti di uguale importo mediante pubblico incanto o licitazione privata, sulla base della documentazione esibita dalla impresa prescelta"*. La norma menzionata indiscutibilmente palesa una discrezionalità della pubblica amministrazione nella valutazione delle condizioni più vantaggiose nell'ambito della trattativa privata e tale requisito, da solo, è suffi-

ciente a palesare la non conciliabilità del criterio della esclusione automatica delle offerte anomale con tale procedura di affidamento dell'incarico relativo ai lavori pubblici.

## **1.21.Determinazione n. 10 del 20 maggio 2002**

*Determinazione integrativa della determinazione n. 16/23 del 5 dicembre 2001 in ordine a: "Requisiti per la partecipazione alle gare di appalto e di concessione di lavori pubblici"*

1. I responsabili unici del procedimento, ove un concorrente sia stato escluso dalla partecipazione ad una gara di appalto o di concessione di lavori pubblici per la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di cui all'art. 28 del D.P.R. 21 gennaio 2000, n. 34, oppure la sussistenza di una delle cause di esclusione delle gare di appalto e di concessione di lavori pubblici previste dall'art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e successive modificazioni, devono, entro 10 giorni dalla data del provvedimento di esclusione, segnalare il fatto all'Autorità.
2. La mancata comunicazione dell'esclusione oppure il ritardo della comunicazione è sanzionabile ai sensi dell'articolo 4, comma 7, della Legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni.
3. La stazione appaltante stabilisce con un proprio provvedimento che il concorrente escluso da una gara non può partecipare, per un periodo che può essere previsto da tre a sei mesi, ad altre gare indette dalla medesima stazione appaltante; l'esclusione dalle altre gare ha effetto comunque fino all'adozione del provvedimento dell'Autorità relativo all'inserimento o meno, ai sensi dell'art. 75, comma 1, lett. h), del D.P.R. n. 554/99 e s.m., nel casellario informatico delle imprese qualificate del divieto per un anno -

decorrente dalla data di scadenza per la presentazione dell'offerta relativa alla gara per la quale è stata accertata la falsità della dichiarazione - di partecipazione alle gare di appalto o di concessione di lavori pubblici indette da qualsiasi stazione appaltante.

Con la determinazione n. 16/23 del 5.12.2001 l'Autorità interveniva a chiarire alcuni profili problematici relativi all'individuazione dei requisiti necessari per la qualificazione delle imprese ai fini della partecipazione alle gare di appalto e di concessione di lavori pubblici, nonché all'individuazione degli adempimenti incombenti sulle amministrazioni nel caso in cui si fossero riscontrate dichiarazioni mendaci. Nella determinazione in esame l'Autorità viene chiamata a fornire ulteriori chiarimenti sull'argomento ed in particolare sul comportamento da tenere nei confronti delle imprese le cui autodichiarazioni circa il possesso dei requisiti di qualificazione risultino mendaci all'atto della verifica.

Nel sistema di qualificazione delineato dall'art. 8 della Legge n. 109/1994 ed attuato dal D.P.R. n. 34/2000 per gli appalti d'importo superiore a 150.000 euro<sup>37</sup> e inferiore a 20.658.276 euro (40 miliardi di "vecchie" lire), l'attestazione della presenza in capo alle imprese concorrenti dei requisiti di qualificazione è fornita dalle S.O.A.; tali requisiti sono rispettivamente di natura tecnica e morale. Per i primi, il rilascio della certificazione da parte delle S.O.A. comporta una presunzione di idoneità dell'impresa implicante una generale capacità giuridica della stessa alla stipulazione dei contratti di appalto e di concessione di lavori pubblici sia pure limitata alla durata della predetta certificazione. L'impresa certificata dovrà essere iscritta nell'apposito Casellario delle imprese qualifi-

37. Nel caso in cui l'importo dei lavori sia pari o inferiore a 150.000 euro l'accertamento dei requisiti di ordine tecnico, in mancanza di certificazione da parte dell'impresa, dovrà essere esperito direttamente dalla stazione appaltante, seppur nel rispetto delle modalità indicate dal D.P.R. n. 34/2000.

cate di cui all'art. 27 del D.P.R. n. 34/2000 sulla base delle informazioni delle S.O.A. e previa validazione da parte dell'Autorità.

Nel caso, invece, dei requisiti di ordine morale - le cd. "cause di esclusione" - di cui all'art. 17 D.P.R. n. 34/2000 e 75 D.P.R. n. 554/1999, pur essendo esse oggetto di accertamento da parte delle S.O.A. e, pertanto, condizione per il rilascio della certificazione da parte di queste ultime, spetterà comunque alla stazione appaltante accertarne per ogni gara l'assenza in capo al concorrente; anzi essendo tale accertamento prodromico alla partecipazione delle imprese alla gara esso dovrà necessariamente avvenire prima dell'apertura delle offerte. Difatti, precisa giustamente l'Autorità, la presunzione di idoneità della certificazione non può operare per i requisiti di idoneità morale del candidato i quali, dovendo permanere fino alla stipula del contratto, andranno, appunto, accertati dinamicamente dalla pubblica amministrazione con riferimento alla singola gara specifica, fermo restando che il Casellario informatico è comunque funzionale alla pubblicizzazione anche di tali dati trasmessi dalle stazioni appaltanti. Deve, a questo proposito rilevarsi che la recente Legge 16.03.2003, n. 3<sup>38</sup> - *"Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione"* - ha modificato il D.Lgs. n. 445/2000 recante norma sulla semplificazione dei procedimenti amministrativi introducendovi l'art. 77 - bis che testualmente dispone: *"Le disposizioni in materia di documentazione amministrativa contenute nei capi II e III si applicano a tutte le fattispecie in cui sia prevista una certificazione o altra attestazione, ivi comprese quelle concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali, salvo che queste siano espressamente richiamate dall'articolo 78"*. In particolare la norma, superando la discrasia fra il menzionato D. Lgs. N. 445/2000 e l'art.

38. In vigore dal 4.2.2003.

75 n. 554/99, estende le modalità dichiarative della dichiarazione sostitutiva di certificazione e di atto di notorietà anche alle cause di esclusione per le quali la normativa speciale in materia di appalto prevedeva l'esibizione del certificato (vedi in particolare le risultanze del certificato del casellario giudiziale e dei carichi pendenti). Sicchè, anche per queste ultime cause, il concorrente potrà limitarsi a presentare una dichiarazione sostitutiva rimettendo alla pubblica amministrazione accertare la veridicità delle dichiarazioni rese.

Precisa, inoltre, l'Autorità che le stazioni appaltanti dovranno comunicare al Casellario informatico di cui all'art. 27 D.P.R. n. 34/2000 gli eventuali provvedimenti di esclusione dalle gare ai sensi dell'art. 8, comma 7, della Legge adottati dalla stazione appaltante e le eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara. Precisamente le stazioni appaltanti dovranno comunicare all'Autorità di vigilanza la sussistenza delle ipotesi indicate di false dichiarazioni affinché questa provveda alla relativa iscrizione nel Casellario informatico delle imprese qualificate. Le Amministrazioni, una volta riscontrata la mendacità delle dichiarazioni, potranno autonomamente comminare la sanzione dell'esclusione dalle procedure di gara del candidato dichiarante per un periodo compreso tra tre e sei mesi.

L'assenza nel Casellario di preclusioni alla partecipazione nelle gare di appalto, non costituisce prova assoluta circa la non sussistenza di cause di esclusione delle stesse, sicché l'amministrazione potrà, ove lo ritenga necessario, procedere ad ulteriori verifiche circa la veridicità delle dichiarazioni rese dai concorrenti.



## 1.22. Atto di regolazione n. 12 del 29 maggio 2002

1. Non appare legittimamente denegabile il diritto di accesso nei confronti di un concorrente, con particolare riferimento ai documenti di gara, ancorchè subordinatamente alla definitiva conclusione del procedimento di gara.
2. Ai terzi portatori del diritto alla riservatezza sui documenti per i quali è richiesto l'accesso, va notificato l'avvio del procedimento afferente il predetto accesso.

La problematica esaminata dalla Autorità con il presente atto di regolazione è quella del rapporto fra diritto di accesso alla documentazione della gara e diritto alla riservatezza ed in particolare della ricerca di un punto di equilibrio fra i due. Nel caso sottoposto all'esame dell'Autorità la richiesta di accesso del concorrente all'affidamento di un incarico di progettazione concerneva il curriculum professionale - comunque oggetto di valutazione ai fini dell'aggiudicazione - di altro concorrente risultato, poi, aggiudicatario della prestazione.

In via generale il diritto di accesso è finalizzato ad assicurare la trasparenza dell'azione della pubblica amministrazione ed è strumentale alla tutela di situazioni giuridiche rilevanti quale è quella di un soggetto concorrente all'aggiudicazione di un appalto; esso ha ad oggetto la divulgazione di informazioni. A sua volta il diritto alla riservatezza è volto a limitare tale divulgazione ove essa concerna dati di particolare rilevanza per la persona. La contrapposizione tra i due diritti impone di trovare un punto di equilibrio anche al solo fine di individuare un criterio atto a dirimerne l'eventuale conflitto. Tale problematica è stata più volte oggetto di intervento da parte del Giudice Amministrativo - al quale l'Autorità non potrebbe fare altro che conformarsi - che ha avuto modo di precisare che *“La disciplina dettata in tema di trasparenza amministrativa dalla l. n. 241/90, volta alla*

*“massimizzazione della circolazione informativa”, finisce per accordare una prevalenza al principio di pubblicità rispetto a quello di tutela della privacy, consentendo l’accesso anche quando involgente dati riservati, sempre che l’istanza ostensiva sia sorretta dalla necessità di difendere i propri interessi e con il limite modale costituito dalla non percorribilità della via più penetrante e potenzialmente lesiva dell’estrazione di copia<sup>39</sup>”.*

In buona sostanza la prevalenza del principio della pubblicità rispetto a quello della riservatezza deve essere supportata dalla sussistenza di una duplice condizione: la strumentalità del suo esperimento a fini di tutela di interessi giuridicamente rilevanti del richiedente e la limitazione modale alla “presa visione” del dato riservato e non dell’estrazione di copia del documento che lo contiene.

Con riferimento alla prima condizione, nel caso oggetto dell’atto di regolazione, deve riconoscersi la configurabilità del curriculum professionale come documento accessibile qualora questo sia utilizzato dalla pubblica amministrazione quale elemento di valutazione per l’aggiudicazione della gara. Per quanto concerne, invece, il secondo requisito lascia perplessi l’impostazione dell’Autorità nella parte in cui ritiene opportuna la concessione del diritto di accesso alle informazioni esclusivamente a conclusione del procedimento di gara; tale limitazione risulta del tutto illogica, in quanto, nel caso in cui il procedimento fosse concluso e la prestazione eseguita, l’interesse del candidato sarebbe già pregiudicato e, dunque, l’accesso alle informazioni diverrebbe del tutto inutile.

Non vi è dubbio, inoltre, che il ricorso proposto contro il diniego di accesso opposto per motivi di tutela della privacy debba essere notificato al controinteressato, ossia al soggetto che, in quanto titolare del diritto alla riservatezza, sia minacciato dalla divulgazione di notizie lambenti la sua sfera privata.

39. V. Cons. Stato, Sez VI - Sentenza 30 marzo 2001 n. 1882; Cons. Stato, Ad. Plen. 4 febbraio 1997, n. 5.

## 1.23.Determinazione n. 14 del 10 luglio 2002

### *Appalti di manutenzione*

1. Qualora un appalto abbia ad oggetto prestazioni di lavori e di servizi la procedura di aggiudicazione applicabile andrà individuata sulla scorta dei principi dettati dall'art. 2, 1° comma, L. n. 109/1994 e s.m.i. relativa ai cd. "contratti misti".
2. Nel caso di appalti di manutenzione sussiste una responsabilità concorrente dell'appaltatore e del committente nei confronti del terzo danneggiato in quanto sull'appaltatore incombono gli obblighi di cui all'art. 14 del Capitolato Generale di appalto inerenti la normale conduzione dell'appalto, mentre sul committente incombe comunque l'obbligo di custodia e, quale possessore dell'immobile, lo stesso conserva i poteri di ingerenza e di vigilanza sul bene oggetto dell'appalto e deve impedire che dallo stesso i terzi subiscano nocumento.

Nella determinazione in esame l'Autorità si esprime sulla fattispecie dell'appalto di manutenzione e sorveglianza di opere d'arte di rilievo a carattere stradale ricadenti nel territorio delle circoscrizioni comunali. In particolare viene rilevato come, nel predetto appalto, il servizio di sorveglianza non potrebbe essere ritenuta prestazione accessoria rispetto all'attività manutentiva alla luce, soprattutto, della responsabilità nella quale incorre l'appaltatore che, nel caso specifico, è sicuramente più estesa rispetto a quella collegata ad una mera attività manutentiva. Di conseguenza, viene rilevato, le due prestazioni non potrebbero essere aggiudicate congiuntamente, ma richiederebbero - trattandosi di due prestazioni distinte - due distinte procedure di aggiudicazione delle quali una avente ad oggetto la manutenzione e, pertanto soggetta alle regole di cui alla

Legge n. 109/1994, l'altra avente ad oggetto un servizio (di sorveglianza) e, pertanto, inevitabilmente sottoposta alle regole che disciplinano le procedure di aggiudicazione in materia di servizi pubblici.

A fronte di tali questioni l'Autorità ritiene che, nell'ambito dei contratti di manutenzione di immobili, al fine di una esatta qualificazione della natura giuridica della fattispecie negoziale posta in essere (appalto di lavori o di servizi) è necessario fare riferimento alla tipologia delle prestazioni dedotte nell'accordo, in particolare configurandosi come "lavori" quelle attività di manutenzione implicanti una tangibile trasformazione del bene oggetto di intervento qualora esse siano funzionalmente prevalenti rispetto all'ulteriore prestazione dedotta. A proposito, non ci si può esimere dal rilevare che la pur indispensabile indagine sulla natura della prestazione non può condurre, qualora di fatto l'incarico concentri più tipologie di prestazioni di natura diversa, all'applicazione di un criterio di prevalenza funzionale per l'individuazione della prestazione primaria in quanto siffatta attività ermeneutica si porrebbe palesemente in contrasto con il criterio quantitativo utilizzato, invece, dalla "Merloni" che, all'art. 2, 1° comma, prevede: *"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"*. Tale criterio, d'altra parte, è stato applicato nel caso di specie, anche dall'Autorità.

Per quanto concerne, invece, il profilo della responsabilità del manutentore, l'Autorità precisa che nel caso di manutenzione di un bene immobile, non si realizza il totale trasferimento all'appaltatore del potere di fatto sul bene oggetto dell'appalto. Di conseguenza è a tutti gli effetti configurabile una responsabilità solidale fra l'appaltatore manutentore ed il committente proprietario del bene per i danni cagionati a terzi che facciano uso del bene immobile; fermo restando che quest'ultimo sarà responsabile ai sensi dell'art. 2051 del Codice civile in quanto gravato degli obblighi di custodia e vigilanza.

## **1.24.Determinazione n. 15 del 16 luglio 2002**

*Problemi relativi alla certificazione di qualità aziendale a seguito della sostituzione delle norme UNI EN ISO 9001/1/2/3 ediz. 1994 con le norme UNI EN ISO 9001:2000 ed alla certificazione di qualità aziendale dei Consorzi stabili*

1. Le SOA possono riconoscere ad un Consorzio stabile - sia nel caso che la qualificazione avvenga ai sensi dell'art. 18, commi 3,9,13, del D.P.R. n. 34/2000 e sia nel caso che avvenga ai sensi dell'art. 20 del suddetto D.P.R. n. 34/2000 - il possesso della certificazione del sistema di gestione per la qualità (SGQ) o della presenza di elementi significativi e correlati del sistema di qualità di cui all'art. 8, 4° comma, lett. e) L. n. 109/1994 e successive modificazioni e dall'art. 4, comma, 1, D.P.R. n. 34/2000, qualora tali requisiti siano in possesso del Consorzio oppure siano in possesso di almeno uno dei Consorziati.
2. I certificati di SGQ rilasciati sulla base delle precedenti norme ISO 9001/2/3 edizione 1994 hanno validità fino al 14.12.2003. Le attestazioni di qualificazione rilasciate sulla base dell'incremento convenzionale premiante di cui all'art. 19 D.P.R. n. 34/2000, scadono il 14.12.2003.

La questione affrontata dall'Autorità nella presente determinazione riguarda espressamente la qualificazione dei Consorzi stabili di cui all'art. 10, 1° comma, lett. c) e art. 12 della Legge n. 109/1994<sup>40</sup>. In particolare

40. Va ricordato che la figura dei Consorzi stabili è stata arricchita dai Consorzi stabili di progettazione introdotti dalla Legge n. 166/2002 e per i quali è comunque previsto il beneficio incrementale del requisito di qualificazione del fatturato globale in servizi di ingegneria delle singole società Consorziato, previsto dall'art. 12. Comma 8 - bis della legge n. 109/1994.

viene rilevato come i Consorzi stabili qualificati ai sensi dell'art. 20 del D.P.R. n. 34/2000 sulla base delle qualificazioni possedute dai singoli Consorziati, potrebbero qualificarsi per una classifica che prevede l'obbligo della certificazione di qualità ovvero dell'attestazione della presenza degli elementi significativi e correlati del sistema di qualità aziendale, lì dove, invece, le Consorziatoe potrebbero essere qualificate esclusivamente per classifiche per le quali tale obbligo non ricorre. Considerato che materialmente non è il Consorzio che svolge attività, bensì solamente i Consorziati, questi ultimi potrebbero essere chiamati a svolgere una attività per la quale non sarebbero qualificati.

