

**ANCE AVELLINO
ASSOCIAZIONE COSTRUTTORI EDILI DI AVELLINO**

**AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI
PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE**

RACCOLTA ANNO 2008

- **LE DETERMINAZIONI**
- **I PARERI**

Determinazione n. 1 del 10/01/2008

Casellario informatico degli operatori economici esecutori dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniturepag. 3

Determinazione n. 2 del 23/01/2008

Indicazioni operative sugli appalti riservati – Art. 52 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163 e s.m.i.pag. 13

Determinazione n. 3 del 05/03/2008

Sicurezza nell'esecuzione degli appalti relativi a servizi e forniture. Predisposizione del documento unico di valutazione dei rischi (DUVRI) e determinazione dei costi della sicurezza – L. n.123/2007 e modifica dell'Art. 3 del D.Lgs. n.626/1994, e Art. 86, commi 3-bis e 3-ter, del D.lgs n.163/2006pag. 21

Determinazione n. 4 del 02/04/2008

Realizzazione di opere pubbliche da parte di privati nell'ambito di accordi convenzionali stipulati con le amministrazionipag. 34

Determinazione n. 5 del 08/10/2008

Utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di lavori pubblici.....pag. 41

Determinazione n. 6 del 08/10/2008

Dichiarazione di "buon esito" contenuta nel certificato di esecuzione dei lavori (art.22, comma 7, del D.P.R. n.34/00)pag. 46

Pareripag. 51

DETERMINAZIONE N. 1/2008

del 10 gennaio 2008

Casellario informatico degli operatori economici esecutori dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Gazzetta Ufficiale n.. 42 del 19-2-2008 - Suppl. Ordinario n.38

Premesso che

- ~ ai sensi dell'art. 6, comma 5, del D. Lgs. 12 maggio 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (d'ora in avanti "Codice"), l'Autorità, nell'ambito delle funzioni ad essa attribuite, esercita la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'articolo 2 del Codice e, segnatamente, il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara;
- ~ l'Autorità svolge, dunque, un'azione di protezione, di regolamentazione e di alto controllo in una materia che coinvolge una pluralità di interessi pubblici e privati in un settore strategico per lo sviluppo economico del Paese.

Considerato in fatto

L'art. 38, comma 1, del Codice individua, elencandoli dalla lettera *a*) alla lettera *m-bis*) i requisiti di ordine generale il cui mancato possesso comporta l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, e dall'affidamento di subappalti.

In relazione ad alcuni di essi, ovvero lett. *e*) non avere commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, lett. *h*) non avere reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara nell'anno antecedente la pubblicazione del bando e lett. *m-bis*) non avere subito la sospensione o la revoca dell'attestazione SOA da parte dell'Autorità per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, viene precisato che l'elemento preclusivo alla partecipazione risulta "dai dati in possesso dell'Osservatorio" (per i requisiti di cui alle lett.re *e*) e *h*)) e "dal casellario informatico" (per i requisiti di cui alla lett. *m-bis*).

Il Casellario informatico delle imprese qualificate, istituito presso l'Osservatorio a norma dell'art. 27 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, è formato sulla base

delle attestazioni trasmesse dalle SOA ai sensi dell'articolo 12, comma 5, del medesimo Decreto, e delle comunicazioni delle stazioni appaltanti. I dati contenuti nel Casellario informatico sono resi pubblici a cura dell'Osservatorio. Il Casellario assolve ad una funzione pubblicitaria consentendo alle stazioni appaltanti di acquisire notizie sulle imprese operanti nel mercato dei lavori pubblici ed, in particolare, consentendo alle stazioni appaltanti di effettuare, sempre relativamente alle imprese esecutrici di lavori pubblici, le verifiche prescritte alle lettere e), h) ed m-bis), art. 38, comma 1, del Codice.

Mancando per il settore dei servizi e delle forniture una disposizione normativa analoga a quella di cui all'art. 27 del D.P.R. 34/2000, ad oggi, tuttavia, non esiste un analogo sistema unitario di raccolta e pubblicizzazione di dati che consenta alle stazioni appaltanti di effettuare le medesime verifiche nei confronti dei fornitori e dei prestatori di servizi.

Tale carenza impedisce di fatto la concreta operatività dell'art. 38, comma 1, lettere e) ed h) del Codice nei settori dei servizi e delle forniture e consente l'impunità di comportamenti mendaci messi in atto dagli operatori economici. Peraltro, la suddetta carenza è stata di recente colmata con l'approvazione dello schema di regolamento ex art. 5 del Codice, il cui art. 8 disciplina il Casellario informatico esteso anche ai settori di servizi e forniture.

L'attuale discrasia nella disciplina del Casellario informatico è stata determinata dalla circostanza che l'unificazione della disciplina degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, avvenuta in occasione della redazione del Codice, non sempre è stata sorretta da una progressione normativa sistematica e coordinata.

Al fine di razionalizzare il sistema e, soprattutto, al fine di consentire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici, si rende necessario ampliare l'ambito di applicazione del Casellario anche ai settori dei servizi e delle forniture.

Soccorre in tal senso l'interpretazione sistematica delle norme primarie la cui *ratio* è quella di offrire alle stazioni appaltanti tutti gli elementi necessari per il corretto esercizio delle procedure di affidamento e delle concessioni di servizi e forniture pubblici, in tema di requisiti di ordine generale (affidabilità morale e professionale) e di ordine speciale (economico-finanziari e tecnico-organizzativi).

Considerato in diritto

L'art. 6, comma 11, del Codice prevede che *“Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro*

51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. Le stesse sanzioni si applicano agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione.”

La previsione di misure sanzionatorie ad opera dell'Autorità, a carico degli operatori economici che non comprovano il possesso dei requisiti di partecipazione, introduce, indirettamente l'obbligo per le stazioni appaltanti e per gli enti aggiudicatori di comunicare all'Autorità il verificarsi di dette circostanze, ovvero la mancata prova del possesso dei requisiti e la produzione di dati e documenti non veritieri, ciò sia per i lavori che per i servizi e le forniture.

La razionalizzazione del sistema implica necessariamente che le informazioni comunicate dalle stazioni appaltanti, alla stregua di quanto sopra specificato, siano rese pubbliche, attraverso il Casellario informatico, al fine di consentire a tutte le stazioni appaltanti di avere conoscenza di tutti gli elementi necessari per il corretto esercizio delle procedure di affidamento, degli appalti e delle concessioni, di servizi e forniture.

L'art. 38 del Codice indica i requisiti di ordine generale per la partecipazione a gare, facendo riferimento in via unitaria alle procedure di affidamento, oltre che degli appalti di lavori, di quelli relativi a forniture e servizi. In relazione, in particolare, ad alcune cause di esclusione dalla gara, è precisato che l'elemento preclusivo alla partecipazione deve risultare “dai dati in possesso dell'Osservatorio”, e quindi dai dati risultanti dal Casellario informatico. In tal senso, la lett. e) del citato art. 38, riferito alle gravi infrazioni in materia di sicurezza e ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, e la successiva lett. h), riguardante le “false dichiarazioni” in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione rese nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

L'esplicito richiamo ai dati in possesso dell'Osservatorio ovvero del Casellario informatico, ai fini dell'accertamento dei requisiti di cui alle lettere e), h) ed m-bis), è giustificato dalla circostanza che si tratta di informazioni conosciute dalla sola stazione appaltante che ne ha accertato i presupposti, o dall'Autorità che ha disposto la revoca o la sospensione dell'attestazione, e, pertanto, rispetto ad essi, il Casellario costituisce l'unico strumento idoneo ad accertarne la ricorrenza. Conseguentemente, la norma doveva necessariamente esplicitare che il suddetto dato fosse ricavabile dal casellario informatico presso l'Osservatorio.

Per quanto riguarda le ulteriori cause di esclusione previste dall'art. 38, ad oggi, per quanto concerne l'affidamento di servizi e forniture, le stazioni appaltanti ne accertano la ricorrenza consultando direttamente l'amministrazione certificante.

Tuttavia, tenuto conto che l'Autorità, in quanto destinataria delle comunicazioni di cui all'art. 6, comma 11 del Codice, è in possesso dei dati relativi al mancato possesso dei requisiti per la partecipazione alle gare e che, al fine di garantire la *par condicio* degli operatori e la regolarità delle gare, è tenuta a renderli pubblici, si ritiene coerente con i principi di semplificazione dell'azione amministrativa e di razionalizzazione del sistema che l'accertamento della ricorrenza delle altre cause di esclusione di cui all'art. 38 possa avvenire anche consultando il Casellario informatico.

Una funzione in questo senso viene già svolta dall'Autorità laddove l'art. 45 del Codice prevede la pubblicazione sul Casellario informatico dell'iscrizione degli operatori economici in elenchi ufficiali di fornitori o di prestatori di servizi e fa discendere da tale pubblicazione, che presuppone la certificazione dell'iscrizione da parte dell'Autorità, la presunzione di idoneità alla prestazione, limitatamente anche ad alcuni dei requisiti previsti dall'art.38.

Ad ulteriore conferma della necessità di razionalizzazione del sistema, si richiama l'art. 11, comma 8, del Codice che dispone che l'aggiudicazione definitiva diventi efficace solo dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti in capo all'aggiudicatario provvisorio; si ritiene che compito preminente di una Autorità amministrativa indipendente, con funzione di regolazione del mercato, sia quello di mettere tutte le stazioni appaltanti nella condizione di conoscere in modo esauriente gli elementi necessari ai fini della valutazione della sussistenza dei requisiti dell'aggiudicatario, nonché di rendere uniforme il comportamento delle stazioni appaltanti anche nelle fasi prodromiche all'aggiudicazione, oltre che quello di prescrivere modalità operative di raccolta delle informazioni ex art. 38 del Codice;

Con riferimento ai requisiti di ordine speciale, l'art. 48 del Codice prevede che la stazione appaltante, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richieda ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa. In caso di ritardata od omessa comprova, la stazione appaltante esclude il concorrente dalla gara, procedendo altresì all'escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione all'Autorità ai fini dell'irrogazione delle sanzioni di cui all'art. 6, comma 11, del Codice e della eventuale sospensione dalla partecipazione alle gare. Le suddette sanzioni si applicano anche

all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni.

Ritenuto che la *ratio* dell'art. 48 è quella di incentivare la speditezza del procedimento consentendo alle stazioni appaltanti l'immediata esclusione dalle gare di appalto dei partecipanti che non siano in possesso dei requisiti di ordine speciale oltre che di evitare che offerte inappropriate possano influenzare la successiva fase di determinazione della soglia di anomalia, le stazioni appaltanti sono tenute ad attivare il procedimento di verifica e a comunicare l'eventuale esito negativo all'Autorità.

In relazione a tali finalità, consegue l'obbligatorietà dell'attivazione del procedimento di verifica e la sua applicabilità ai soli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi. Infatti, la norma, nella sua formulazione, non lascia spazio di valutazione alla stazione appaltante, che è tenuta, pertanto, ad effettuare il controllo e a comunicare il fatto, in caso di esito negativo, all'Autorità.

Il Consiglio

stabilisce che:

- il Casellario informatico è suddiviso in tre sezioni contenenti i dati relativi agli operatori economici per l'esecuzione di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;
- fermo restando quanto già disposto in merito alla sezione riferita ai contratti pubblici di lavori e quanto previsto dall'art.8 dello schema di regolamento di attuazione ex art.5 del Codice, nelle sezioni di forniture e servizi del casellario sono inseriti i seguenti dati:
 - stato di liquidazione o cessazione di attività;
 - procedure concorsuali pendenti;
 - episodi di grave negligenza, malafede o errore grave nell'esecuzione dei contratti ovvero gravi inadempienze contrattuali, anche in riferimento all'osservanza delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti da rapporto di lavoro, comunicate dai soggetti competenti;
 - sentenza di condanna passata in giudicato o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione

della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; dette condanne devono risultare emesse 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; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso dette condanne riguardano anche i 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'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale;

- notizie relative a violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;
- provvedimenti di esclusione dalle gare, ai sensi delle vigenti disposizioni in materia, adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici, enti aggiudicatori, soggetti aggiudicatori e stazioni appaltanti;
- falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e di qualificazione;
- certificazione di qualità aziendale rilasciata dagli Organismi di certificazione;
- dichiarazioni relative agli avvalimenti di cui all'art.49, secondo comma, del Codice;
- per i contratti di servizi e forniture superiori a 150 mila euro, i dati relativi alle comunicazioni di amministrazioni aggiudicatrici, enti aggiudicatori, soggetti aggiudicatori e Stazioni Appaltanti previsti dall'art.7, commi 8 e 9 del Codice;
- tutte le altre notizie riguardanti gli operatori economici, che sono dall'Osservatorio ritenute utili ai fini della tenuta del Casellario, tra cui tutte le violazioni in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro di cui l'Osservatorio venga a conoscenza anche indipendentemente dalla gravità della violazione e

dal soggetto od organismo, istituzionalmente deputati alla relativa attività di vigilanza, che la comunicano.

- Dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della presente determinazione, vi è l'obbligo per le stazioni appaltanti di comunicare all'Autorità di vigilanza, nei termini sotto indicati, affinché ne venga fatta annotazione nel Casellario: **1)** le esclusioni dalle gare di servizi e forniture, ivi comprese quelle disposte per l'ipotesi di falsa dichiarazione; **2)** le notizie relative agli operatori economici che non hanno comportato l'esclusione, relativamente a violazioni, anche non gravi, in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, di cui la stazione appaltante sia venuta a conoscenza nel corso della gara; **3)** i fatti riguardanti la fase di esecuzione dei contratti di servizi e forniture, da annotare nel Casellario.

La segnalazione circa la sussistenza di una o più delle cause di cui al precedente punto 1), ovvero la comunicazione circa le notizie di cui al punto 2), deve avvenire, per ogni operatore economico sulla base dell'allegato A alla presente determinazione, entro dieci giorni dall'esclusione ovvero entro dieci giorni dalla avvenuta acquisizione della notizia da parte della stazione appaltante.

La segnalazione circa i fatti di cui al precedente punto 3) deve avvenire, per ogni operatore economico, entro dieci giorni dal verificarsi dell'evento meritevole di annotazione nel Casellario sulla base dell'allegato B alla presente determinazione.

La mancata o tardiva comunicazione all'Autorità dell'esclusione di cui al punto 1) o delle notizie e dei fatti di cui ai punti 2) e 3) sarà sanzionata ai sensi dell'articolo 6, comma 11, del Codice.

In capo alla stazione appaltante sussiste l'obbligo, in base all'art. 71, comma 1, del DPR 445/2000 e ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 6, comma 11, del Codice, di effettuare la verifica della dichiarazione sostitutiva circa i fatti che hanno causato l'esclusione dell'operatore economico partecipante. A quest'ultimo riguardo, vi è l'obbligo di compilare il paragrafo 5 dell'allegato A alla presente determinazione - che a tale verifica si riferisce - anche qualora la dichiarazione sostitutiva dell'operatore economico sia risultata veritiera.

Al fine di consentire la completa tutela degli interessi dell'operatore economico, la stazione appaltante deve notificare a quest'ultimo, ai sensi dell'art. 79 del Codice, il provvedimento di esclusione dello stesso dalla gara, precisando che detto provvedimento è congiuntamente comunicato

all'Autorità (mediante l'allegato A alla presente determinazione) per l'inserimento del dato nel Casellario informatico, il che potrà consentire all'operatore economico di fornire all'Autorità un'utile informazione relativamente ad iniziative giurisdizionali intraprese. Analogamente, la stazione appaltante informa l'operatore economico circa le comunicazioni inoltrate all'Autorità di cui ai precedenti punti 2) e 3).

L'Autorità, posta a conoscenza del provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante e dell'eventuale dichiarazione non veritiera resa dall'operatore economico, nonché delle notizie e dei fatti di cui ai precedenti punti 2) e 3), procede alla puntuale e completa annotazione dei relativi contenuti nel Casellario informatico, salvo il caso che consti l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante.

Nei confronti dell'operatore economico escluso anche per aver fornito dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione alla procedura di affidamento verrà instaurato un procedimento in contraddittorio, al termine del quale sarà eventualmente comminata dall'Autorità la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 6, comma 11, del Codice. Peraltro, l'esito di tale procedimento sanzionatorio non condiziona l'annotazione nel Casellario.

In base al disposto di cui al più volte richiamato art. 38 del Codice, tra le ipotesi che precludono la partecipazione alle gare di appalto, vi è quella relativa al fatto di avere, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, 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" (lett. h). In proposito, nel richiamare i contenuti della Determina dell'Autorità n. 1 del 2005, si ribadisce che l'anno di sospensione decorre dalla data di inserimento nel Casellario informatico della relativa annotazione.

- Dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della presente determinazione, vi è l'obbligo per le stazioni appaltanti di comunicare all'Autorità di vigilanza, nei termini sotto indicati, le esclusioni dalle gare di servizi e forniture per ritardata od omessa comprova dei requisiti di ordine speciale, ai sensi dell'art. 48 del Codice.

La segnalazione deve avvenire entro dieci giorni dall'esclusione dalla gara, utilizzando l'allegato C alla presente determinazione.

La mancata comunicazione dell'esclusione all'Autorità oppure il ritardo della comunicazione sarà sanzionata ai sensi dell'articolo 6, comma 11, del Codice.

Nei confronti dell'operatore economico escluso verrà instaurato un procedimento in contraddittorio al termine del quale saranno eventualmente comminate dall'Autorità la sanzione pecuniaria e la sospensione dalla partecipazione alle gare, graduata da un minimo di un mese a un massimo di dodici mesi a seconda della gravità del caso. Il massimo della sanzione è previsto laddove l'operatore economico abbia reso una dichiarazione scientemente falsa.

I provvedimenti di sospensione sono inseriti nel Casellario informatico con decorrenza dalla data della relativa iscrizione.

- Per le esclusioni dalle gare di servizi e forniture, disposte relativamente alle fattispecie indicate nell'allegato A e/o disposte per difetto dei requisiti di ordine speciale o ritardata od omessa comprova degli stessi, ai sensi dell'art. 48 del Codice, nonché per i fatti riguardanti la fase di esecuzione dei contratti di servizi e forniture, elencati nell'allegato B, avvenuti precedentemente alla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della presente Determinazione, e non ancora comunicati all'Autorità, le stazioni appaltanti provvederanno alla relativa segnalazione con le modalità prima indicate, entro 90 giorni dalla suddetta pubblicazione, senza incorrere nelle sanzioni di cui al comma 11 dell'art. 6 del D. Lgs. 12 maggio 2006, n. 163.
- Non costituiscono oggetto di segnalazione e conseguente iscrizione nel casellario informatico le irregolarità meramente formali che risultano nello svolgimento dei procedimenti di gara e che comportano un provvedimento di non ammissione alla gara più che di esclusione.
- In sede di verifica della veridicità della dichiarazioni sostitutive, ai sensi dell'art. 11, comma 8, del codice e dell'art. 71 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, le risultanze della consultazione del casellario informatico non esimono la stazione appaltante dall'onere di verificare direttamente presso le amministrazioni certificanti il possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38.
- Vi è l'obbligo per le stazioni appaltanti di consultare il Casellario informatico nel corso delle procedure di affidamento di contratti pubblici per

l'individuazione degli operatori economici nei cui confronti sussistano cause di esclusione.

In altri termini, le stazioni appaltanti debbono procedere, sulla base delle dichiarazioni presentate dai concorrenti, delle certificazioni dagli stessi prodotte e dai riscontri rilevabili dai dati eventualmente presenti nel Casellario degli operatori economici, ad una immediata verifica circa il permanere, al fine dell'ammissione alla gara, del possesso dei requisiti d'ordine generale da parte dei concorrenti.

Le notizie, le informazioni e i dati contenuti nel Casellario informatico sono accessibili alle stazioni appaltanti tramite collegamento al sito www.autoritacontrattipubblici.it, previa iscrizione nell'apposita sezione "Anagrafe delle amministrazioni" del referente o dei referenti individuati dal rappresentante legale della stazione appaltante con richiesta di abilitazione all'area "annotazioni riservate" e acquisizione, per via telematica, del rilascio della Userid e della Password.

ALLEGATI (Omissis)

DETERMINAZIONE n. 2/2008

del 23/1/2008

**Indicazioni operative sugli appalti riservati – Art. 52 del decreto legislativo
12 aprile 2006, n.163 e s.m.i.**

(Gazzetta Ufficiale n. 42 del 19 febbraio 2008)

IL CONSIGLIO

Considerato in fatto

Il presente atto di determinazione si propone di fornire alcune linee di indirizzo per la corretta applicazione delle norme che consentono di attribuire rilievo, nel settore degli appalti, agli aspetti sociali e/o ambientali.

Al riguardo, la Commissione europea, con distinte comunicazioni interpretative (“Gli appalti pubblici nell’Unione Europea” dell’11 marzo 1998, seguita dalle due comunicazioni del 2001 sugli aspetti ambientali e sociali), aveva fornito indicazioni in materia. Le direttive n. 17/2004 e n. 18/2004 hanno poi previsto disposizioni specifiche sulla possibilità di tenere in considerazione, nell’affidamento e/o nell’esecuzione di contratti pubblici, criteri sociali e ambientali.

Nel recepire le suddette direttive, quindi, il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ha in primo luogo stabilito, all’art. 2, recante i “Principi”, che “il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell’ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile”.

Esso ha inoltre inserito, nella parte relativa ai “requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento”, dedicata quindi ai profili soggettivi della procedura di appalto, l’art. 52 sugli appalti riservati, che attribuisce alle stazioni appaltanti la facoltà di riservare la partecipazione, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell’oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti, oppure riservarne l’esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti, quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili.

Appare opportuno chiarire alcuni aspetti attinenti le predette disposizioni, ai fini della loro corretta applicazione.

L’art. 52, infatti, contempla l’istituto dei laboratori protetti e l’istituto dei programmi di lavoro protetti, non definiti a livello normativo, ed esige un coordinamento con la legislazione nazionale vigente relativa alle cooperative sociali e alle imprese sociali, la quale è espressamente fatta salva dalla medesima disposizione del codice dei contratti.

Data la rilevanza delle questioni prospettate, l’Autorità ha proceduto ad effettuare apposite audizioni con i rappresentanti delle associazioni delle cooperative e delle imprese e con i ministeri interessati, nonché con l’ANCI e l’UPI.

Tutti i partecipanti alle audizioni hanno rilevato l’importanza delle tematiche in questione ed hanno espresso altresì l’esigenza di un atto di indirizzo dell’Autorità che dia indicazioni utili alle stazioni appaltanti ed alle imprese.

Ritenuto in diritto

Appalti riservati (art. 52, D.lgs n.163/2006).

L’art. 52 del D.lgs n.163/2006 prevede che le stazioni appaltanti possano riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, *a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l’esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza*

dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

Al fine di potersi avvalere della disposizione in parola, le stazioni appaltanti devono rendere nota la propria intenzione dandone indicazione nel bando di gara (i modelli di bando sopra soglia contengono la specificazione nel caso in cui la stazione appaltante intenda riservare l'appalto).

Con l'art. 52 il legislatore ha inteso perseguire le esigenze sociali di cui all'art. 2, comma 2, del D.lgs n.163/2006 introducendo una deroga alle condizioni normali di concorrenza in favore di soggetti giuridici e di programmi che promuovono l'integrazione o la reintegrazione dei disabili nel mercato del lavoro. Il perseguimento di un obiettivo di tipo sociale attraverso lo strumento dell'appalto pubblico avviene, quindi, nel caso dell'art. 52, attraverso la creazione di una riserva di partecipazione operante sia sotto il profilo soggettivo (laboratori protetti) che oggettivo (programmi protetti), in entrambi i casi caratterizzata dall'impiego maggioritario di disabili. Detta riserva consente di salvaguardare la posizione degli stessi ponendoli al di fuori di meccanismi esclusivamente concorrenziali.

