

Divieto di rapporti professionali fra direttore dei lavori ed appaltatore

Determinazione del 12 febbraio 2003

Considerato in fatto

L'OICE ha richiesto a questa Autorità un parere in merito alla regolarità di due bandi gara dell'Azienda Padova Servizi S.p.A., aventi ad oggetto "Direzione lavori e supervisione tecnica delle forniture" per la realizzazione di una linea di trasporto pubblico a via guidata nel Comune di Padova, nei quali è stata inserita una clausola di siffatto tenore: "l'aggiudicatario si impegna a non accettare alcun incarico dal soggetto che risulterà aggiudicatario dell'appalto per la realizzazione della linea di Trasporto Pubblico Pontevigodarzese-Centro Storico-Guizza fino al collaudo dell'opera".

A parere dell'OICE una simile clausola, pone un divieto assoluto per l'aggiudicatario dell'affidamento *de quo* di intrattenere rapporti commerciali con l'appaltatore, per lungo tempo (fino al collaudo), anche al di fuori dello specifico appalto al quale si riferiscono le prestazioni di direzione dei lavori e di supervisione tecnica delle forniture.

L'OICE rileva che l'unica disposizione a cui il divieto inserito nel bando di gara può essere ricondotto è l'articolo 17, comma 9, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, relativo agli affidatari degli incarichi di progettazione. A suo parere, però, il divieto esula dal disposto del suddetto articolo che si riferisce ad uno specifico appalto.

L'OICE rileva, inoltre, come, per effetto della 1 agosto 2002, n. 166, che consente un ricorso più ampio che in passato al c.d. "appalto integrato", le situazioni di *partnership* tra società di ingegneria e costruttori costituiscano un elemento di grandissima rilevanza per l'attività commerciale e la partecipazione alle gare di maggiore importo.

La suddetta clausola, pertanto, rappresenterebbe un'indebita chiusura di ampie e rilevanti fette di mercato della progettazione per quelle società di ingegneria che si trovassero aggiudicatrici dei servizi in questione.

La problematica in discorso è stata sottoposta all'attenzione delle Associazioni ed Ordini professionali firmatari dei protocolli d'intesa con questa Autorità, i quali hanno formulato valutazioni in merito, sia mediante memorie, sia in sede di apposita audizione tenutasi in data 18 dicembre 2002 presso questa Autorità.

Considerato in diritto

Al fine di fornire una soluzione alla problematica sollevata dall'OICE, deve preliminarmente richiamarsi il disposto dell'articolo 17, comma 9, della legge n. 109/94 e successive modificazioni in base al quale *"gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione (.....). I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico ed ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione ed ai loro dipendenti"*.

Si richiama, inoltre, il disposto dell'articolo 8, comma 6, del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 in base al quale *"gli affidatari dei servizi di supporto ...non possono partecipare agli incarichi di progettazione ovvero ad appalti e concessioni di lavori pubblici nonché a subappalti e cottimi dei lavori pubblici con riferimento ai quali abbiano espletato i propri compiti direttamente o per il tramite di altro soggetto che risulti controllato, controllante o collegato a questi ai sensi dell'articolo 17 comma 9 della legge n. 109/94"*; si richiama, infine, l'articolo 48, comma 2, del suddetto D.PR n. 554/1999 che stabilisce che *"gli affidatari delle attività di supporto non possono espletare incarichi di progettazione e non possono partecipare neppure indirettamente agli appalti, alle concessioni ed ai relativi subappalti e cottimi con riferimento ai lavori per i quali abbiano svolto le predette attività"*.

Le norme richiamate stabiliscono il divieto per il progettista incaricato e per gli affidatari dei servizi di supporto di partecipare a procedure selettive per l'aggiudicazione dei lavori dell'opera in relazione alla quale abbiano prestato le proprie attività professionali, anche se in possesso dei prescritti requisiti; divieto che l'articolo 17, sopra citato, estende anche ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico ed ai loro dipendenti, nonché agli affidatari degli incarichi di supporto alla progettazione ed ai loro dipendenti; inoltre, ai soggetti controllati, controllanti o collegati all'affidatario di incarichi di progettazione.

Ai sensi del suddetto articolo 17, comma 9, della legge n. 109/94 e successive modificazioni, pertanto, l'affidatario dovrà scegliere se candidarsi alla redazione del progetto (o servizi affini), ovvero all'esecuzione dei lavori.

Va osservato che il fine delle norme è quello di impedire, attraverso una mirata strumentalizzazione delle attività di progettazione e delle attività ad essa correlate, la preconstituzione di posizioni di vantaggio per l'aggiudicazione dei lavori in capo al progettista o ai soggetti a questo legati con conseguente violazione del principio della *par condicio* dei concorrenti all'appalto dei lavori. Le norme, quindi, vogliono bloccare sul nascere ogni tentativo di commistione fra soggetti operanti in ruoli e con funzioni diver-

se che, laddove autorizzati anche ad entrare in altre fasi dell'iter procedurale, avrebbero interesse a condizionare in tutto o in parte, per trarne successivi benefici, la loro attività.