L'Autorità prende spunto dalla sostanziale differenziazione dei Consorzi stabili con le altre tipologie consortili ovvero dai raggruppamenti previsti dalla L. n. 109/1994 in questo ricalcando un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa che ha più volte affermato siffatta differenziazione fra le figure soggettive menzionate<sup>41</sup>.

Le modalità di qualificazione dei Consorzi stabili sono disciplinate rispettivamente: dall'art. 18, commi 3, 9, 13<sup>42</sup> edall'art. 20 del D.P.R. n. 34/

41. Ex multis: T.A.R. Puglia - Bari, 19.4.2000, n. 1648; T.A.R. Toscana -Firenze, 20.12.1999, n. 1086.

42. Il 3° comma dell'art. 18 del D.P.R. n. 34/2000 dispone che: *“La cifra di affari in lavori relativa alla attività diretta è comprovata: da parte delle ditte individuali, delle società di persone, dei Consorzi di cooperative, dei Consorzi tra imprese artigiane e dei Consorzi stabili con la presentazione delle dichiarazioni annuali IVA; da parte delle società di capitale con la presentazione dei bilanci, riclassificati in conformità alle direttive europee, e della relativa nota di deposito”*. Il 9° comma della medesima disposizione normativa prevede che: *“L'ammortamento è comprovato: da parte delle ditte individuali e delle società di persone, con la presentazione della dichiarazione dei redditi corredata da autocertificazione circa la quota riferita alla attrezzatura tecnica; da parte dei di cooperative, dei tra imprese artigiane, dei Consorzi stabili e delle società di capitale con la presentazione dei bilanci, riclassificati in conformità alle direttive europee, e della relativa nota di*

2000; il primo fa riferimento ai requisiti propri posseduti dal Consorzio, lì dove, invece, il secondo fa esplicito riferimento alle qualificazioni proprie dei Consorziati. In verità tali norme sono state meglio specificate dalla recente modifica apportata dall'art. 7, comma 1, lett. e) n. 2 della Legge n. 166, del 3.8.2002 che, integrando l'art. 12 della legge n. 109/1994, vi ha inserito il comma 8 - bis, relativo all'incremento premiale del fatturato globale del Consorzio, e il comma 8 - ter che testualmente dispone: *"Il stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese Consorziati. 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 Consorziati. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese Consorziati già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese Consorziati ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese Consorziati ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 8, comma 4, lettera e), è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese*

*deposito". Il 13° comma dispone: "I Consorzi di cooperative, i Consorzi tra imprese artigiane e i Consorzi stabili possono dimostrare il requisito relativo alle attrezzature tecniche mediante l'attrezzatura in dotazione stabile ai propri Consorziati; gli stessi soggetti possono dimostrare il requisito relativo all'organico medio annuo attraverso il costo del personale dipendente proprio e dei soggetti Consorziati". L'art. 20 del D.P.R. n. 34/2000 dispone che: "Il Consorzio stabile è qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese Consorziati. La qualificazione è acquisita, in riferimento ad una determinata categoria di opera generale o specializzata, per la classifica corrispondente all'importo pari o immediatamente inferiore alla somma di quelle possedute dalle imprese Consorziati. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese Consorziati già possieda tale qualificazione".*

*Conсорziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese Consorziato non coincida con una delle classifiche di cui all'articolo 3 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese Consorziato, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche".* Ovviamente le norme da ultimo citate, in quanto successive alla determinazione in esame, non sono state prese in considerazione dall'Autorità.

Ciò premesso il possesso della certificazione del sistema di qualità ovvero dell'attestazione di elementi significativi non presenta problematiche di sorta ove siano possedute direttamente dal Consorzio stabile; diversamente il problema ricorre nel caso in cui tali certificazioni non sia in possesso del Consorzio bensì dei Consorziati, ma anche in questo caso l'Autorità non nega in capo al Consorzio il possesso degli attestati. In particolare vengono individuate tre ipotesi:

- a) tutte le imprese Consorziato sono in possesso dei requisiti;
- b) almeno la metà delle imprese Consorziato è in possesso dei requisiti;
- c) una sola delle imprese Consorziato è in possesso dei requisiti.

*Nulla quaestio* nell'ipotesi *sub a)*, mentre per le restanti ipotesi viene specificato che la certificazione di qualità non prevede graduatorie e quindi diversificazioni per classifiche fra le imprese; di conseguenza, afferma l'Autorità, si può riconoscere ad un Consorzio stabile il possesso della summenzionata certificazione (ovvero attestazione) qualora almeno uno dei propri Consorziati possedga tali requisiti.

A nostro avviso, nell'interpretazione delle norme afferenti la qualificazione dei candidati andrebbe privilegiata una prospettiva di ordine teleologico, volta ad individuare le finalità della disciplina piuttosto che



non una considerazione letterale della disposizione normativa, fra l'altro, non dirimente. Infatti è innegabile che il Consorzio si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese Consorziato, ma è altrettanto innegabile che le certificazioni e le attestazioni oggetto della presente determinazione sono atti attestanti il possesso di tali requisiti di qualificazione.

Con riferimento ai Consorzi stabili, i quali sono - giova ricordarlo - soggetti autonomi e distinti dai singoli Consorziati, si ritiene, contrariamente a quanto sostenuto dall'Autorità, che essi debbano possedere in proprio l'attestazione, indifferentemente dalle condizioni dei singoli Consorziati, o di una loro quota. Le aporie derivanti dal ragionamento portato avanti dall'Autorità sono piuttosto evidenti solo che si venga a considerare che lì dove si riconoscesse in capo al Consorzio stabile il possesso dell'attestazione, solo perché un solo Consorziato è in possesso della medesima, verrebbe a crearsi una irragionevole differenziazione di trattamento nei confronti di quei Consorzi stabili che, invece, siano dotati in proprio di tale certificazione ai fini della partecipazione alla gara. Inoltre se la certificazione di qualità è diretta a documentare il possesso, in capo al soggetto che ne è titolare, dei requisiti di qualificazione richiesti dalla legge, essa non può che avere ad oggetto la dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione da parte di quel soggetto; non si vede dunque come l'atto documentale possa parimenti esercitare la propria funzione certificativa nei confronti di un soggetto diverso - quale è appunto il Consorzio - dal Consorziato in possesso della certificazione. Se si applicasse tale *modus operandi* la certificazione di qualità ovvero la procedura della sua l'attestazione perderebbe di fatto ogni valenza qualificante.

## 1.25.Determinazione n. 16 del 16 luglio 2002

*Modalità di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per gli appalti di servizi in materia di architettura, ingegneria ed altri servizi tecnici di cui alla categoria 12 della CPC (classificazione comune dei prodotti) n. 867, contenuta nell'allegato 1 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.*

1. I requisiti di partecipazione dei concorrenti sono da precisare nel rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 66 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.
2. Nel caso in cui la gara si svolga con la procedura della licitazione privata, la scelta dei soggetti da invitare a presentare l'offerta deve essere regolata dalle disposizioni di cui all'art. 67 del D.P.R. n. 554/1999.
3. Gli elementi per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed i relativi pesi, possono essere quelli previsti dall'abrogato D.P.C.M. 27.2.1997, n. 116 (cd. Decreto Karrer) opportunamente depurati degli aspetti ritenuti contrastanti con il diritto comunitario<sup>43</sup>.

Con la presente determinazione l'Autorità interviene a chiarire le problematiche applicative connesse all'operatività del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa alla luce dell'abrogazione del D.P.C.M. n. 116, del 27.2.1997 (cd. "Decreto Karrer") ad opera della Legge 1.3.2002, n. 2002 ("Legge comunitaria 2002"). In particolare l'art. 53 della

43. Si noti come l'Autorità faccia riferimento alla soglia di valore minimo di 40.000 euro anziché di 100.000 euro in quanto la determinazione è intervenuta prima delle modifiche apportate dalla Legge n. 166/2002 all'art. 17 della Legge n. 109/1994 che, fra l'altro, ha previsto l'innalzamento della soglia massima legittimante l'affidamento fiduciario degli incarichi di progettazione da 40.000 a 100.000 euro.

Legge da ultimo menzionata demanda alle stazioni appaltanti l'individuazione, previa fissazione nel bando di gara, dei parametri di ponderazione e valutazione strumentali all'identificazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa che a sua volta estrinseca il miglior rapporto qualità - prezzo in relazione al servizio da affidare. Il secondo comma di tale norma ha, poi, disposto l'abrogazione del D.P.C.M. n. 116/1997.

In verità, come giustamente rileva l'Autorità, l'offerta economicamente più vantaggiosa funge quale unico criterio di aggiudicazione per le gare di appalto aventi ad oggetto servizi di ingegneria ed attività connesse in quanto, essendo tali prestazioni soggette a minimi inderogabili per esse non potrebbe essere applicato il criterio del prezzo più basso<sup>44</sup>.

A fronte di tale necessità l'Autorità ha pertanto indagato quali dovessero essere i criteri da applicare per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa proprio con riferimento all'affidamento degli incarichi di progettazione.

I parametri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono stati, di fatto, individuati durante i lavori parlamentari alla Camera dei deputati, nei seguenti: a) le caratteristiche qualitative dell'offerta ricavabili dalla documentazione relativa ad almeno un progetto analogo a quello da affidare scelto dall'offerente; b) caratteristiche metodologiche e tecniche dell'offerta desunte dalla relazione dell'offerta; c) ribasso percentuale indicato nell'offerta economica; d) servizio successivo alla vendita; e) assistenza tecnica.

Pur tenendo presente tali parametri di valutazione, l'Autorità specifica che la determinazione dell'offerta economica vantaggiosa richiede,

44. Va rilevato che, fermo restando tale principio, la giurisprudenza non ha mancato di sottolineare che l'inderogabilità del minimo tariffario delle prestazioni professionali non esclude che queste ultime possano essere prestate per mero spirito di liberalità.

accanto all'individuazione dei parametri di valutazione, una duplice operazione: la determinazione del peso dei parametri e la definizione del metodo di calcolo che andranno, ovviamente, indicati nel bando di gara. Ciò premesso, l'Autorità si premura, quindi, di individuare in quale misura possano essere utilizzate, a tale fine, le norme del D.P.C.M. n. 116/1997 purché compatibili con la normativa comunitaria. In verità, rileva infatti l'Autorità, le censure mosse dalla Commissione alla legittimità del predetto D.P.C.M. risiedevano in una generale commistione dei criteri utilizzati ai fini della qualificazione con quelli, invece, afferenti l'aggiudicazione vera e propria della gara. Le censure della Commissione, infatti, non riguardavano né il metodo (aggregativo - compensatore o della somma pesata) per la valutazione dell'offerta, né la previsione contenuta nel decreto di limiti per i pesi da assegnare agli elementi di valutazione, né - infine - il procedimento del "confronto a coppie" previsto dal decreto per la determinazione dei coefficienti cui moltiplicare gli elementi di valutazione di natura qualitativa. Di conseguenza, secondo l'Autorità, tali metodi possono essere legittimamente utilizzati ai fini della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, purché, ovviamente richiamati dalla stazione appaltante nel bando di gara. Ulteriore precisazione viene, poi, fatta dall'Autorità relativamente alla valutazione del "*merito tecnico*" che riveste una diversa funzione a seconda che la fase del procedimento concerna la qualificazione del concorrente ovvero la valutazione delle offerte presentate; in questo modo - principio questo già affermato dall'Autorità - i punteggi ottenuti dal candidato nella prima fase procedimentale attraverso tale valutazione non possono essere sommati al punteggio ottenuto nella seconda fase procedimentale.

## 1.26. Determinazione n. 17 del 10 luglio 2002

### *Provvedimenti di autotutela*

1. L'amministrazione, in base al principio costituzionale di buon andamento e con l'obbligo di dare esplicita e puntuale motivazione del potere esercitato, può riaprire la gara al fine di riammettere imprese illegittimamente escluse e, in generale, riesaminare gli atti adottati, se ciò risulta opportuno a seguito di circostanze sopravvenute o sulla base di una diversa valutazione della situazione preesistente.

È pacificamente riconosciuto il principio dell'autotutela, sulla scorta del quale la pubblica amministrazione ha facoltà di riesaminare, annullare e rettificare gli atti invalidi o, semplicemente, inopportuni. È chiaro che l'esercizio di tale potere è soggetto a specifiche condizioni che l'Autorità, recependo fra l'altro, un consolidato orientamento giurisprudenziale, individua rispettivamente:

- a) nell'obbligo di motivazione;
- b) nella presenza di concrete ragioni di pubblico interesse che non siano riconducibili alla mera esigenza del ripristino della legalità;
- c) nella valutazione delle possibili iniziative delle parti private destinatarie del provvedimento oggetto di riesame, che mantengono la facoltà di intentare un'azione di risarcimento del danno nei confronti della pubblica amministrazione per lesione di una legittima aspettativa alla conservazione della situazione giuridica soggettiva di vantaggio;
- d) nel rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale ed in particolare nel rispetto dell'obbligo di comunicare l'avvio del

- procedimento di autotutela;
- e) nell'adeguata istruttoria;
  - f) nell'economicità dell'azione di autotutela, nel senso che quest'ultima non potrà essere esercitata lì dove la prestazione sia stata già eseguita in tutto o in parte.

Per quanto concerne, invece, l'organo competente all'adozione del provvedimento di autotutela, esso coincide con l'organo competente nella fase procedurale oggetto della revisione; in particolare e con riferimento alla procedura di gara, la Commissione potrà esercitare i menzionati poteri di autotutela, correggendo gli errori nei quali sia eventualmente incorsa, fin quando manterrà la disponibilità degli atti di gara, ossia fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione provvisoria e gli atti debbano essere trasferiti all'organo competente per l'aggiudicazione definitiva.

## **1.27.Determinazione n. 18 del 24 luglio 2002**

*Affidamento di progettazione e direzione dei lavori di interventi finanziati con fondi comunitari*

1. Gli enti finanziatori, nell'ambito della propria azione di controllo sullo stato delle progettazioni finanziate con fondi comunitari, devono attuare tutte le iniziative atte a disincentivare il ricorso a procedure di urgenza nell'affidamento dei servizi e dei connessi lavori.

Con la presente determinazione l'Autorità esamina la legittimità della prassi, affermatasi presso la pubblica amministrazione, di utilizzare l'affidamento a trattativa privata per gli incarichi di progettazione ed attività connesse nel caso di lavori soggetti a finanziamento comunitario; tale ricorso alla trattativa privata viene motivato con l'esigenza di rispettare i

tempi procedurali comunitari ritenuti incompatibili con quelli richiesti per l'espletamento delle normali procedure di una gara per l'affidamento dei predetti incarichi. Tale urgenza viene ricondotta dall'Autorità al fatto che l'esigenza della realizzazione dell'intervento è rappresentata in maniera informale dalla pubblica amministrazione all'ente comunitario il quale, sempre in maniera informale, dà assicurazione del finanziamento e propone e conferma gli interventi da finanziare senza azione di verifica sull'effettiva cantierabilità degli stessi. La condizione di urgenza, che giustificerebbe il ricorso alla trattativa privata per l'affidamento degli incarichi di progettazione, sarebbe "indotta" in quanto derivante da comportamenti non conformi ai principi di legalità e dunque, secondo l'Autorità, non idonea a legittimare il ricorso alla trattativa privata.

Una breve considerazione in merito sembra opportuna; è vero che l'Amministrazione Pubblica rappresenta in maniera informale - a voler usare la terminologia dell'Autorità - all'Ente comunitario l'esigenza di realizzare l'intervento, ma è altrettanto vero che quest'ultimo, informalmente assicura il finanziamento dell'opera; potrebbe dunque ritenersi che l'urgenza - legittimante l'esperimento della trattativa privata - sia cagionata dall'Ente comunitario piuttosto che dall'Amministrazione Pubblica.

## **1.28.Determinazione n. 19 del 30 luglio 2002**

*Criteria che le stazioni appaltanti debbono seguire nei casi di annullamento dell'attestazione di qualificazione o di ridimensionamento delle categorie e/o classifiche di qualificazione nonché nel caso di applicazione dell'art. 75, comma 1, lettera h) D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.*

1. Qualora l'annullamento dell'attestazione SOA, oppure il venire in evidenza di un caso di applicazione dell'art. 75, comma 1,

D.P.R. n. 554/1999, intervengano dopo che sia scaduto il termine per la presentazione delle offerte, ma prima dell'aggiudicazione, si esclude il concorrente dalla gara e si escute la relativa cauzione provvisoria e si segnala il fatto all'Autorità per le valutazioni di sua competenza.

2. Qualora l'offerta dell'impresa cui sia stata annullata l'attestazione SOA, o per la quale sia venuta in evidenza uno dei casi di applicazione dell'art. 75, comma 1, D.P.R. n. 554/1999, abbia già contribuito a determinare la media per il calcolo della soglia di anomalia, si procederà al calcolo della nuova soglia e si procederà ad aggiudicare l'appalto al concorrente che ha presentato la migliore offerta non anomala o al concorrente che abbia presentato la migliore offerta congrua.
3. Qualora l'annullamento dell'attestazione SOA o la presenza di una delle cause di esclusione intervengano dopo l'aggiudicazione, ma prima della stipula del contratto: 1) se si tratta del concorrente aggiudicatario questi dovrà essere escluso dalla gara ; 2) se si tratta di concorrente non aggiudicatario bisognerà verificare fino a che punto l'esclusione dello stesso, mutando la soglia di anomalia, incida sull'aggiudicazione.
4. Qua lora l'annullamento dell'attestazione SOA o la presenza di una delle cause di esclusione intervengano dopo la stipula del contratto ed eventualmente a lavori in corso: 1) se si tratta dell'aggiudicatario si dovrà annullare l'aggiudicazione e risolvere il contratto con l'impresa<sup>45</sup>; 2) se si tratta di un concorrente

45. In verità la giurisprudenza parla in questo caso di nullità, piuttosto che di risoluzione, del contratto. In questi termini T.A.R. Campania - Napoli 29.5.2002, n. 3177.



non aggiudicatario bisognerà verificare come l'esclusione del medesimo incida sulla soglia di anomalia, nonché verificare l'interesse pubblico alla esecuzione dei lavori rispetto a quello della legittimità dell'affidamento soprattutto nei casi in cui tale esecuzione sia già in fase avanzata.