Come premesso, sia i laboratori protetti che i programmi protetti sono istituti che la normativa nazionale vigente non prevede.

Entrambi fanno la loro comparsa per la prima volta, a livello comunitario, nella Relazione del Parlamento Europeo sulla proposta di direttiva relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori, del 29 ottobre 2001 e, sulla base di quanto ivi previsto e confermato in atti comunitari successivi, sono entrambi caratterizzati dall'impiego di oltre la metà di lavoratori disabili, da intendersi quali portatori di handicap con esclusione, pertanto, delle altre categorie svantaggiate per motivi diversi dalla disabilità.

La disciplina nazionale di recepimento di numerosi paesi europei, quali Francia, Regno Unito, Spagna e Irlanda, che, al contrario dell'Italia, prevedono nei loro ordinamenti gli istituti di che trattasi, si conforma alla previsione del legislatore comunitario facendo chiaramente riferimento alla necessità che, ai fini della riserva, venga sempre integrata la condizione dell'impiego della maggioranza di lavoratori disabili.

In Italia, tenuto conto dell'attuale lacuna normativa, occorre definire le condizioni oggettive che devono ricorrere ai fini dell'identificazione dei lavoratori protetti.

Allo scopo, si ritiene che, affinché la norma non rimanga una semplice enunciazione e sia effettivamente applicata, debbano essere cumulativamente posseduti dal soggetto che intende essere riconosciuto quale laboratorio protetto ai fini dell'art. 52 i seguenti requisiti:

- a) essere un soggetto giuridico, costituito nel rispetto della vigente normativa, che eserciti in via stabile e principale un'attività economica organizzata;
- b) prevedere nei documenti sociali, tra le finalità dell'ente, quella dell'inserimento lavorativo delle persone disabili;
- c) avere nel proprio ambito una maggioranza di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

Per quanto attiene il requisito sub c), si ritiene che per disabili debbano intendersi le persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, i portatori di handicap intellettuale e le persone non vedenti e sordomute (L. 12 marzo 1999, n. 68).

Per ciò che concerne il coordinamento con la vigente normativa in materia di cooperative sociali e imprese sociali, la clausola di salvaguardia posta all'inizio dell'art. 52 (*"Fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali"*) sta ad indicare che le due discipline - quella dell'art. 52 del D.lgs. n.163/2006 e quella della legge n.381/91 e s.m.i – si muovono in ambiti distinti.

Si deve infatti considerare che le cooperative sociali di cui all'art. 1, lettera b), della legge n.381/91 e s.m.i svolgono attività finalizzate all'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate e devono possedere un organico costituito almeno per il 30% da persone disagiate (invalidi fisici, psichici e sensoriali, ex degenti di istituti psichiatrici, tossicodipendenti, alcolisti, i lavoratori minorili in situazioni di difficoltà familiare). Inoltre, l'art. 5 della richiamata legge n.381/91 e s.m.i prevede, al comma 1, che gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società a partecipazione pubblica possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono attività diverse – agricole, industriali, commerciali o di servizi (escluso la fornitura di beni e servizi socio-sanitari ed educativi) – finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate anche in deroga alla disciplina in materia di contratti sottosoglia della pubblica amministrazione e, al comma 4, che nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'onere relativi a forniture di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società a partecipazione pubblica, possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate.

Pur essendo entrambe le disposizioni (art. 52 del D.lgs. n.163/2006 e legge n.381/91 e s.m.i) finalizzate al perseguimento di fini sociali, tuttavia dall'analisi della normativa emerge che le due figure – laboratorio protetto e cooperativa sociale – non coincidono, in quanto i requisiti richiesti per il riconoscimento della figura del laboratorio protetto non corrispondono a quelli normativamente previsti in capo alle cooperative sociali, sia per quanto riguarda le categorie di persone individuate (persone svantaggiate e non solo disabili) sia per quanto

attiene alla percentuale minima di organico che deve essere costituita da dette persone svantaggiate.

Ciò, tuttavia, non comporta che le cooperative sociali di cui all'art. 1, lettera b), della legge n.381/91 e s.m.i. non possano essere riconosciute come laboratori protetti, ma anzi, data l'autonomia degli ambiti di applicazione, ne deriva che esse, come d'altronde ogni altro soggetto giuridico, possono accreditarsi quali laboratori protetti, e quindi avvalersi della riserva di cui all'art. 52, a condizione che possiedano i requisiti sopra individuati. In tal caso, la partecipazione alla gara per detti soggetti avverrà in applicazione del citato D.lgs. n.163/2006.

Per quanto concerne la riserva a favore dei programmi di lavoro protetto, essa non si fonda sulla qualifica soggettiva dei partecipanti alla gara ma sul ricorso, da parte delle imprese partecipanti, nella fase esecutiva dell'appalto, all'impiego, in numero maggioritario, di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. In tali casi, pertanto, la partecipazione alla gara deve intendersi riservata ai soggetti di cui all'art. 34 del D.lgs. n.163/2006, anche privi dei requisiti necessari ai fini del riconoscimento come laboratori protetti, che si avvalgono, ai fini dell'esecuzione dello specifico appalto, di piani che vedono coinvolti una maggioranza di lavoratori disabili, anche sulla base di accordi conclusi con soggetti operanti nel settore sociale.

La disciplina di cui all'art. 52, data la collocazione nella Parte II – Titolo I del D.lgs. n.163/2006, si applica agli appalti di valore superiore alla soglia di rilievo comunitario, nonché, in mancanza di espressa previsione contraria, anche agli appalti sottosoglia.

Infine, un'ultima attenta valutazione va dedicata ai requisiti richiesti per la partecipazione alla gara.

L'espresso richiamo, contenuto nell'art. 52, al rispetto della normativa vigente deve intendersi riferito al rispetto dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale richiesti per la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. Come previsto nell'art. 2, comma 2, del D.lgs. n.163/2006, infatti, al perseguimento di obiettivi di tipo sociale può essere subordinato il solo principio dell'economicità ma non anche, evidentemente, i principi di affidabilità morale e professionale dell'operatore economico o la qualità delle forniture, delle prestazioni e delle opere. Pertanto, ai soggetti che si avvalgono della riserva di cui all'art. 52 deve essere richiesto il possesso dei requisiti generali di partecipazione e di quelli speciali previsti in ragione della tipologia dell'appalto.

Tuttavia, nella definizione dei requisiti di partecipazione, le stazioni appaltanti dovranno attenersi al rispetto del principio di proporzionalità che, nel caso di specie, dovrà essere declinato sia con riferimento all'oggetto dell'appalto e alle sue caratteristiche specifiche sia con riferimento all'obiettivo sociale che si è inteso perseguire con l'introduzione della riserva.

In particolare, le stazioni appaltanti devono:

- specificare nel bando di partecipazione il possesso dei requisiti di ordine generale, i requisiti di idoneità professionale, la capacità economica, finanziaria, tecnica e professionale di cui agli artt. 38-42 del D.lgs n.163/2006;
- specificare nel bando di gara il criterio di selezione delle offerte (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa) e la modalità di verifica delle offerte anormalmente basse di cui agli artt. 81-84 e 86-88 del D.lgs n.163/2006;
- disporre le specifiche tecniche relative all'appalto conformemente alle previsioni del codice dei contratti (art.68).

Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, occorre precisare che la cifra d'affari deve essere proporzionale all'importo posto a base di gara.

Particolare cura, inoltre, dovrà essere posta nella predisposizione del *capitolato d'oneri* con riferimento agli "oneri ed obblighi speciali", quali, a titolo esemplificativo, le modalità ed i tempi di utilizzo del personale disabile per l'intera durata del contratto.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

con riferimento agli appalti riservati (art. 52), è dell'avviso che:

- a) possono essere riconosciuti laboratori protetti ai sensi dell'art. 52 del D.lgs. n.163/2006 e s.m.i. i soggetti che possiedono cumulativamente i seguenti requisiti:
1. essere un soggetto giuridico, costituito nel rispetto della vigente normativa, che esercita in via stabile e principale un'attività economica organizzata;
 2. prevedere nei documenti sociali, tra le finalità dell'ente, quella dell'inserimento lavorativo delle persone disabili;
 3. avere nel proprio ambito una maggioranza di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali;
- b) possono avvalersi della riserva a favore dei programmi di lavoro protetti anche soggetti giuridici diversi dai laboratori protetti che ricorrono, per

l'esecuzione dello specifico appalto, all'impiego, in numero maggioritario, di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali, anche sulla base di accordi conclusi con soggetti operanti nel settore sociale;

c) il ricorso alle procedure di cui all'art. 52 del codice richiede:

- la pubblicazione del bando con la finalità di rendere noto l'appalto ai soggetti interessati;
- la previsione dei requisiti di partecipazione (di ordine generale e di ordine speciale) in maniera analoga agli appalti non riservati nel rispetto del principio di proporzionalità.

DETERMINAZIONE n.3/2008

del 5 marzo 2008

Gazzetta Ufficiale n. 64 del 15 marzo 2008

Sicurezza nell'esecuzione degli appalti relativi a servizi e forniture. Predisposizione del documento unico di valutazione dei rischi (DUVRI) e determinazione dei costi della sicurezza – L. n.123/2007 e modifica dell'Art. 3 del D.Lgs. n.626/1994, e Art. 86, commi 3-bis e 3-ter, del D.lgs n.163/2006.

IL CONSIGLIO

Considerato in fatto

Con la legge 3 agosto 2007, n.123 recante *“Misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia”* è stata introdotta la necessità di redigere, tra i documenti a corredo dell'appalto, un *“documento unico di valutazione dei rischi da interferenze”* (di seguito DUVRI) ed è stato modificato l'art. 86 del codice degli appalti relativo al *“criteri di valutazione delle offerte anormalmente basse”* soprattutto con riguardo all' esclusione di ribassi d'asta per il costo relativo alla sicurezza.

Ai sensi dell'art. 1 di siffatta legge il Governo deve emanare entro nove mesi dalla pubblicazione (avvenuta il 10 agosto 2007) uno o più decreti legislativi per il *“riassetto e la riforma delle disposizioni vigenti in materia di salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro”*.

La prima novità di rilievo operata dalla L. n.123/2007 è contenuta nell'art. 3, comma 1, lett.a), il quale modifica l'art. 7, comma 3, del D.Lgs. n. 16 settembre 1994 n. 626, riguardante il *“miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro”*. La disposizione novellata prevede l'obbligo per il datore di lavoro committente di promuovere la cooperazione ed il coordinamento tra committente e appaltatore attraverso l'elaborazione di un *“documento unico di valutazione dei rischi”* (DUVRI), che indichi le misure adottate per l'eliminazione delle *“interferenze”*. La medesima disposizione aggiunge che *“Tale documento è allegato al contratto d'appalto o d'opera. Le disposizioni del presente comma non si applicano ai rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi”*.

Un'altra importante novità è stata introdotta con l'art.8 della L.123/07, che modifica il comma 3 *bis* dell'art. 86 D.Lgs.163/06 (Codice dei contratti pubblici), che ora prevede che *“Nella predisposizione delle gare d'appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificatamente*

indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture". Il citato articolo 8, ha altresì introdotto un comma 3 ter dell'art. 86 del codice dei contratti pubblici: "Il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta".

Dal delineato quadro normativo emerge, quindi, che i costi della sicurezza – sia nel comparto dei lavori che in quello dei servizi e delle forniture – devono essere dalla stazione appaltante adeguatamente valutati ed indicati nei bandi; a loro volta le imprese dovranno nelle loro offerte indicare i costi specifici connessi con la loro attività. Naturalmente, in sede di verifica dell'anomalia di tali offerte, la stazione appaltante dovrà valutarne la congruità rispetto all'entità e alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura.

Viene, infine, normativamente escluso, anche in questo caso per lavori, servizi e forniture data la natura generale del principio esposto all'art. 86 comma 3 ter, che il costo della sicurezza sia suscettibile di ribasso.

Considerata la rilevanza delle questioni e delle problematiche già insorte nell'applicazione delle nuove disposizioni in materia di appalti di servizi e forniture, l'Autorità ha proceduto ad effettuare apposite audizioni con i rappresentanti dell'ANCI – Associazione Nazionale Comuni Italiani, dell'UPI – Unione delle Province d'Italia, di ITACA – Istituto per l'innovazione e la trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale, del Ministero del Lavoro e Previdenza – Direzione Generale per le politiche Previdenziali, del Ministero della Solidarietà Sociale – Direzione Generale della Tutela Cond. Lav., dell'ANCE – Direzione Generale Relazioni Industriali e Direzione Generale Sicurezza Costruzioni, dell'ANIEM – Associazione Nazionale Imprese Edili, della CNA Costruzioni – Conf. Naz. Artig. Piccola e Media impresa, della CONFAPI, della CONFINDUSTRIA, dell'Associazione Nazionale Ingegneria della Sicurezza, della FILCA – CISL, della FILLEA – CGIL, dell'INAIL, dell'INPS, di ASSTRA – Associazione Trasporti, dell'ANAEP, della FILCAMS – CGIL, della TUCS – UIL, della FISASCT – CISL, della FENEAL –UIL.

In tali audizioni è emersa l'importanza della tematica sulla sicurezza e l'esigenza di un atto di indirizzo dell'Autorità che dia indicazioni utili alle stazioni appaltanti ed alle imprese; sono stati, inoltre, forniti importanti contributi che hanno concorso a chiarire alcuni aspetti della normativa in materia.

Ritenuto in diritto

Le citate novità introdotte dalla legge n.123/07 in materia di sicurezza creano difficoltà operative alle Stazioni Appaltanti con particolare riguardo al settore dei servizi e delle forniture, poiché, non c'è, allo stato attuale, una normativa analoga a quella prevista per gli appalti di lavori (D.lgs n.494/96 e D.P.R n.222/2003), che dia indicazioni specifiche sia sulle modalità di redazione del DUVRI, sia sulle modalità di valutazione dei relativi costi.

Gli aspetti che si ritiene di dover chiarire riguardano in particolare:

- A. Esistenza di "interferenze" e il conseguente obbligo di redazione del DUVRI;
- B. Valutazione dei costi della sicurezza;
- C. Costi della sicurezza da non assoggettare a ribasso.

- A. Esistenza di "interferenze" e il conseguente obbligo di redazione del DUVRI;

Il DUVRI si configura quale adempimento derivante dall'obbligo, previsto dal novellato art.7 comma 3, del Dlgs 626/94, del datore di lavoro committente di promuovere la cooperazione e il coordinamento tra lo stesso e le imprese appaltatrici e/o i lavoratori autonomi. Si tratta di un documento da redigersi a cura delle stazioni appaltanti e che deve dare indicazioni operative e gestionali su come superare uno dei maggiori ostacoli alla prevenzione degli incidenti nei luoghi di lavoro e nei cantieri: l'"interferenza".

Si parla di interferenza nella circostanza in cui si verifica un “contatto rischioso” tra il personale del committente e quello dell’appaltatore o tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti.

In linea di principio, occorre mettere in relazione i rischi presenti nei luoghi in cui verrà espletato il servizio o la fornitura con i rischi derivanti dall’esecuzione del contratto.

Le Stazioni Appaltanti hanno come unico riferimento per la redazione del DUVRI l’art. 7 del citato D.lgs n.626/94 riguardante i contratti di appalto o contratti d’opera, che non fornisce indicazioni di dettaglio sulle modalità operative per la sua redazione.

Dal dettato normativo, tuttavia, discende che il DUVRI deve essere redatto solo nei casi in cui esistano interferenze. In esso, dunque, non devono essere riportati i rischi propri dell’attività delle singole imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi, in quanto trattasi di rischi per i quali resta immutato l’obbligo dell’appaltatore di redigere un apposito documento di valutazione e di provvedere all’attuazione delle misure necessarie per ridurre o eliminare al minimo tali rischi.

In assenza di interferenze non occorre redigere il DUVRI; tuttavia si ritiene necessario indicare nella documentazione di gara (bandi, inviti e richieste di offerta) che l’importo degli oneri della sicurezza è pari a zero. In tal modo, infatti, si rende noto che la valutazione dell’eventuale esistenza di interferenze è stata comunque effettuata, anche se solo per escluderne l’esistenza.

Per quanto riguarda la problematica inerente la sussistenza o meno di interferenze, a mero titolo esemplificativo si possono considerare interferenti i seguenti rischi:

- derivanti da sovrapposizioni di più attività svolte da operatori di appaltatori diversi;
- immessi nel luogo di lavoro del committente dalle lavorazioni dell'appaltatore;
- esistenti nel luogo di lavoro del committente, ove è previsto che debba operare l'appaltatore, ulteriori rispetto a quelli specifici dell'attività propria dell'appaltatore;
- derivanti da modalità di esecuzione particolari richieste esplicitamente dal committente (che comportino pericoli aggiuntivi rispetto a quelli specifici dell'attività appaltata),.

Si rammenta che la circolare interpretativa del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale n.24 del 14 novembre 2007 ha escluso dalla valutazione dei rischi da interferenza le attività che, pur essendo parte del ciclo produttivo aziendale, si svolgano in luoghi sottratti alla giuridica disponibilità del committente e, quindi, alla possibilità per la Stazione Appaltante di svolgere nei medesimi luoghi gli adempimenti di legge.

Appare utile, in ogni caso, precisare come taluni appalti di servizi o forniture si svolgono all'interno di edifici pubblici ove è presente un datore di lavoro che non è committente (scuole, mercati, musei, biblioteche). In tali fattispecie è necessario che il committente (in genere l'ente proprietario dell'edificio) si coordini con il datore di lavoro del luogo ove si svolgerà materialmente la fornitura o il servizio.

Deve, inoltre, essere sottolineato che la valutazione dei rischi da interferenza, in particolare negli edifici quali, a titolo esemplificativo, ospedali e scuole, deve avvenire con riferimento non solo al personale interno ed ai lavoratori delle

imprese appaltatrici, ma anche agli utenti che a vario titolo possono essere presenti presso la struttura stessa quali i degenti, gli alunni ed anche il pubblico esterno.

Per gli appalti di seguito riportati è possibile escludere preventivamente la predisposizione del DUVRI e la conseguente stima dei costi della sicurezza:

- la mera fornitura senza installazione, salvo i casi in cui siano necessarie attività o procedure suscettibili di generare interferenza con la fornitura stessa, come per esempio la consegna di materiali e prodotti nei luoghi di lavoro o nei cantieri (con l'esclusione di quelli ove i rischi interferenti sono stati valutati nel piano di sicurezza e coordinamento, come precisato nel seguito);
- i servizi per i quali non è prevista l'esecuzione all'interno della Stazione appaltante, intendendo per "interno" tutti i locali/luoghi messi a disposizione dalla stessa per l'espletamento del servizio, anche non sede dei propri uffici;
- i servizi di natura intellettuale, anche se effettuati presso la stazione appaltante.

La citata circolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale ha poi chiarito che il DUVRI è un documento "dinamico", per cui la valutazione dei rischi effettuata prima dell'espletamento dell'appalto deve essere necessariamente aggiornata in caso di situazioni mutate, quali l'intervento di subappalti o di forniture e posa in opera o nel caso di affidamenti a lavoratori autonomi. L'aggiornamento della valutazione dei rischi deve essere inoltre effettuato in caso di modifiche di carattere tecnico, logistico o organizzativo rese necessarie nel corso dell'esecuzione dell'appalto o allorché, in fase di esecuzione del contratto, emerga la necessità di un aggiornamento del documento. Nei contratti rientranti nel campo di applicazione del D.Lgs.

n.494/96, per i quali occorre redigere il Piano di sicurezza e Coordinamento, l'analisi dei rischi interferenti e la stima dei relativi costi sono contenuti nel Piano di Sicurezza e Coordinamento e, quindi, in tale evenienza non appare necessaria la redazione del DUVRI.

Infine, si fa presente che il DUVRI è un documento tecnico, che dovrà essere allegato al contratto di appalto, poiché l'appaltatore dovrà espletare le attività ivi previste, volte alla eliminazione dei rischi. Pertanto, esso va considerato alla stessa stregua delle specifiche tecniche (art. 68 del Codice contratti pubblici), in quanto deve consentire pari accesso agli offerenti, non deve comportare la creazione di ostacoli ingiustificati alla concorrenza e deve, quindi, essere messo a disposizione dei partecipanti alla gara.

B. Valutazione dei costi della sicurezza

Per quantificare i costi della sicurezza da interferenze, in analogia agli appalti di lavori, si può far riferimento, in quanto compatibili, alle misure di cui all'art. 7 comma 1 del DPR n.222/2003 inserite nel DUVRI ed in particolare :

- a) gli apprestamenti (come ponteggi, trabattelli, etc.);
- b) le misure preventive e protettive e dei dispositivi di protezione individuale eventualmente necessari per eliminare o ridurre al minimo i rischi da lavorazioni interferenti;
- c) gli eventuali impianti di terra e di protezione contro le scariche atmosferiche, degli impianti antincendio, degli impianti di evacuazione fumi (se non presenti o inadeguati all'esecuzione del contratto presso i locali/luoghi del datore di lavoro committente);

- d) i mezzi e servizi di protezione collettiva (come segnaletica di sicurezza, avvisatori acustici, etc.);
- e) le procedure previste per specifici motivi di sicurezza;
- f) gli eventuali interventi finalizzati alla sicurezza e richiesti per lo sfasamento spaziale o temporale delle lavorazioni interferenti;
- g) le misure di coordinamento relative all'uso comune di apprestamenti, attrezzature, infrastrutture, mezzi e servizi di protezione collettiva.

La stima dei costi dovrà essere congrua, analitica per singole voci, riferita ad elenchi prezzi standard o specializzati, oppure basata su prezziari o listini ufficiali vigenti nell'area interessata, o sull'elenco prezzi delle misure di sicurezza del committente; nel caso in cui un elenco prezzi non sia applicabile o non sia disponibile, la stima dovrà essere effettuata con riferimento ad una analisi dei costi dettagliata e desunta da indagini di mercato.

Si precisa che anche nell'ipotesi di subappalto gli oneri relativi alla sicurezza non devono essere soggetti a riduzione e vanno evidenziati separatamente da quelli soggetti a ribasso d'asta nel relativo contratto tra aggiudicataria e subappaltatore. In tal caso, inoltre, il direttore dell'esecuzione è tenuto a verificare che l'appaltatore committente corrisponda i costi della sicurezza anche all'impresa subappaltatrice.

Potrebbe, infine, verificarsi la situazione in cui è prevista la possibilità per gli offerenti di presentare varianti, quando il criterio di aggiudicazione della gara è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art.76 del Codice dei contratti pubblici) o quando emerge la necessità di modifiche in corso di

esecuzione del contratto derivanti da intervenute esigenze di carattere tecnico, logistico ed organizzativo nei casi stabiliti dal codice (art.114 del Codice dei contratti pubblici). In tali casi si potrebbe verificare la necessità di modificare il DUVRI, attività che può comportare una rideterminazione degli oneri di sicurezza per interferenza. Al riguardo, si palesa l'opportunità da parte della stazione appaltante di prevedere tra le somme a disposizione una voce relativa ad imprevisti a cui poter attingere anche in tale evenienza.