Nella determinazione in questione l'Autorità passa in rassegna le conseguenze, relative alla legittimità della procedura concorsuale nonché all'esecuzione dei lavori, connesse alla modifica dei requisiti di qualificazione dei concorrenti - aggiudicatari e non - e all'eventuale verificarsi di cause di esclusione di cui all'art. 75 del D.P.R. n. 554/99. Presupposto di fondo è che il possesso dei requisiti di qualificazione e l'assenza di cause di esclusione siano condizioni indefettibili non solo per la partecipazione alle gare di appalto, bensì anche per legittimare l'aggiudicatario all'esecuzione dei lavori; tali condizioni dovranno, dunque, permanere fino a quando non sia portata a compimento tale esecuzione. Su tali premesse l'Autorità interviene a chiarire gli effetti della mancanza di una delle condizioni testé menzionate a seconda della fase procedurale nella quale questa viene a manifestarsi, ferma restando la precisazione che le conseguenze così individuate si ripercuoteranno quale che sia l'importo oggetto dell'appalto e, pertanto, anche al di sotto della soglia dei 150.000 euro per i quali non è applicabile il sistema di qualificazione di cui al D.P.R. n. 34/2000. Le conclusioni cui perviene l'Autorità sono indicate in massima e si palesano del tutto condivisibili.

## **1.29. Determinazione n. 20 del 30.7 2002**

*Procedure in deroga all'art. 17 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m. in forza di ordinanze contingibili ed urgenti in materia di protezione civile.*

1. Le ordinanze contingibili e urgenti - che devono contenere l'espli-

cita indicazione delle norme a cui vanno in deroga - possono derogare alle ordinarie norme in materia di lavori pubblici; tale deroga, proprio perché conseguente ad una situazione eccezionale, non può permanere atempo illimitato, ma deve essere necessariamente circoscritta alla persistenza della menzionata situazione.

Il caso dalla quale prende spunto l'Autorità nella predisposizione della presente determinazione, riguarda alcune stazioni appaltanti che, affidato nelle immediatezze di un evento calamitoso l'incarico per la predisposizione di una progettazione esecutiva, avevano affidato il collegato incarico di direzione dei lavori, a distanza di circa due anni dal primo affidamento, a soggetti diversi da quelli incaricati della progettazione.

Il quadro normativo di riferimento è caratterizzato dalla vigenza dell'Ordinanza del Ministero dell'Interno n. 3081, del 12.9.2000 che contemplava una normativa in deroga a quella ordinaria indicante espressamente le norme della Legge n. 109/1994 derogabili; norme fra le quali, va precisato, non era indicato l'art. 27 afferente la direzione dei lavori in materia di lavori pubblici.

L'Autorità precisa che le ordinanze "contingibili ed urgenti" - nel cui alveo può essere ricondotta l'ordinanza ministeriale n. 3081/2000 - trovano un proprio indefettibile presupposto proprio nell'urgenza dell'adozione ossia nella finalità di *"porre in essere ogni utile intervento per favorire il ritorno alle normali condizioni di vita delle popolazioni interessate..."*. Tali provvedimenti, pertanto, sono legate al verificarsi di eventi di carattere eccezionale che vanno inevitabilmente fronteggiati con mezzi eccezionali ; come precisa l'Autorità esse *"attengono strettamente alla necessità di provvedere in ordine a situazioni di pericolo che non possono essere immediatamente eliminate con il ricorso agli altri mezzi offerti dall'ordinamento e alle quali deve porsi rimedio senza indugio."* Sembra dunque scontata la conclu-

sione che, da siffatte premesse, desume l’Autorità, ossia che non è più giustificabile ricorrere alla procedura dettata da ordinanze “contingibili ed urgenti” qualora sia decorso un arco temporale ampio - quale è nel caso quello di circa due anni - dall’adozione della menzionata prima ordinanza. Va evidenziato che, nel caso di specie, rileverebbe anche la mancata indicazione, nell’ordinanza menzionata, dell’art. 27 della legge n. 109/1994 fra le norme derogabili, nonché la circostanza che la direzione dei lavori dovrebbe essere tendenzialmente affidata al soggetto che ha predisposto gli elaborati progettuali esecutivi.

### **1.30. Determinazione n. 21 del 30 luglio 2002**

*Programma per la costruzione, l’ammodernamento e l’acquisto di immobili destinati a caserme ed alloggi di servizio della Guardia di Finanza, in forza dell’articolo 29 della legge 18 febbraio 1999, n. 28.*

1. L’art. 29 della Legge 18 febbraio 1999, n. 28 configura un contratto atipico avente ad oggetto il finanziamento e la realizzazione di un programma per la costruzione, l’ammodernamento e l’acquisto di immobili destinati a caserme ed alloggi di servizio della Guardia di Finanza il cui relativo affidamento è regolato dai principi comunitari di cui agli artt. da 28 a 30 e da 43 a 45 del Trattato Ce.
2. Devono ritenersi coerenti con la disciplina comunitaria: a) l’obbligo di assoggettamento dell’aggiudicatario alle regole previste dalla normativa sui lavori pubblici; b) l’obbligo di pubblicità delle procedure di aggiudicazione; c) la previa qualificazione dei soggetti aggiudicatori; d) l’obbligo di determinare preventivamente i criteri di calcolo della prestazione.

Nella presente determinazione l’Autorità si sofferma sulle caratteristiche e sui limiti applicativi dell’art. 28 della Legge 18 febbraio 1999, n. 28 che testualmente dispone: *“Al fine di assicurare una maggiore efficienza nell’attività di contrasto dei fenomeni dell’evasione fiscale, attraverso una migliore articolazione sul territorio delle strutture del Corpo della Guardia di finanza ed una maggiore mobilità del personale, è autorizzata la realizzazione di un programma per la costruzione, l’ammodernamento e l’acquisto di immobili destinati a caserme ed alloggi di servizio, nonché per lo svolgimento delle relative attività di gestione”*.

A sua volta il 2° comma di tale norma prevede che: *“L’approvazione dei progetti ricompresi nel programma di cui al comma 1, in corrispondenza di effettive esigenze di difesa e di sicurezza, equivale a dichiarazione di pubblica utilità, urgenza e indifferibilità delle opere e costituisce variante dello strumento urbanistico del comune interessato. Le relative opere sono equiparate a quelle destinate alla difesa militare”*.

Infine il 3° comma, intervenendo sulle modalità di realizzazione del predetto programma statuisce che: *“Le risorse occorrenti per la realizzazione del programma di cui al comma 1 sono reperite attraverso la stipula di apposite convenzioni con una o più banche che dispongano di idonee strutture operanti da almeno un quinquennio nel settore immobiliare, con particolare riguardo alle esperienze nella valorizzazione del patrimonio immobiliare, nella conservazione e manutenzione degli immobili e nell’amministrazione del patrimonio, alle quali verrà affidata l’esecuzione del progetto. L’entità delle risorse assicurate dalle banche sarà commisurata ad un piano finanziario di ammortamento compatibile con quanto previsto dal comma 4”*.

La questione affrontata dall’Autorità attiene principalmente alla definizione della natura giuridica del sistema di realizzazione degli interventi di cui al 3° comma dell’art. 29 della Legge n. 28/1999 che demanda

il reperimento dei fondi per la realizzazione del programma, nonché l'esecuzione delle opere oggetto del programma, a soggetti (banche) che presentino i specifici requisiti. L'Adunanza generale del Consiglio di Stato, al cui parere l'Autorità rinvia, con parere 6.12.2000, n. 1504 ha affermato che la disposizione in oggetto (nella sostanza, identica alla previsione dell'art. 28 della stessa Legge) differisce dalle usuali norme di finanziamento, in quanto, oltre alla previsione del ricorso a specifiche convenzioni per la provvista finanziaria da parte del soggetto finanziato, dispone altresì che il soggetto identificato come finanziatore provveda anche alla esecuzione degli interventi per la cui realizzazione il finanziamento è previsto. *“Si tratta di un'innovazione di notevole portata in quanto, con le due disposizioni richiamate, si tende ad introdurre una figura analoga a quella del general contractor (figura nota soprattutto nei paesi di diritto anglosassone) coniugandola con un sistema di finanziamento che si avvicina a quello della finanza di progetto (meglio conosciuto come project financing)”*.<sup>46</sup> L'attività delineata dalla norma è, pertanto, di particolare complessità e si contraddistingue per i seguenti passaggi fondamentali:

1. predisporre un programma di interventi, consistente:
  - a) nell'acquisto di immobili esistenti,
  - b) nella costruzione di immobili nuovi,
  - c) nella ristrutturazione di immobili esistenti.
2. individuare la banca (intendendosi con tale termine anche un raggruppamento di istituti di credito) disposta a mettere a di-

46. In questi termini C.S. - Ad. Gen., parere 6.12.2000, n. 1504.

sposizione l'importo necessario per il finanziamento del programma<sup>47</sup>;

3. affidare alla banca prescelta la completa realizzazione del programma stesso (affrancando, quindi l'Amministrazione da ogni incombenza di natura tecnico - gestionale, salva la vigilanza sull'esecuzione dei lavori rispetto al progetto approvato)<sup>48</sup>;
4. definire, sempre con la banca prescelta, un rapporto negoziale - sotto forma di convenzione - avente per oggetto il reperimento delle risorse finanziarie e la gestione organizzativa dell'intero programma, nonché gli aspetti esecutivi relativi alla sua attuazione.

In altre parole, con la norma sopra riportata, si tende a costruire un modulo convenzionale mediante il quale un soggetto terzo (diverso dall'apparato amministrativo) ha il compito di realizzare un programma di rilevanza pubblica, provvedendo, nel contempo, anche alla relativa provvista finanziaria. I rapporti insistenti fra pubblica amministrazione e banche sarebbero, secondo il Consiglio di Stato, riconducibili alla fattispecie negoziale del mandato, contratto con il quale, ai sensi dell'art. 1703 cod. civ. *"una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra"*, atti giuridici che possono avere ad oggetto anche negozi traslativi della proprietà. Si tratterebbe, ovviamente, di un mandato senza rappresentanza, per cui, al termine della esecuzione, ai sensi dell'art. 1706, secondo comma, cod. civ., trattandosi di beni immobili (siano essi acquistati che realizzati ex novo), il mandatario *"è obbligato a ritrasferirli al mandante"*, con tutte le conseguenze (anche fiscali) che ciò comporta.

Con riferimento specifico, poi, alle regole applicabili per l'attuazio-

47. E per questo aspetto è innegabile il collegamento dell'istituto in esame con il *project financing*.
48. Sotto tale aspetto l'istituto può essere accostato al *general contractor* che realizza e gestisce l'opera, ma anche al promotore aggiudicatario della concessione di lavori pubblici chiamato, appunto, alla realizzazione e gestione delle opere.

ne del predetto programma è necessario distinguere fra le operazioni di scelta delle banche promotrici e le operazioni di selezione, da parte di queste ultime, delle imprese chiamate ad eseguire i lavori.

Per quanto attiene il primo profilo, sì come rilevato dal Consiglio di Stato, la stipula di un contratto di mutuo potrebbe rientrare nell'ambito della voce 27 dell'allegato 2 (altri servizi), in relazione alla quale il D.Lgs. n. 157 del 1995 (art. 3, comma, 2) prevede la propria applicazione "*limitatamente ai soli articoli 8, comma 3, 20 e 21*", (e cioè limitatamente alle disposizioni in materia di pubblicità e di specifiche tecniche). Si tratterebbe, dunque, di una applicazione ristretta delle regole in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi; e che, comunque, applicazione che, nel caso specifico, non pone particolari problemi in quanto alla scelta del mandatario. L'Amministrazione intende provvedere mediante gara europea, nel rispetto quindi della normativa comunitaria. Per quanto concerne, invece, le gare bandite dalle banche, il Consiglio di Stato conclude nel senso che queste ultime non sono di per sé stesse obbligate a rispettare la normativa in materia di lavori pubblici in quanto soggetti privati che operano con propri fondi; spetterebbe, eventualmente, all'amministrazione regolare convenzionalmente i rapporti con i soggetti privati imponendo loro il rispetto delle regole di trasparenza dettate dalla normativa in materia di appalti.

L'Autorità, contravvenendo l'impostazione del Consiglio di Stato, ritiene che restino fermi comunque l'obbligo di esternalizzazione dei lavori di cui al comma 5 - bis dell'art. 2 della legge n. 109/1994, nonché l'obbligo per cui l'esecuzione dei lavori può essere affidata esclusivamente a soggetti dotati di qualificazione e selezionati con gara pubblica, con le limitazioni previste dalla legge di selezione degli appaltatori mediante gara pubblica, con quelle relative al subappalto. Tali conclusioni si fonderebbero, secondo l'Autorità, sulla recente sentenza, successiva al parere

del Consiglio di Stato, della Corte di Giustizia della Ce secondo la quale non deve essere necessariamente l'amministrazione a garantire l'applicazione della direttiva Ce n. 93/37, *"potendo l'effetto utile della direttiva medesima essere ugualmente garantito qualora tale prescrizione sia resa obbligatoria per il privato esecutore."*<sup>49</sup>.

La mancata applicazione delle regole afferenti la trasparenza e la libera concorrenza in materia di appalti implicherebbe - precisa ulteriormente l'Autorità - *"rilevanti pregiudizievoli conseguenze"* quali l'elusione dei divieti di subappalto e di cessione del contratto.

In verità il richiamo operato dall'Autorità alla pronuncia della Corte di Giustizia menzionata pare poco pertinente rispetto al caso di specie; oggetto della sentenza citata è infatti un'opera pubblica (teatro della Bicocca) entrante nell'ambito di un'operazione di scomputo degli oneri di urbanizzazione attuata da un imprenditore privato, nell'ambito di un più vasto intervento di riqualificazione di alcune aree. In questo caso l'Amministrazione comunale non aveva posto in essere alcuna procedura di aggiudicazione sostanzialmente individuando nel titolare della concessione edilizia il realizzatore dell'opera pubblica posta a scomputo degli oneri di urbanizzazione. Nel caso oggetto della determinazione dell'Autorità l'amministrazione è invece costretta a predisporre preventivamente un programma di opere e selezionare le banche mediante un procedura rispettosa degli adempimenti imposti dalla normativa comunitaria; il problema specifico non è quindi quello di applicare per la prima volta una gara, sì da rispettare i principi della libera concorrenza e della libera circolazione dei servizi, quanto soprattutto quello di verificare se il soggetto esecutore del programma sia tenuto ad applicare le regole dell'evidenza pubblica ove intenda affidare in appalto l'eventuale esecuzione dei lavori.

49. Corte di Giustizia Ce, Sez. IV, 12.7.2001, C-399/98.



Si ritiene che la soluzione a quest'ultimo quesito, contrariamente a quanto asserito, non possa essere che nel senso di ritenere svincolato il privato, già scelto sulla base di una procedura concorsuale, dall'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica a meno che non vi sia obbligato sulla base del contratto con la pubblica amministrazione. In quest'ultimo senso depone d'altra parte anche la Corte di Giustizia nella sentenza menzionata nella quale non impone direttamente un obbligo al privato di applicare le norme pubblicistiche in materia di appalti, bensì dispone che l'effetto utile della direttiva n. 93/37/CEE *"risulterebbe ugualmente garantito qualora la normativa nazionale conferisse all'amministrazione comunale il potere di obbligare il lottizzante titolare della concessione, mediante accordi stipulati con questo, a realizzare le opere pattuite ricorrendo alle procedure previste dalla direttiva..."*.

La fonte dell'obbligo non risiede, pertanto, *ex se* nell'ordinamento, ma nel contratto. Sulla scorta di tali premesse l'operato della pubblica amministrazione deve ritenersi coerente anche con i precedenti giurisprudenziali ai quali ha fatto riferimento l'Autorità i quali statuiscano che *"...in tema di affidamento, mediante concessione, di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli artt. 43 e 49 del Trattato C.E.), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici (enucleabili dalle direttive in materie di appalti di lavori, servizi, forniture e settori esclusi), impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercè l'utilizzo di procedure competitive selettive."*<sup>50</sup>.

Tali principi, sono già adeguatamente tutelati mediante l'esperimento della procedura di gara per la selezione delle banche chiamate ad attuare il programma predisposto dalla pubblica amministrazione.

50. Cons. St., sent. n. 235/2002.

### **1.31. Determinazione n. 22 del 30 luglio 2002**

*Possibilità di ricorrere a procedure concorsuali anomale difformi da quelle tipologicamente individuate nella legge 11. febbraio 1994, n. 109 e s.m.*

- 1 . Non è consentito realizzare opere pubbliche o di pubblico interesse o destinate ad un uso pubblico mediante schemi procedurali differenti rispetto a quelli specificatamente disciplinati dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., e, più in generale dalla normativa di settore.

Il principio statuito dall'Autorità è piuttosto chiaro ed indiscutibile: le stazioni appaltanti non possono scegliere un sistema di esecuzione dei lavori pubblici che non sia espressamente statuito dalla legge ed in particolare dall'art. 19 della Legge n. 109/1994. Tali sistemi sono rispettivamente l'appalto e la concessione di lavori pubblici e sono esclusivi, sì come confermato anche dal dato letterale della norma in esame.

### **1.32. Determinazione n. 23 del 30 luglio 2002**

*Valutazione in contraddittorio delle offerte anomale in caso di lavori di importo superiore a 5.000.000 di euro, ma inferiore al controvalore in euro di 5.000.000 DSP.*

Con la presente determinazione l'Autorità interviene a fare chiarezza su una questione connessa ad un difetto di raccordo fra la normativa nazionale e quella comunitaria relativamente alla determinazione delle soglie di valore dell'appalto pubblico ai fini dell'esclusione automatica delle imprese le cui offerte siano risultate anomale.

In particolare la normativa in materia di lavori pubblici ha attraversato i seguenti passaggi fondamentali:

1. la Direttiva 14.6.1993 n. 93/37/CEE era applicabile in origine ai soli appalti d'importo pari o superiore ai 5.000.000 di ECU;
2. la normativa nazionale, ed in particolare l'art. 21 comma 1 -bis della legge n. 109/1994, adeguandosi a siffatta soglia di valore, stabiliva che era possibile procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale nel solo caso di appalti d'importo inferiore a 5.000.000 di ECU, mentre per quelli d'importo superiore bisognava procedere alla verifica in contraddittorio con l'impresa prima di procedere all'esclusione della medesima
3. successivamente la Direttiva n. 97/52/CEE, allo scopo di assicurare coerenza tra le disposizioni comunitarie in tema di appalti pubblici ed i contenuti dell'accordo concluso a Marrakech nell'ambito dei negoziati GATT, ha ridefinito la soglia di valore per l'applicazione della disciplina comunitaria elevandola da 5.000.000 ECU al controvalore in ECU di 5.000.000 di DSP;
4. successivamente l'ECU è stato sostituito dall'euro sicché la so-

- glia è stata fissata nel controvalore in euro di 5.000.000 di DSP;
5. l'art. 1, 4° comma, del D.P.R. n. 554/99 aveva poi statuito che in recepimento della normativa comunitaria gli importi fissati in ECU nella Legge 109/94 andavano espressi in euro; alla luce di tale modifica la soglia di cui all'art. 21, comma 1 - bis della legge n. 109/1994 relativa all'applicazione dell'esclusione automatica delle offerte comportava l'applicazione di tale ultima esclusione per gli appalti d'importo inferiore a 5.000.000 euro. In questo modo la soglia di valore fissata per l'applicazione della normativa comunitaria (controvalore in euro di 5.000.000 DSP) non coincideva con quella individuata nella legislazione nazionale.

La situazione è oggi stata risolta alla luce di quanto disposto dalla legge n. 166/2002 che ha modificato il comma 1 - bis, dell'art. 21 della legge n. 109/1994 adeguandolo alla soglia comunitaria del controvalore in euro di 5.000.000 DSP; come precisa l'Autorità, per gli appalti pregressi all'entrata in vigore della Legge n. 166/2002, la discrasia fra le due soglie continuerà a permanere.

### **1.33. Determinazione n. 24 del 2 ottobre 2002**

#### *Verbale di aggiudicazione e perfezionamento del contratto*

1. La stipula del contratto di appalto e non il solo verbale di aggiudicazione definitiva, instaura il vincolo contrattuale tra le parti.
2. L'amministrazione ha l'obbligo di determinarsi in ordine alla stipula del contratto entro i termini fissati dal legislatore nell'art. 109, 1° comma, D.P.R. n. 554/1999.

Con la presente determinazione l'Autorità interviene sulla questione relativa al momento di perfezionamento del contratto fra pubblica amministrazione ed aggiudicatario nella materia dei lavori pubblici; in

particolare essa si esprime sul fatto se il vincolo contrattuale possa ritenersi instaurato al momento dell'aggiudicazione definitiva ovvero sia necessario attendere la stipula del contratto.

In merito, l'art. 16, 4° comma, del R.D. 18.11.1923, n. 2440 testualmente prevede che: *"I processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto"*.

Sulla scorta di tale disposizione normativa, precisa giustamente L'Autorità, la stipula del contratto avrebbe un valore meramente riproduttivo della già perfezionata manifestazione di volontà negoziale espressa nell'atto dell'aggiudicazione definitiva, rappresentando dunque una mera formalità.

Il prevalente orientamento giurisprudenziale<sup>51</sup> e la ricostruzione del quadro normativo consentono peraltro di mettere in rilievo come la disciplina della contabilità di Stato non possa più ritenersi applicabile "normalmente" agli appalti pubblici essendo questi ultimi compiutamente regolati dalla Legge n. 109/1994 e s.m. e dal regolamento attuativo il quale ultimo, in particolare, disciplina in maniera esaustiva le modalità di perfezionamento dell'atto negoziale<sup>52</sup>.

A questo proposito, l'Autorità ha evidenziato quanto disposto dall'art. 10, comma 1 - *quater* della Legge n. 109/1994 che rinvia ad un momento successivo all'aggiudicazione le necessarie verifiche sull'aggiudicatario ai fini della stipula del contratto. Di conseguenza, conclude l'Autorità, nell'ambito dei lavori pubblici il vincolo contrattuale viene instaurato esclusivamente con la stipula del contratto e non con la sua aggiudicazione.

51. In particolare vengono citate dall'Autorità: Cass., S.U., n. 5807/1998 e Cons. St., n. 4065/2001.

52. In particolare si veda art. 109 D.P.R. n. 554/1999.

Le conclusioni cui perviene l'Autorità non sembrano del tutto condivisibili alla luce di un'attenta disamina delle argomentazione esperite ed in particolare di quanto sostenuto dalla giurisprudenza richiamata. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza 11.6.1998, n. 5807,<sup>53</sup> non ritengono assolutamente ininfluenti l'art. 16 del R.D. n. 2440/1923 nell'ambito della disciplina dei lavori pubblici, bensì precisano che: *"nei contratti conclusi dalla pubblica amministrazione il verbale di aggiudicazione definitiva a seguito di licitazione privata, equivale ad ogni effetto di legge al contratto, salvo che dall'interpretazione del verbale non emerga l'intento della stessa pubblica amministrazione di rinviare la costituzione del vincolo al momento successivo della stipulazione dell'atto."* Ciò che emerge dalla menzionata pronuncia del Giudice di merito è, tutt'al più, la natura dispositiva dell'art. 16 del R.D. n. 2440/1923 che è destinato a produrre i suoi effetti solo e tutte le volte che l'amministrazione appaltante non abbia manifestato una diversa volontà *"come può essere talora opportuno a salvaguardia del pubblico interesse..."*<sup>54</sup>.

L'art. 16 R.D. n. 2440/1923 è dunque pienamente applicabile alle stazioni appaltanti a meno che queste ultime non prevedano espressamente un differimento del vincolo contrattuale al successivo momento di stipula del contratto. D'altra parte siffatte conclusioni sono del tutto aderenti al vigente quadro normativo, non ci si può esimere dal rilevare infatti, che il D.P.R. n.

53. A conferma di un orientamento costante della giurisprudenza ordinaria (Cass. 13.6.1990 n. 5771, 4.3.1987 n. 2255, 11.12.1985 n. 6273, 20.2.1985 n. 1507, 15.5.1984 n. 2938, 15.10.1981 n. 5404, 7.12.1977 n. 5295) ed amministrativa (Cons. di Stato, sez. IV, 2.1.1996 n. 16, e sez. V, 12.6.1987 n. 380, nonché sez. III, parere 13.11.1957 n. 1140.

54. Così Cass., S.U., n. 5807/1998.

554/1999, pur abrogando espressamente diversi provvedimenti normativi (art. 231) afferenti la materia dei lavori pubblici salva espressamente sia il R.D. n. 2440/1923 che il R.D. n. 827/1924; alla luce di siffatta esplicita disposizione, non pare esservi alcun margine per eventuali abrogazioni tacite o disapplicazioni delle fonti normative non espressamente menzionate.

Infine sembra irrilevante il rinvio, esperito dall'Autorità a sostegno delle proprie argomentazioni, all'art. 10 comma 1 - *quater* della legge n. 109/1994 che non fa assolutamente riferimento alla stipula di un contratto, bensì esclusivamente all'esigenza di verificare il possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti dichiarati in sede di qualificazione. È a tutti noto, come siffatte operazioni sono compiute dall'amministrazione in sede di aggiudicazione definitiva da parte dell'organo di controllo a ciò deputato e, dunque, prima della redazione del verbale di aggiudicazione definitiva.

Ancora, la circostanza che l'art. 109 D.P.R. n. 554/1999 detti espressamente le regole per la stipula del contratto non significa, e non potrebbe significare, la tacita abrogazione della regola di cui all'art. 16 del R.D. n. 2440/1923, che individua per il perfezionamento della fattispecie negoziale un momento prodromico rispetto a quello della predetta stipula una volta che di tale norma sia riconosciuta la natura dispositiva nei termini precedentemente esposti.

### **1.34. Determinazione n. 25 del 2 ottobre 2002**

*Bandi per l'affidamento di incarichi di progettazione che fissano termini incongrui per la prestazione.*

1. L'urgenza dell'accesso ai finanziamenti pubblici per la realizzazione di lavori pubblici deve essere congruamente motivata e,

in ogni caso, deve essere eccezionale e tale da non sacrificare la libera concorrenza fra i professionisti, nonché la qualità della prestazione progettuale.

Il problema esaminato dall'Autorità nella presente determinazione attiene sostanzialmente alla legittimità della prassi invalsa presso alcune amministrazioni di concedere al professionista un termine breve e sostanzialmente incongruo per la predisposizione degli elaborati progettuali (in particolare afferenti al livello definitivo ed esecutivo della progettazione) giustificando siffatto *modus operandi* con l'urgenza di ottenere il finanziamento pubblico per la realizzazione dei lavori progettati.

Specifica l'Autorità che, in verità, la concessione di termini particolarmente brevi per la realizzazione di un'attività di progettazione comporta un duplice effetto negativo: da un lato limita la partecipazione dei professionisti e, pertanto, restringe la libertà di concorrenza; dall'altro comporta il rischio della redazione di progetti di qualità carente in quanto tendenzialmente privi delle adeguate indagini e rilievi preventivi. Ferma restando la considerazione che in determinati casi l'azione della pubblica amministrazione non può che essere necessariamente urgente, occorre comunque temperare tale urgenza con gli altri interessi, di rilevanza ugualmente pubblica. Da qui, allora, una serie di regole concrete, dettate dall'Autorità:

1. l'urgenza rappresentata dalle stazioni appaltanti in ordine a bandi per l'affidamento di incarichi di progettazione deve essere adeguatamente e congruamente motivata; essa non è idonea *sic et simpliciter* a giustificare la violazione del principio della massima concorrenza;
2. l'urgenza deve comunque palesare una situazione eccezionale e non una regola;
3. è dovere della pubblica amministrazione comunque verificare la qualità dell'opera progettata.



## 1.35.Determinazione n. 26 del 9 ottobre 2002

*Norme acceleratorie del contenzioso - Accordo bonario sottoscritto ai sensi dell'art. 31 bis della legge n. 109/1994 - Ipotesi di una risoluzione "parziale" del contenzioso correlato all'iscrizione di riserve sui documenti contabili.*

1. Il ricorso ad un accordo bonario circoscritto esclusivamente alla risoluzione di alcune delle riserve iscritte non assicura i risultati voluti dal legislatore ed è comunque precluso, stante la disposizione nell'art. 149, comma 4, del D.P.R. n. 554/1999.
2. È legittimo il ricorso, nell'ambito del medesimo appalto, alla procedura di accordo bonario per più volte, purché il contenzioso concerna riserve diverse.
3. Il reiterato ricorso alla procedura dell'accordo bonario non potrebbe che dar luogo ad una negativa valutazione in ordine alla conduzione dell'appalto da parte dei soggetti investiti della sua gestione e della connessa responsabilità contabile, con i conseguenti addebiti nel caso in cui dal loro operato sia desumibile un danno erariale.

L'Autorità interviene ad esaminare la procedura dell'accordo bonario sì come disciplinato dall'art. 31 - bis della Legge n. 109/1994 prima delle rilevanti modifiche introdotte dalla Legge n. 166/2002; nonostante ciò, si ritiene comunque che i principi affermati siano validi anche per la procedura modificata<sup>55</sup>.

55. In particolare la riforma non demanda più al responsabile del procedimento la determinazione dei contenuti della proposta di accordo bonario, bensì gli assegna il compito di nominare un apposita commissione incaricata di tale funzione-. In particolare dispone il novellato art. 31 - bis, comma 1, della Legge n. 109/1994: "*Per i lavori pubblici affidati dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettere a) e b), in materia di appalti e di concessioni, qualora, a seguito dell'iscrizione di riserve sui documenti contabili, l'importo economico dell'opera possa variare in misura sostanziale e in ogni caso non inferiore al 10 per*

In particolare l'Autorità afferma che, una volta esperita la procedura dell'accordo bonario qualora ne ricorrano i presupposti, essa viene comunque a coprire tutto il contenzioso - ovviamente con riferimento alle riserve iscritte - fino a quel momento insorto tacitando le pretese dell'appaltatore. In tal senso depono l'art. 149, comma 4, del D.P.R. n. 554/1999 che testualmente prevede che: *"Qualora l'appaltatore aderisca alla soluzione bonaria prospettata dalla stazione appaltante nella comunicazione, il responsabile del procedimento convoca le parti per la sottoscrizione del verbale di accordo bonario. La sottoscrizione determina la definizione di ogni contestazione sino a quel momento insorta."* Tutto ciò non esclude che, qualora insorgano nuove contestazioni e le riserve iscritte corrispondano alla soglia di "sbarramento" fissata dalla legge<sup>56</sup> sarà possibile procedere all'indizione di una nuova procedura di accordo bonario in tal senso deponendo, fra l'altro, espressamente l'art. 149, 7° comma, del D.P.R. n. 554/99 che prevede: *"La procedura di accordo bonario ha luogo tutte le volte che le riserve iscritte dall'appaltatore, ulteriori e diverse rispetto a quelle già precedentemente esaminate, raggiungono nuovamente l'importo fissato dalla Legge."*

*cento dell'importo contrattuale, il responsabile del procedimento promuove la costituzione di apposita commissione perché formuli, acquisita la relazione del direttore dei lavori e, ove costituito, dell'organo di collaudo, entro novanta giorni dalla apposizione dell'ultima delle predette riserve, proposta motivata di accordo bonario. In merito alla proposta si pronunciano, (segue nota 55.) nei successivi trenta giorni, l'appaltatore ed il soggetto committente. Decorso tale termine è in facoltà dell'appaltatore avvalersi del disposto dell'articolo 32. La procedura per la definizione dell'accordo bonario può essere reiterata per una sola volta. La costituzione della commissione è altresì promossa dal responsabile del procedimento, indipendentemente dall'importo economico delle riserve ancora da definirsi, al ricevimento da parte dello stesso del certificato di collaudo o di regolare esecuzione di cui all'articolo 28. Nell'occasione la proposta motivata della commissione è formulata entro novanta giorni dal predetto ricevimento"*.

56. Pari al 10% dell'importo contrattuale. In questi termini l'art. 31-bis della

Per quanto concerne, infine, il problema della responsabilità amministrativa del pubblico dipendente incaricato della procedura di appalto, andrebbe a nostro avviso precisato che non è sufficiente la reiterazione delle riserve (evento che comunque è indicatore oggettivo della cattiva gestione dell'appalto) perché essa possa essere legittimamente addebitata. L'addebito di tale responsabilità richiede infatti un accertamento, condotto in relazione ad ogni singolo caso specifico, della sussistenza, in particolare, dell'elemento soggettivo del dolo e della colpa grave, nonché di quella di un nesso di causalità fra il danno pubblica amministrazione la condotta del dipendente.

### **1.36. Determinazione n. 27 del 16 ottobre 2002**

*Prime indicazioni sull'applicazione della Legge 1 agosto 2002, n. 166.*

Con la presente determinazione l'Autorità interviene ad esaminare alcune questioni interpretative afferenti la Legge 1.8.2002, n. 166<sup>57</sup> recante modifiche alla Legge n. 109/1994.

In primo luogo, premessa l'assenza di norme di carattere transitorio<sup>58</sup>, l'Autorità afferma che i problemi di applicazione della legge 166/2002 vanno risolti sulla base del criterio che le nuove norme si applicheranno esclusivamente alle gare bandite successivamente alla data di entrata in vigore della legge. Si tratta, in buona sostanza, di un criterio generalmente recepito dalla giurisprudenza amministrativa che non ha

57. Pubblicata sul s.o. della G.U. n. 18 del 3.8.2002 ed entrata in vigore il 18.8.2002.

58. Circostanza questa non del tutto vera in quanto una norma transitoria è presente nell'art. 2, 3° comma, della Legge n. 109/1994, relativamente alla quota di lavori subappaltati da parte del concessionario.

mancato di rilevare come *“la sostanziale unitarietà del procedimento di selezione del contraente privato...impone di applicare la normativa vigente al momento della pubblicazione del bando di gara.”*<sup>59</sup> e che le regole del bando non possono essere disapplicate nemmeno qualora non risultino più conformi allo *ius superveniens*, salvo l’esercizio del potere di autotutela<sup>60</sup>.