Non è da escludere, infine, che nella fase di cooperazione e coordinamento che precede la stesura finale del DUVRI da allegare al contratto emerga la necessità di apportare modifiche al documento già posto a base d'appalto.

In analogia a quanto previsto dall'art.131 del codice, relativamente ai lavori, può, quindi, prevedersi in tale fase la possibilità per l'appaltatore di presentare proposte integrative al DUVRI, proposte che naturalmente dovranno rappresentare oggetto di attenta valutazione da parte delle stazioni appaltanti. L'art. 131, comma 2, lett. a) del codice prevede infatti che entro 30 giorni dall'aggiudicazione e comunque prima della consegna dei lavori, l'appaltatore od il concessionario può presentare alle amministrazioni aggiudicatrici eventuali proposte integrative del piano di sicurezza e di coordinamento.

Si evidenzia, quindi, l'opportunità di inserire nel capitolato d'onori una apposita dicitura, la quale indichi che il committente ha redatto (o non ha redatto) il DUVRI e che tale documento potrà essere aggiornato dallo stesso committente, anche su proposta dell'esecutore del contratto, in caso di modifiche di carattere tecnico, logistico o organizzativo incidenti sulle modalità realizzative; tale documento potrà, inoltre, essere integrato su proposta dell'aggiudicatario da formularsi entro 30 giorni dall'aggiudicazione ed a seguito della valutazione del committente.

C. Costi della sicurezza da non assoggettare a ribasso.

In merito al novellato art. 86, comma 3 *bis* del Codice dei contratti pubblici, occorre chiarire se i costi della sicurezza non assoggettabili a ribasso siano soltanto quelli relativi alle misure preventive e protettive necessarie ad eliminare o ridurre al minimo i rischi di interferenza oppure siano tutti i costi riguardanti l'applicazione delle misure di sicurezza, ivi compresi quelli a carico dell'impresa connessi ai rischi relativi alle proprie attività.

Per risolvere questa problematica è necessario considerare che le modifiche all'art. 86 del Codice dei contratti pubblici si collocano nell'ambito dei "*criteri di valutazione delle offerte anormalmente basse*", come recita espressamente la titolazione della disposizione citata. In quest'ottica, il legislatore ha chiesto alla stazione appaltante di valutare, nella verifica della congruità delle offerte, che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza. Quest'ultimo costo, pertanto, deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, servizi e forniture. D'altro canto anche l'art. 87, comma 4, allo stesso riguardo del Codice dei contratti pubblici precisa che "*Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e caratteristiche dei servizi e delle forniture*".

Va inoltre considerato che la più volte citata Circolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale ha precisato che "*..., per tutti gli altri rischi non riferibili alle interferenze resta immutato l'obbligo per ciascuna impresa di elaborare il proprio documento di valutazione dei rischi e di provvedere all'attuazione delle misure di sicurezza necessarie per eliminare o ridurre al minimo i rischi specifici propri dell'attività svolta*".

Infine, occorre rilevare che i rischi dell'attività svolta da ciascuna impresa sono noti alla stessa in maniera puntuale, mentre non è possibile per la stazione

appaltante conoscere le diverse realtà organizzative delle imprese che si aggiudicheranno il servizio o la fornitura, realtà cui sono strettamente connessi i rischi delle relative attività.

Sulla base di quanto sopra discende che:

1. per i costi della sicurezza afferenti all'esercizio dell'attività svolta da ciascuna impresa, resta immutato l'obbligo per la stessa di elaborare il proprio documento di valutazione e di provvedere all'attuazione delle misure necessarie per eliminare o ridurre al minimo i rischi. I suddetti costi sono a carico dell'impresa, la quale deve dimostrare, in sede di verifica dell'anomalia delle offerte, che gli stessi sono congrui rispetto a quelli desumibili dai prezzi o dal mercato;
2. per quanto riguarda i costi della sicurezza necessari per la eliminazione dei rischi da interferenze, essi vanno tenuti distinti dall'importo a base d'asta e non sono soggetti a ribasso. In fase di verifica dell'anomalia, detti costi non sono oggetto di alcuna verifica essendo stati quantificati e valutati a monte dalla Stazione Appaltante.

Rispetto alla valutazione dei costi a carico delle imprese di cui al precedente punto 1), si sottolinea che la stessa deve essere effettuata anche in quei casi in cui non si procede alla verifica delle offerte anomale (ad esempio per l'affidamento mediante procedura negoziata).

Conclusioni

Alla luce delle precedenti considerazioni l'Autorità ritiene che:

- A. per gli appalti di seguito riportati è possibile escludere preventivamente la predisposizione del DUVRI e la conseguente stima dei costi della sicurezza:
- a. la mera fornitura senza installazione, salvo i casi in cui siano necessarie attività o procedure suscettibili di generare interferenza con la fornitura stessa, come per esempio la consegna di materiali e prodotti nei luoghi di lavoro o nei cantieri;
 - b. i servizi per i quali non è prevista l'esecuzione all'interno della Stazione appaltante, intendendo per "interno" tutti i locali/luoghi messi a disposizione dalla stazione appaltante per l'espletamento del servizio, anche non sede dei propri uffici;
 - c. i servizi di natura intellettuale, anche se effettuati presso la stazione appaltante
- B. Sono quantificabili come costi della sicurezza da interferenze le misure, in quanto compatibili, di cui all'art.7 comma 1 del DPR n.222/2003 previste nel DUVRI, richiamate in precedenza;
- C. per i costi della sicurezza afferenti all'esercizio dell'attività svolta da ciascuna impresa, resta immutato l'obbligo per la stessa di elaborare il proprio documento di valutazione e di provvedere all'attuazione delle misure necessarie per eliminare o ridurre al minimo i rischi. I suddetti costi sono a carico dell'impresa, la quale deve dimostrare, in sede di verifica dell'anomalia delle offerte, che gli stessi sono congrui rispetto a quelli desumibili dai prezzi o dal mercato.
- I costi della sicurezza necessari per la eliminazione dei rischi da interferenze vanno tenuti distinti dall'importo a base d'asta e non sono

soggetti a ribasso. In fase di verifica dell'anomalia, detti costi non sono oggetto di alcuna verifica essendo stati quantificati e valutati a monte dalla stazione appaltante.

Determinazione n. 4/2008

del 2 aprile 2008

Gazzetta Ufficiale n. 89 del 15-4-2008

Oggetto: Realizzazione di opere pubbliche da parte di privati nell'ambito di accordi convenzionali stipulati con le amministrazioni

Considerato in fatto

Sono state sottoposte all'attenzione dell'Autorità alcune richieste di parere relative alle procedure da seguire per la realizzazione di opere pubbliche nell'ambito di accordi convenzionali stipulati con amministrazioni pubbliche, in particolare nell'ambito della disciplina dei piani di riqualificazione urbana (legge 4 dicembre 1993, n. 493) e dei piani integrati di intervento (legge 17 febbraio 1992, n. 179).

Stante il rilievo della questione ed il coinvolgimento di numerosi interessi di settore, è stata convocata un'audizione, alla quale hanno partecipato i rappresentanti del Ministero delle Infrastrutture, dell'Associazione Nazionale Costruttori Edili (ANCE), dell'Associazione Nazionale Comuni d'Italia (ANCI) e della Associazione Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro (ANCPL).

Sono peraltro pervenuti apporti documentali anche da parte dell'Associazione Imprese Generali (AGI), e dell'Associazione Costruttori Edili di Roma e Provincia (ACER).

Considerato in diritto

1. In via preliminare, occorre rilevare che gli accordi convenzionali citati rientrano nel più ampio genus dei cosiddetti “programmi complessi”, che a partire dagli anni '90 sono stati introdotti nel sistema nazionale di governo del territorio, trasferendo sul piano negoziale sia i rapporti tra i soggetti pubblici coinvolti, sia quelli tra gli stessi soggetti pubblici e i soggetti privati interessati, attribuendo a questi ultimi un ruolo attivo nella politica di trasformazione territoriale. Detti programmi si caratterizzano, quindi, per rappresentare un complesso sistematico di interventi pubblici e privati accompagnato anche da un completamento delle opere di urbanizzazione, al fine di valorizzare qualitativamente l'ambito territoriale oggetto di intervento.

L'accordo sulla base del quale si dà attuazione al programma si fonda, sostanzialmente, su uno “scambio di prestazioni”: a fronte del riconoscimento al soggetto privato di diritti edificatori, vengono cedute dallo stesso privato aree e/o realizzate opere di adeguamento infrastrutturale e di trasformazione del territorio. Si tratta di ipotesi in cui, a compenso di benefici conseguiti dai privati (come ad esempio quelli derivanti da modificazioni di destinazione urbanistica di aree), questi si impegnano a realizzare, quale controprestazione in favore dell'amministrazione, opere di pubblico interesse.

Questi accordi trovano la loro espressione formale, in particolare, nelle convenzioni urbanistiche, il cui archetipo è la convenzione di lottizzazione prevista dall'art. 28 della legge n. 1150/1942 e si iscrivono a pieno titolo nell'alveo dell'amministrazione negoziata, ove l'esercizio del potere viene canalizzato nelle forme dell'accordo con i potenziali destinatari dei suoi effetti.

2. Ciò premesso, occorre ora chiedersi se le opere che il privato si impegna a realizzare mediante le convenzioni citate siano da ritenersi assoggettate alla disciplina comunitaria e nazionale vigente in materia.

A tal fine sembra opportuno, in primo luogo, richiamare la sentenza della Corte di Giustizia europea del 12/07/2001 (causa C399-98), in materia di esecuzione di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione oggetto delle convenzioni di lottizzazione, così come disciplinata dalla normativa italiana di riferimento all'epoca vigente (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380; legge 29 settembre 1964, n. 867; legge 17 agosto 1942, n. 1150).

Ebbene, il giudice europeo, con la sentenza citata, ha affermato che la realizzazione delle opere di urbanizzazione di cui trattasi è da ricondurre al genus “appalto pubblico di lavori”, stante il ricorrere dei seguenti elementi:

- la qualità di amministrazione aggiudicatrice degli enti procedenti (enti

pubblici territoriali);

- la riconducibilità delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria alla categoria delle opere pubbliche in senso stretto, stante la loro idoneità funzionale a soddisfare le esigenze della collettività ed il pieno controllo dell'amministrazione competente sulla realizzazione delle opere medesime, a nulla rilevando che l'opera sia inizialmente privata, in quanto le opere di urbanizzazione hanno per propria natura una intrinseca finalità pubblica;
- la natura contrattuale del rapporto fra l'amministrazione e il privato lottizzante, posto che la convenzione di lottizzazione, sottoscritta dalle parti, stabilisce diritti ed obblighi delle parti, ivi compresa l'esatta individuazione delle opere di urbanizzazione che il privato è tenuto a realizzare, nonché le relative condizioni di esecuzione;
- la natura onerosa di tale contratto, considerando che l'amministrazione comunale, accettando la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione, rinuncia a pretendere il pagamento dell'importo dovuto a titolo di contributo, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 10/1977, e che, pertanto, il titolare della concessione edilizia o del piano di lottizzazione, attraverso la realizzazione diretta delle opere, estingue un debito di pari valore, secondo lo schema civilistico dell'obbligazione alternativa.

Poiché si tratta, quindi, di appalti pubblici di lavori, la Corte di giustizia ha ritenuto applicabile agli stessi l'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria; obbligo che sussiste anche nel caso in cui la scelta degli imprenditori incaricati della progettazione e dell'esecuzione delle opere spetti al lottizzante (titolare del permesso di costruire), non essendo necessario che il soggetto che conclude un contratto con l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente la prestazione pattuita, potendo tale soggetto farla eseguire a terzi.

Da ciò l'applicabilità alla fattispecie in questione del concetto di mandato, quale conferimento dei poteri relativi all'espletamento delle gare al privato lottizzante, fatti comunque salvi i poteri relativi alla sorveglianza, al controllo ed alla direzione nella realizzazione delle opere, che rimangono in capo all'amministrazione.

Alla luce di tale arresto comunitario, occorre comprendere se i principi enucleati nella descritta pronuncia eccedano l'ambito preso in esame nel caso di specie e possano trovare applicazione nei confronti di altre forme di negoziazione tra la pubblica amministrazione ed il privato.

In particolare, occorre stabilire se, anche per le fattispecie in esame, ricorrano gli elementi che hanno indotto la Corte di Giustizia ad ascrivere all'"appalto pubblico di lavori" la realizzazione delle opere di

urbanizzazione a scomputo.

Invero, anche nelle ipotesi oggetto della presente determinazione non sembra dubbio che ricorra la qualità di amministrazione aggiudicatrice in capo all'ente pubblico procedente e, sotto il profilo oggettivo, che oggetto di esecuzione siano opere pubbliche, trattandosi comunque e sempre di opere di interesse generale realizzate a vantaggio della collettività.

Del pari, può sostenersi la natura negoziale del rapporto pubblico-privato, in quanto le convenzioni urbanistiche hanno indubbia natura contrattuale, disciplinando il rapporto tra le parti con valore vincolante, sulla base di uno scambio sinallagmatico.

Infatti, il carattere oneroso della prestazione deve ritenersi sussistere in qualunque caso in cui, a fronte di una prestazione, vi sia il riconoscimento di un corrispettivo che può essere, a titolo esemplificativo, in denaro, ovvero nel riconoscimento del diritto di sfruttamento dell'opera (concessione) o ancora mediante la cessione in proprietà o in godimento di beni. In altri termini, il vantaggio economico in cui consiste la causa del negozio non deve obbligatoriamente essere limitato ad una corresponsione in denaro, ma ben può consistere in un riconoscimento di diritti suscettibili di valutazione economica.

Ne consegue, quindi, che le convenzioni urbanistiche mediante le quali i privati si obbligano a realizzare opere pubbliche presentano elementi e natura tali da essere riconducibili, sul piano tassonomico, allo stesso genus dei piani di lottizzazione, ancorché si configurino come tipi differenti di piani attuativi (i cosiddetti programmi complessi).

Ciò in quanto, come sopra riferito, la realizzazione di opere da parte del privato avviene comunque sulla base di accordi convenzionali conclusi dallo stesso con l'amministrazione per il raggiungimento di un proprio interesse patrimoniale, che è la causa del negozio giuridico in base al quale il privato stesso assume su di sé l'obbligo di realizzare le opere di cui trattasi.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, si può ritenere che le fattispecie in esame siano da ricondurre alla categoria dell'"appalto pubblico di lavori", da ciò derivando, come necessario corollario, che esse debbano essere affidate secondo procedure ad evidenza pubblica nel rispetto del diritto comunitario e nazionale vigente.

Né osta a tale ricostruzione il fatto che la realizzazione delle opere avviene tramite soggetti privati, atteso che la Corte Costituzionale, con sentenza 28 marzo 2006 n. 129, ha espressamente stabilito che " il

ricorso a procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente non può essere ritenuto incompatibile con gli accordi tra privati e pubblica amministrazione, giacchè la possibilità che tali procedure siano svolte dagli stessi privati risulta già ammessadal citato art.2, comma 5, della legge 109/1994.”

3. Sulla base di quanto suesposto, si pone ora il problema di individuare quali siano in concreto le procedure ad evidenza pubblica da applicare. Ciò in quanto le fattispecie in esame, pur contemplando, come sopra visto, la realizzazione di opere pubbliche, non trovano tuttavia una specifica regolamentazione nel d.lgs. n. 163/2006, avendo il legislatore ivi disciplinato in maniera espressa, a fianco delle ordinarie procedure per la realizzazione di opere pubbliche, la sola fattispecie delle opere di urbanizzazione a scomputo di contributi concessori o conseguenti a piani di lottizzazione.

Occorre, quindi, stabilire se le fattispecie in esame possano essere ricondotte nella speciale disciplina dettata dal Codice per le opere a scomputo di oneri concessori o relative a convenzioni di lottizzazione o se invece debbano ricadere nella generale disciplina in materia di contratti pubblici contemplata nel medesimo decreto legislativo. Ovviamente la soluzione dovrà avere particolare riguardo al fatto che nell'ambito degli accordi convenzionali in questione può essere ricompresa non solo la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria, ma anche altri tipi di interventi edilizi a queste ultime non strettamente assimilabili (cfr. Tar Lombardia, Milano, n. 6541/2007).

Com'è noto, per quanto riguarda le opere di urbanizzazione a scomputo di oneri concessori, la relativa disciplina positiva è individuabile nel combinato disposto dell'art. 32, comma 1, lett. g), del d.lgs. 163/2006 (come modificato dal d.lgs. n. 113/2007), per gli interventi di valore superiore alla soglia comunitaria, e nell'art. 121, comma 1, e 122, comma 8, dello stesso decreto legislativo, per quelli di valore inferiore a tale soglia.

Dalle norme sopra citate si evince che il titolare del permesso di costruire o il privato lottizzante, per la realizzazione dei lavori di urbanizzazione primaria e secondaria di importo superiore alla soglia comunitaria, ha la duplice possibilità di esperire egli stesso le procedure di gara nel rispetto della disciplina normativa contenuta nel Codice (sulla base di un mandato conferito dall'amministrazione: cfr. Corte Giustizia 12 luglio 2001 , C-399/98, sopra citata) ovvero assumere la veste di promotore nell'ambito di una procedura ispirata al modello del project financing.

Analogamente, per i lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, ad eccezione delle opere di urbanizzazione primaria, per le quali il legislatore ammette la diretta realizzazione da parte del titolare del permesso di costruire o privato lottizzante, occorre fare applicazione della disciplina comune dettata per la scelta del contraente .

Orbene, ai fini dell'estensibilità della disciplina richiamata anche alle opere da realizzarsi nell'ambito dei cosiddetti "programmi complessi", si formulano le seguenti osservazioni.

Da un lato il legislatore, relativamente alle opere di valore superiore alla soglia comunitaria, sembra aver voluto delimitare l'applicabilità della disciplina ivi dettata alla sola ipotesi delle opere previste a fronte di un singolo "permesso di costruire", eventualmente ricomprese nei piani di lottizzazione, avendo ommesso di riportare la locuzione "*a quanto agli interventi assimilabile*", presente invece nel previgente art. 2, comma 5, della legge n. 109/94 e s.m..

D'altro canto, però, per quanto riguarda le opere di valore inferiore alla soglia comunitaria, con la modifica apportata all'art. 122, comma 8, del Codice da parte del secondo decreto correttivo (d.lgs.113/2007), il legislatore ha utilizzato un parametro ben più flessibile, laddove ha ritenuto di ricomprendere (peraltro in recepimento delle osservazioni espresse dal Consiglio di Stato) anche le *ipotesi in cui le opere siano funzionalmente connesse all'intervento edilizio assentito*. Si tratta, cioè, di una fattispecie più ampia di quella dell'intervento pertinenziale al singolo edificio e conformata da un vincolo di funzionalità teleologica sotto il profilo edilizio-urbanistico.

Inoltre, occorre considerare che la stessa Corte Costituzionale, con la sentenza citata n. 129/2006, ha sostanzialmente ritenuto assimilabili le fattispecie delle opere realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione a quelle derivanti in genere da accordi conclusi fra l'amministrazione e i privati, trattandosi pur sempre di fattispecie appartenenti alla cosiddetta urbanistica negoziata, nelle quali l'intervento si iscrive in un contesto pattizio tra amministrazione e privati. In entrambi i casi, infatti, si tratta di accordi a titolo oneroso che i privati proprietari stipulano con le amministrazioni e che sfociano nella realizzazione diretta degli interventi necessari.

Peraltro, va evidenziato come il contenuto dei piani di lottizzazione è comune a tutti i piani attuativi, dai Programmi integrati d'intervento ai Programmi di riqualificazione urbana, per cui un'interpretazione restrittiva del campo di applicazione del citato art. 32 del Codice non risulterebbe coerente con i principi ermeneutici di non contraddizione e di intrinseca coerenza logico-istematica.

D'altro lato, ove si ritenessero non assimilabili le fattispecie in esame, si dovrebbe optare per la pedissequa applicazione della disciplina relativa alla scelta del contraente e ciò renderebbe concretamente non praticabile l'accordo complesso finalizzato alla trasformazione del territorio, con correlata disapplicazione della normativa di riqualificazione urbana e del territorio sopra richiamata. Osterebbe a tale possibilità, infatti, la presenza di soggetti direttamente individuati dal rapporto dominicale con le aree interessate dalle trasformazioni del territorio.

La riconduzione delle medesime fattispecie alla disciplina delle opere a scomputo dei contributi di urbanizzazione consente, invece, la coesistenza ordinamentale dei due ordini di regolamentazione, con salvezza, quindi, dei principi in materia di concorsualità nella individuazione dei contraenti della pubblica amministrazione.

Può, pertanto, ritenersi che la realizzazione di opere ricomprese nei "programmi complessi" debba essere disciplinata ai sensi dei citati art. 32, 121 e 122 del d.lgs. n. 163/2006.

4. Dalle due fattispecie sopra descritte va tenuto distinto il caso in cui la scelta del soggetto con cui concludere la convenzione urbanistica non discenda da un proposta autonoma del privato interessato, ma derivi da un reale confronto concorrenziale posto in essere *preventivamente* dall'amministrazione, con la fissazione dei criteri di scelta del privato contraente, accompagnata dalla richiesta dei prescritti requisiti di qualificazione per la esecuzione dei lavori.

In questa ipotesi, infatti, il privato formula le proprie proposte in piena concorrenza con altri operatori economici, sulla base di un'adeguata pubblicizzazione dell'iniziativa da parte dell'amministrazione e il soggetto che risulterà aggiudicatario potrà legittimamente eseguire in proprio l'intervento.

Al riguardo è opportuno evidenziare che le procedure ad evidenza pubblica che risultano più consone al tipo di affidamento in questione sembrano essere la finanza di progetto di cui agli artt. 153 e seguenti ed il dialogo competitivo di cui all'art. 58 del Codice dei contratti (al momento non ancora concretamente utilizzabile, non essendo stato emanato ed entrato in vigore il regolamento attuativo ex art. 5) a seconda che l'amministrazione ritenga di addivenire ad un affidamento concessorio, includendovi quindi anche l'eventuale successiva gestione delle opere realizzate, ovvero ad un mero appalto per l'esecuzione delle opere.

Entrambi gli istituti richiamati consentono, infatti, all'amministrazione di instaurare un dialogo aperto con gli offerenti, stante la flessibilità delle

procedure ivi previste, che rispondono maggiormente alla complessità degli interventi che l'amministrazione generalmente pone in essere nell'ambito dei cosiddetti programmi complessi.

In particolare, il ricorso all'istituto del dialogo competitivo consentirebbe all'amministrazione di verificare le risposte del mercato relativamente a tutti gli aspetti dell'intervento, al fine di addivenire alla miglior definizione del progetto anche mediante la combinazione dei migliori elementi delle proposte pervenute dai privati.

Sulla base di quanto sopra considerato,

IL CONSIGLIO

ritiene che:

- la realizzazione di opere prevista dalle convenzioni urbanistiche rientra nella nozione di appalto pubblico di lavori;
- l'affidamento dell'esecuzione delle suddette opere soggiace alla disciplina contenuta negli artt. 32, comma 1, lett. g), 121, comma 1, e 122, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006, salvo il caso in cui le amministrazioni procedenti abbiano esperito preventivamente una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del privato sottoscrittore del relativo accordo convenzionale.

DETERMINAZIONE N. 5 8 ottobre 2008

Utilizzo del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa negli appalti di lavori pubblici.

Gazzetta Ufficiale n. 273 del 21/11/2008

Considerato in fatto.