Tale impostazione troverebbe, poi, ulteriore conferma secondo l’Autorità nell’art. 232, 3° comma, del D.P.R. n. 554/1999 il quale dispone che: *“Le norme del regolamento che attengono alle modalità di svolgimento delle procedure di gara per l’aggiudicazione di lavori e servizi si applicano ai bandi pubblicati successivamente alla loro entrata in vigore.”*.

- A) *Ambito oggettivo*. Con riferimento a tale profilo l’Autorità non riscontra particolari differenziazioni rispetto a quanto già previsto dalla Legge n. 109/1994 se non la previsione di cui al comma 11 - *septies* dell’art. 8 della Legge - introdotto dall’art. 7, 1° comma, lett. d) n. 5 della Legge n. 166/2002 - che testualmente prevede: *“Nel caso di forniture e servizi, i lavori, ancorché accessori e di rilievo economico inferiore al 50%, devono essere eseguiti esclusivamente da soggetti qualificati ai sensi del presente articolo.”*. Ovvvia la conseguenza: lì dove debbano essere aggiudicati contratti misti, l’amministrazione dovrà limitare la partecipazione esclusivamente a quelle imprese munite delle attestazioni SOA per l’esecuzione dei lavori ovvero a quei raggruppamenti nei quali siano presenti imprese munite del predetto attestato.
- B) *Ambito soggettivo*. Per quanto concerne i soggetti operanti nei settori speciali (ex esclusi) l’art. 2, comma 4, dispone che: *“I soggetti*

59. *Ex multis*: Cons. St., V Sez., 22.9.2001, n. 4989; *id.*, 29.12.1998, n. 1605; 11.5.1998, n. 226.

60. Cons. St., V Sez., 22.9.2001, n. 4989.

*di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, applicano le disposizioni della presente legge per i lavori di cui all'articolo 8, comma 6, del medesimo decreto legislativo e comunque per i lavori riguardanti i rilevati aeroportuali e ferroviari. Agli stessi soggetti non si applicano le disposizioni del regolamento di cui all'articolo 3, comma 2, relative all'esecuzione dei lavori, alla contabilità dei lavori e al collaudo dei lavori. Resta ferma l'applicazione delle disposizioni legislative e regolamentari relative ai collaudi di natura tecnica. Gli appalti di forniture e servizi restano comunque regolati dal solo decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158."* Non è, invece, prevista l'applicazione della Legge quadro in riferimento ai lavori specialistici la cui realizzazione deve, pertanto, ritenersi assoggettata alle norme di cui al D.Lgs. n. 158/1995 qualora, chiaramente, rientranti nella fascia d'importo comunitario.

- C) *Il sistema di qualificazione.* Relativamente al sistema di qualificazione, disciplinato dall'art. 8 della Legge n. 109/1994, l'Autorità interviene ad esaminare alcune questioni problematiche sorte in seguito all'entrata in vigore della Legge n. 166/2002.

Prima questione è quella relativa alla durata delle attestazioni SOA rilasciate prima e dopo il 18.8.2002 ed in particolare se possa ritenersi immediatamente operativa la disposizione normativa di cui all'art. 8, 4° comma, lett. g) della Legge n. 109/1994, modificata dall'art. 7, comma 1, lett. d), n. 3) della Legge n. 166/2002 che prevede, fra l'altro, che: *"...la durata dell'efficacia della qualificazione è di cinque anni, con verifica entro il terzo anno del mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché dei requisiti di capacità strutturale da indicare nel regolamento"*.

Sul punto l'Autorità ritiene che la predetta disposizione non possa ritenersi immediatamente operativa in quanto subordinata alla previa definizione di cosa debba intendersi per *"requisiti di capacità strutturale"*

demandata ad un emanando regolamento destinato a modificare il D.P.R. n. 34/2000; sicché le autorizzazioni rilasciate prima del 18.8.2002 così come quelle rilasciate dopo la predetta data, ma prima dell'emanazione del menzionata regolamento di modifica del D.P.R. n. 34/2000, conserveranno quindi secondo l'Autorità la loro efficacia temporale originaria (5 anni) e non saranno soggette alla verifica triennale.

L'Autorità ritiene preclusa, invece la possibilità da parte delle società preposte alla certificazione di qualità di rilasciare anche attestati di qualificazione alle imprese ai sensi dell'art. 8 della Legge n. 109/1994 in quanto il riformulato testo dell'art. 8, comma 4, lett. b) di tale ultima legge, modificato dall'art. 7, comma 1, lett. d) n. 2) della Legge n. 166/2002, non menziona espressamente - diversamente dalla precedente versione della norma - tale possibilità e perdurando la previsione di cui all'art. 7, comma 3, del D.P.R. n. 34/2000 secondo cui lo Statuto SOA deve prevedere come oggetto esclusivo l'attività di attestazione.

Altra questione, comunque connessa alla riformulazione dell'art. 8 della Legge n. 109/1994 attiene la riformulazione dell'art. 8, 4° comma, lett. g) della Legge n. 109/1994 ed in particolare riguarda l'applicazione della norma relativamente alle attestazione afferenti la categoria OS2<sup>61</sup>.

Difatti tale disposizione normativa limita al periodo di tre anni la durata delle attestazioni afferenti al predetta categoria specializzata di lavori precisando, però, che esse consentono la partecipazione alle gare solamente qualora attestino anche il possesso dei requisiti di cui all'art. 8, comma 11 - *sexies* della Legge n. 109/1994 che testualmente prevede che: *“Per le attività di restauro e manutenzione dei beni mobili e delle superfici deco-*

61. Lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici .decorate di beni architettonici sottoposte alle disposizioni di tutela di cui al T.U. n. 490/1999.

*rate di beni architettonici, il Ministro per i beni culturali e ambientali, sentito il Ministro dei lavori pubblici, provvede a stabilire i requisiti di qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori. E' facoltà dei soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, individuare, quale ulteriore requisito dei soggetti esecutori dei lavori di cui al presente comma, l'avvenuta esecuzione di lavori nello specifico settore cui si riferisce l'intervento. Ai fini della comprova del requisito relativo all'esecuzione di lavori nello specifico settore cui si riferisce l'intervento, potranno essere utilizzati unicamente i lavori direttamente ed effettivamente realizzati dal soggetto esecutore, anche per effetto di cottimi e subaffidamenti."*

Il regolamento al quale fa cenno la prima parte della norma menzionata, è stato approvato con D.M. 3.8.2000, n. 294 e successivamente modificato dal D.M. 24.10.2001, n. 420; ove vigente al momento della pubblicazione del bando, i requisiti prescritti da tale regolamento dovranno essere oggetto dell'attestazione rilasciata all'impresa in funzione di qualificazione. Questo comporterebbe anche l'esigenza, secondo l'Autorità, di prevedere nel bando di gara che, qualora l'attestazione sia stata rilasciata anteriormente alla data di entrata in vigore del predetto regolamento vigente al momento della pubblicazione del bando di gara, comunque il possesso dei requisiti da quest'ultimo previsti dovrà essere comunque provato in sede di gara.

D) *Consorzi stabili*. Altri aspetti problematici riguardano le modifiche apportate all'art. 12 della Legge n. 109/1994 recante la disciplina dei Consorzi stabili, in particolare sotto il profilo del rapporto dei suoi commi 8 - bis ed 8 - ter con il regolamento sulla qualificazione.

L'Autorità rileva, innanzitutto, l'immediata applicabilità delle norme recate dal comma 8 - ter dell'art. 12 della Legge n. 109/1994, introdotto dall'art. 7, comma 1, lett. e) n. 2) della legge n. 166/2002, che testualmente dispone che: *"Il Consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualifica-*

*zioni possedute dalle singole imprese Consorziato. 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 Consorziato. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese Consorziato già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese Consorziato ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese Consorziato ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 8, comma 4, lettera e), è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese Consorziato. Qualora la somma delle classifiche delle imprese Consorziato non coincida con una delle classifiche di cui all'articolo 3 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese Consorziato, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche.".*

Tale previsione normativa comporterebbe fra l'altro, l'abrogazione delle altre norme afferenti la qualificazione dei Consorzi stabili con particolare riferimento a quelle delineate dall'art. 20 del D.P.R. n. 34/2000 e dal D.P.R. n. 554/99, sicché a far data dal 18.8.2002 i Consorzi dovranno essere qualificati sulla scorta dei requisiti e con i criteri stabiliti dalla Legge n. 166/2002.

A sua volta l'art. 12, comma 8 - bis della Legge n. 109/1994 prevede che: "Ai fini della partecipazione del Consorzio stabile alle gare per l'affidamento di lavori, la somma delle cifre d'affari in lavori realizzate da ciascuna impresa



*Consoziata, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, è incrementata di una percentuale della somma stessa. Tale percentuale è pari al 20 per cento nel primo anno; al 15 per cento nel secondo anno; al 10 per cento nel terzo anno fino al compimento del quinquennio”.*

L’Autorità ritiene tale norma applicabile ai soli appalti d’importo superiore a euro 20.658.276 (pari a 40 miliardi di “vecchie” lire) per i quali solamente è richiesto ai fini della qualificazione delle imprese concorrenti, oltre all’attestato SOA, anche la dimostrazione della realizzazione, nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando di gara, di una cifra di affari pari ad almeno tre volte l’importo posto a base di gara<sup>62</sup>.

La detta cifra di affari dovrà scaturire esclusivamente dalla somma delle cifre di affari di tutti i Consoziati senza considerare la cifra di affari del Consozio medesimo e la stessa sarà incrementata secondo gli scaglioni percentuali individuati dal menzionato art. 12, comma 8 - *bis* della Legge n. 109/1994. Tale limitazione dell’ambito oggettivo di operatività di tale ultima norma ai soli appalti d’importo pari o superiore a 20.658.276 euro, limitazione sancita dall’Autorità, lascia perplessi per una pluralità di ragioni. Innanzitutto, sotto il profilo propriamente letterale, essa non trova rispondenza nella formulazione della disposizione normativa di cui al più volte citato comma 8 - *bis* nel quale manca qualsivoglia riferimento a soglie di valore in funzione della delimitazione dell’ambito oggettivo di operatività della norma. L’interpretazione dell’Autorità deve essere censurata anche sotto il profilo logico sistematico in quanto mal si raccorda con il quadro normativo di riferimento; difatti la norma trova applicazione anche ai Consozi stabili di progettazione, in forza del richiamo operato dall’art.

62. Art. 3, 6° comma, D.P.R. n. 34/2000.

17, 1° comma, lett. g - bis), ed in verità, proprio con riferimento all'attività di progettazione, la norma sarebbe pressoché inutilizzabile se limitata a soglie di valore così elevate.

La *voluntas legis* relativamente alla disciplina dei Consorzi sembra essere quella di mettere le imprese italiane nella condizione di fare un salto dimensionale attraverso le aggregazioni; aggregazioni che dovrebbero comportare un innalzamento della qualità delle prestazioni, ed un miglioramento dell'organizzazione della capacità competitiva delle imprese. La possibilità di prevedere un incremento del fatturato medio dell'impresa Consorziata, pur in possesso dell'attestato, ai fini della qualificazione è dunque indiscutibilmente norma di carattere premiale; è quindi più logico sostenere che essa debba trovare applicazione quale che sia il valore dell'appalto oggetto di gara, senza alcun aggravio procedimentale per il concorrente.

E) *Divieto di subappalto*. La novella di cui alla Legge n. 166/2002 interviene a dirimere, pur con le perplessità palesate dall'Autorità, una diatriba insorta fra quest'ultima ed il T.a.r. Lazio circa la portata applicativa dell'art. 13, 7° comma, della Legge n. 109/1994 nella parte in cui vietava il subcontratto nel caso in cui nell'oggetto dell'appalto e della concessione rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e qualora *ciascuna* di tali opere superi altresì il valore del 15% dell'importo totale dei lavori.

L'Autorità ha interpretato l'inciso "*ciascuna*" nel senso che il divieto di subappalto operasse solamente qualora tutte le lavorazioni, previste dal bando di gara in aggiunta alla categoria prevalente, appartenenti alle categorie di cui all'art. 72, comma 4 del D.P.R. n. 554/

99 ovvero alle categorie generali, fossero tutte superiori al 15% del valore dell'appalto<sup>63</sup>.

Il Tar Lazio, invece, diversamente opinando, con la sentenza 1.8.2001, n. 6895, riconosceva il divieto di subappalto solamente nel caso in cui le lavorazioni appartenenti alle categorie di cui all'art. 72, comma 4, del D.P.R. n. 554/99, singolarmente considerate, superassero la soglia del predetto 15% e questo anche nel caso in cui le altre lavorazioni non superassero tale soglia.

Infine il Tar Emilia Romagna, con la sentenza 21.8.2002, n. 1097, anche sulla scorta di un rinvio alla giurisprudenza comunitaria<sup>64</sup>, avallava invece l'impostazione dell'Autorità richiedendo per l'operatività del subappalto che *tutte* le lavorazioni diverse dalla prevalente, appartenenti alle categorie di cui all'art. 72, comma 4, del D.P.R. n. 554/99 ovvero alle categorie generali dovessero tutte superare la soglia del 15% dell'importo dei lavori.

Ebbene l'art. 7, 1° comma, lett. f) n. 1) della Legge n. 166/2002 ha modificato il 7° comma dell'art. 13 della Legge n. 109/1994 sostituendovi l'inciso "ciascuna" con l'inciso "una o più" sicché, in seguito alla predetta modifica la norma attualmente dispone che: *"Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi altresì in valore il 15% dell'importo totale dei lavori, esse non possono essere affidate in subappalto e sono eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari. In tali casi, i soggetti che non siano in grado di realizzare le predette componenti sono tenuti a costituire, ai sensi del presente*

63 . In questi termini Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici, determinazione n. 15, del 18.7.2001 e n. 25, del 20.12.2001. Nei medesimi termini il Ministero dei lavori pubblici, circolare n. 182/400/93, dell'1.3.2000.

64. Corte di Giustizia Ce, sent. 2.12.1999, *Holst Italia*.

*articolo, associazioni temporanee di tipo verticale, disciplinate dal regolamento che definisce altresì l'elenco delle opere di cui al presente comma. Per le medesime speciali categorie di lavori, che siano indicate nel bando di gara, il subappalto, ove consentito, non può essere artificiosamente suddiviso in più contratti.”.*

Il legislatore, dunque, ha accolto l'impostazione restrittiva del TAR Lazio ritenendo sufficiente per l'operatività del divieto di subappalto anche che una sola lavorazione sia superiore al 15% del valore dell'appalto; nonostante l'Autorità rileva però ancora dubbi circa l'applicazione della norma in esame palesandone tre diverse possibili soluzioni interpretative:

- a) il divieto di subappalto sussiste qualora la somma delle lavorazioni appartenenti alla categorie di cui all'art. 72, 4° comma, D.P.R. n. 554/99 ovvero alle categorie generali, superi il 15% dell'importo complessivo dell'appalto;
- b) il divieto di subappalto trova applicazione per tutte le suddette lavorazioni indipendentemente dai loro singoli importi, qualora almeno una di esse superi il 15% dell'importo complessivo dell'appalto;
- c) il divieto di subappalto trova applicazione solamente per quelle lavorazioni l'importo delle quali, singolarmente considerato, superi il 15% dell'importo complessivo dell'appalto.

Delle prospettate ipotesi l'Autorità aderisce a quella sub lett. c) (divieto di subappalto per la sola singola lavorazione che superi l'importo del 15%) in quanto maggiormente coerente con la lettera dell'art. 18, 3° comma, della Legge n. 55/1990 - che prevede la subappaltabilità di tutte le lavorazioni previste dal bando di gara diverse da quella prevalente - nonché con i principi comunitari che consentono alle imprese di avvalersi, ai fini della qualificazione, di mezzi posseduti da altre imprese purché effettivamente disponibili.

Siffatta interpretazione, inoltre, troverebbe conforto, secondo l'Autorità, anche nel dettato dell'ultimo periodo della norma di cui all'art. 13,

7° comma, sì come aggiunto dalla legge n. 166/2002, nella parte in cui prevede che: *“per le medesime speciali categorie di lavori, che siano indicate nel bando di gara, il subappalto, ove consentito, non può essere artificiosamente suddiviso in più contratti”*.

Viene poi confermata la circostanza secondo la quale il divieto di subappalto in esame si estende non solamente alle lavorazioni, non riconducibili alla categoria prevalente ed annoverabili nell'ambito delle categorie di cui all'art. 72, comma 4, del D.P.R. n. 554/99<sup>65</sup>, bensì anche alle categorie generali - ovviamente anche queste diverse dalla categoria prevalente - non riconducibili a tale ultima disposizione normativa in quanto anche esse possono presentare una complessità tecnica non inferiore a quelli di molte altre lavorazioni di cui alla suddetta elencazione.

Fra le categorie cui si applica il divieto di subappalto è inoltre sicuramente annoverabile la categoria generale OG11 che non è altro che la somma delle lavorazioni indicate come specializzate nelle lett. b), d), e) dell'art. 72, 4° comma, del predetto D.P.R. n. 554/99 e, cioè, delle categorie specializzate OS3, OS5, OS28 ed OS30; è pertanto evidente, sottolinea l'Autorità, che le imprese qualificate nella categoria OG11 possano partecipare

65. Dispone l'art. 72, 4° comma, del D.P.R. 21.12.1999, n. 554 che: *“Si considerano strutture, impianti e opere speciali, le seguenti opere specializzate se di importo superiore a quelli indicati all'articolo 73, comma 3:*

- a) il restauro, la manutenzione di superfici decorate di beni architettonici, il restauro di beni mobili, di interesse storico, artistico ed archeologico;
- b) l'installazione, la gestione e la manutenzione ordinaria di impianti idrosanitari, del gas, antincendio, di termoregolazione, di cucina e di lavanderia;
- c) l'installazione, la gestione e la manutenzione di impianti trasportatori, ascensori, scale mobili, di sollevamento e di trasporto;
- d) l'installazione, gestione e manutenzione di impianti pneumatici, di impianti antintrusione;
- e) l'installazione, la gestione e la manutenzione di impianti elettrici, tele-

alle gare di appalto aventi ad oggetto lavorazioni riconducibili ad una o più delle categorie da ultimo indicate.

F) *Art. 17 della Legge n. 109/1994.* Anche l'art. 17 della Legge n. 109/1994 è stato oggetto di modifiche ad opera della Legge n. 166/2002; problematica, in riferimento all'operatività della norma novellata, è l'individuazione della soglia di valore entro la quale sia consentito l'intervento delle società di ingegneria nell'aggiudicazione di appalti di servizi di progettazione, nonché la determinazione dei compensi professionali del progettista "esterno" in seguito all'introduzione del nuovo comma 12 - *ter* dell'art. 17.

Con riferimento alla prima questione l'Autorità non può far altro che ribadire un orientamento già invalso e consolidato nel precedente sistema; le società di ingegneria sono libere di partecipare all'affidamento dei servizi di progettazione senza che alcuno sbarramento possa essere posto alla loro partecipazione. Si fa ovviamente riferimento alla limitazione presente nell'art. 17, 4° comma, Legge n. 109/1994, (oggi espunta

Segue nota 65.

- fonici, radiotelefonici, televisivi e simili;
- f) i rilevamenti topografici speciali e le esplorazioni del sottosuolo con mezzi speciali;
- g) le fondazioni speciali, i consolidamenti di terreni, i pozzi;
- h) la bonifica ambientale di materiali tossici e nocivi;
- i) i dispositivi strutturali, i giunti di dilatazione, e gli apparecchi di appoggio, i ritegni antisismici;
- l) la fornitura e posa in opera di strutture e di elementi prefabbricati prodotti industrialmente;
- m) l'armamento ferroviario;
- n) gli impianti per la trazione elettrica;
- o) gli impianti di trattamento rifiuti;
- p) gli impianti di potabilizzazione".

dalla Legge n. 166/2002), alla partecipazione delle società di ingegneria all'affidamento dei soli appalti d'importo pari o superiore ai 200.000 ECU; limitazione che era stata già superata dalla giurisprudenza amministrativa<sup>66</sup>.

Per quanto concerne, poi, le altre regole afferenti le gare di progettazione, va rilevato come la novella legislativa abbia modificato le soglie di valore per l'affidamento fiduciario degli incarichi; in particolare l'art. 17, 12° comma, della Legge n. 109/1994 dispone che: *“Per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro 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”*.

È, altresì, prevista una soglia di valore intermedia - pari o superiore a 100.000 euro ed inferiore alla soglia di applicazione della disciplina comunitaria - per la quale la legge rinvia al regolamento generale per la disciplina delle modalità di aggiudicazione che le stazioni appaltanti devono rispettare, in alternativa alla procedura di pubblico incanto, in modo

66. Rientamento introdotto dal TAR Molise, con la sentenza 10.8.1999, n. 432 nella testualmente è deciso che: *“L'art. 17 comma 4, l. 12 febbraio 1994 n. 104, nel prevedere la soglia del compenso professionale, pari a lire 200.000 Ecu, per l'ammissione di società d'ingegneria a gare di progettazione, appare incongrua per le medesime società, incidendo negativamente sulla libera concorrenza e sulla possibilità di esercizio della libera professione; conseguentemente, ponendosi essa in contrasto col disposto degli art. 58, 59 e 60 trattato Cee, nonché degli art. 49 e 12 del trattato di Amsterdam, deve essere disapplicata; infatti, sussistendo evidente conflitto fra i principi fissati dalle norme testè richiamate e la disposizione della legge nazionale, discriminatoria, deve essere data prevalenza alla legge comunitaria.”*.

che sia assicurata adeguata pubblicità agli stessi e siano contemperati i principi generali della trasparenza e del buon andamento con l'esigenza di garantire la proporzionalità tra le modalità procedurali ed il corrispettivo dell'incarico. Qualora l'appalto abbia ad oggetto un servizio d'importo comunitario troveranno applicazione, infine, le norme recate dal D.Lgs. n. 157/1995 e successive modifiche intervenute. Con riferimento all'affidamento fiduciario degli incarichi di progettazione l'Autorità pleonasticamente ribadisce la necessità di rispettare i principi, sì come elaborati nel previgente sistema, posti a presidio della libera concorrenza, ma non si preoccupa di esaminare le problematiche, connesse alla modifica delle soglie di valore, afferenti l'individuazione del sistema di aggiudicazione per i servizi di "valore intermedio". L'art. 17, 11° comma, Legge n. 109/1994 rinvia, difatti, al regolamento generale che necessariamente andrà modificato in quanto esso attualmente esso disciplina le procedure di aggiudicazione per soglie diverse rispetto a quelle delineate dalla riforma legislativa; viene da domandarsi infatti cosa potrebbe avvenire *medio tempore*, in attesa cioè delle prospettate modifiche regolamentari, per l'aggiudicazione degli incarichi d'importo compreso fra 100.000 euro e 200.000 euro.

Secondo una prima prospettazione potrebbero ritenersi applicabili, per analogia, per l'affidamento dei predetti incarichi le norme di cui al Capo IV del D.P.R. n. 554/99 (artt. 62 - 64) disciplinanti le procedure di aggiudicazione degli incarichi d'importo compreso fra 40.000 e 200.000 euro, ossia gli appalti di "valore intermedio" nel previgente sistema. Tale ipotesi che permetterebbe di superare il rischio di un vuoto normativo nella materia e, pertanto, la paralisi operativa delle amministrazioni troverebbe un ostacolo nella dizione letterale del novellato art. 17, comma 11 della Legge, ove il richiamo alla disciplina regolamentare venisse intesa come abrogazione del regime previgente e, pertanto, necessità di una nuova disciplina; a nostro avviso,



però, alla norma in esame potrebbe essere dato un significato diverso, nel senso di richiamo alla disciplina regolamentare vigente che, pertanto, seppur prevista per soglie di valore diverse, permarrebbe comunque come disciplina per l'aggiudicazione degli appalti di servizi di valore intermedio. D'altra parte, a supporto di tale applicabilità, va rilevato che la legge impone una procedura alternativa alla procedura del pubblico incanto (ossia asta pubblica) e che l'art. 62 del D.P.R. n. 554/99 individua espressamente quale procedura di aggiudicazione la licitazione privata.

Particolarmente complessa è, invece, la questione afferente la determinazione delle tariffe professionali, difatti sul Decreto Ministeriale 4 aprile 2001 - recante *“Corrispettivi delle attività di progettazione e delle altre attività, ai sensi dell'art. 17, comma 14 - bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modifiche”*<sup>67</sup> - che ha aggiornato i corrispettivi delle attività di progettazione e delle altre attività attinenti i lavori pubblici si è consumato recentemente un alternarsi di sentenze giudiziarie e di provvedimenti legislativi che ne hanno di volta in volta messo in discussione e confermato l'applicabilità. L'articolo 7, 1° comma, lett. i), punto 6) della legge numero 166, del 3 agosto 2002, ha infatti introdotto all'articolo 17 della legge numero 109/1994, il comma 12-ter, che testualmente dispone: *“Il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, determina, con proprio decreto, le tabelle dei corrispettivi delle attività che possono essere espletate dai soggetti di cui al comma 1 del presente articolo, tenendo conto delle tariffe previste per le categorie professionali interessate. I corrispettivi sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario è nullo. Fino all'emanazione del decreto conti-*

67. Pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* numero 96, del 26 aprile 2001.

*nua ad applicarsi quanto previsto nel decreto del Ministro della giustizia del 4 aprile 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 96 del 26 aprile 2001”.*

Questa norma giunge a conclusione di un contenzioso sfociato fra il Ministero della Giustizia, da un lato, e l’Anci, l’Upi ed i Consigli nazionali di alcune categorie professionali dall’altro, circa la legittimità del Decreto ministeriale 4 aprile 2001. Il T.A.R. Lazio, Sez. I, con Sentenza dell’8 agosto 2002, numero 7067 (che segue ad una precedente sentenza - n. 6552/2002 -, sempre del predetto T.A.R.) aveva accolto i ricorsi presentati contro la legittimità del Decreto del 4 aprile 2001, annullandolo di conseguenza. Le motivazioni addotte dal Tribunale a sostegno della decisione di annullamento riguardavano la violazione dei principi di partecipazione al procedimento: il Decreto ministeriale del 4 aprile 2001 detta, infatti, una disciplina dei compensi applicabile a tutte le categorie professionali abilitate alle attività e, pertanto anche di professionisti diversi dagli ingegneri e dagli architetti, quali geologi, periti industriali, agronomi e forestali. Tutti i soggetti istituzionalmente rappresentativi delle diverse categorie professionali avrebbero dovuto partecipare al relativo procedimento di approvazione del Decreto, mentre ciò è avvenuto esclusivamente per le organizzazioni esponenziali degli ingegneri e degli architetti. Questa omissione, riconosce il T.A.R. nella sua sentenza, comporta la sussistenza di un *vulnus* dei canoni di partecipazione al procedimento, rendendo di fatto illegittimo il provvedimento. Illegittimità che non riguarda, dunque, i contenuti sostanziali del Decreto, né la validità o meno degli aumenti tariffari, bensì un vizio di ordine meramente procedurale. Nella stessa motivazione della sentenza, il Giudice amministrativo poneva in evidenza come resti comunque salvo “...il potere discrezionale dell’Amministrazione di introdurre una regolamentazione di natura transitoria della materia anche, se del caso, differenziata per categorie professionali, a questi limitati fini avvalendosi eventualmente anche dei contenuti del decreto in epigrafe”.

Proprio questo potere discrezionale ha voluto applicare il legislatore con la legge n. 166/2002 la quale, nell'introdurre il comma 12 - *ter* all'articolo 17 della legge n. 109/1994, detta una disciplina transitoria della materia in attesa dell'emanazione del decreto definitivo. A fronte di una espressa previsione normativa di rango legislativo (quale è quella della legge n.166/2002) le sentenze del TAR Lazio perdono senza ombra di dubbio ogni loro valore. Tale impostazione è stata di recente avallata, su sollecitazione del Consiglio Nazionale degli Ingegneri, anche dal Ministero della Giustizia che (con Nota prot. n. ep. 54/1-2 (5982/E) U.L.) ha precisato che *"La norma di legge (quella della legge n.166/2002 ndr) ha operato un rinvio al contenuto del D.M. 4.4.2001, facendo proprio così sostituendo la fonte legislativa primaria a quella regolamentare secondaria. Si tratta, dunque, di un rinvio di carattere materiale contenutistico rispetto al quale non appare rilevante l'avvenuta caducazione della fonte originaria operata dal Giudice amministrativo."*

Di diverso avviso è, invece, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici che sulla questione ha così argomentato: *"Al riguardo potrebbe sostenersi sia che il richiamo al decreto indicato contenuto nell'ultimo periodo del comma 12-ter, aggiunto dall'articolo 17 della legge quadro abbia comportato una sorta di legificazione dello stesso su cui non può avere inciso la sentenza di annullamento del Tar, con la conseguenza della sua perdurante applicazione fino all'emanazione del nuovo previsto decreto interministeriale, sia l'inconfigurabilità di una legificazione, per rinvio, di un provvedimento amministrativo annullato, per giunta antecedentemente all'entrata in vigore della legge che allo stesso rinvia."*

Di queste due opzioni, la prima è conforme all'impostazione recepita dal Centro Studi, anche se discutibile è l'uso del termine "legificazione" fatto dall'Autorità. La norma di cui all'art. 17 comma 12 - *ter* ha infatti inteso disciplinare in via transitoria il problema della determinazione delle tariffe per le attività professionali afferenti la progettazione e l'esecuzione

ne dei lavori pubblici e, a tal fine, ha richiamato, conferendogli valore normo-legislativo, il contenuto di cui al D.M., ma non lo ha elevato al rango di atto legislativo. La norma di cui al citato comma 12-ter prevede espressamente l'applicazione, per il periodo transitorio che si concluderà con l'emanazione del regolamento ministeriale, non del D.M. 4.4.2001, bensì "di quanto previsto" nel medesimo, conferendo valore legislativo al contenuto del D.M. e non all'atto formale.

La seconda opzione – sposata dall'Autorità – è quella della negazione della sussistenza di una legificazione del regolamento ministeriale in quanto, la legge n. 166/2002, pur avendo inserito il suddetto comma 12-ter all'art. 17 della legge 109/94, non ha soppresso il comma 14-ter dello stesso articolo il quale stabilisce che, fino all'emanazione del decreto previsto dal comma 12-bis (che è poi quello annullato dal T.A.R.) continuano ad applicarsi le tariffe professionali in vigore e cioè quelle della Legge 2.3.1949, n. 143. Risulta opportuno, conclude pertanto l'Autorità, al fine di evitare contestazioni in sede di liquidazione dei corrispettivi, che di detta interpretazione ne sia fatta esplicita indicazione nei bandi di gara e nei contratti dei professionisti.

L'interpretazione espressa dall'Autorità nella sua determinazione (che, ricordiamo, non ha comunque valore vincolante né può essere considerata quale "interpretazione autentica" delle norme esaminate<sup>68</sup>) non può assolutamente essere condivisa in quanto contraddice espressamente la *ratio* che supporta l'intervento del legislatore, come desumibile da una interpretazione sistematica del quadro normativo di riferimento. E' infatti vero, come afferma l'Autorità, che il comma 14-ter dell'art. 17 della Legge n. 109/94 non è stato abrogato dalla Legge n. 166/2002, ma è

68. Si veda tra le altre la recentissima sentenza 10 luglio 2002 n. 6241, Sezione III, T.A.R. Lazio.

altrettanto vero che ciò evidenzia esclusivamente un difetto di raccordo fra il vecchio testo e quello “novellato”; i due commi dell’articolo 17 (il 12 *ter* introdotto dalla Legge 106/2002 e il 14 *ter* già esistente) hanno infatti il medesimo ambito oggettivo di operatività, ossia la predisposizione di una disciplina transitoria per la determinazione dei corrispettivi per le attività che possono essere espletate dai soggetti di cui al comma 1 dell’art. 17 della Legge n. 109/94. Se è identico l’ambito di operatività - circostanza, questa, se non condivisa quanto meno non confutata dall’Autorità - la questione si riduce, dunque, alla verifica di quale delle due previsioni normative – comma 12 *ter* introdotto dalla legge 166/2002 e comma 14 *ter* preesistente - possa essere applicata nel caso della disciplina del regime transitorio della determinazione delle tariffe professionali; sotto quest’ultimo profilo non sussistono dubbi circa l’applicazione della previsione normativa di cui al comma 12-*ter* (e dunque del D.M. 4 aprile 2001) e non solo per la generale applicabilità del principio *lex posterior derogati priori* (la legge successiva - in questo caso il comma 12 *ter* introdotto all’articolo 17 della legge 109/94 dalla Legge 166/2002 – abroga la preesistente – in questo caso la previsione di cui al previgente comma 14 *ter* dell’art 17 della legge 109/94), bensì anche per ragioni di ordine logico sistematico: che senso avrebbe mai avuto la “novella” legislativa che prevede l’applicazione al periodo transitorio del D.M. 4.4.2001, se poi la normativa applicabile deve essere quella del tutto differente della Legge n. 143/1949 citata dal comma 14-*ter* già esistente?

Discutibile è anche il fatto che il comma 14-*ter* richiami automaticamente la legge 143/1949 e dunque le vecchie tariffe. Esso prevede, infatti, che fino all’emanazione del decreto interministeriale di cui al comma 12-bis continuano ad applicarsi le tariffe professionali in vigore; ebbene sulla scorta delle modifiche di cui alla Legge n. 166/2002 le tariffe in vigore, seppure transitoriamente, sono quelle di cui al comma 12-*ter* che rinvia al

contenuto del D.M. 4.4.2001 e non quelle di cui alla Legge n. 143/1949. Discorso diverso andrebbe fatto qualora si ritenga (ma l'Autorità non si è espressa in questi termini) che la norma di cui al comma 12-ter, abbia un ambito oggettivo di operatività diverso da quello di cui al comma 14-ter. Si potrebbe, difatti, ipotizzare che le attività contemplate dal comma 12-ter siano differenti da quelle di cui al comma 14-ter; mentre in quest'ultimo infatti sono contemplate solo le attività di progettazione, di supporto al responsabile del procedimento, di responsabile di progetto e di coordinatore in materia di sicurezza, il comma 12 *ter* fa riferimento alle attività dei soggetti di cui al 1° comma dell'art. 17 Legge n. 109/1994 che, invece, ricomprende anche gli incarichi di direzione dei lavori e di formazione del programma triennale. Sposando tale interpretazione il regime transitorio di cui al comma 14-ter sarebbe diverso da quello di cui al nuovo 12-ter e diverrebbe necessario un secondo D.M., aggiuntivo rispetto al D.M. 4 aprile 2001, per la determinazione transitoria degli onorari relativi agli incarichi professionali contemplati dal comma 14 *ter*. Per quanto sostenibile sotto il profilo esegetico formale, tale impostazione, a nostro avviso, si scontra inevitabilmente con quei profili di logicità che, comunque, devono sorreggere una previsione normativa. Sembra infatti del tutto illogico prevedere due D.M. distinti per la determinazione dei corrispettivi afferenti prestazioni professionali sostanzialmente correlate in quanto pertinenti al medesimo settore di intervento. Inoltre, e tale notazione ci pare decisiva, lo stesso D.M. 4 aprile 2001 (indicato nel "novellato" comma 12-ter) richiama espressamente il comma 14-bis, e dunque gli incarichi relativi al comma 14 *ter*, per l'individuazione del proprio ambito oggettivo di intervento. I contenuti della determinazione n.27/2002 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici sono quindi triplamente inopportuni:

- a) sono inopportuni in quanto, come abbiamo visto e dimostrato, infondati nel merito (il D.M. 4 aprile 2001 è indiscutibilmente applicabile);

- b) sono inopportuni in quanto, in una materia tanto delicata, sarebbe stato più corretto attenersi a quanto deliberato dal Ministero competente (il Ministero della Giustizia che si è espresso per l'applicabilità del D.M. 4 aprile 2001 con la Nota sopra citata) e dall'Autorità Giudiziaria (che ha riconosciuto il potere discrezionale dell'Amministrazione di introdurre una regolamentazione di natura transitoria della materia avvalendosi dei contenuti del D.M. 4 aprile 2001, così come è avvenuto);
- c) sono inopportuni infine, e questo è l'aspetto più preoccupante, in quanto potenzialmente forieri di comportamenti ed atti illegittimi da parte delle amministrazioni pubbliche e degli stessi professionisti.