L'applicazione dell'art. 81 del decreto legislativo n. 163/2006 che, come noto, ha eliminato anche nel settore dei lavori pubblici i limiti giuridici all'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa ha provocato, tra gli operatori del settore, perplessita' e dubbi interpretativi riconducibili alla difficolta' di superare un sistema di valutazione delle offerte basato, sotto la vigenza della legge n. 109/1994, essenzialmente su meccanismi automatici.

E' stato quindi rivolto all'Autorita' l'invito a fornire, in forza dei suoi poteri di regolazione del mercato dei lavori pubblici, indicazioni circa l'utilizzo del criterio

dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa da parte delle stazioni appaltanti, sia sotto il profilo della fissazione delle condizioni legittimanti la scelta del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa rispetto al criterio del prezzo piu' basso, sia per cio' che concerne l'indicazione delle modalita' applicative del criterio medesimo.

Cio' al fine di evitare che un eventuale utilizzo distorto del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa da parte delle stazioni appaltanti determini l'esercizio di una discrezionalita' svincolata da qualsiasi criterio oggettivo e, quindi, suscettibile di tradursi in violazione dei principi di parita' di trattamento degli operatori economici e di correttezza dell'azione amministrativa.

Stante il rilievo della questione ed il coinvolgimento di numerosi interessi di settore, l'Autorita' ha convocato in due successive audizioni gli operatori del settore.

Tenendo conto delle considerazioni svolte in tali sedi ed al fine di fornire un ausilio agli operatori del settore, l'Autorita' ritiene opportuno fornire alcuni indirizzi di carattere operativo.

Ritenuto in diritto.

1. L'art. 81, comma 1, del decreto legislativo n. 163/2006 prevede che, nei contratti pubblici, la scelta della migliore offerta si basi, alternativamente, sul criterio del prezzo piu' basso o sul criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa. Ai sensi dell'art. 81, comma 2, le stazioni appaltanti scelgono tra i due indicati criteri «quello piu' adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto».

Le citate disposizioni rappresentano, per il settore dei lavori pubblici, il superamento del regime restrittivo volto a privilegiare il criterio del prezzo piu' basso dettato dalla legge n. 109/1994.

Se infatti, il decreto legislativo n. 358/1992 e il decreto legislativo n. 157/1995, recependo le indicazioni del legislatore comunitario, prevedevano gia', in materia di forniture (art. 19 decreto legislativo n. 358/1992) e servizi (art. 23 decreto legislativo n. 157/1995), la facolta' della stazione appaltante di scegliere alternativamente tra i due criteri, per i lavori, invece, la legge n. 109/1994, nella versione precedente alla novella della legge n. 166/2002, all'art. 21, limitava la scelta del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa alle concessioni e all'appalto concorso, salvo poi, con l'introduzione del comma 1-ter, estendere tale possibilita' anche ai casi di pubblico incanto e licitazione privata di valore superiore alla soglia di rilievo comunitario, purché si trattasse di appalti in cui «per prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali» si ritenesse possibile che la progettazione potesse essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore.

Sulla compatibilita' con il diritto comunitario del sistema di scelta della migliore offerta nei lavori pubblici delineato dalla legge n. 109/1994 si era espressa negativamente la Corte di giustizia che, con la sentenza del 7 ottobre 2004, procedimento C-247/02, precisava che il principio che sta alla base dell'orientamento comunitario (direttiva 93/37, art. 30) di riconoscere la possibilita' di scelta tra i due criteri e' quello di consentire alla stazione appaltante «di comparare diverse offerte e scegliere la piu' vantaggiosa».

in base a criteri obiettivi» e che, pertanto, la «fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generali ed astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilita' di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio piu' idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta».

Conseguentemente, sulla base di tali considerazioni, il Giudice comunitario affermava che l'art. 30, comma 1, della direttiva n. 93/1937 deve essere interpretato nel senso che «osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al prezzo piu' basso».

La medesima ratio e' alla base della Determinazione n. 6/2005, nella quale l'Autorita', rifacendosi all'esigenza di una piu' efficace attuazione del principio di libera concorrenza (art. 81 Trattato UE) e alla conseguente liberta' di scelta dei criteri di aggiudicazione, ha affermato che, anche negli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria - ai quali per costante giurisprudenza della Corte di giustizia devono ritenersi applicabili i medesimi principi generali elaborati per il soprasoglia - deve riconoscersi alle stazioni appaltanti la liberta' di scelta del criterio di aggiudicazione, da esercitarsi avendo riguardo a motivi di opportunita' per ragioni di pubblico interesse.

L'attuale formulazione dell'art. 81 del decreto legislativo n. 163/2006 riporta la normativa nazionale in linea con i principi della normativa comunitaria, dando attuazione in modo pieno al principio di tutela della concorrenza (art. 81 Trattato UE), sulla scia di quanto statuito dalla Corte di giustizia e gia' sostenuto dall'Autorita' nella citata Determinazione.

2. Alla luce di quanto sopra, non e' revocabile in dubbio che il principio alla base dell'art. 81, comma 1, del decreto legislativo n. 163/2006 sia quello della scelta del criterio di aggiudicazione da parte della stazione appaltante, in modo indipendente dal tipo di procedura adottata e tenuto conto della maggiore adeguatezza rispetto all'oggetto del singolo contratto.

Da tale impostazione normativa deriva l'impossibilita' di dare indicazioni preventive ed astratte circa la scelta del criterio piu' adeguato senza incorrere nel rischio, peraltro gia' censurato dalla Corte di giustizia, di privare «le amministrazioni aggiudicatrici della possibilita' di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio piu' idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta».

3. Ritenuto quanto sopra, l'Autorita' ritiene tuttavia opportuno fornire le presenti indicazioni affinche', nel rispetto del citato principio di equivalenza tra i due criteri, possano essere di ausilio agli operatori del settore nella scelta del criterio di aggiudicazione effettivamente piu' «adeguato» ai fini del soddisfacimento del pubblico interesse sotteso all'indizione della gara.

4. Allo scopo appare utile, quindi, ribadire che la discrezionalita' della stazione appaltante nella scelta del criterio di aggiudicazione (da intendersi quale mera discrezionalita' tecnica e non certo amministrativa) e' confermata, in primo luogo, da quanto previsto nel considerando 46 della

direttiva n. 2004/18/CE, dove viene chiaramente evidenziato come «l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata, applicando criteri obiettivi che garantiscono il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza.»

Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, al fine di sviluppare una concorrenza effettiva deve adottarsi una modalità di attribuzione degli appalti tale che l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di comparare diverse offerte e scegliere la più vantaggiosa in base a criteri obiettivi (sentenze 16 settembre 1999, causa C-27/98, Fracasso e Leitschultz, Racc. punto 26; 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, punto 34, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, punto 89).

In secondo luogo, come previsto nell'art. 81, comma 2, del decreto legislativo n. 163/2006 «Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto».

Le stazioni appaltanti, pertanto, sono vincolate, nella scelta del criterio di aggiudicazione, a valutarne l'adeguatezza rispetto alle caratteristiche oggettive e specifiche del singolo contratto.

Ciò comporta che, nella fase di elaborazione della strategia di gara, la stazione appaltante è tenuta ad interrogarsi se lo specifico interesse pubblico che intende perseguire attraverso l'indizione della gara sia più adeguatamente soddisfatto tenendo conto esclusivamente del fattore prezzo o se, invece, sia preferibile valutare una giusta combinazione di elementi quantitativi e qualitativi delle offerte.

Una valutazione di tal fatta, poi, deve tener conto delle caratteristiche dei lavori messi a gara posto che è da essi che «può ricavarsi se siano o meno prevalenti gli elementi legati ad aspetti qualitativi rispetto al dato puramente numerico», come affermato dalla V sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 2848 del 9 giugno 2008, per un appalto di servizi e che, stante l'identità di ratio, non può non ritenersi pienamente applicabile anche ai lavori.

5. Ne deriva che potrà essere adeguato al perseguimento delle esigenze dell'amministrazione il criterio del prezzo più basso quando l'oggetto del contratto non sia caratterizzato da un particolare valore tecnologico o si svolga secondo procedure largamente standardizzate.

In questo caso, qualora la stazione appaltante sia in grado di predeterminare in modo sufficientemente preciso l'oggetto del contratto, potrà non avere interesse a valorizzare gli aspetti qualitativi dell'offerta, in quanto l'esecuzione del contratto secondo i mezzi, le modalità ed i tempi previsti nella documentazione di gara è già di per sé in grado di soddisfare nel modo migliore possibile l'esigenza dell'amministrazione. L'elemento quantitativo del prezzo rimane quindi l'unico criterio di aggiudicazione.

6. Al contrario, la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa verrà in considerazione quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere rilevanti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o più aspetti qualitativi.

In questo caso l'amministrazione potrà ritenere che l'offerta più vantaggiosa per la specifica esigenza sia quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo.

Può essere di fondamentale ausilio, ai fini di tale valutazione, l'esame della rilevanza, all'interno dello specifico contratto, dei fattori indicati, a titolo esemplificativo, dall'art. 83 del decreto legislativo n. 163/2006 quali criteri di valutazione in caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: «b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti».

Si sottolinea che il decreto legislativo n. 152/2008 ha soppresso l'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 83, vale a dire il potere della commissione giudicatrice di fissare i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi; ciò significa che viene implicitamente sancito che le modalità di ripartizione dei punteggi per ogni criterio di valutazione devono essere predeterminate a monte, in sede di stesura del bando di gara.

Secondo il considerando 46 della direttiva n. 2004/18/CE, le amministrazioni aggiudicatrici «stabiliscono i criteri economici e qualitativi che, nel loro insieme, devono consentire di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione aggiudicatrice».

Ne deriva che la stazione appaltante dovrà valutare se uno o più degli aspetti qualitativi dell'offerta concorrano, insieme al prezzo, all'individuazione della soluzione più idonea a soddisfare l'interesse sotteso all'indizione della gara. Solo in questo caso, infatti, corrisponde all'interesse pubblico l'utilizzo del sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A titolo ulteriormente esemplificativo, si rileva che ciò potrà venire in considerazione quando, con riferimento allo specifico oggetto del contratto, assuma particolare rilevanza l'organizzazione del lavoro (ad esempio, nel caso di organizzazione di cantieri per lavori che devono essere resi in costanza di prestazione del servizio potrebbe essere utile valorizzare le offerte che garantiscono i minori impatti sulla prestazione del servizio stesso), o le caratteristiche tecniche dei materiali (ad esempio, materiali innovativi che garantiscono una maggiore durabilità o una maggiore sicurezza in caso di impianti idrici, termici, ecc.), o l'impatto ambientale (ad esempio, quando l'opera debba essere fruita dalla collettività si potrebbe avere interesse all'uso di materiali a basso impatto ambientale, riciclabili, ecc), o la metodologia utilizzata, quando si tratti di lavori non standardizzati, ecc.

In ogni caso si dovrà fare riferimento ad elementi che attengono all'oggetto dell'appalto e che siano tali da evidenziare un maggior pregio della proposta contrattuale che dovrà essere resa in favore dell'amministrazione appaltante e non che attengono a caratteristiche o qualità soggettive del concorrente. Infatti, come affermato nel considerando 46 della direttiva n. 2004/18/CE «Al fine di garantire la parità di trattamento, i criteri di aggiudicazione dovrebbero

consentire di' raffrontare le offerte e di valutarle in maniera oggettiva. Se tali condizioni sono soddisfatte, criteri di aggiudicazione economici e qualitativi, (...), possono consentire all'amministrazione aggiudicatrice di rispondere ai bisogni della collettività pubblica interessata, quali espressi nelle specifiche dell'appalto».

Sulla base di quanto sopra considerato,

IL CONSIGLIO

ritiene che:

- la scelta del criterio di aggiudicazione rientra nella discrezionalità tecnica delle stazioni appaltanti che devono valutarne l'adeguatezza rispetto alle caratteristiche oggettive e specifiche del singolo contratto, applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva Concorrenza;

- il criterio del prezzo più basso può reputarsi adeguato al perseguimento delle esigenze dell'amministrazione quando l'oggetto del contratto non sia caratterizzato da un particolare valore tecnologico o si svolga secondo procedure largamente standardizzate;

- il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere adottato quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere rilevanti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o più aspetti qualitativi, quali ad esempio, l'organizzazione del lavoro, le caratteristiche tecniche dei materiali, l'impatto ambientale, la metodologia utilizzata.

DETERMINAZIONE N. 6/08 dell'8 ottobre 2008

(Gazzetta Ufficiale n. 295 del 18 dicembre 2008)

[Dichiarazione di "buon esito" contenuta nel certificato di esecuzione dei lavori
\(art.22, comma 7, del D.P.R. n.34/00\)](#)

Premessa

E' stata segnalata all'Autorità l'esistenza di problematiche inerenti la dichiarazione di "buon esito" da riportare nel certificato di esecuzione dei lavori ai sensi dell'articolo 22, comma 7 del dPR 3412000.

La questione è stata ritenuta meritevole di un approfondimento, tra l'altro in considerazione della necessità che le SOA possano disporre di certificati dai quali desumere con certezza gli elementi suscettibili di una utile valutazione al fine del rilascio dell' attestato di qualificazione.

Considerato in diritto

Come è previsto dall'art. 18, comma I, lettera b), del D.P.R.n.34/00, tra i requisiti di ordine speciale che le imprese di costruzione devono possedere per il conseguimento della qualificazione, figura l'adeguata idoneità tecnica ed organizzativa.

L'idoneità tecnica è documentata dai certificati di esecuzione dei lavori previsti dall'articolo 22, comma 7, così come precisano il comma 5, lettera b) ed il comma 6 del citato art.18.

L'art. 22 del medesimo regolamento prevede che "i lavori da valutare sono quelli eseguiti regolarmente e con buon esito..." (comma 5), e che "i certificati di esecuzione dei lavori..., contengono la espressa dichiarazione dei committenti che i lavori eseguiti sono stati realizzati regolarmente e con buon esito; se hanno dato luogo a vertenze in sede arbitrale o giudiziaria, ne viene indicato l'esito" (comma 7, primo periodo).

Oltre queste indicazioni di carattere generale, vi è poi la seguente disposizione settoriale: "Ai fini della qualificazione per i lavori sui beni soggetti alle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali e per gli scavi archeologici, la certificazione deve contenere l'attestato dell'autorità preposta alla tutela del bene oggetto dei lavori, di buon esito degli interventi eseguiti" (comma 7, secondo periodo).

Dalla suddette norme risulta chiara l'indispensabilità dell'espressa dichiarazione di 'buon esito, che deve essere riportata in calce ai certificati di esecuzione dei lavori, affinché tali documenti siano proficuamente utilizzabili per il conseguimento dell'attestato di qualificazione.

Ciò premesso, si ritiene necessario chiarire il significato della dichiarazione di regolarità e 'buon esito che deve corredare tutti i certificati di esecuzione dei lavori e la specificità di tale dichiarazione allorquando riguardi i lavori sui beni soggetti alle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali e per gli scavi archeologici.

Per quanto riguarda la prima questione, l'Autorità si è già precedentemente espressa in alcune determinazioni.

Con la determinazione n.6 del 3 aprile 2002, dopo aver ribadito che "i certificati di esecuzione dei lavori (allegato D al DPR 34/2000) sono il mezzo di prova (articolo 18, comma 6, del DPR 34/2000) relativo al possesso della idoneità tecnica delle imprese da qualificare (articolo 18, comma 5, lettere b) e c) del DPR 34/2000) e vanno rilasciati anche in relazione ai lavori in corso di esecuzione oppure ultimati, anche se non ancora collaudati ", è stato chiarito che "l'indicazione del buon esito dei lavori da riportare nel certificato prescinde dalle risultanze del collaudo, riguardando esclusivamente il fatto che i lavori di cui trattasi sono stati eseguiti a regola d'arte ed in conformità al progetto ed al contratto, ciò che costituisce oggetto della specifica funzione del direttore dei lavori (articolo 124, comma I, del DPR 554/1999 e s.m.)".

Con la successiva determinazione n.29 del 6 novembre 2002 è stato affrontato il problema del rilascio dei certificati di esecuzione dei lavori relativi ad appalti per i quali fosse sopravvenuta una rescissione contrattuale, ferma restando la conseguente possibilità di accreditare i soli importi liquidati all'impresa e da essa regolarmente fatturati.

Sul punto, si è ritenuto che il suddetto problema "va inquadrato nell'ambito più generale della validità, ai fini della qualificazione dell'impresa, di una certificazione dei lavori che riporti l'indicazione di vertenze giudicate in sede arbitrale o giudiziaria";

tuttavia, "non vi è dubbio che nell'ipotesi di risoluzioni contrattuali in danno (grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali che abbiano compromesso la buona riuscita delle opere) i lavori non sono stati eseguiti con buon esito e, pertanto, è da escludersi che l'impresa possa utilizzarli ai fini della propria qualificazione.

Va inoltre tenuto presente che, nell'ipotesi di rescissione in danno dovuta al mancato adeguamento delle lavorazioni eseguite ai contenuti progettuali dell'opera, l'importo liquidato non sarà significativo della regolarità e del buon esito dei lavori eseguiti ed inoltre la liquidazione dei lavori eseguiti non dimostra il loro buon esito dato che in seguito alla delibera di risoluzione del contratto, il responsabile del procedimento redige lo stato di consistenza delle opere eseguite, quantificandone l'importo, e in sede di liquidazione finale determina, escutendo anche la cauzione, l'onere da porre a carico dell'appaltatore inadempiente " .

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, è stato perciò espresso l'avviso che "per i lavori relativi ad appalti per i quali è sopravvenuta una rescissione contrattuale non possono essere rilasciati i certificati di esecuzione e qualora rilasciati non possono essere valutati ai fini della qualificazione".

Il significato della dichiarazione di 'buon esito investe - senza alcun dubbio - l'aspetto prettamente 'tecnico' dell'esecuzione a regola d'arte delle lavorazioni previste, ma si estende anche al rapporto di assoluta correttezza che l'appaltatore deve garantire nei confronti della committenza.

Il responsabile del procedimento esprime infatti una valutazione di ampia portata circa il fedele adempimento di ogni patto contrattuale, originario o sopravvenuto; valutazione che investe ambiti differenti, quali la conformità di quanto eseguito a ciò che era stato preventivato ed approvato, il rispetto della 'regola d'arte; nell'esecuzione dei vari lavori, la corrispondenza fra gli standards prestazionali stabiliti dal capitolato speciale e quelli rilevabili nelle singole lavorazioni realizzate, la regolare contabilizzazione delle opere ai fini del pagamento del prezzo all'appaltatore.

L'indicazione regolamentare immediatamente successiva, tesa a specificare l'esito di eventuali vertenze in sede arbitrale o giudiziaria, rafforza la tesi che la dichiarazione anzidetta costituisca una sorta di giudizio tecnico complessivo sulla condotta dell'impresa esecutrice - non privo di un determinato margine di discrezionalità - tale da poter incidere sulla sua futura partecipazione agli appalti pubblici.

Deve ritenersi quindi ammissibile una valutazione d'insieme operata dalla stazione appaltante che tenga conto anche di eventuali condotte - ascrivibili all'impresa esecutrice - caratterizzate da scarso spirito collaborativo che abbiano compromesso la buona riuscita delle opere.

Con la suddetta dichiarazione il committente esprime, in sostanza un giudizio che in qualche misura investe non solo aspetti tecnici ed amministrativi, ma anche il complessivo operato dell'impresa sul piano della esecuzione a regola d'arte dell'opera.

In tal senso è riconoscibile un margine di discrezionalità ad opera della committenza, che tuttavia non può degenerare nell'arbitrio e che perciò deve trovare sufficiente motivazione nella coerente e consequenziale assunzione dei provvedimenti amministrativi di competenza.

A titolo di esempio, e richiamando perciò quanto riportato al punto J) della determinazione n. 29 del 6.11.2002, nel caso di risoluzione contrattuale è da escludere che l'impresa possa utilizzare i lavori eseguiti ai fini della propria qualificazione.

Va chiarito, pertanto, che la mancata apposizione dell'attestazione del "buon esito" sul certificato dei lavori deve passare preventivamente attraverso l'espletamento formale di un iter dettagliatamente disciplinato dalla norma (attualmente gli artt.136 e 138 del Dlgs 16312006), anche e soprattutto per quanto riguarda gli aspetti di garanzia del contraddittorio con l'appaltatore.

Ne discende che il diniego al rilascio del certificato di esecuzione dei lavori o della sola dichiarazione conclusiva sulla regolarità ed il 'buon esito dei lavori stessi – opposto dalla stazione appaltante alla richiesta dell'impresa esecutrice - risulta certamente ammissibile quando il relativo procedimento abbia evidenziato, per documentata, responsabilità dell'appaltatore, il venir meno del rapporto di leale collaborazione con il committente che abbia causato un grave pregiudizio nell'espletamento dell'opera a farsi.

Risulta altrettanto chiaro che la stazione appaltante se oppone un siffatto diniego in assenza di sufficienti ed oggettivi elementi che dimostrino correttezza e logica della scelta operata, sarà esposta ad azioni giudiziarie promosse dall'impresa esecutrice e - in caso di soccombenza - potrà essere chiamata a rispondere del danno.

Per quanto riguarda il contenuto della dichiarazione di buon esito concernente i lavori realizzati sui beni di cui alla parte II, titolo IV, capo I del Codice, occorre chiarire che fatto salvo il caso in cui l'amministrazione appaltante coincida con l'autorità preposta alla tutela, dovranno esservi due distinte dichiarazioni di 'buon esito' poste in calce al certificato di esecuzione dei lavori.

L'ulteriore attestazione di buon esito riveste quindi un carattere 'specialistico', nel senso che l'attestato rilasciato dalla autorità preposta alla tutela del bene oggetto dei lavori costituisce il riconoscimento del corretto approccio dell'impresa appaltatrice nell'affrontare le peculiarità di tali interventi, ravvisando l'idoneità della medesima impresa ad acquisire la qualificazione per partecipare a successive ed analoghe procedure d'appalto, senza entrare nel merito delle modalità di espletamento del rapporto contrattuale.

In mancanza di questo "nulla osta" rilasciato dall'organo preposto alla tutela, risulta precluso l'utilizzo dei certificati di esecuzione dei lavori nelle categorie che descrivono gli interventi sui beni immobili tutelati.

Si tratta quindi di garantire - secondo la trasparente intenzione del legislatore – che l'esecuzione dei lavori ricadenti nella categoria OG 2 (nonché nelle categorie OS 2 e OS 25) rimanga esclusivo appannaggio di quelle imprese che hanno saputo affrontare correttamente le varie problematiche connesse agli interventi su beni oggetto di tutela e possono dimostrarlo attraverso il riconoscimento esplicito che hanno conseguentemente ottenuto dai competenti organi del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, in capo ai quali permane

peraltro il potere/dovere di rilasciare la dichiarazione nel rispetto dei termini previsti dalle norme sul procedimento amministrativo.

In sintesi, se l'organo preposto alla tutela funge anche da stazione appaltante, la dichiarazione di buon esito di cui al primo periodo del comma 7 assolve ambedue le funzioni suindicate e non si pongono perciò problemi di distinzione degli ambiti di responsabilità. Viceversa, se l'organo preposto alla tutela interviene in un procedimento d'appalto gestito da altri soggetti, deve apparire chiaro che il suo attestato di "buon esito" costituisce una sorta di "nulla osta" per la qualificazione e non implica responsabilità di altro genere, le quali restano in capo al soggetto appaltante.

Sulla base di quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

ritiene che:

1) la facoltà di non apporre sul certificato dei lavori la dichiarazione di "buon esito" costituisce una indubbia prerogativa della stazione appaltante; tuttavia, il corretto esercizio di detta facoltà presuppone l'adozione di una serie di misure e provvedimenti tra loro consequenziali, ben definiti dalla normativa vigente, finalizzati a registrare il grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'impresa, allorché tale inadempimento comprometta la buona riuscita dei lavori;

2) l'attestazione di "buon esito" prevista dall'art.22, comma 7, secondo periodo, del D.P.R.n.34100, resa dagli organi preposti alla tutela dei beni soggetti alle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali, in esito all'esecuzione di lavori su tali beni, ha la finalità di garantire la necessaria selezione delle imprese che intendono partecipare alle procedure di appalto per le quali è richiesto il possesso della qualificazione nelle categorie OG 2, OS 2 e OS 25. Pertanto, il rilascio di detta attestazione da parte dell'organo preposto alla tutela - relativamente ad un procedimento d'appalto gestito da altri soggetti - non implica responsabilità di altro genere, le quali restano in capo al soggetto appaltante.

*Autorità per la vigilanza
sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*

PARERI

**PER LA SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE AI SENSI DELL'ART. 6,
COMMA 7, LETTERA N) DEL DECRETO LEGISLATIVO 12 APRILE 2006
N. 163.**

ANNO 2008

Appalto integrato

Parere n. 190 del 10.07.2008

“...La stessa giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare che nell'appalto integrato di cui all'articolo 19 della legge n. 109/1994 il concorrente è l'appaltatore che partecipa alla gara, il quale deve dimostrare nell'offerta il possesso dei requisiti professionali previsti dal bando per la redazione del progetto esecutivo e ciò anche mediante l'eventuale ricorso ai progettisti esterni. Ciò in quanto, a differenza delle gare di incarichi di progettazione, nell'appalto integrato i progettisti non assumono la qualità di concorrenti, né quella di titolari del rapporto contrattuale con l'amministrazione in caso di eventuale aggiudicazione, trattandosi di semplici collaboratori esterni delle imprese partecipanti alla gara (in tal senso: TAR Lazio, Roma, sez. I, sentenza 17 aprile 2008 n. 3305 e TAR Sicilia, sez. I, Catania, sentenza 2 ottobre 2006 n. 1544).”

Associazioni temporanee di imprese

Parere n. 206 del 31.07.2008

“.....Per quanto attiene alla qualificazione delle associazioni di tipo misto, con determinazione n. 25/2001, l'Autorità ha chiarito che l'importo della categoria scorporabile può essere coperto da più di una mandante a condizione che almeno una di esse sia qualificata per almeno il 40 per cento dell'importo e le altre per almeno il 10 per cento, fermo restando la copertura dell'intero importo della categoria scorporabile...”

Parere n. 159 del 21.05.2008

“...In data 25 ottobre 2007 il Comune di San Giovanni a Piro ha bandito l'appalto per l'affidamento dei lavori indicati in oggetto, da aggiudicarsi a procedura aperta, al prezzo più basso, per un importo complessivo di € 1.421.079,15, categoria prevalente OG3, importo € 951.185,28, classifica III, categoria scorporabile OS21, importo 469.893,87, classifica II.

Il bando prevede che le lavorazioni della categoria scorporabile, appartenenti alle categorie cd. super specializzate e di importo superiore al 15 per cento, possono essere eseguite dal concorrente se in possesso dei necessari requisiti ovvero tramite associazione temporanea di imprese di tipo verticale.

In data 29 febbraio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto con la quale il Comune chiede l'avviso dell'Autorità in relazione alla correttezza dell'esclusione, disposta dalla commissione di gara, di n. 4 associazioni temporanee di imprese, in base alla motivazione che le imprese che partecipano al raggruppamento per la categoria scorporabile, hanno assunto quote percentuali di lavorazioni di importo superiore alla classifica dalle stesse posseduta.

Specificatamente, la commissione ha ritenuto non applicabile a dette imprese il beneficio dell'incremento del quinto, di cui all'articolo 3, comma 2, del d. P.R. 34/2000, in quanto le medesime imprese non sono qualificate per almeno un quinto (€ 284.215,83) dell'importo complessivo a base di gara (€ 1.421.079,15)..."

"...Relativamente all'applicazione del beneficio dell'incremento di un quinto, la citata determinazione n. 25/2001, ha specificato che "non vi può essere dubbio in merito al fatto che la disposizione (articolo 3, comma 2, del dpr 34/2000) - che permette alle imprese associate o consorziate di considerare, qualora qualificate per almeno un quinto dell'importo complessivo a base di gara, la propria classifica incrementata di un quinto - è applicabile anche alle associazioni di tipo verticale o misto. In tal caso, però, è evidente che la suddetta condizione di qualificazione per un quinto dell'importo complessivo dell'appalto va riferita ai singoli importi della categoria prevalente e delle categorie scorporabili."..."

Parere n. 151 del 14.05.2008

"...La problematica sottoposta all'attenzione dell'Autorità, concernente la possibilità di usufruire del beneficio della riduzione della cauzione anche in caso di una associazione temporanea che veda al suo interno una impresa cd. "cooptata", è stata affrontata dal Consiglio dell'Autorità con deliberazione dell'8 settembre 2003, nella quale ha assunto le seguenti considerazioni.

Ai sensi del comma 4 dell'articolo 95 del d.P.R. n. 554/1999, sia l'impresa singola sia le imprese che intendono riunirsi in associazione temporanea, ove in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara, possono associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute dall'associata minore copra l'importo dei lavori che essa dovrà eseguire e che i lavori che essa eseguirà non superino il 20% dell'importo dell'appalto.

Dal dato normativo emergono, dunque, quattro elementi caratterizzanti la fattispecie:

1. il soggetto associante (impresa singola o ATI) deve avere di per sé tutti i requisiti necessari a concorrere;
2. l'impresa associata minore, c.d. cooptata, può possedere una qualificazione anche per categorie e classifiche diverse da quelle richieste dal bando;
3. i lavori che la o le associate minori eseguiranno non devono superare il 20% dell'importo complessivo dell'appalto;
4. la somma delle classifiche relative alle qualificazioni possedute dall'associata minore deve coprire l'importo dei lavori che essa eseguirà.

Di particolare rilievo, per la problematica oggetto di esame in questa sede, è la condizione di cui al punto 1, ossia che il soggetto associante, abbia di per sé tutti i requisiti necessari a concorrere. Attesa tale premessa, sotto il profilo dell'idoneità complessiva del concorrente, l'aggiunta di ulteriori, anche minime o eterogenee potenzialità ad un soggetto di per sé idoneo, viene dalla norma in esame considerata un di più che non può che accrescerne la potenzialità complessiva.

Ciò indubbiamente costituisce una deroga alla disciplina dettata per le ATI di tipo orizzontale e verticali, rispettivamente ai commi 2 e 3 dello stesso articolo 95 del d.P.R. n. 554/1999, che stabiliscono proprio le modalità secondo le quali i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando devono essere posseduti da tutti i soggetti che compongono l'associazione.

Tenuto conto di detta deroga, attesa la peculiarità della disciplina giuridica relativa all'istituto della cooptazione, non sembra estendibile alle imprese cooptate, relativamente al godimento del beneficio della riduzione della cauzione, quanto previsto dalla determinazione dell'Autorità n. 44/2000, che riguarda specificamente le ATI, sia di tipo orizzontale sia di tipo verticale.

Al contrario, da quanto sopra osservato circa le caratteristiche dell'associazione in cooptazione, ai sensi dell'articolo 95, comma 4, del d.P.R. n. 554/1999, sembra poter conseguire che, se il punto di riferimento per la valutazione dei requisiti di partecipazione alla gara sono i soggetti associanti, anche per il riconoscimento di eventuali benefici, come quello della riduzione della cauzione, connessi al possesso di tali requisiti di partecipazione, in particolare l'attestazione SOA riguardante il possesso della certificazione di qualità, si deve aver riguardo ai soli soggetti associanti, rimanendo ininfluenti le potenzialità dell'impresa minore associata.

Nel caso in esame, l'impresa mandataria e l'impresa mandante, entrambe in possesso del requisito di qualità, potevano usufruire del beneficio della riduzione della cauzione provvisoria, indipendentemente dal possesso o meno del requisito di qualità in capo alla impresa cooptata....”

Parere n. 142 del 8.05.2008

“...Per la soluzione della questione sottoposta all’attenzione dell’Autorità, nel richiamare l’orientamento espresso in materia dal Consiglio dell’Autorità con deliberazione del 15.12.2005 e con deliberazione n. 75/2007, si evidenzia che l’articolo 95, comma 2, del d.P.R. 554/1999 regola il rapporto percentuale che deve intercorrere, in sede di qualificazione, tra le imprese mandanti e la mandataria, stabilendo che l’associazione è validamente costituita se quest’ultima possiede almeno il 40 per cento dell’importo complessivo dell’appalto e le mandanti almeno il 10 per cento.

Detta norma, facendo riferimento alla “misura minima” dei requisiti richiesti alle singole imprese dell’associazione, si riferisce alla soglia di qualificazione ottenuta attraverso la sola classifica di iscrizione, a prescindere dall’incremento del quinto, di cui all’articolo 3, comma 2, del d.P.R. 34/2000.

Quest’ultima disposizione, invece, individua le condizioni in base alle quali, in relazione alla classifica posseduta, è ammissibile l’incremento del quinto.

Le due norme, pertanto, hanno finalità specifiche, fra loro non contrastanti: la prima stabilisce i requisiti minimi, in relazione all’importo complessivo dell’appalto, che le imprese costituenti l’associazione devono possedere ai fini della qualificazione dell’associazione stessa, la seconda si riferisce all’entità quantitativa dei lavori realizzabili attraverso il beneficio del quinto e subordina detto beneficio al possesso del 20 per cento dell’importo dell’appalto.

Nelle citate deliberazioni, l’Autorità ha, pertanto, espresso l’avviso che, ai sensi dell’articolo 3, comma 2, del d.P.R. 34/2000, nel caso di associazione temporanea orizzontale, le mandanti possono incrementare di un quinto la loro classifica soltanto se essa è almeno pari al 20% dell’importo complessivo dell’appalto, mentre la partecipazione all’associazione può avvenire anche se la classifica è pari al 10 per cento. Per quanto attiene alla mandataria, il suddetto beneficio si applica soltanto se la classifica da questa posseduta è almeno pari al 40 per cento dell’importo complessivo dell’appalto...”

Parere n. 59 del 28.02.2008

“...Le sopra indicate imprese riunite hanno partecipato all’appalto in esame, per il quale era richiesto il possesso della categoria prevalente OS24, classifica III, utilizzando la previsione di cui all’articolo 95, comma 4, del d.P.R. 554/1999, che disciplina l’istituto della cooptazione.

L’impresa capogruppo, in possesso della qualificazione nella categoria OS24, classifica III, ha dichiarato di eseguire le lavorazioni di cui si compone l’appalto nella misura

dell'80 per cento, mentre l'impresa cooptata, in possesso di qualificazione nella categoria OG1, classifica I, ha dichiarato di eseguire le lavorazioni della categoria prevalente OS24 nella misura del 20 per cento..."

".....Ai sensi dell'articolo 95, comma 4, del d.P.R. 554/1999, se l'impresa singola è in possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione all'appalto (possesso della categoria prevalente per l'importo totale dei lavori) può associare altra impresa qualificata anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da quest'ultima non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni dalla stessa posseduta sia almeno pari all'importo dei lavori che assumerà.

Occorre allora verificare, nel caso in esame, se ricorrono le sopra indicate condizioni, tenuto conto che:

- l'importo complessivo dell'appalto è di € 712.537,78, categoria OS24, classifica III;
- l'impresa capogruppo è in possesso della qualificazione nella categoria prevalente OS24, classifica III;
- l'impresa cooptata è in possesso della qualificazione nella categoria OG1, classifica I.

Ne consegue che:

- l'impresa capogruppo è in possesso della qualificazione per partecipare all'appalto, in quanto copre da sola la classifica III della categoria prevalente e l'importo totale dei lavori;
- l'impresa cooptata, in possesso di classifica I (€ 258.228) risponde alle previsioni di cui al comma 4 del citato articolo 95, in quanto andrà ad eseguire il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e l'ammontare della qualificazione dalla stessa posseduta copre l'ammontare dei lavori che intende assumere.

Parere n. 31 del 31.01.2008

"...L'articolo 37, comma 8, del d. Lgs. n. 163/2006, nel riconoscere la possibilità di presentazione di offerta da parte di raggruppamenti di imprese non ancora costituiti, prescrive che *"l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno il raggruppamento stesso e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti."*

Per la soluzione della questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità, la disposizione normativa di che trattasi deve essere interpretata sotto il profilo formale e sotto il profilo sostanziale.

Il tenore letterale della norma fa espresso ed univoco riferimento "all'offerta" che deve "contenere l'impegno" di che trattasi: secondo le comuni regole ermeneutiche di cui all'articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, occorre in primo luogo attribuire alla norma il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse.

Tuttavia, l'applicazione del citato criterio letterale da solo non consente di chiarire l'effettiva intenzione del legislatore di ancorare la dichiarazione di volontà dei concorrenti all'offerta economica, in quanto, giusti i disposti dell'articolo 74, commi 2 e 4, del d. Lgs. n. 163/2006, "*le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando*", "*le dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione*" e "*sono corredate dei documenti prescritti dal bando*", sembrerebbe che la dizione "offerta" possa essere intesa come quell'insieme di dichiarazioni e documenti allegati (*rectius* a corredo di) all'offerta economica vera e propria, atti a consentire la partecipazione del concorrente alla procedura di affidamento, in assenza dei quali l'offerta stessa non può ritenersi ammissibile.

Occorre, allora, far riferimento alla natura dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale, che rappresenta una componente essenziale del consenso negoziale e che trova, nelle procedure ad evidenza pubblica, la sua naturale collocazione nella manifestazione di volontà espressa nell'offerta economica.

Il significato dell'impegno a conferire mandato consiste, infatti, nell'imporre alle imprese ancora non associate di assumere il relativo impegno anche nei confronti della stazione appaltante, e di assumerlo unitamente a quello relativo allo svolgimento della prestazione richiesta per il prezzo offerto.

Detto indirizzo trova conformi pronunciamenti della giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato che ha ritenuto che "Il senso della norma appare inequivoco: essa si riferisce espressamente alla sottoscrizione dell'offerta; e la "sottoscrizione" dell'offerta si colloca non già sul piano degli atti dichiarativi di conoscenza dell'area da negoziare ma su quello naturalmente proprio alla espressione della volontà contrattuale, volontà che si incentra, nel sistema di pubblica gara, nella indicazione dell'offerta "economica" quale momento qualificante dell'impegno dell'offerente, restando assolutamente a margine, sotto tale profilo - e pur in un contesto concettuale pretesamente "unitario" dell'offerta - la portata degli elementi meramente documentali. Ed è la stessa "offerta sottoscritta" dalle imprese costituente in A.T.I. - e quindi l'offerta economica - che, nel sistema delineato dal legislatore, deve "contenere l'impegno" a conferire mandato collettivo. Che tale impegno debba essere indicato nel contesto del "documento" che contiene l'offerta costituisce altresì acquisizione della giurisprudenza di questo Consiglio" (sez. IV, 17.2.2004 n. 623; cfr. TAR Calabria, 25/6/2007 n. 855; TAR Sicilia, 3.2.2006 n. 388).ⁱ

Avvalimento

Parere n. 227 del 6.03.2008

“...si rappresenta che l’art.49, comma 6, del Codice dispone che il concorrente “*può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria*”, formula legislativa che deve essere interpretata - contrariamente a quanto ritenuto dall’istante - nel senso che non è possibile per una medesima categoria avvalersi di più di un’impresa e non nel senso che sia precluso avvalersi di una stessa impresa per più categorie o requisiti. È sufficiente in tal senso, infatti, leggere il secondo periodo della norma considerata nella parte in cui prevede, come eccezione alla regola, che il bando di gara può ammettere, tranne per i lavori con riferimento ad una stessa categoria, il cumulo tra attestazioni di qualificazione SOA di più imprese ausiliarie in ragione dell’importo dell’appalto o della peculiarità delle prestazioni. Inoltre, lo stesso Disciplinare di gara, al punto 10), lettera d), stabilisce che il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria...”

Parere n. 67 del 6.03.2008

“....In relazione alla questione dell’applicabilità o meno dell’istituto dell’avvalimento, si evidenziano le seguenti considerazioni.

L’articolo 20, comma 2, della legge Regione Campania n. 3 del 27 febbraio 2007, recante “Disciplina dei lavori pubblici dei servizi e delle forniture in Campania”, dispone che negli atti di gara relativi a contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, le stazioni appaltanti escludono la possibilità del ricorso all’istituto dell’avvalimento di cui agli articoli 49 e 50 del d. Lgs. n. 163/2006.

Come rilevato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 401/2007, il sistema di qualificazione delle imprese appartiene alla competenza esclusiva statale, in quanto afferente alla materia della tutela della concorrenza.

La disciplina regionale va ad incidere, quindi, sul sistema di qualificazione delle imprese, strettamente connesso, come sopra rilevato, ad una materia di esclusiva competenza legislativa dello Stato ed in particolare sulla materia di tutela della concorrenza e di accesso al mercato: in conseguenza di tale norma una stessa situazione trova disciplina diversa a seconda del territorio regionale sul quale si espleta la procedura di gara. Ne deriva che, applicando la legge in questione, nel territorio della Regione Campania le stazioni appaltanti, per gli appalti sotto soglia, nelle proprie gare dovrebbero escludere le imprese che pretendono di qualificarsi avvalendosi dei requisiti di altre imprese, diversamente da quanto avverrebbe altrove.

Per consolidato orientamento della Corte di Giustizia (cfr. sentenza 12.7.1990 C-188-89), in presenza di disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva, il pubblico funzionario e le stazioni appaltanti disapplicano le disposizioni nazionali in contrasto con le disposizioni comunitarie, in applicazione il principio del

primato del diritto comunitario che esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima.

Quanto sopra vale anche in riferimento agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, in relazione ai quali si impone comunque l'applicazione del principio di parità di trattamento sancito dal Trattato CE....”ⁱⁱ

Bando di Gara

Parere n. 214 del 17.09.2008

“.....E’ principio noto che la lettera di invito si ponga in rapporto di accessorieta' con il bando, potendo solo specificarne le prescrizioni, con conseguente prevalenza, in caso di contrasto, del bando rispetto alla lettera di invito. Di regola, pertanto, la lettera di invito puo' indicare in aggiunta ulteriori clausole disciplinanti la gara e prescrizioni e adempimenti aggiuntivi che non debbono, in ogni caso, violare la *par condicio* dei concorrenti, risultando difformi da quanto previsto nel bando di gara.

Questa Autorita' ha avuto in passato gia' modo di osservare (Deliberazione n. 98 del 29.03.2007), anche in linea con quanto chiarito dalla piu' recente giurisprudenza amministrativa, come il carattere complementare riconosciuto, in via generale, alle disposizioni contenute nei singoli atti di gara “non puo' condurre, nel caso di contrasto tra di esse, all'inefficacia della clausola contenuta nel bando atteso che questo costituisce la fonte primaria e madre delle altre disposizioni che possono, pertanto, avere un contenuto integrativo ma mai sostitutivo del primo” (TAR Lazio, sez. III quater, 22/2/2007 n. 1609). E ancora il giudice amministrativo ha osservato come “in assenza di contraddizioni lessicali o logiche il bando e il disciplinare, ben possono integrarsi reciprocamente, nel senso di prevedere autonome prescrizioni anche a pena di esclusione, non essendo necessario che queste siano contenute in tutti gli specifici atti costituenti la *lex specialis* di gara” (TAR Campania sez. I sent. n. 3141/2006).

Nel caso di specie, il bando di gara prevedeva al punto III.1.1, disciplinante i requisiti di partecipazione economico – finanziari, l'obbligo di presentare una “*cauzione provvisoria nella misura prevista dall'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006*”. Tale requisito, indicato chiaramente nel bando di gara e vincolante per i partecipanti e per la stessa stazione appaltante che, pertanto, non puo' disapplicarlo, bensì e' tenuta a darvi puntuale

e incondizionata esecuzione. Di conseguenza, anche alla luce dei precedenti indirizzi espressi da questa Autorità e dal giudice amministrativo, i partecipanti erano a conoscenza, sin dalla pubblicazione del bando dell'obbligo, per poter prendere regolarmente parte alla procedura, di prestare la cauzione provvisoria. Del resto, deve osservarsi come tale requisito sia conforme a quanto disposto dall'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006, che lo prevede quale requisito di partecipazione, stante la sua funzione di garantire all'amministrazione l'affidabilità e serietà dell'offerta presentata.....”

Parere n. 208 del 31.07.2008

“...Va ancora osservato come la Commissione di gara, quando si trovi innanzi ad incertezze interpretative, potrà applicare la regola del *favor participationis* solo qualora vi siano previsioni della *lex specialis* di gara poco chiare, sempre nel rispetto dei principi di certezza del diritto, di *par condicio* dei concorrenti e di trasparenza amministrativa. Per cui, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, va preclusa alla stazione appaltante e alla Commissione di gara qualsiasi esegesi del testo di gara, se essa non sia giustificata da una obiettiva incertezza del significato e non si basi su un procedimento ermeneutico, che conduca all'integrazione delle regole di gara, palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla lettura della sua originaria formulazione...”

Parere n. 45 del 14.02.2008

“...L'Autorità ha avuto modo in precedenti espressioni di parere di evidenziare che qualora il bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando precluso all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento del bando.

Nel caso di specie, il bando ed il disciplinare di gara dispongono con clausole non equivoche l'esclusione dalla gara per la mancata presentazione dell'attestato di avvenuto sopralluogo.

Occorre rilevare che il concorrente di una procedura ad evidenza pubblica non è esonerato da responsabilità per fatti cui abbia concorso a dare causa, tenendo comportamenti non improntati all'ordinaria diligenza. Nel caso in esame sarebbe stato suo onere accertarsi, al momento del sopralluogo, della consegna del relativo attestato....”ⁱⁱⁱ

Parere n. 42 del 14.02.2008

“....Nel caso in esame, il bando presenta una carenza per quanto attiene alla mancata previsione di specifica clausola sul divieto di subappalto delle categorie OS28 e OS30, di importo superiore al 15 per cento dell'importo complessivo dell'intervento e rientranti fra quelle cd. super specializzate...”

“.....Sussistono, pertanto, i presupposti per l'effettuazione di una valutazione di annullamento in autotutela del bando di gara....”

Parere n. 11 del 16.01.2008

“....Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale (da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 maggio 2004 n. 3297) la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura senza che in capo all'organo amministrativo, cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando, residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento. Quindi, qualora il bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando precluso all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella lex specialis, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento del bando. (T.R.G.A. Trento - Sentenza 13 maggio 2005 n. 138)....”

Cauzione provvisoria

Parere n. 106 del 9.04.2008

“...L'Autorità, con deliberazione n. 54 del 22/2/2007, ha in proposito chiarito che le polizze fideiussorie presentate sulla base dello schema del D.M. n. 123/2004 devono essere integrate con quanto prescritto dall'art. 75 comma 4, del d. Lgs. n. 163/2006, pena esclusione della gara.

Inoltre, con deliberazione n. 251/2007, ha precisato che la fideiussione priva della sottoscrizione del garante è nulla e quindi priva di ogni rilievo ai fini della soddisfazione delle prescrizioni del bando....”