Va infatti evidenziato che il connotato istituzionale della determinazione n. 27/2002 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, pur non avendo in alcun modo valore vincolante, potrebbe comunque indurre amministrazioni pubbliche e professionisti a non ritenere applicabili i corrispettivi determinati dal D.M. 4 aprile 2001. Tali corrispettivi sono invece, allo stato attuale, "*minimi inderogabili*" e ogni patto ad essi contrario "*è nullo*"; illegittimi risulterebbero dunque gli atti delle amministrazioni pubbliche e dei professionisti che ad essi non facessero riferimento. Illegittimità la cui responsabilità non potrebbe che ricadere sull'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

- G) *Modifiche all'art. 19, 1° comma, lett. b) Legge n. 109/1994 - Appalto integrato.* Dispone il nuovo art. 19, 1° comma, lett. b) Legge n. 109/1994 che i contratti di appalto possono avere ad oggetto: b) la progettazione esecutiva di cui all'articolo 16, comma 5, e l'esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1, qualora:
  1. riguardino lavori di importo inferiore a 200.000 euro;
  2. riguardino lavori la cui componente impiantistica o tecnologica in-

cida per più del 60 per cento del valore dell'opera;

3. riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici;
4. riguardino lavori di importo pari o superiore a 10 milioni di euro.

L'Autorità di vigilanza nell'esaminare la opportunità dell'estensione oggettiva dell'appalto integrato rileva sostanzialmente quelli che sono i rischi e le contraddizioni - rispetto ad un sistema fondato sulla separazione della progettazione dall'esecuzione dei lavori progettati - dell'istituto affermando che esso non deve privilegiare *“le esigenze della realizzazione delle opere e, quindi, delle imprese costruttrici rispetto a quelle esigenze che sono tutelate con la progettazione, e cioè la qualità delle opere e i loro costi e che non si determini un eccessivo contrarsi del mercato delle progettazioni esecutive, e cioè una attenta comparazione, per i piccoli lavori, tra uso dell'appalto integrato e natura degli interventi da realizzare”*.

Si ritiene siano più che valide tali osservazioni a palesare i rischi ai quali va incontro il sistema con l'estensione dell'operatività dell'istituto dell'appalto integrato nato come istituto eccezionale ed ora ricondotto, dalla novella legislativa ad un istituto di generale applicabilità una volta riscontrato l'ampia fetta del mercato dei lavori che va ad abbracciare.

Per quanto concerne la qualificazione dell'appaltatore l'art. 19, comma 1- ter prevede che: *“L'appaltatore che partecipa ad un appalto integrato di cui al comma 1, lettera b), deve possedere i requisiti progettuali previsti dal bando o deve avvalersi di un progettista qualificato alla realizzazione del progetto esecutivo individuato in sede di offerta o eventualmente associato; il bando indica l'ammontare delle spese di progettazione esecutiva comprese nell'importo a base di appalto ed i requisiti richiesti al progettista, in conformità a quanto richiesto dalla normativa in materia di gare di progettazione. L'ammontare delle spese di progettazione non è soggetto a ribasso d'asta.”*. L'Autorità, interpreta siffatta disposizione normativa nel senso che l'appaltatore, ai fini della qualificazione per la partecipazione alla gara



di affidamento di un appalto integrato, debba possedere o l'attestazione di qualificazione per progettazione e costruzione, ovvero quella per sola costruzione. Nel primo caso la relativa classifica di iscrizione dovrà, ovviamente, essere sufficiente a coprire l'importo scaturente dalla somma dei lavori, della sicurezza e della progettazione, ed il concorrente dovrà comunque essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 63, comma 1, lett. o) D.P.R. n. 554/99 ovvero dall'art. 66 del medesimo D.P.R. a seconda che l'importo della progettazione sia di valore intermedio (art. 63) o di valore comunitario (art. 66). In particolare l'art. 63 menzionato prevede che il bando di gara debba, fra l'altro, determinare, *“l'importo minimo della somma di tutti i lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie di cui alla lettera c)<sup>69</sup>, per i quali il soggetto concorrente ha svolto i servizi di cui all'articolo 50, nel decennio anteriore alla data di pubblicazione del bando; tali importi devono essere stabiliti fra tre e cinque volte l'importo globale stimato dell'intervento cui si riferiscono i servizi da affidare”*.

L'art. 66 - applicabile per i servizi di rilievo comunitario - precisa, invece i requisiti tecnico-economici che il concorrente deve possedere ai fini della partecipazione all'appalto di servizi<sup>70</sup>.

69. L'art. 63, 1° comma, lett. c) D.P.R. n. 554/99 specifica che il bando di gara debba contenere *“l'importo complessivo stimato dell'intervento cui si riferiscono i servizi da affidare e degli eventuali importi parziali stimati, nonché delle relative classi e categorie dei lavori individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali”*.

70. Dispone in particolare l'art. 66 del D.P.R. n. 554/99 che: *“1. I requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di partecipazione alle gare sono definiti dalle stazioni appaltanti con riguardo:*

a) al fatturato globale per servizi di cui all'articolo 50, espletati negli ultimi

b) all'avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni di servizi di cui all'articolo 50, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo globale per ogni classe e categoria variabile tra 2 e 4 volte l'importo stimato dei lavori da progettare;

Nel caso in cui, invece, il concorrente sia in possesso del solo attestato di qualificazione inerente l'esecuzione dei lavori ovvero qualora sia in possesso dell'attestato di qualificazione per progettazione ed esecuzione dei lavori, ma in carenza degli ulteriori requisiti di cui agli artt. 63 o 66 del D.P.R. n. 554/99, è necessario che la classifica dell'attestazione copra l'importo scaturente dalla somma degli importi dei lavori e della sicurezza e che il concorrente associ un progettista in possesso dei requisiti indicati dalle menzionate norme regolamentari.

H) *Modifiche all'art. 21, comma 1 - ter, della legge n. 109/1994.* La norma estende il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche nel caso in cui la procedura di aggiudicazione esperita sia quella dell'asta pubblica, in presenza, però, delle condizioni indicate dalla norma, individuate rispettivamente in questo modo:

- a) l'importo dei lavori deve essere superiore alla soglia comunitaria;
- b) nell'intervento è prevalente la componente tecnologica o la

segue nota 70

c) all'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di cui all'articolo 50, relativi ai lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo totale non inferiore ad un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori da progettare;

d) al numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni (comprendente i soci attivi, i dipendenti e i consulenti con contratto di collaborazione coordinata e continuativa su base annua), in una misura variabile tra 2 e 3 volte le unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico.

2. I servizi di ingegneria valutabili sono quelli iniziati ed ultimati nel decennio o nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, ovvero la parte di essi ultimata nello stesso periodo per il caso di servizi iniziati in epoca precedente.

3. *I concorrenti non devono trovarsi altresì nelle condizioni previste dagli articoli 51 e 52:".*

rilevanza tecnica delle soluzioni progettuali sì da consentire, attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, un miglioramento della progettazione da parte dei concorrenti.

Per quanto concerne la progettazione da porre a base di gara nel caso in cui criterio di aggiudicazione dell'asta pubblica sia il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Autorità non esclude a priori che esso possa essere definitivo ed esecutivo, ma validamente precisa anche che avrebbe poco senso porre a base di gara un progetto di grado esecutivo quando è la norma di legge che ne consente un miglioramento.

L) *Modifiche all'art. 31 -bis, della legge n. 109/1994.* L'Autorità interviene per risolvere un problema di diritto transitorio di non particolare difficoltà statuendo, in conformità di quanto precisato dal novellato art. 31 - bis, comma 1 - quater, della Legge n. 109/1994<sup>71</sup>, che le nuove norme afferenti il procedimento di accordo bonario non trovano applicazione alle gare per le quali tale accordo sia già stato individuato alla data del 18 agosto 2002.

M) *Modifiche in materia di project financing.* Questione centrale è quella relativa all'applicazione delle nuove norme procedurali di cui all'art. 37 - ter della Legge n. 109/1994 alle procedure di *project financing* ancora in corso alla data di entrata in vigore della novella legislativa. L'aggiudicazione della concessione, in caso di *project financing*, è scandita da alcune fasi procedurali che vedono rispettivamente: a) la presentazione di una proposta; b) la valutazione della proposta da parte della pubblica amministrazione;

71. Dispone l'art. 31 - bis, comma 1 - quater della Legge n. 109/1994 che: "Le disposizioni dei commi da 1 a 1-ter non si applicano ai lavori per i quali l'individuazione del soggetto affidatario sia già intervenuta alla data di entrata in vigore della presente disposizione..."

c) una procedura di gara articolata in due ulteriori fasi: una licitazione privata per la scelta delle due migliori offerte da confrontare successivamente con il promotore ed una trattativa privata per l'aggiudicazione della concessione. La vera procedura di aggiudicazione è quella di cui alla lettera *sub c)* seppur articolata in due procedimenti, di conseguenza *dies a quo* per l'applicazione delle nuove regole sarà la data di pubblicazione del bando di gara; solo qualora questa sia anteriore al 18.8.2002 tali regole non troveranno applicazione.

Giova precisare, circostanza questa non presa in considerazione dall'Autorità, che il *project financing* è comunque una procedura articolata in una pluralità di sub procedimenti, e la novella legislativa interviene su ciascuna di tali fasi; sicché anche con riferimento a queste ultime, ove in corso alla data di entrata in vigore della Legge n. 166/2002, bisognerà verificare se possano trovare applicazione o meno le nuove norme. In questo caso sarà necessario fare riferimento al criterio *tempus regit actum* e, pertanto, applicare le regole vigenti al momento di esperimento dell'atto o dell'azione ed in particolare, trattandosi di procedimenti, si applicheranno le regole vigenti al momento in cui è stato dato inizio alla singola fase sub procedimentale fino a quando questa non sia stata ultimata.

### **1.37.Determinazione n. 28 del 23 ottobre 2002**

*Ritenute a garanzia del 5% di cui all'art. 22 della legge 3 gennaio 1978 n. 1*

Con la presente determinazione l'Autorità interviene sul regime normativo delle cauzioni ponendo in particolare l'accento sugli effetti derivanti sulla materia dalla nuova Legge n. 166/2002. In particolare l'art. 30, 2° comma, della Legge n. 109/1994 ha previsto a carico dell'appaltatore la prestazione a favore dell'amministrazione di una garanzia fideiussoria da

parte di un istituto bancario o di una compagnia di assicurazione autorizzata pari al 10% dell'importo netto dell'appalto a copertura di tutte le obbligazioni nascenti dal contratto. A sua volta l'art. 231 del D.P.R. n. 554/99 ha disposto l'abrogazione, fra l'altro, dell'art. 22 della Legge 3.1.1978, n. 1<sup>72</sup>, nonché dell'intero capitolato generale sulle opere pubbliche approvato con D.P.R. n. 1063/1962 che a sua volta disciplinava le trattenute di cui all'art. 48 del R.D. n. 827/1924<sup>73</sup>.

L'unica conseguenza logica desumibile da siffatto quadro normativo è che l'art. 30 della Legge n. 109/1994 e le norme regolamentari ad esso collegato hanno comportato la definitiva abrogazione di tutte le ulteriori forme di garanzia a favore della pubblica amministrazione per l'esecuzione della prestazione contrattuale.

Allo stato attuale permane quindi esclusivamente la garanzia di cui all'art. 7 del D.M. n. 145/2000 che prevede una ritenuta pari allo 0,50% che le amministrazioni appaltanti sono autorizzate ad effettuare a garanzia dell'appaltatore delle norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, sicurezza, salute, assicurazione e assistenza dei lavoratori<sup>74</sup>.

72. Dispone tale norma che: *“A modifica del primo comma dell'art. 48 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827, e successive modificazioni, nei contratti per l'esecuzione delle opere di cui all'art. 1, i pagamenti in conto, da disporsi per somme dovute e giustificate dai prescritti documenti, sono pari ai diciannove ventesimi dell'importo contrattuale. All'atto del pagamento in conto è corrisposto, dietro richiesta dell'esecutore dei lavori, anche il residuo ventesimo, subordinatamente alla prestazione, per un importo equivalente, di fidejussione bancaria o di polizza fidejussoria assicurativa, rilasciata da enti o istituti autorizzati a norma delle disposizioni vigenti”*.

73. Dispone l'art. 48, 1° comma, R.D. n. 827/1924 che: *“Nei contratti per forniture, trasporti e lavori, i pagamenti in conto da disporsi per somme dovute e giustificate dai prescritti documenti, nei limiti in cui sono ammessi dalla legge, non possono eccedere i novantacinque centesimi dell'importo contrattuale”*.

74. Dispone l'art. 7 del D.M. n. 145/2000 che: *“L'appaltatore deve osservare le norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, sicurezza,*

Il problema specifico, in seguito alle modifiche di cui alla legge n. 166/2002, è di ordine temporale; in particolare con riferimento alla disciplina del contratto - alla quale va evidentemente ricondotta la disciplina delle garanzie in esame - l'art. 232 del D.P.R. n. 554/99 applica il principio *tempus regit actum* disponendo che: *“Le disposizioni del regolamento che riguardano il modo o il contenuto delle obbligazioni del contratto si applicano ai contratti stipulati successivamente alla loro entrata in vigore”*. Ciò comporta la conseguenza che ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore del D.P.R. n. 554/99 possono essere applicate anche le garanzie di cui alla Legge n. 1/1978, mentre a quelli stipulati successivamente, no. Sennonché, come rilevato dall'Autorità, la Legge n. 166/2002 ha previsto fra l'altro che *“le disposizioni di cui ai precedenti periodo si applicano anche ai contratti in corso”*, il che porta a ritenere preclusa la possibilità di continuare ad operare le ritenute del 5% di cui alla Legge n. 1/1978 sugli acconti corrisposti in corso d'opera anche nell'ipotesi in cui il contratto sia stato stipulato prima dell'entrata in vigore del D.P.R. n. 554/99, ma tuttora in corso alla data di entrata in vigore della Legge n. 166/2002.

*Segue nota 74*

*salute, assicurazione e assistenza dei lavoratori. 2. A garanzia di tale osservanza, sull'importo netto progressivo dei lavori è operata una ritenuta dello 0,50 per cento. Dell'emissione di ogni certificato di pagamento il responsabile del procedimento provvede a dare comunicazione per iscritto, con avviso di ricevimento, agli enti previdenziali e assicurativi, compresa la cassa edile, ove richiesto. 3. L'amministrazione dispone il pagamento a valere sulle ritenute suddette di quanto dovuto per le inadempienze accertate dagli enti competenti che ne richiedano il pagamento nelle forme di legge. 4. Le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione del conto finale, dopo l'approvazione del collaudo provvisorio, ove gli enti suddetti non abbiano comunicato all'amministrazione committente eventuali inadempienze entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della richiesta del responsabile del procedimento”.*

## 1.38. Determinazione n. 30 del 13 novembre 2002

*Affidamento degli incarichi di progettazione a seguito delle modifiche apportate dalla Legge 1° agosto 2002, n. 166*

L'aumento della soglia di valore per l'affidamento fiduciario degli incarichi di progettazione da 40.000 a 100.000 euro, introdotta dalla Legge n. 166/2002, ha indotto l'Autorità a tornare sui requisiti di legittimità di tale affidamento. In particolare, rileva l'Autorità, che la novella legislativa ha di fatto realizzato una tripartizione degli incarichi di progettazione distinguendoli a seconda del valore degli stessi; difatti l'art. 17, commi 11 e 12 della legge n. 109/1994 distingue fra:

- 1) incarichi d'importo inferiore a 100.000 euro, i quali possono essere affidati fiduciariamente da parte della stazione appaltante attraverso la procedura della trattativa privata. In merito l'Autorità ritiene applicabili i principi già elaborati dalla giurisprudenza per gli affidamenti fiduciari d'importo inferiore ai 40.000 euro<sup>75</sup>;
- 2) incarichi di valore intermedio, d'importo pari o superiore a 100.000 euro ed inferiore al controvalore in euro di 200.000 DSP; questi servizi, in attesa delle modifiche al regolamento imposte dalla Legge n. 166/2002, possono essere aggiudicati mediante licitazione privata ovvero asta pubblica;
- 3) incarichi di valore pari o superiore al controvalore in euro di 200.000 DSP, l'aggiudicazione dei quali potrà avvenire nel rispetto delle regole stabilite dal D.Lgs. n. 157/1995 e sue modifiche.