Parere n. 85 del 20.03.2008

“...Il comma 5 dell’art. 75 del Decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163 nel prevedere che la garanzia deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell’offerta dà la possibilità alla stazione appaltante di *“richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore...”*”

Il disciplinare di gara, al punto 12 pag. 10, lettera C) garanzie costituite ai sensi e per gli effetti dell’art. 75 del Codice precisa che *“la garanzia dovrà avere validità per almeno 360 giorni dalla validità dell’offerta pena l’esclusione”*.

La portata vincolante delle prescrizioni contenute nel disciplinare di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, con la conseguenza che, qualora sia comminata espressamente l’esclusione in conseguenza della violazione di talune univoche prescrizioni, l’Amministrazione è tenuta a darne precisa ed incondizionata esecuzione e può esimersi dal garantire la loro applicazione solo in presenza di prescrizioni ambigue, suscettibili di svariate possibili ed ugualmente plausibili interpretazioni, o non rispondenti al comune canone di ragionevolezza....”

Parere n. 70 del 6.03.2008

“.....Secondo giurisprudenza costante, la polizza fideiussoria, non costituisce un semplice documento, né una dichiarazione di scienza, bensì una dichiarazione di volontà con la quale il fideiussore si obbliga a pagare al creditore garantito (la stazione appaltante), qualora se ne verificano i presupposti, una somma di denaro predeterminata. Pertanto, l’indicazione di un importo differente, non costituisce una mera irregolarità sanabile mediante una successiva integrazione documentale, la quale determinerebbe una ingiustificata violazione del principio di *par condicio* tra i concorrenti (si vedano C. di Stato, n. 2095/2006; T.A.R. Lombardia, Brescia, 5 marzo 2007, n. 180; Tar Puglia Lecce, Sez. II, 24 agosto 2006 , n. 4278; Tar Lazio Roma, Sez. III, 14 febbraio 2006 , n. 1066; Tar Liguria, Sez. II, 2 marzo 2005 , n. 310)....”

Parere n. 18 del 23.01.2008

“.....Come già rilevato dall’Autorità con precedenti espressioni di parere (deliberazione n. 99/2007 e parere n. 38/2007) fino all’entrata in vigore del regolamento esecutivo, giusto quanto previsto dall’articolo 253, comma 3 del d. Lgs. n. 163/2006, per i lavori pubblici continuano ad applicarsi le disposizioni regolamentari vigenti – tra cui il D.M. 12 marzo 2004 n. 123 - nei limiti di compatibilità con il codice dei contratti pubblici.

Ai sensi dell’articolo 1, comma 4, del citato decreto n. 123/2004, ai fini della semplificazione delle procedure inerenti gli appalti di lavori pubblici, i concorrenti sono abilitati a presentare alle S.A. le sole schede tecniche, secondo il format allegato al

medesimo decreto, che costituiscono parte integrante dello schema tipo e la loro sottoscrizione costituisce atto formale di accettazione incondizionata di tutte le condizioni ivi previste.

Ne discende che non sussiste alcun obbligo, a carico del concorrente, di allegare lo schema tipo di polizza fideiussoria, né il disciplinare di gara prevedeva specifica disposizione al riguardo.....”

Computo metrico

Parere n. 198 del 17.07.2008

“...L’effettiva conoscibilità ed il libero accesso a tutta la documentazione di gara, non può essere conseguita consentendo, come nel caso in esame, la sola presa visione senza materiale acquisizione del computo metrico estimativo definitivo: detto documento, che individua la stima dell’intervento, ha una autonoma valenza ad uso dei concorrenti, per la compiuta descrizione delle lavorazioni richieste in progetto.

Consentire la sola visione del computo metrico, quantunque con possibilità di prendere annotazioni, ma senza poterlo materialmente acquisire nella propria disponibilità, limita l’appaltatore nell’effettuare corrette e ponderate valutazioni dell’appalto con conseguenti ricadute sulla formulazione dell’offerta.

Quanto sopra costituisce un ostacolo ed una discriminazione nei confronti degli operatori economici, nonché una violazione del principio di trasparenza....”

Parere n. 195 del 17.07.2008

“...Ai sensi dell’articolo 36, comma 7, del d. Lgs. n. 163/2006, il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

In particolare, la qualificazione è ottenuta a seguito di verifica dell’effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti.

Con determinazione n. 18/2003, l’Autorità ha affrontato le problematiche relative ai consorzi stabili, statuendo, in relazione al sistema di attestazione dei predetti consorzi, che, giusto quanto prescritto dal citato articolo 36, “è la qualificazione della singola impresa consorziate ad acquisire una posizione di centralità nell’ambito del sistema di qualificazione del consorzio stabile.”

La medesima determinazione ha chiarito che, per i consorzi stabili, la verifica del possesso delle capacità strutturali non può che essere il riscontro della permanenza nelle imprese consorziate delle qualificazioni che hanno consentito il rilascio dell’attestazione originaria.

Nel caso in cui l’efficacia dell’attestazione di uno o più consorziati scada prima della prescritta verifica triennale o prima della scadenza quinquennale dell’attestazione del consorzio stabile, cd. scadenza intermedia, sussiste l’obbligo per il consorzio di chiedere alla SOA l’adeguamento dell’attestazione.

Ai fini della partecipazione alla gara del consorzio stabile di che trattasi, dalla cui attestazione di qualificazione risultava intervenuta la scadenza intermedia, si richiama quanto disposto dall’Autorità con determinazione n. 6/2004, nella quale viene evidenziato che, ad intervenuta scadenza triennale, l’impresa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio alla data di effettuazione della verifica con esito positivo.

La circostanza di aver in corso la verifica dell’attestazione, se ottempera all’obbligo del consorzio stabile di richiedere l’adeguamento dell’attestazione, non consente di per sé la partecipazione alla gara nel periodo di effettuazione della verifica da parte della società di attestazione.

Ciò in quanto, proprio in virtù del fatto che il consorzio stabile si qualifica attraverso la sommatoria delle qualificazioni possedute dai singoli consorziati, fintanto che non è intervenuta la verifica con esito positivo dei requisiti

dell'impresa consorziata, la cui attestazione è scaduta, il consorzio stabile è privo di efficace attestazione....”

Contributo all'Autorità

Parere n. 115 del 17.04.2008

“...Dall'esame della documentazione agli atti e dalla lettura della normativa applicabile nella fattispecie, si ritiene opportuno chiarire che il requisito imprescindibile per la partecipazione alla procedura di gara è il versamento del contributo alla Autorità da corrispondere secondo le istruzioni dalla stessa indicate e pubblicate sull'apposito sito. Infatti, secondo quanto chiarisce l'Autorità con deliberazione n. 216/2007, è causa di esclusione dalla gara esclusivamente la mancata dimostrazione del pagamento: ne consegue che la mancata indicazione, nella causale del versamento, del CIG non comporta l'esclusione dalla gara, potendo la Stazione appaltante disporre al riguardo una integrazione documentale.

Uguualmente, come rilevato nel parere n. 5/2007, la mancata indicazione del codice fiscale non invalida il versamento effettuato, potendosi, anche rispetto a tale omissione, procedere ad una integrazione documentale successiva...”

“...Dalle precedenti considerazioni può dedursi che se la mancata indicazione del CIG nella causale del versamento non è, in generale, causa di esclusione dalla gara, a maggior ragione non sarà causa di esclusione la non esatta indicazione della Stazione Appaltante, avendo tale indicazione, insieme a quella dell'oggetto della gara, la medesima funzione del Codice Identificativo della Gara....”

Parere n. 61 del 28.02.2008

“.....Il Comune ha evidenziato che il bando relativo ai lavori in oggetto non prevedeva la presentazione della ricevuta per il versamento di cui al citato articolo 1, comma 67, in favore dell'Autorità, in quanto, la Stazione appaltante, ha ritenuto di prendere a riferimento quale importo a base di gara unicamente l'importo di euro 149.306,80 su cui applicare la percentuale di ribasso, senza tener conto degli ulteriori 2.600,00 euro relativi agli oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza....”

“...La questione afferente il mancato pagamento del contributo all'Autorità da parte dei concorrenti nel caso in cui il bando non ne abbia previsto espressamente l'obbligo, è stata già affrontata da questa Autorità con le delibere nn. 232 del 12 luglio 2007, e 258 del 25 luglio 2007, con le quali, in via generale, è stato evidenziato che il versamento

del contributo costituisce condizione di ammissibilità e la mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento è causa di esclusione dalla procedura di gara.

Il carattere essenziale del versamento del contributo ai fini della partecipazione alla gara è stato ulteriormente esplicitato da questa Autorità nel documento "Istruzioni relative alle contribuzioni dovute, ai sensi dell'art. 1 comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, da soggetti pubblici e privati", pubblicato sul sito internet istituzionale, nella parte rubricata "Risposte ai quesiti frequenti". In particolare, nella risposta n. 4, è stato specificato che anche nel caso in cui il bando di gara non richieda espressamente il versamento del contributo, i soggetti tenuti al pagamento del contributo devono versare lo stesso a prescindere dal fatto che nel bando di gara o nella lettera di invito sia espressamente richiamato tale obbligo.

Si fa inoltre presente che, nelle medesime Istruzioni, l'Autorità ha chiarito che "...nel caso di appalti di lavori pubblici, l'importo a base di gara, da considerare ai fini della individuazione delle soglie di contribuzione, deve intendersi comprensivo degli oneri di sicurezza"

Tuttavia, nel caso in esame, occorre tener presente l'erroneo convincimento della stazione appaltante in ordine all'importo di gara in relazione al quale sussiste l'obbligo del versamento del contributo all'Autorità, nonché le erronee informazioni, come rappresentato dalla S.A., rese dalla stessa ai concorrenti richiedenti chiarimenti al riguardo.

Alla luce di quanto sopra, poiché il punto 3.3. del bando di gara in esame prevede quale importo complessivo dell'appalto euro 151.906,80, comprensivo degli oneri per la sicurezza, (superiore alla soglia di euro 150.000,00 per la quale è previsto il versamento del contributo all'Autorità), tenuto conto dell'errore nel quale è incorsa la stazione appaltante, si rende necessaria una rettifica del bando di gara in esame...."

Parere n. 40 del 14.02.2008

"...Con le proprie deliberazione n. 5/2007 e n. 216/2007 questa Autorità ha chiarito che costituisce causa di esclusione solo la mancata dimostrazione del pagamento del contributo a favore dell'Autorità, mentre la mancata o errata indicazione del codice CIG nella causale del versamento non comporta l'esclusione dalla gara, potendosi procedere all'integrazione documentale.

In via generale, infatti in tali deliberazioni è stato precisato come il CIG (codice identificativo gara), pur essendo un elemento importante che consente il corretto funzionamento del Sistema Informativo di Monitoraggio delle Gare (SIMOG) in quanto permette di identificare univocamente la procedura di gara,

non può essere considerato un elemento fondamentale, la cui omissione o errata formulazione rappresenta un motivo di esclusione. In caso di mancata o errata indicazione del CIG, pertanto, la stazione appaltante ha la facoltà di richiedere all'impresa una integrazione successiva..."^{iv}

Direttore Tecnico

Parere n. 26 del 31.01.2008

".....nessuna norma prevede l'obbligo, per le imprese, di comunicare alla Camera di Commercio il nominativo del proprio direttore tecnico, che viene inserito nel relativo certificato solo nel caso in cui la stessa impresa, di sua iniziativa, ne comunichi il nominativo alla Camera di Commercio stessa..."

Documentazione

Parere n. 175 del 5.06.2008

".....In precedenti espressioni di parere l'Autorità, nel concorde orientamento della giurisprudenza amministrativa, ha espresso l'avviso secondo il quale non ricorrono le condizioni per una integrazione documentale della dichiarazione sostitutiva, nel caso in cui attraverso l'integrazione si determina non una specificazione del contenuto della dichiarazione resa, ma una sua integrazione *ex post*, con conseguente violazione del principio della *par condicio*.

L'Autorità sul punto ha chiarito che è possibile procedere all'integrazione documentale esclusivamente nel caso in cui la dichiarazione richiesta dalla disciplina di gara sia stata in qualche forma presentata e necessiti di chiarimenti: nel caso di specie la voce relativa "all'osservanza, all'interno della propria azienda, degli obblighi di sicurezza previsti dalla vigente normativa" è stata omessa, e, pertanto, la relativa dichiarazione sostitutiva risulta non resa...."

Parere n. 75 del 6.03.2008

".....Questa Autorità si è già occupata della problematica relativa alla dichiarazione sostitutiva ed alla comprova da parte dell'impresa dell'insussistenza delle cause di esclusione rispetto ai soggetti cessati dalla carica, deceduti o divenuti irreperibili, considerando anche l'impossibilità per l'impresa di conseguire certificazioni relative ai soggetti cessati, in quanto le stesse sono richiedibili solo da parte del soggetto interessato.

Con precedenti espressioni di parere, l'Autorità, da ultimo con deliberazione 101/2007, ha riconosciuto la possibilità a favore del legale rappresentante di effettuare una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà nel caso in cui i soggetti cessati siano divenuti irreperibili per l'impresa ovvero deceduti.

In ordine a quest'ultime evenienze, l'Autorità ha ritenuto che il legale rappresentante possa rilasciare, "per quanto a propria conoscenza", specifica dichiarazione in ordine alla non sussistenza di sentenze definitive di condanna nei riguardi dei suddetti soggetti, con conseguente obbligo per la stazione appaltante di effettuare le relative verifiche presso le competenti autorità.

Infatti, l'articolo 38 del d. Lgs. 12 aprile 2006 n.163 riconosce al concorrente la possibilità di attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, applicandosi a fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione l'articolo 43 dello stesso del d.P.R. n. 445/2000; saranno, pertanto, le stazioni appaltanti a dover effettuare, ai sensi del disposto di cui all'art. 71, comma 1, del D.P.R. n. 445/2000, i necessari controlli sulla veridicità delle autodichiarazioni.

La suddetta facoltà, riconosciuta al legale rappresentante, non è condizionata dall'onere di dover dimostrare l'irreperibilità del soggetto cessato, tenuto anche conto che l'articolo 38 del d. Lgs. n. 163/2006 non contiene alcun riferimento alla causa della cessazione, non essendo quest'ultima il presupposto logico della norma, volta invece ad accertare che il contraente dell'amministrazione sia una società i cui titolari, amministratori o direttori tecnici in carica o cessati nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, siano persone affidabili dal punto di vista della moralità professionale.

La dichiarazione concernente i soggetti cessati è resa nell'interesse della società, e costituisce lo strumento attraverso il quale le imprese evitano l'esclusione dalla gara qualora i propri amministratori o direttori tecnici siano cessati nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara.

Pertanto, nel caso in cui sussistano problemi di effettuazione di dichiarazioni e di produzione documentale in gara, in relazione a detti soggetti, il legale rappresentante dell'impresa ha il potere/dovere di rendere le predette dichiarazioni, secondo quanto previsto dall'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000.

Parere n. 72 del 6.03.2008

“.....Il tema relativo alla presentazione di una fotocopia del documento di identità scaduto è stato già affrontato da questa Autorità con il parere n. 56 del 4 ottobre 2007. In tale occasione, si è rilevato che la produzione della fotocopia del documento di identità del dichiarante è elemento costitutivo della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà e dell'autocertificazione ed è espressamente prevista dal D.P.R. 445/2000 quale requisito formale ad

substantiam. Tuttavia, il fatto che alla dichiarazione presentata all'amministrazione nell'ambito di una procedura di gara sia stata allegata fotocopia di un documento di identità scaduto, non importa l'inesistenza della dichiarazione, ma semplicemente la sua irregolarità, suscettibile di essere sanata e regolarizzata da parte della Commissione di gara.

Nella medesima direzione si attesta l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, in considerazione del fatto che nei rapporti fra privati e pubbliche amministrazioni queste ultime devono informare i loro comportamenti al principio della collaborazione e pertanto la dichiarazione del privato va valutata nei suoi contenuti sostanziali che prevalgono, in quanto dichiarati nelle forme previste, sulle risultanze eventualmente divergenti dei documenti ed atti formali irregolari che, pertanto, possono essere rettificati (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11.11.2004 n. 7339)..."

Parere n. 67 del 6.03.2008

".....Il punto IV.3 del bando in esame, nel prevedere la presa visione presso l'Ufficio Tecnico della documentazione contrattuale e complementare, dispone che per il rilascio dell'attestato di presa visione e di avvenuto sopralluogo è necessario il pagamento della somma di € 500,00 per diritti di presa visione.

Lo stesso punto dispone, altresì, che è possibile acquistare una copia di tutti gli elaborati progettuali previo versamento delle spese di riproduzione pari a € 20,00.

Al riguardo occorre rilevare che la richiesta ai concorrenti alle gare di appalto del pagamento di un onere di partecipazione, quale risulta essere la somma di € 500,00 dovuta per il rilascio dell'attestato di avvenuto sopralluogo, determinato in funzione dell'importo a base d'asta, rappresenta una violazione del principio della libera partecipazione agli appalti da parte degli operatori economici.

Come chiarito da questa Autorità con i parere n. 12/2008 e n. 21/2008, l'unica forma di partecipazione consentita è il rimborso delle spese di riproduzione della documentazione di gara..."

Parere n. 21 del 31.01.2008

"...Occorre, allora, esaminare la questione di che trattasi nell'ambito del dovuto rispetto dei principi generali dell'ordinamento, tenuto peraltro conto che l'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29.11.2002 n. 3253 non contiene espressa deroga all'articolo 71 del d.P.R. 554/1999, in base al quale l'offerta è accompagnata da una dichiarazione con la quale i concorrenti

attestano di aver esaminato gli elaborati progettuali, di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, di aver preso conoscenza di tutte le circostanze generali e particolari che possono influire sull'esecuzione dei lavori.

Si precisa, pertanto, che con tale dichiarazione il concorrente assume nei confronti della stazione appaltante una precisa responsabilità sull'effettuazione dell'esame del progetto e della situazione dei luoghi, al fine di prevenire eccezioni e riserve circa la completezza del progetto o gli ostacoli incontrati nella attività realizzativa dell'appalto.

L'esibizione in gara della sopra riportata dichiarazione, garantisce la stazione appaltante in merito alla piena contezza delle possibili interferenze e/o dei rallentamenti ai lavori, a prescindere dall'effettiva acquisizione di determinati elaborati progettuali.

Per quanto attiene all'acquisto della documentazione di gara, si precisa che con determinazione n. 2 del 13 gennaio 2000 il Consiglio dell'Autorità ha statuito che, sulla base degli articoli 71, comma 2 e 90, comma 5 del DPR 554/99 e secondo quanto previsto dalla direttiva comunitaria 93/37/CEE, non può essere imposto al concorrente l'obbligo di acquistare, a pena di esclusione dalla gara, la documentazione inerente l'appalto.

L'unica forma di partecipazione consentita è il rimborso delle spese di riproduzione della documentazione di gara.

Relativamente a quest'ultimo aspetto, la richiesta del rimborso dei costi sostenuti dalla pubblica amministrazione per il rilascio delle suddette copie, deve essere conforme alla normativa generale in materia di accesso alla documentazione amministrativa di cui alla legge 7 agosto 1991, n. 241.

Ai sensi dell'articolo 25 della sopra citata legge, il rilascio delle copie dei documenti è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione.

Ne consegue che, in riferimento agli elaborati progettuali, stabilire forfetariamente un rimborso spese a carico del concorrente, determinato in misura inversamente proporzionale all'importo a base di gara e svincolando l'entità del rimborso dall'effettivo costo di riproduzione degli elaborati progettuali stessi, costituisce un ostacolo alla libera partecipazione agli appalti da parte degli operatori economici....”

Parere n. 60 del 28.02.2008

“...L'autenticazione di copie di documenti, ai sensi dell'articolo 19 del d. P.R. 445/2000, può essere effettuata con una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, con la quale si attesta che la copia di un atto o di un documento conservato o rilasciato da una pubblica amministrazione, è conforme all'originale.

Nel caso in esame, l'impresa provvisoriamente aggiudicataria, nel presentare le copie dei documenti richiesti per la verifica di cui all'articolo 48, comma 2, del d. Lgs. n. 163/2006, ha dichiarato che le stesse sono conformi agli originali depositati presso "l'ufficio preposto a ricevere o a tenere tale documentazione".

Detta dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, pur presentando una inesattezza nella parte in cui fa riferimento "all'ufficio preposto a ricevere tale documentazione", da ritenersi inconferente, ha rispettato il disposto del citato articolo 19, in quanto l'attestazione di conformità di una copia con l'originale si effettua in relazione al documento emesso/depositato da/presso una determinata amministrazione e non in relazione al documento in possesso del privato che effettua la dichiarazione di conformità.

In relazione alla seconda eccezione, relativa alla ritenuta non possibilità di effettuare una dichiarazione di conformità all'originale del certificato DURC, si fa presente che detto documento deve intendersi incluso nell'ambito delle previsioni dello stesso articolo 19 del d.P.R. 445/2000, in virtù della natura giuridica dell'attività di certificazione e della veste che, nel suo esercizio, espleta la Cassa Edile. Infatti, la CASSA EDILE, ai fini del DURC, similamente all'INPS e all'INAIL, esercita funzioni pubbliche...."

Durc

Parere n. 230 del 23.10.2008

"...In data 30 dicembre 2007 è entrato in vigore il Decreto del 24 ottobre 2007 del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale sul Documento unico di regolarità contributiva ("DURC") che, tra le novità, ha introdotto dei parametri di valutazione della gravità dell'inadempimento fornendo, così, un fondamento oggettivo di valutazione e, limitando, di fatto, la possibile discrezionalità delle stazioni appaltanti in ordine alla verifica di tale requisito. In particolare, l'art. 8 del Decreto individua, quali cause non ostative al rilascio del DURC, due parametri:

- uno scostamento "inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione";
- o, comunque, "uno scostamento inferiore ad Euro 100,00", fermo restando un obbligo di pagamento di tali importi entro 30 giorni dal rilascio del DURC.

I suddetti parametri devono essere utilizzati dalle stazioni appaltanti in via cumulativa, secondo anche quanto specificato dalla Circolare del Ministero del Lavoro n. 5/2008.

Nel caso in esame si rileva che la stazione appaltante, sembra aver fondato il giudizio di gravità sulla sola verifica del superamento della soglia di Euro 100,00, con la conseguenza che la stessa dovrà integrare l'istruttoria già condotta in contraddittorio con la società, per appurare se lo scostamento contestato alla Holiday s.a.s. sia pari o superiore al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione. Tale dato, infatti, non è desumibile dal DURC e risulta essere dirimente al fine di una completa ed esaustiva valutazione della gravità della violazione..."

Offerta

Parere n. 243 del 12.11.2008

"....Per quanto concerne, poi, la censura relativa alla mancata sottoscrizione di un importo nella lista delle categorie di lavorazioni, si è accertato - attraverso l'esame dei documenti inviati - che la lista dell'ATI aggiudicataria presenta, a pag.23, una correzione relativamente ad una somma parziale da riportare, cifra poi correttamente riportata ad inizio colonna della pagina successiva.

Occorre evidenziare che la *ratio* della richiesta del bando di gara, sotto pena di esclusione, della sottoscrizione in ciascun foglio e della conferma e sottoscrizione di ciascuna correzione - in applicazione del terzo comma dell'art. 90 del D.P.R. n. 554/1999 e s.m. - si ravvisa nell'esigenza di individuare l'offerta con certezza (come documento effettivamente imputabile al soggetto indicato come dichiarante) e con chiarezza quanto al contenuto, in modo da fugare perplessità ed equivoci e da prevenire contestazioni circa l'effettiva volontà della parte privata sul prezzo ed il ribasso offerti, nell'ottica della certezza e della trasparenza delle operazioni di affidamento degli appalti.

Nel caso di specie, la correzione ha interessato solo una somma da riportare nella pagina successiva e la sottoscrizione della pagina con la correzione doveva ritenersi già di per sé significativa e confermativa, oltre che delle singole voci, anche della correzione ivi apportata, senza possibilità di equivoci sugli importi indicati dall'ATI.

In conclusione, alla luce del principio di conservazione delle offerte sotteso alla disposizione di cui all'art. 90 citato del Regolamento (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 11 luglio 2003, n. 4145), la singola omissione della sottoscrizione specifica della correzione del riporto non incide sulla regolarità dell'offerta..."

Parere n. 228 del 09.10.2008

“.....computo metrico ha una sua pregnante valenza, prevalente rispetto alla lista delle categorie che i concorrenti devono compilare. Con la conseguenza che in caso di divergenza tra le indicazioni contenute nel computo metrico e quelle presenti nelle corrispondenti voci della lista delle categorie, prevalgono le indicazioni contenute nel computo metrico.

Nel caso di specie, si deve altresì considerare che l'errore nel quale è incorsa l'impresa aggiudicataria è stato determinato dal refuso della Stazione appaltante nella predisposizione del modello della lista delle categorie delle lavorazioni e che anche altre imprese, oltre alla aggiudicataria, hanno calcolato il ribasso con le stesse erronee modalità. Si pone, quindi, un problema di tutela dell'affidamento della buona fede dei concorrenti alla gara d'appalto e di contemperamento di questa esigenza con la tutela della *par condicio*, principio cardine in materia di appalti pubblici.....”

Il Consiglio

ritiene che, quando un'impresa partecipante ad una gara d'appalto compila la lista delle categorie delle lavorazioni in difformità dalle indicazioni contenute nel computo metrico, a causa di un errore materiale commesso dalla Stazione Appaltante, alla stregua dell'esigenza di tutela dell'affidamento delle parti in bilanciamento con il principio di garanzia della *par condicio* dei concorrenti, è opportuno che l'amministrazione effettui una prova di resistenza per verificare se, a seguito del rinnovo dei calcoli delle offerte e dei ribassi, sia possibile confermare l'aggiudicazione provvisoria *medio tempore* disposta.

Parere n. 160 del 21.05.2008

“....Il disciplinare di gara prevedeva, nelle modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte, che nella busta “B” dovevano essere contenuti, a pena di esclusione:

1. dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante o da un suo procuratore, contenente l'indicazione del prezzo globale, espresso in

cifre e lettere ed il conseguente ribasso percentuale, rispetto al prezzo posto a base di gara anche esso espresso in cifre e lettere.

2. lista delle lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dell'opera o dei lavori, contenente l'indicazione in calce del totale del prezzo complessivo offerto, unitamente al conseguente ribasso percentuale rispetto al prezzo complessivo posto a base di gara.

In data 25 febbraio 2008 la Provincia di Cosenza ha chiesto, con l'istanza di parere indicata in oggetto, la legittimità del proprio operato, per aver disposto l'esclusione dalla gara dell'ATI IDROELETTRICA s.r.l. - TARSA PETROLI s.a.s DI MARCHESE che aveva ommesso di indicare nella dichiarazione il prezzo complessivo offerto.

In sede di istruttoria documentale l'ATI ha contestato il provvedimento di esclusione disposto nei suoi confronti precisando che l'omissione del prezzo complessivo offerto non è di per sé causa di esclusione in quanto si è trattato di un semplice errore materiale. Per l'appalto in questione, prosegue l'impresa, è prevista aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari ai sensi dell'art. 82 del d.Lgs n. 163/2006 e con modalità di cui all'art. 90 del d.P.R. n. 554/1999 che dispone l'aggiudicazione solo in base al ribasso percentuale offerto.

L'impresa Cesario geom. Marcello, aggiudicataria provvisoria e controinteressata nel presente procedimento, ha ribadito che l'art. 90 del d.P.R. n. 554/1999 non prevede l'aggiudicazione mediante il solo ribasso percentuale.

Ritenuto in diritto

L'Autorità con parere n. 118 del 17.04.2008 ha chiarito che la mancata indicazione del prezzo complessivo offerto e del conseguente ribasso percentuale in calce alla lista delle lavorazioni non comporta l'esclusione dell'impresa, nel caso in cui detti elementi siano comunque stati dichiarati dall'offerente nella dichiarazione di offerta, allegata alla lista delle lavorazioni.

Nel caso in esame il plico della busta "B" (offerta economica) presentata dall'ATI conteneva l'offerta sottoscritta dal legale rappresentante con l'indicazione della percentuale di ribasso, nonché la Lista delle lavorazioni e forniture con l'indicazione del prezzo complessivo offerto in cifre e in lettere ed il conseguente ribasso percentuale.

I due documenti (offerta e lista), contenuti nello stesso plico ed entrambi sottoscritti dal legale rappresentante dell'ATI, ben potevano integrarsi a vicenda.

Infatti, la mancata indicazione del prezzo complessivo nella dichiarazione di offerta non può comportare l'estromissione dalla gara: "la mancata indicazione del prezzo complessivo, facilmente determinabile da una semplice operazione aritmetica non può

essere sanzionata in ogni caso in modo più rigoroso della errata indicazione del medesimo”(TAR Sicilia, Palermo, sez. I 9/11/2005 n.4992; TAR Campania,Napoli, sez.VIII 13/06/2007 n.6098).

Per quanto sopra riportato, l'esclusione dell'ATI IDROELETTRICA SRL-TARSA PETROLI SAS DI MARCHESE non è conforme alla normativa di settore...”

Parere n. 153 del 14.05.2008

In data 22 febbraio 2008 è pervenuta all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, l'istanza di parere in oggetto, con la quale la Provincia di Avellino chiedeva un parere in merito ad una controversia insorta a seguito dell'indizione della gara di appalto avente ad oggetto i lavori di manutenzione straordinaria della SP 57 “Mirabella Eclano”.

Nella seduta del 13.11.2007 la gara era stata aggiudicata alla ditta La Castellese Costruzioni s.r.l. in quanto aveva prodotto l'offerta più vantaggiosa, con un ribasso percentuale pari al 34,273 che era stato determinato con una soglia di anomalia pari a 34,277% (a seguito di arrotondamento del valore 34,277496 risultante dal mero calcolo aritmetico).

Tale procedimento di arrotondamento era espressamente previsto per le medie dal disciplinare di gara, a pag. 10, punto 2 (Procedure di aggiudicazione) cita: *“Le medie sono calcolate fino alla terza cifra decimale arrotondate all'unità superiore qualora la quarta cifra decimale sia pari o superiore a cinque”*

La disciplina di gara nulla prevedeva, invece, riguardo la formulazione delle offerte.

Nel dare pubblicità dei ribassi offerti, a mezzo di pubblicazione di foglio elettronico, è stato accertato che lo stesso riportava, per quattro concorrenti, i ribassi arrotondati alla terza cifra decimale, mentre il software in dotazione alla Commissione di gara, aveva compiuto le elaborazioni portando in conto tutte le cifre costituenti l'offerta.

Pertanto l'incongruenza era stata la seguente: calcolando la soglia di anomalia con i ribassi tal quali, questa era stata determinata in 34,277496, e successivamente, arrotondando alla terza cifra decimale, si era giunti a 34,277%. Secondo tale calcolo risultava aggiudicataria la Società La Castellese Costruzioni che aveva offerto un ribasso percentuale 34,273%.

Calcolando invece, la soglia di anomalia con i ribassi delle offerte arrotondati alla terza cifra decimale, essa veniva determinata in 34,2775000, che, arrotondata alla terza cifra decimale, risultava 34,278%. In questo caso l'aggiudicazione avveniva a favore della ICA Srl, con un ribasso del 34,277%.

Ritenuto in diritto

La disciplina della gara in esame prevede:

- nessuna disposizione in ordine alla formulazione delle offerte, per quanto attiene al computo delle cifre decimali delle stesse;
- il punto 2,- Procedure di aggiudicazione – prescrive: “Le medie sono calcolate fino alla terza cifra decimale arrotondata all’unità superiore qualora la quarta cifra decimale sia pari o superiore a cinque”.

Si deve innanzi tutto far presente che laddove il bando di gara non dispone che l’indicazione dei ribassi debba essere effettuata fino ad una determinata cifra decimale, per costante orientamento di questa Autorità e della giurisprudenza amministrativa, la Commissione di gara non può procedere ad effettuare arrotondamenti, dovendo acquisire le offerte nella loro integrità (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV 1277/2003).

Detto principio vale anche per quanto attiene alle modalità di calcolo delle medie: con deliberazioni n. 114/2002 e n. 244/2007 l’Autorità ha evidenziato la necessità che la norma speciale dei bandi di gara contenga esplicite disposizioni sulle modalità di calcolo delle medie, disponendo che siano stabiliti i decimali da prendere in considerazione e le modalità di arrotondamento.

In particolare, è stato espresso l’avviso secondo il quale l’arrotondamento è un criterio che deve essere applicato su tutte le operazioni aritmetiche effettuate per addivenire all’aggiudicazione.

Per quanto riguarda le offerte, invece, si ribadisce, nel caso in cui la *lex specialis* non preveda esplicita disciplina, queste non possono subire arrotondamento in via analogica.

Nel caso in esame, sulla base di quanto sopra, l’aggiudicazione dell’appalto deve avvenire nei confronti de La Castellese Costruzioni s.r.l.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che, nel silenzio del bando di gara, le offerte devono essere assunte in graduatoria tenendo conto di tutte le cifre decimali che le compongono, senza procedere al loro arrotondamento.

Parere n. 104 del 9.04.2008

“...Ai sensi dell’articolo 122, comma 9, del d. Lgs. n. 163/2006, negli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, la stazione appaltante può prevedere nel bando l’esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, individuata ai sensi dell’articolo 86 del medesimo decreto, senza procedere alla verifica in contraddittorio delle offerte

anormalmente basse. Detta facoltà è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è almeno pari a cinque.

Nel caso in esame, l'aggiudicazione a favore dell'impresa che ha centrato, con la propria offerta, la soglia di anomalia è frutto di un errore, in quanto l'offerta che ha presentato una percentuale di ribasso pari alla citata soglia doveva essere esclusa.

L'aggiudicazione, infatti, doveva avvenire a favore dell'offerta che più si avvicina, per difetto, alla soglia di anomalia.

Sulla base di quanto sopra, ricorrono i presupposti affinché la commissione proceda a riesaminare, in autotutela, il proprio operato, riaprire la gara stessa, escludere l'offerta che ha presentato una percentuale di ribasso pari alla soglia di anomalia e individuare il nuovo aggiudicatario provvisorio.

Si richiamano, al riguardo, gli indirizzi dettati da questa Autorità con la determinazione n. 17/2002....”

Prezzario

Parere n. 111 del 09.04.2008

“...La problematica in esame è stata affrontata dall'Autorità con precedenti espressioni di parere, nelle quali è stato sottolineato che, in ossequio all'art. 2, comma 1, del d. Lgs. 163/2006, a norma del quale l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, sussiste una stretta correlazione tra la qualità delle prestazioni e l'importo stimato a base d'asta che, se non remunerativo, comporta l'alterazione dell'equilibrio economico tra le prestazioni stesse.

Pertanto la sottostima della quotazione di una voce di prezzo che incida in modo significativo nel quadro economico dell'intervento e, più in generale l'utilizzo di prezzari non aggiornati, rappresenta, per le imprese interessate, un ostacolo alla partecipazione ed alla concorrenza.

Quanto sopra trova applicazione anche negli appalti, come quello in esame, relativi ai settori speciali, laddove gli enti aggiudicatori devono conformare il loro operato alla parte I del Codice dei contratti ed ai principi dettati dal Trattato a tutela della concorrenza al fine di evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola della libertà di competizione.

Per la definizione della questione in esame, occorre preliminarmente tener presente la circostanza che, per ragioni anche non imputabili alla stazione appaltante, decorre un lasso temporale significativo tra l'approvazione del progetto e la pubblicazione del bando di gara.

In tale evenienza, si deve individuare quale è il riferimento temporale al quale rinviare per determinare, nel rispetto dei principi sopra riportati, il corretto prezzario da utilizzare nell'appalto.

Nel caso in cui la stazione appaltante non disponga di un proprio prezzario e faccia riferimento a prezzari di altri soggetti, ci si deve riferire al prezzario vigente al momento dell'approvazione del progetto, previa verifica della congruità dei prezzi in esso indicati.

A norma dell'art. 34 del D.P.R. 554/1999, infatti, il computo metrico estimativo va redatto applicando alle quantità delle lavorazioni i prezzi unitari dedotti dai prezzari della stazione appaltante o dai listini correnti nell'area interessata. Ora è evidente che la stazione appaltante che non dispone di un proprio prezzario e faccia riferimento a prezzari di altri soggetti, non possa essere tenuta ad aggiornarli. Dovrà invece ritenersi tenuta ad utilizzare l'ultimo prezzario vigente, come da art. 34, dopo averlo sottoposto ad una verifica di congruità.

Nel caso in esame, quindi, ai fini della correttezza della valutazione dell'operato della S.A., occorre verificare se alla data dell'approvazione del progetto esecutivo (14.02.2006) fosse ancora vigente o meno il prezzario del Provveditorato alle Opere Pubbliche, anno 2002, utilizzato dall'Acquedotto Pugliese.

Dalla documentazione in atti (nota del Provveditorato Interregionale OO.PP. del 12.12.2007) risulta che a tale data era ancora in vigore il prezzario del Provveditorato alle Opere Pubbliche, anno 2002, in relazione al quale è stato espresso favorevole parere di congruità del Commissario Delegato per l'Emergenza Ambientale in Puglia...”^v

Procedura aperta

Parere n. 8 del 16.01.2008

“.....la vigente normativa di settore in materia di appalti di lavori pubblici, non prevede, nelle procedure aperte, la possibilità di ridurre i termini di ricezione delle offerte per motivi di urgenza...”

“...Per quanto attiene alla fissazione di un termine d'urgenza al sub procedimento di cui all'articolo 48, comma 1, del d. Lgs. n. 163/2006, si precisa che il termine perentorio di dieci giorni, ivi previsto, è già di per sé un termine accelerato, individuato dal legislatore per garantire la celerità della verifica in sede di gara del possesso dei requisiti dichiarati dal concorrente.

Considerato che i termini del procedimento, ai sensi della legge 241/1990, devono essere modulati tenendo conto della loro sostenibilità, la norma di cui all'articolo 48, comma 1, nello stabilire il termine di dieci giorni, ha temperato l'esigenza della tutela della tempestività del procedimento di aggiudicazione con quella di consentire all'operatore economico la possibilità di adempiere a quanto richiesto dalla stazione

appaltante, nel rispetto del principio della correttezza dei rapporti fra amministrazione e privati.

Sulla base di quanto sopra, le amministrazioni non possono individuare un termine più breve di quello stabilito dall'articolo 48, comma 1, del d. Lgs. n. 163/2006.....”

Qualificazione

Parere n. 239 del 05.11.2008

“...L'art. 38, comma 1, lett. m), del D.Lgs. n. 163/2006, così come modificato dal D.Lgs n. 113/2007, prevede quale causa ostativa alla partecipazione alle procedure di gara l'esistenza in capo al concorrente, tra l'altro, di *“provvedimenti interdittivi di cui all'art. 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248”*.

Tali provvedimenti interdittivi alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione a gare pubbliche vengono adottati, così come previsto dall'art. 36-bis richiamato (ora trasfuso, con modificazioni, nell'art. 14 del D.Lgs. n. 81/2008), dai competenti uffici del Ministero delle Infrastrutture, successivamente alla comunicazione da parte del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del provvedimento di sospensione dei lavori, disposto dal proprio personale ispettivo nei casi in cui, nel cantiere edile soggetto a verifica, venga riscontrato l'impiego di personale non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, in misura superiore al 20% del totale dei lavoratori regolarmente occupati nel cantiere, ovvero reiterate violazioni della disciplina in materia di superamento dei tempi di lavoro, di riposo giornaliero e settimanale.

Dal tenore della richiamata normativa si evince che, affinché possa determinarsi l'esclusione dalla procedura di gara, non è sufficiente la pendenza del procedimento di cui all'art. 36bis del D.L. n. 223/2006, convertito in Legge n. 248/2006, ma è necessario che vi sia stata l'adozione, nei confronti del concorrente, di un provvedimento interdittivo da parte del Ministero delle Infrastrutture.....”

“...Tuttavia, si evidenzia che l'infrazione commessa dalla Termoclima s.r.l., che ha condotto al provvedimento di sospensione dei lavori da parte dell'Ispettorato del Lavoro di Asti, successivamente revocato e oggetto di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo, può costituire causa ostativa all'aggiudicazione definitiva in relazione all'ipotesi di esclusione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. e), del D.Lgs. n. 163/2006, che si riferisce agli operatori economici *“che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio”*.

L'Autorità si è più volte soffermata su tale requisito di partecipazione - si vedano le determinazioni n. 13/2003 e n. 4/2006 - precisando che compete alla stazione appaltante

l'accertamento, di natura discrezionale e comportante l'obbligo di motivazione, della esistenza e della gravità della violazione commessa e sostenendo che l'espressione "debitamente accertate" non può essere letta nel senso di "definitivamente accertate", ma sta ad indicare che dell'infrazione deve esservi stato accertamento nelle forme previste dalla normativa di settore e che la "gravità" vada desunta dalla specifica tipologia dell'infrazione commessa, sulla base del tipo di sanzione (arresto o ammenda) per essa irrogata, dell'eventuale reiterazione della condotta, del grado di colpevolezza e delle ulteriori conseguenze dannose che ne sono derivate (es. infortunio sul lavoro). Si precisa, altresì, come rilevato nel parere n. 138/2008, che la stazione appaltante è legittimata ad effettuare le suddette valutazioni anche in presenza di un ricorso giurisdizionale o amministrativo avverso gli accertamenti effettuati dagli Organi agli stessi deputati....."

Parere n. 227 del 09.10.2008

"...Ai sensi dell'articolo 15, comma 5, del d.P.R. 25 gennaio 2000, n.34 e s.m., la durata dell'efficacia dell'attestato di qualificazione è pari a cinque anni con verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale di cui all'articolo 15 *bis*. Almeno tre mesi prima della scadenza del termine, l'impresa che intende conseguire il rinnovo dell'attestazione deve stipulare un nuovo contratto con la medesima SOA o con un'altra autorizzata.

Come l'Autorità ha già affermato con la Determinazione del 21 aprile 2004, n.6, (successiva alle modifiche introdotte dal d.P.R. 10 marzo 2004, n. 93), se un'impresa si sottopone a verifica dopo la data di scadenza del triennio di validità dell'attestazione, ai sensi dell'art.15 *bis* del d.P.R. 34/2000 e s.m., l'impresa non può partecipare alle gare nel periodo compreso tra la data di scadenza del triennio e la data di effettuazione della verifica con esito positivo. Infatti, il rinnovo dell'attestazione avviene, ai sensi del comma 7 dell'art.15 citato, alle stesse condizioni e con le stesse modalità previste per il rilascio dell'attestazione, dovendo la Soa effettuare un'attività istruttoria tesa ad accertare il permanere in capo al richiedente dei requisiti di qualificazione.

Ma il punto principale e dirimente delle questioni sollevate è che la revisione triennale, considerate le sue finalità e le relative modalità di svolgimento, ha natura costitutiva, non potendo attribuirsi ad essa un mero valore ricognitivo. Ne segue che, decorso *inutiliter* il termine per la revisione triennale, l'attestazione non è più efficace e il concorrente resta privo del requisito della qualificazione.

La perdita del predetto titolo di partecipazione inficia la legittimità della partecipazione alla gara e, di conseguenza, la regolarità della procedura, giacché - come chiarito anche con la Deliberazione n.234/07 - il requisito della qualificazione deve sussistere al momento della scadenza per la presentazione delle offerte, permanere per tutta la durata del procedimento di gara e, in caso l'impresa risulti aggiudicataria, per tutta la durata dell'appalto.

Anche la giurisprudenza condivide l'orientamento dell'Autorità, ritenendo che l'impresa ha l'onere di sottoporsi alla verifica nell'imminenza della scadenza del triennio e che, in caso di verifica tardiva con esito positivo, i relativi effetti

decorrono *ex nunc* dalla data della comunicazione all'impresa, avendo la verifica un valore costitutivo e non meramente ricognitivo (Tar Campania, n.111/07; Tar Molise n.496/2006; Tar Sicilia Catania n.353/06, n.539/06. n.831/06).

Parere n. 220 del 25.09.2008

“...La corretta interpretazione dell'art. 4 del D.P.R. n. 34/2000 e s.m. è stata più volte oggetto di pronuncia da parte di questa Autorità, la quale ha chiarito (determinazione n. 29/2002 e deliberazioni n. 27/2004, n. 241/2003, n. 182/2003) che l'obbligo di possedere il requisito di qualità sussiste soltanto quando l'importo dei lavori che il concorrente intende assumere richieda una classifica di qualificazione per la quale il possesso del sistema di qualità aziendale UNI EN ISO 9000 sia già divenuto obbligatorio, ossia a partire dalla classifica III e, quindi, per importi superiori a euro 516.457,00....”

Parere n. 207 del 31.07.2008

“...L'Autorità con determinazione n.8/2002 e con pareri n. 122/2007 e n. 150/2008, ha chiarito che il principio dell'assorbimento fra categorie generali e categorie specializzate trova applicazione esclusivamente in riferimento alla OG11, nel senso che, ove nel bando sia richiesta la qualificazione di cui alle categorie di opere specializzate OS3, OS30, OS28 è consentita la partecipazione anche delle imprese qualificate in categoria OG11. Ciò in quanto detta categoria generale è in effetti la sommatoria di categorie speciali e pertanto sussiste la presunzione che un soggetto qualificato in OG11 sia in grado di svolgere mediamente tutte le lavorazioni speciali contenute in questa categoria generale (TAR Brescia 26 ottobre 2006 n.1349).

Tuttavia, la qualificazione per la categoria di opere generali OG11 assorbe quella per la categoria di opere speciali, solo nel caso in cui la disciplina speciale della singola gara non rechi alcuna clausola in contrario.

Parere n. 137 del 8.05.2008

“...Con determinazione n. 29/2002 l'Autorità ha chiarito, inter alia, quali debbano essere i presupposti per classificare le pavimentazioni nelle categorie specializzate OS6 oppure OS24 esprimendo l'avviso secondo il quale “le pavimentazioni sportive in verde rientrano nella categoria specializzata OS24” e che “le pavimentazioni sportive di qualsiasi tipo e materiale (ligneo, plastico, metallico e vetroso) relative ad impianti sportivi al coperto ed allo scoperto

rientrano nella categoria specializzata OS6, stante la prevalenza della lavorazione di finitura di opera generale”....”

Parere n. 100 del 09.04.2008

“...Dall’esame della documentazione agli atti e dalla lettura della normativa applicabile nella fattispecie, si ritiene che l’intervento previsto nel bando in oggetto non possa essere ascritto alla categoria OS26, la quale è rinvenibile, come affermato dalla stessa Autorità con determinazione n. 29/2002, nelle sole ipotesi in cui l’intervento abbia ad oggetto pavimentazioni stradali destinate alla mobilità su gomma, ferro e aerea, sottoposte a carichi notevoli, come nel caso delle piste aeroportuali.