Anche per queste regole si pone un problema di ordine temporale risolto sulla scorta del principio *tempus regit actum*; le nuove disposizioni

75. Si veda *ex multis*: Cons St., V, 3.2.1999, n.112; Cons. St., V, 20.08.2001, n. 4466; Cons. St., V, 5.9.2001, n. 4673.

normative cioè troveranno applicazione solamente nel caso in cui la gara sia stata bandita successivamente alla data del 18 agosto 2002, giorno di entrata in vigore della Legge n. 166/2002.

Più articolata è invece la questione relativa alla quantificazione della prestazione professionale. In particolare l'Autorità fa presente come il responsabile del procedimento sia tenuto a redigere un preventivo di parcella avente ad oggetto sia la progettazione che la direzione dei lavori ove quest'ultima sia di fatto assegnata al progettista incaricato. Sul rinvio, fatto dall'Autorità, in merito alla negata operatività del D.M. 4.4.2001 si richiama quanto detto sopra in merito alla determinazione n. 27/2002.

In ogni caso, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 50, 3° comma, del D.P.R. n. 554/96, l'Autorità provvede a distinguere le prestazioni professionali del progettista in materia di lavori pubblici rispettivamente in:

- 1) prestazioni normali, che sarebbero quelle individuate alla lett. B) della Legge n. 143/1949 e consistenti nella predisposizione dei tre livelli di progettazione, nella direzione lavori, nella contabilità, nel collaudo e nell'espletamento delle indagini geologiche di competenza dei geologi;
- 2) prestazioni speciali che sarebbero quelle degli aumenti percentuali delle aliquote della tabella B) della Legge n. 143/1949 per richiesta di progetti preliminari relativi e diverse soluzioni progettuali, per speciali difficoltà progettuali e per lo sviluppo di elaborati in numero e qualità superiori al normale;
- 3) prestazioni accessorie che sarebbero quelle relative allo studio di prefattibilità ambientale, allo studio di fattibilità ambientale,

76. Che prevede: *“Ai fini del presente titolo si intendono per: a) prestazioni professionali speciali: le prestazioni previste dalle vigenti tariffe professionali non ricomprese in quelle considerate normali; b) prestazioni accessorie: le prestazioni professionali non previste dalle vigenti tariffe.”.*



al piano di manutenzione, alla analisi delle indagini tecniche speciali, alle indagini preliminari e definitive, geotecniche, idrogeologiche, sismiche, agronomiche, biologiche, chimiche e le relative relazioni, alle prime indicazioni e disposizioni per la stesura dei piani di sicurezza, ai rilievi planoaltimetrici, alle misurazioni, alle picchettazioni, ai rilievi della rete dei servizi del sottosuolo ed ai piani di esproprio.

Le prestazioni accessorie sarebbero cosa diversa dai compensi a vacanza e dai rimborsi spese che vengono definiti dalla legge n. 143/1949 (artt. 4 e 6) come compenso accessorio e che possono essere liquidate al massimo in una cifra pari al 60% dell'onorario a percentuale.

Inoltre, sempre la medesima Legge n. 143/1949 attua una suddivisione delle opere in "classi" e "categorie" in funzione del grado di affinità oggettuale e funzionale delle opere stesse; in particolare per gli ingegneri e gli architetti le "classi" individuano nove differenti tipi di interventi, mentre le categorie rappresentano una specificazione dettagliata delle caratteristiche degli interventi compresi nella classe. Di fondamentale importanza sono, allora, le prescrizioni di cui al D.P.R. n. 554/99 (art. 63, 1° comma, lett. c e art. 67, 1° comma) che impongono di indicare nel bando di gara la classe e categoria o le classi e le categorie dell'intervento, in quanto necessarie, secondo l'Autorità, a stabilire quale percentuale si applicherà a gara ultimata ed a progetto redatto, per determinare il corrispettivo del professionista.

Per quanto concerne, poi, l'inderogabilità dei minimi tariffari osserva l'Autorità che, ai sensi della Legge n. 109/1994 e del D.P.R. n. 554/99, essa andrebbe riferita esclusivamente alle prestazioni normali e, quindi, a quelle determinate sulla base delle Tabelle A) e B) della Legge n. 143/49 e non anche alle prestazioni speciali e alle prestazioni accessorie. Non deve, invece, considerarsi minimo inderogabile il rimborso spese in quanto esso non costituirebbe corrispettivo.

Per quanto riguarda i costi delle prestazioni accessorie da indicare nei bandi e da sottoporre a ribasso, si ritiene che essi possono essere stabiliti, oltre che con valutazioni discrezionali del responsabile del procedimento, anche facendo riferimento al D.M. del 4 aprile 2001. È agevole, allora, ancora una volta, riscontrare la contraddittorietà delle argomentazioni dell’Autorità che, pur affermando l’abrogazione del D.M. 4 aprile 2002, ne richiama, poi, l’applicazione.

In sintesi il ribasso da richiedere nelle gare o da concordare nella trattativa privata deve riguardare ed applicarsi esclusivamente:

- a) alla percentuale stabilita nel bando di gara per il rimborso spese;
- b) alle percentuali di incremento delle aliquote della Tabella B) stabilite nel bando di gara per le prestazioni speciali;
- c) agli importi, stabiliti nel bando di gara, per le prestazioni accessorie;
- d) alla riduzione del 20% prevista dalla legge per prestazioni rese ad amministrazioni ed enti pubblici.

### **1.39.Determinazione n. 31 del 18 dicembre 2002**

*Chiarimenti in ordine al sistema di qualificazione, al divieto di subappalto e all’appalto integrato di cui alla determinazione n. 27/2002*

1. Le attestazioni di qualificazione, in assenza delle disposizioni regolamentari in ordine alla prevista verifica triennale delle stesse, hanno una durata pari a tre anni.
2. Il divieto di subappalto riguarda le lavorazioni appartenenti alla categoria di opere generali ed alle categorie di cui all’art. 72, comma 4, D.P.R. n. 554/99; il divieto si applica qualora l’importo anche di una sola lavorazione superi il 15% dell’importo complessivo dell’appalto.

3. Le imprese in possesso di qualificazione per progettazione e costruzione possono partecipare alle gare per l'appalto integrato senza indicare o associare progettisti qualora siano in possesso dei requisiti previsti dal bando di gara in conformità a quanto richiesto dalla normativa in materia di gare di progettazione di cui al Capo IV del D.P.R. n. 554/99.

Con la presente determina, l'Autorità interviene nuovamente su alcune delle questione già oggetto di trattazione della determinazione n. 27/2002 ed in particolare: 1) la durata dei certificati di attestazione SOA ai fini della qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici; 2) l'individuazione delle categorie di lavorazioni per le quali opera il divieto di subappalto di cui all'art. 13, 7° comma, L. n. 109/1994; 3) la qualificazione dell'esecutore dei lavori nel caso di appalto integrato.

Con riferimento alla prima delle questioni menzionate, l'Autorità ribadisce l'inapplicabilità della previsione normativa di cui all'art. 7 della Legge n. 166/2002 nella parte in cui estende la validità del certificato SOA da tre a cinque anni, in mancanza delle modifiche al regolamento di qualificazione di cui al D.P.R. n. 34/2000 imposte dalla medesima norma. In particolare, sottolinea l'Autorità, è vero che l'efficacia del menzionato certificato è estesa da tre a cinque anni, ma altrettanto vero è anche che la novella legislativa impone un accertamento triennale dei requisiti di qualificazione da effettuarsi con le modalità stabilite da un emanando regolamento destinato a modificare il vigente D.P.R. n. 34/2000. Il quadro normativo va visto, secondo l'Autorità, come un *unicum*, e quindi non può ritenersi efficace la previsione normativa afferente l'estensione della durata del certificati fino a quando non siano anche operative le norme attraverso le quali le SOA potranno procedere alla verifica triennale sui requisiti.

Più articolata è, invece, la precisazione relativa all'ambito oggettivo di operatività del divieto di subappalto di cui all'art. 13, 7° comma, Legge n. 109/1994, in particolare volta a verificare se quest'ultimo trovi appli-

cazione anche per le lavorazioni appartenenti alla categoria generale ovvero solo a quelle appartenenti alla categorie delle opere specializzate individuate dall'art. 72, 4° comma, D.P.R. n. 554/99.

Gli interventi ai quali si riferisce la disciplina dei lavori pubblici devono essere ricondotti alle categorie (OG e OS) e, quindi, classificati in sottoinsiemi sì come individuati dal regolamento sulla qualificazione approvato con D.P.R. n. 34/2000; il sottoinsieme di maggior importo individua la categoria prevalente e deve necessariamente essere indicato nel bando di gara, mentre per le altre lavorazioni, quale che sia la categoria generale e la sottocategoria di appartenenza, l'indicazione sarà necessaria qualora il loro valore sia superiore al 10% del valore dell'appalto o comunque superiore a 150.000 euro ovvero qualora la loro esecuzione, seppur il valore della lavorazione sia inferiore summenzionati valori, debba essere realizzata esclusivamente da imprese qualificate.

Il punto cruciale della disciplina normativa si riscontra nella - a dire il vero poco chiara - formulazione dell'art. 74, 2° comma del D.P.R. n. 554/99 che testualmente prevede: *“Le lavorazioni relative a opere generali, e a strutture, impianti ed opere speciali di cui all'articolo 72, comma 4, indicate nel bando di gara, non possono essere eseguite direttamente dalle imprese qualificate per la sola categoria prevalente, se prive delle relative adeguate qualificazioni; esse, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 13, comma 7, della Legge, sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Le medesime lavorazioni sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale”*. Tale norma, infatti, pone una prima eccezione al principio sancito dal 1° comma del medesimo articolo secondo il quale l'aggiudicatario della gara, ove qualificato per la categoria prevalente dei lavori, può eseguire direttamente anche le altre lavora-

zioni ancorché per queste non qualificato<sup>77</sup>; di conseguenza per le opere generali e per quelle relative a strutture impianti ed opere speciali di cui all'art. 72, 4° comma, D.P.R. n. 554/99, ed in via generale, per quelle a qualificazione obbligatoria espressamente indicate nel bando di gara come parte dell'intervento<sup>78</sup> non è ammissibile l'esecuzione diretta da parte dell'aggiudicatario qualificato per la sola categoria prevalente, ma è ammissibile, invece, il subappalto e lo scorporo per una eventuale associazione di imprese verticale.

Senonché la norma in esame fa espressamente salvo quanto previsto dall'art. 13, 7° comma Legge n. 109/1994 che impone il divieto di subappalto qualora la lavorazione sia di importo superiore al 15% del valore dell'appalto, ammettendo esclusivamente lo scorporo di tali ultime lavorazioni. Il vero oggetto della questione interpretativa affrontata dall'Autorità, pertanto, è relativo alla portata applicativa dell'inciso *“esse, fatto salvo quanto previsto dall'art. 13, 7° comma legge n. 109/1994, sono comunque subappaltabili o scorporabili”* ed in particolare al fatto se il divieto di subappalto vada riferito alle sole opere specializzate di cui all'art. 72, 4° comma, D.P.R. n. 554/99 ovvero anche alle opere generali. Sulla base di un criterio interpretativo logico-sistematico, l'Autorità ritiene applicabile il predetto divieto anche alle lavorazioni

77. Dispone l'art. 74, 1° comma, del D.P.R. n. 554/99 che: *“Le imprese aggiudicatarie, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara come categoria prevalente possono, fatto salvo quanto previsto al comma 2, eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non sono in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni”*.
78. Dispone l'Allegato A al D.P.R. n. 34/2000 che: *“Le lavorazioni di cui alle categorie generali nonché alle categorie specializzate per le quali nell'allegata tabella “corrispondenze nuove e vecchie categorie” è prescritta la qualificazione obbligatoria, qualora siano indicate nei bandi di gara come parti dell'intervento da realizzare, non possono essere eseguite dalle imprese aggiudicatarie se prive delle relative adeguate qualificazioni”*.

appartenenti alle categorie generali in quanto, diversamente ragionando, si perverrebbe a risultati illogici e irrazionali con una disparità di trattamento, in assenza di qualsivoglia elemento giustificativo, fra il regime delle lavorazioni appartenenti alle categorie generali (alle quali non si applica il divieto di subappalto anche se superiori al 15%) e quelle appartenenti alle categorie specializzate (alle quali, invece, il divieto di subappalto si applica).

La validità di siffatta interpretazione sarebbe supportata anche dal dettato normativo recato dall'art. 13, 7° comma, L. n. 109/1994 che condiziona l'operatività del divieto di subappalto al concorso di una duplice condizione: a) il superamento della soglia di valore del 15% dell'importo complessivo dell'appalto; b) la particolare complessità tecnologica degli interventi. Proprio in riferimento a quest'ultimo presupposto non può negarsi che la complessità pertenga non solamente alle opere speciali, ma anche a quelle generali.

La ricostruzione effettuata dall'Autorità, pur nella sua validità logico sistematica, pare perdere di vista una novità introdotta dall'art. 7 della Legge n. 166/2002 all'art. 13, 7° comma, Legge n. 109/1994 il cui ultimo capoverso dispone: *"...Per le medesime speciali categorie di lavori, che siano indicate nel bando di gara, il subappalto, ove consentito non può essere artificiosamente suddiviso in più contratti"*. Tale norma fa esplicito riferimento alle sole categorie speciali e non anche a quelle generali di lavori; tale novella potrebbe essere di chiarimento circa la portata del divieto di subappalto il quale, appunto, opererebbe esclusivamente per le opere appartenenti alle categorie specializzate e non anche per quelle appartenenti alle categorie generali. Non è contraddittorio a siffatta impostazione l'inciso di cui all'Allegato A del D.P.R. n. 34/2000 nella parte in cui impone che le opere a qualificazione obbligatoria non possano essere eseguite direttamente dalle imprese non qualificate; l'eventuale subappalto non può essere considerato esecuzione diretta dell'appalto e dunque non osta con la norma menzionata.

Con riferimento, inoltre, alla problematica della qualificazione dell'impresa nel caso di appalto integrato, l'Autorità precisa che il legislatore della Legge n. 166/2002 ha configurato l'appalto integrato come appalto misto di lavori e progettazione, con conseguente necessità di tenere conto della disciplina relativa agli affidamenti dei servizi di natura tecnica e, pertanto, con il derivato effetto di dover ritenere che la qualificazione di progettazione e costruzione non sia sufficiente per partecipare alle relative gare, se questa soddisfa i requisiti richiesti dal Titolo IV del D.P.R. n. 554/99 per l'espletamento dell'attività di progettazione. Da qui, pertanto, la precisazione di cui al comma 1 - *ter*, dell'art. 19, della Legge n. 109/94, sì come modificato dalla Legge n. 166/2002, che prevede l'obbligo in capo all'appaltatore che partecipa ad un appalto integrato di progettazione ed esecuzione di possedere i requisiti previsti dal bando di gara (sulla scorta di quanto previsto dal predetto D.P.R. n. 554/99) mediante la qualificazione di progettazione ed esecuzione ovvero mediante l'associazione un progettista qualificato in tal senso.

Tale impostazione, precisa l'Autorità, garantirebbe anche una *par condicio* fra l'impresa in possesso della qualifica di progettazione ed esecuzione e l'impresa che di tale qualificazione sia priva, in quanto porrebbe una base omogenea di qualificazione data dai requisiti di cui al D.P.R. n. 554/99. Qualora, però, l'importo della progettazione sia inferiore ai 100.000 euro, continua l'Autorità, la qualificazione di progettazione ed esecuzione dovrà ritenersi condizione necessaria e sufficiente per partecipare alla gara.

Tale ulteriore precisazione si palesa incoerente rispetto alle considerazioni iniziali svolte dall'Autorità oltre che illegittima. L'attestazione della qualificazione in progettazione ed esecuzione è relazionata alla presenza, nell'organico dell'impresa qualificata, di un numero variabile di tecnici (da due a sei) a seconda della classifica di riferimento ed a prescindere

re dalla esperienza professionale di questi ultimi; ora, come precisato dalla stessa Autorità, tale attestazione è inidonea a vagliare effettivamente la capacità progettuale della impresa sì da richiedersi l'intervento normativo del legislatore sul punto, nonché l'attività interpretativa della Autorità.

Non si comprende allora per quale ragione tale impostazione debba essere contraddetta qualora l'appalto di servizi sia d'importo inferiore a 100.000 euro, ove si tenga conto del fatto che le norme di legge ed una consolidata giurisprudenza impongono comunque, anche in caso di affidamento fiduciario della progettazione, la previa fissazione di criteri di selezione idonei a vagliare la capacità tecnica dei concorrenti.

Quale sostanza quale che sia l'importo della progettazione posto a base di gara, l'incapacità della qualificazione di progettazione ed esecuzione - così come strutturata - a palesare l'effettiva capacità tecnica dell'impresa chiamata ad espletare il servizio non viene automaticamente ad attenuarsi in base al valore dell'appalto medesimo. Questo tanto più - ed in ciò risiede il profilo di illegittimità della interpretazione dell'Autorità - ove si venga a considerare che l'art. 62 del D.P.R. n. 554/99<sup>79</sup> impone che l'affidamento debba essere adeguatamente motivato, dove tale motivazione non potrà che riguardare la valutazione della capacità tecnica del professionista prescelto.

79. Con riferimento alla soglia d'importo inferiore ai 40.000 euro ora da ritenersi estesa, in seguito agli interventi di cui alla Legge n. 166/2002, all'importo pari a 100.000 euro.



*Finito di stampare nel mese di febbraio 2004*

Stampa: tipografia DSV grafica e stampa, via D. Menichella 94, 00159 Roma