Nell’ambito della categoria OG3 rientrano, invece, le pavimentazioni stradali relative ad interventi destinati alla mobilità su gomma, ferro e aerea sottoposti a carichi normali.

Alla luce delle suddette specificazioni può affermarsi quindi che la riqualificazione di un centro storico, come nel caso specie, “tramite l’utilizzo di particolari materiali naturali” oppure la previsione di “integrare il massetto di sottofondo con rete elettrosaldata al fine di migliorare la distribuzione dei carichi dovuti al traffico veicolare”, non consente di avvicinare l’intervento in oggetto a quello di cui alla categoria specializzata OS26, così come sopra descritta.

Pertanto, non potendo ravvisarsi, nel caso di specie, gli estremi della categoria OS26, ma esclusivamente quelli di cui alla categoria OG3, in considerazione della zona oggetto di intervento (centro storico) e del tipo di carichi che in quella zona sono da prevedersi, si ritiene che l’indicazione della categoria prevalente contenuta nel bando di gara sia effettivamente erronea, a nulla rilevando, poi, quanto rappresentato dalla stazione appaltante circa il fatto che l’opera in oggetto rappresenti la continuazione di un primo stralcio appaltato con un precedente bando, che faceva sempre riferimento alla categoria OS26 e che non è stato impugnato....”

Parere n. 87 del 20.03.2008

“...Per quanto attiene all’eccezione relativa al possesso in capo all’impresa provvisoriamente aggiudicataria dell’autorizzazione di cui alla legge n. 46/1990 si evidenzia quanto segue.

L’Autorità, con precedenti espressioni di parere (da ultimo parere n. 24/2007) ha chiarito che l’abilitazione di cui alla legge 46/1990 costituisce un requisito di esecuzione che può, tra l’altro, essere comprovato dall’impresa appaltatrice in fase esecutiva proponendo come responsabile delle attività in questione un tecnico in possesso dei relativi prescritti requisiti....

Parere n. 23 del 31.01.2008

“...Relativamente alle problematiche concernenti i certificati di esecuzione lavori, occorre preliminarmente precisare che con Comunicati del Presidente dell’Autorità del 6 luglio e del 18 ottobre 2006, sono state dettate disposizioni, a carico delle stazioni appaltanti, relative alle modalità di trasmissione all’Osservatorio dei certificati di esecuzione lavori, ai fini del loro inserimento nel casellario informatico e del relativo utilizzo per l’attività certificatoria delle SOA.

In sede di gara, la stazione appaltante, in presenza di un certificato di esecuzione lavori redatto in conformità all’articolo 22, comma 7, del d.P.R. 34/2000 ed all’allegato D al medesimo decreto, non può addurre nei confronti del concorrente, l’eccezione che lo stesso non è stato rilasciato utilizzando la predetta procedura informatica.

Al riguardo, deve rilevarsi che nel caso in cui un certificato lavori presenti elementi di discordanza, contraddittorietà, ovvero non sia stato estratto secondo la procedura informatica prescritta dall’Autorità, la stazione appaltante è tenuta ad effettuare le opportune verifiche sul documento, anche in contraddittorio con l’impresa.

Per quanto attiene all’ulteriore motivo di esclusione dell’ATI Vincenzo Modugno s.r.l./I.CO.RES. s.r.l. concernente l’interpretazione assunta dalla Commissione di gara nella valutazione dei lavori pregressi, fondata sulla netta differenziazione fra “lavori eseguiti all’interno di strutture museali” e “lavori finalizzati alla realizzazione di un museo”, si fa presente che ai sensi dell’articolo 253, comma 30 del d. Lgs. n. 163/2006, è facoltà delle stazioni appaltanti *“individuare, quale ulteriore requisito di partecipazione, l’avvenuta esecuzione nell’ultimo decennio, di lavori nello specifico settore cui si riferisce l’intervento, individuato in base alla tipologia dell’opera oggetto di appalto.”*

Come chiarito dall’Autorità con deliberazione n. 99/2006, la disposizione deve essere interpretata nel senso che è necessario dimostrare l’esecuzione di lavori in una categoria della medesima *species* di quella che si affida.

Nel caso in esame, appare restrittiva la posizione assunta dalla S.A. di valutare come non pertinenti i lavori eseguiti su un immobile che solo successivamente ai predetti lavori è divenuto una struttura museale: infatti, l’appalto di che trattasi concerne il restauro e l’adeguamento funzionale di un autonomo corpo di fabbrica (palazzina neoclassica) la cui ristrutturazione consentirà di acquisire al complesso monumentale nel quale è inserito, nuove aree destinate sia a ristoro sia a sala di ascolto delle collezioni musicali.

In relazione al quesito concernente la possibilità di dimostrare la capacità dell'impresa nella categoria OG11 attraverso le lavorazioni nelle categorie specialistiche OS3, OS5, OS28 e OS30, si precisa che con la determinazione n. 8/2002 e con parere n. 116/2007 è stato chiarito che il principio di assorbenza fra categorie generali e categorie specializzate trova applicazione esclusivamente in riferimento alla OG11, nel senso che, ove nel bando sia richiesta la qualificazione di cui alle categorie di opere specializzate OS3, OS5, OS28 e OS30, è consentita la partecipazione anche alle imprese qualificate in categoria OG11. Laddove, invece, è richiesta la categoria generale OG11, la stessa non può essere dimostrata mediante la qualificazione nelle singole categorie specializzate....”

Parere n. 150 del 14.05.2008

“...L’Autorità con determinazione n.8/2002 e con parere n. 122/2007, ha chiarito che il principio dell’assorbenza fra categorie generali e categorie specializzate trova applicazione esclusivamente in riferimento alla OG11, nel senso che, ove nel bando sia richiesta la qualificazione di cui alle categorie di opere specializzate OS3, OS30, OS28 è consentita la partecipazione anche delle imprese qualificate in categoria OG11. Ciò in quanto detta categoria generale è in effetti la sommatoria di categorie speciali e pertanto sussiste la presunzione che un soggetto qualificato in OG11 sia in grado di svolgere mediamente tutte le lavorazioni speciali contenute in questa categoria generale (TAR Brescia 26 ottobre 2006 n.1349).

Come chiarito nel citato parere n. 122/2007, la qualificazione per la categoria di opere generali OG11 assorbe quella per la categoria di opere speciali, trova applicazione nel caso in cui la disciplina speciale della singola gara non rechi alcuna clausola in contrario, come nel caso di specie...”

Responsabilità amministrativa

Parere n. 152 del 14.05.2008

Il D. Lgs. 8 giugno 2001 n. 231 ha introdotto nell'ordinamento nazionale la *“Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica”*, prevedendo, per le fattispecie illecite indicate, diverse sanzioni che vengono comminate direttamente all'ente-persona giuridica.

In particolare, l'impianto sanzionatorio prevede sia sanzioni pecuniarie che sanzioni interdittive, tra le quali, all'articolo 9, è annoverato il divieto di contrattare con la PA, salvo per ottenere prestazioni di un pubblico servizio.

Tale divieto, che è rivolto all'ente destinatario della misura e agli amministratori pubblici, che devono evitare di stipulare con esso contratti invalidi, si applica esclusivamente in relazione ai reati per i quali è espressamente previsto e qualora ricorra una delle seguenti condizioni: a) l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; b) in caso di reiterazione degli illeciti.

Il divieto a contrattare con la PA non è indirizzato a tutte le attività dell'ente, bensì ha ad oggetto la specifica attività cui si riferisce l'illecito commesso e può essere limitato a determinati tipi di contratto o a determinate amministrazioni (art. 14)

Ai sensi dell'articolo 45 del menzionato decreto legislativo, il divieto a contrattare con la PA può essere oggetto di una misura cautelare, nelle ipotesi in cui sussistano gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente e vi siano fondati motivi per presumere la sussistenza di un pericolo concreto della commissione di illeciti della stessa indole di quello per cui procede.

Relativamente all'applicazione delle misure interdittive cautelari previste dal D.Lgs. n. 231/2001 si è pronunciato il Consiglio di Stato, in sede consultiva, Adunanza Generale, sezione III, con il parere dell'11 gennaio 2005, che ha definito la portata della misura, nonché la nozione di pubblica amministrazione cui la norma si riferisce.

Per i profili che a tal fine rilevano, e dunque, con particolare riferimento all'ambito oggettivo, il Consiglio di Stato ha precisato che la misura cautelare è preordinata a prevenire il rischio di commissione di illeciti della stessa indole e, conseguentemente, che il divieto di contrattare non può che riguardare la futura attività negoziale che il soggetto intenda porre in essere dopo l'adozione del provvedimento interdittivo.

Tuttavia, il Consiglio di Stato non si è specificamente pronunciato sull'operatività della misura cautelare anche ai contratti che abbiano ad oggetto principale un'attività diversa da quella di cui alla misura interdittiva.

Ciò nonostante, in ragione della ratio della misura interdittiva in questione, sembra possibile sostenere l'impossibilità di estendere il divieto di contrattare relativo ad una determinata attività anche a contratti che non hanno ad oggetto quella attività.

Infatti, come riportato nella Relazione al d.lgs. n. 231/2001, “la sanzione interdittiva non deve ispirarsi ad un criterio applicativo generalizzato ed indiscriminato” e “le sanzioni, per quanto possibile devono colpire il ramo di attività in cui si è sprigionato l’illecito, in omaggio ad un principio di economicità e di proporzione”.

Sentenze di condanna

Parere n. 138 del 8.05.2008

“..Con deliberazione n. 68/2007 e con pareri n. 50/2007 e n. 52/2008, l’Autorità, nell’affrontare la fattispecie di cui all’articolo 38, comma 1, lettera c), del d. Lgs. n. 163/2006, ha ritenuto che, ai sensi del citato articolo 38, ciò che rileva, ai fini dell’esclusione, è il concetto di immoralità professionale, e pertanto occorre che il reato ascritto sia idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione con i principi deontologici della professione (Cons. Stato, sez. V, n. 349/2006; Cons. Stato, sez. V, n. 1145/2003)

La mancanza di parametri fissi e predeterminati e la genericità della prescrizione normativa lascia un ampio spazio di valutazione discrezionale per la stazione appaltante che consente alla stessa margini di flessibilità operativa al fine di un apprezzamento delle singole concrete fattispecie, con considerazione di tutti gli elementi delle stesse che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali ad esempio, l’elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive.

Inoltre, la citata norma fa riferimento alla “gravità” dei reati oggetto della valutazione, elemento che presuppone una ponderazione circostanziata e selettiva degli stessi.

Conseguentemente, è la stazione appaltante a dover valutare discrezionalmente l’incidenza di una condanna sulla moralità professionale dell’appaltatore, con riferimento al tipo di reato commesso, e fornendo, in relazione alla decisione adottata, adeguata e congrua motivazione.

Pertanto, i margini di insindacabilità attribuiti all’esercizio del potere discrezionale dell’Amministrazione non consentono alla stazione appaltante di prescindere dal dare contezza di aver effettuato una concreta valutazione dell’incidenza della condanna sul vincolo fiduciario, mediante una accurata indagine della rispondenza della fattispecie di reato a tutti gli elementi che delineano l’ipotesi di esclusione individuata dall’articolo 38, comma 1, lettera c) del d. Lgs. n. 163/2006.

Ciò al fine di evitare una automatica e definitiva preclusione alla partecipazione a gare bandite successivamente alla emanazione della sentenza di condanna, che comporterebbe, anche in caso di una infrazione non particolarmente grave,

l'impossibilità all'esercizio dell'attività contrattuale con la Pubblica Amministrazione, con conseguente compromissione della libera esplicazione della propria iniziativa economica (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 1145/2003)....”

Parere n. 52 del 20.03.2008

“.....Un primo aspetto riguarda la mancata dichiarazione, ai sensi del degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000, da parte del legale rappresentante della sussistenza di decreti penali di condanna che lo riguardano in sede di dimostrazione dei requisiti di partecipazione, così come previsti dall'art. 38 del D.Lgs. 163/2006. Come già esposto in narrativa, il testo della dichiarazione era stato formulato dall'amministrazione in un apposito modulo, denominato “Allegato E”, che i concorrenti dovevano completare nelle parti bianche, timbrare e firmare. Detto modulo, al punto 14) relativo alla disposizione di cui al comma 1, lett. c), dell'art. 38, non riporta la seguente previsione “*o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile*”. Detta omissione, deve rilevarsi, può aver ragionevolmente determinato nei concorrenti convincimenti non esatti, come nel caso di specie, dove il legale rappresentante ha ritenuto di non dover dichiarare la sussistenza di decreti penali di condanna. Sul punto questa Autorità si è espressa nel senso che, nel caso in cui il comportamento dell'Amministrazione abbia indotto in errore taluni partecipanti alla gara, non può risolversi in un danno per gli stessi, ed è onere dell'Amministrazione medesima ovviare all'errore scusabile ingenerato nei concorrenti, nel rispetto del principio della tutela dell'affidamento (si vedano le deliberazioni n. 68 del 13 settembre 2006, del 30 novembre 2006 n. 98 e parere n. 1/2007). Nel caso di specie, pertanto, non sembra possibile ricondurre in capo al legale rappresentante l'accusa di mendacità delle dichiarazioni, in quanto il modulo prestampato dall'amministrazione ometteva di riportare proprio il riferimento alla eventuale sussistenza di decreti penali di condanna....”

“....circa l'argomentazione della società per cui i decreti penali di condanna non andrebbero menzionati nella dichiarazione sostitutiva di certificato, in quanto non menzionati nel casellario giudiziale, si cita a riguardo quanto previsto dall'art. 38, comma 2, del D.Lgs. 163/2006 per cui “*Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione*”.....”

“Quanto, poi, all'estinzione dei reati va segnalato l'avviso della Cassazione secondo cui la situazione di fatto da cui origina la causa di estinzione del reato per divenire condizione di diritto abbisogna, per espressa statuizione di legge, dell'intervento ricognitivo del giudice dell'esecuzione il quale è tenuto, nell'assolvimento di un suo preciso dovere funzionale, ad emettere il relativo provvedimento di estinzione ai sensi dell'art. 676 c.p.p. (Cass., sez. IV pen., 27 febbraio 2002, n. 11560).....”

“.....E’ giurisprudenza costante quella per cui, non essendo indicati dalla norma i reati che incidono sull’affidabilità morale e professionale delle imprese partecipanti alle gare di appalto, spetta all’Amministrazione appaltante stabilire, motivatamente, se il reato per il quale il soggetto è stato condannato provoca, secondo il comune e ragionevole convincimento, una obiettiva incisione sulla affidabilità del condannato, sia sul piano morale, sia sul piano professionale tale da determinare l’esclusione dalla gara (per tutte Consiglio di Stato, Sez. V, 22 febbraio 2007 n. 945). Tale orientamento era stato, peraltro, assunto da questa Autorità con determinazione n. 13/2003 nella quale veniva evidenziato come le amministrazioni dovessero, nel valutare l’affidabilità morale e professionale del contraente, considerare tutti gli elementi che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali ad. es. l’elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive.

Conseguentemente, non è sufficiente l’accertamento in capo al soggetto interessato di una condanna penale, giacché il dettato normativo richiede una concreta valutazione da parte dell’amministrazione rivolta alla verifica, attraverso un apprezzamento discrezionale adeguatamente motivato, dell’incidenza della condanna sul vincolo fiduciario da instaurare attraverso il contratto con l’Amministrazione stessa, senza che tale apprezzamento possa ritenersi compiuto, per implicito, attraverso la semplice enunciazione delle fattispecie di reato alla quale si riferisce la condanna. Inoltre, dal momento che la citata norma fa riferimento alla “gravità” dei reati oggetto della valutazione, elemento che presuppone una ponderazione circostanziata e selettiva degli stessi, la stazione appaltante deve valutare discrezionalmente l’incidenza di una condanna sulla moralità professionale dell’appaltatore, con riferimento al tipo di reato commesso, e fornendo, in relazione alla decisione adottata, adeguata e congrua motivazione (si veda parere dell’Autorità n. 50/2007)....”

Parere n. 44 del 14.02.2008

“.....Con deliberazione n. 223/2007, in ossequio agli indirizzi dettati con la determinazione n. 13/2003, l’Autorità ha espresso l’avviso secondo il quale compete esclusivamente alla stazione appaltante dover valutare discrezionalmente l’incidenza di una condanna sulla moralità professionale dell’appaltatore.

Infatti, al concorrente viene chiesto di fornire una “fotografia” della propria situazione, senza formulare alcun giudizio di merito, in quanto rientra nella valutazione discrezionale della stazione appaltante qualsiasi apprezzamento delle singole concrete fattispecie, in relazione al concetto di “immoralità professionale”, cioè quei fatti illeciti che manifestano una radicale contraddizione con i principi deontologici della professione, con considerazione di tutti gli elementi, nonché la loro gravità, che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali ad. es. l’elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive.

Ai sensi dell'articolo 38, comma 2, del d. Lgs. n. 163/2006, il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione.

Detta prescrizione conferma la circostanza che il concorrente non è chiamato a formulare alcun apprezzamento delle condanne allo stesso ascritte, avendo il dovere, secondo il principio della correttezza nei rapporti precontrattuali, di rappresentare alla stazione appaltante la propria situazione nel suo complesso....”

Subappalto

Parere n. 238 del 05.11.2008

“.....secondo principio consolidato in giurisprudenza, la dichiarazione di subappalto, resa all'atto di presentazione dell'offerta, non è di per sé un requisito di partecipazione alle procedure di gara, con la conseguenza che la sua mancanza, la sua irregolarità o la sua incompletezza non costituiscono causa di esclusione dalla gara ma semplicemente preclude a chi ne sia risultato aggiudicatario la possibilità, in fase di esecuzione dei lavori, di fare ricorso al subappalto. In altre parole, non si tratta di un vizio che inficia la validità o l'ammissibilità dell'offerta, a meno che non venga in rilievo il diverso profilo del difetto in capo alla ditta concorrente della qualificazione necessaria per poter svolgere quei lavori (Consiglio Stato n. 557/2004; TAR Lazio Latina n. 499/2008; TAR Campania Napoli n. 3968/2006; TAR Sardegna n. 1764/2007; CGA Sicilia n. 30/2007)....”

Parere n. 209 del 31.08.2008

“...L'articolo 118, al comma 11, definisce 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 al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare.”*

Dal combinato disposto del secondo e ottavo comma dell'articolo 118 si evince che, per avvalersi del subappalto, l'appaltatore deve dichiarare l'intenzione di subappaltare e presentare alla stazione appaltante apposita istanza; entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza la stazione appaltante provvede all'autorizzazione, trascorso tale lasso temporale l'autorizzazione si intende concessa.

Il medesimo comma 8 prescrive altresì che per i subappalti di importo inferiore al due per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione sono dimezzati.

Il combinato disposto del comma 8 e del comma 11 dell'articolo 118 ha creato difficoltà interpretative dal momento che da un lato si considerano subappalti solo i subcontratti di importo superiore al 2 per cento o a 100.000 euro mentre dall'altro si estende la nozione di subappalto anche ai subcontratti di importo inferiore al 2 per cento dell'importo dei lavori affidati o di importo inferiore a 100.000 euro.

L'Autorità si è pronunciata sull'argomento nella determinazione n. 6 del 27 febbraio 2003 sostenendo che il comma 12 dell'articolo 18 della legge n. 55/1990, ora trasfuso nel comma 11 dell'articolo 118, riguardi i cosiddetti *“contratti similari (cioè quei sub-affidamenti relativi a prestazioni che non sono lavori ma prevedono l'impiego di mano d'opera, come nel caso della fornitura con posa in opera e dei noli a caldo), in relazione ai quali vengono stabilite le soglie economiche per considerarli equiparati ai subappalti di lavori ed assoggettarli – conseguentemente – alla medesima disciplina”*.

Pertanto, l'Autorità ha ritenuto che *“devono essere soggetti al regime di autorizzazione tutti i subappalti di lavori, senza alcun discrimine in ordine all'entità percentuale dell'importo o della manodopera, se non inteso come circoscritto all'abbreviazione dei tempi connessi agli adempimenti di competenza della stazione appaltante”*.

Nella medesima determinazione l'Autorità ha anche precisato che per i subaffidamenti di importo inferiore al due per cento o ai 100.000 euro deve comunque essere assicurato il rispetto dei principi o generali che regolano la materia e che spetta alla stazione appaltante il diritto-dovere di esercitare i poteri conferiti dalla legge, in relazione ad alcuni limiti nel ricorso ai subcontratti (tra cui quelli inerenti le forniture con posa in opera ed i noli a caldo)....”

Parere n. 197 del 17.07.2008

“...con precedenti espressioni di parere l'Autorità ha chiarito che il divieto di subappalto per le lavorazioni appartenenti alle categorie generali, di importo superiore al 15 per cento dell'importo complessivo dell'appalto, opera solo

laddove il bando di gara, che costituisce la *lex specialis* della stessa, lo preveda espressamente, come nel caso in esame....”

Parere n. 19 del 31.01.2008

“...La questione sollevata riguarda l’applicabilità del divieto di subappalto di cui all’articolo 37, comma 11, del decreto legislativo n. 163/2006 oltre che alle categorie di cui all’articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/99, anche alle categorie generali con particolare riguardo alla categoria OG11.

Detta questione, tenendo conto di una mancata espressa disposizione normativa al riguardo -ora affrontata dall’emanando Regolamento di esecuzione del Codice dei contratti - non ha trovato unanime risoluzione in sede giurisdizionale, essendosi riconosciuto, di volta in volta, la subappaltabilità (cfr. Cons. Stato n. 3763 del 27/6/2007) ovvero la non subappaltabilità (cfr. Cons. Stato n. 6890 del 31/12/2007) della categoria OG11.

Al riguardo, l’Autorità, da ultimo con parere n. 20/2007, ha espresso l’avviso secondo il quale il divieto di subappalto per le lavorazioni appartenenti alle categorie generali, anche di importo superiore al 15 per cento dell’importo complessivo dell’appalto, opera solo laddove il bando di gara, che costituisce la *lex specialis* della stessa, lo preveda espressamente, fermo restando che le lavorazioni stesse devono essere affidate ad impresa in possesso di adeguata qualificazione....”^{vi}

Verbale di gara

Parere n. 43 del 14.02.2008

“.....si deve rilevare che sussiste a carico dell’amministrazione, in virtù dei disposti di cui all’articolo 97 della Costituzione, l’obbligo di predisporre cautele a tutela dell’integrità dei plichi nonché l’obbligo di custodia dei documenti di gara, la cui individuazione è rimessa al prudente apprezzamento della stazione appaltante.

Al riguardo la giurisprudenza amministrativa si è espressa nel senso che le concrete misure cautelari adottate per la conservazione dei plichi devono essere menzionate nel verbale di gara, al fine di assicurare l’effettivo ed ordinato svolgimento delle operazioni stesse di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 1068/2006)....”

I testi integrali dei pareri riportati sono consultabili sul sito dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture all'indirizzo www.autoritalavoripubblici.it

ⁱ Cfr. anche CdS, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2016 e CdS, Sez. V 20 agosto 2008, n. 4009.

ⁱⁱ Cfr. anche Parere n. 103 del 9.04.2008.

ⁱⁱⁱ Cfr. anche Parere n. 114 del 17.04.2008.

^{iv} Cfr. anche TAR Puglia, Lecce Sez. III, 29/03/2008, n. 911.

^v Cfr. anche TAR Sicilia, decisione n. 938/2008

^{vi} Cfr. anche Parere n. 105 del 9.04.2008.