In sostanza, l'articolo 17 comma 9, della legge 109/94 e successive modificazioni nonché gli articoli 8 e 48 del DPR n. 554/99, riguardano il divieto per il progettista incaricato e per gli affidatari dei servizi di supporto alla progettazione, di partecipare a procedure selettive per l'aggiudicazione dei lavori in relazione alla quale abbiano prestato le proprie attività professionali. Ciò non impedisce, però, che nel passato fra progettista e aggiudicatario dei lavori ci possano essere stati rapporti di tipo professionali né che, per lavori diversi da quelli per i quali ha svolto l'attività di progettazione, ci possano essere in futuro rapporti professionali.

Rispetto alla problematica connessa all'attività di progettazione, la figura del direttore dei lavori solleva altre e diverse questioni che necessitano di approfondimenti per giungere a definire se e come opera il divieto di intrattenere, contestualmente all'incarico di direzione dei lavori, rapporti professionali con l'esecutore dei lavori.

Il direttore dei lavori per la realizzazione di un'opera pubblica è il professionista, dotato di specifiche conoscenze tecniche ed idoneo titolo di studio, che nell'interesse del committente vigila sull'esecuzione dei lavori, emanando le disposizioni e gli ordini per assicurare la corrispondenza dell'opera stessa alle prescrizioni contrattuali e agli elaborati progettuali e sorvegliandone la buona riuscita. In considerazione dei compiti e delle funzioni che gli sono devolute, assume pertanto la veste di "agente" e deve ritenersi, quindi, funzionalmente e temporaneamente inserito nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione che gli ha conferito l'incarico, quale "organo tecnico straordinario".

La funzione autoritativa svolta dal direttore dei lavori impone che l'esplicazione del suo incarico sia preordinata, anche nel rispetto dei principi deontologici di lealtà e correttezza, esclusivamente alla salvaguardia dell'interesse pubblico ad ottenere una corretta realizzazione dell'opera, con il conseguente divieto di legami di cointeressenza tra il direttore dei lavori (*vigilante*) ed il soggetto esecutore dei lavori (*vigilato*).

Occorre, pertanto, verificare se e come opera il divieto di intrattenere, contestualmente all'incarico di direzione lavori, rapporti professionali con l'esecutore dei lavori.

Quando il direttore dei lavori è un soggetto interno alla stazione appaltante sussiste il divieto di cui trattasi, in ragione dell'esclusività del rapporto di pubblico impiego con il conseguente divieto di assumere altro impiego od incarico per conto di soggetti diversi dall'ente pubblico datore di lavoro.

Nel caso in cui le funzioni di direttore dei lavori siano attribuite al a soggetti esterni alla stazione appaltante la natura dell'attività di direzione dei la-

vori fa ritenere che vi è un divieto assoluto di intrattenere rapporti professionali con l'appaltatore, in quanto è necessario garantire che il direttore dei lavori effettivamente vigili sulla corretta esecuzione dell'opera nell'esclusivo interesse della pubblica amministrazione committente, assicurando così la massima trasparenza nella fase di esecuzione dei lavori.

Quanto all'operatività temporale del divieto di svolgere attività professionali nell'interesse dell'appaltatore, si ritiene che esso debba riguardare il periodo compreso dall'aggiudicazione al collaudo.

Occorre a tal fine permettere al professionista, al momento di acquisire l'incarico di direttore dei lavori, di essere in condizione di valutare se l'incarico sia conveniente, tenuto conto dei vincoli che comporta nei rapporti con l'appaltatore. Pertanto, il divieto deve essere specificamente previsto nel bando di gara in quanto si tratta di regole per le quali non è prevista espressa sanzione normativa e che, quindi, richiedono per la loro effettività impegni contrattualmente assunti.

Nel caso in cui al momento dell'aggiudicazione siano già in essere rapporti professionali tra il direttore dei lavori e l'appaltatore, occorre prevedere, anche questo nel bando di gara, che, una volta conosciuta l'identità dell'aggiudicatario, il direttore dei lavori segnali l'esistenza di tali rapporti alla stazione appaltante alla cui valutazione discrezionale è rimesso l'esame della sostanziale incidenza dei suddetti rapporti in correlazione all'incarico da svolgere.

In base alle suddette considerazioni l'Autorità è dell'avviso che:

- a) ai sensi del combinato disposto di cui all'articolo 17, comma 9, della legge 11 febbraio 1994, n.109 e successive modificazioni e agli articoli 8 e 48 del DPR 21 dicembre 1999, n. 554, opera per il progettista incaricato e per gli affidatari dei servizi di supporto alla progettazione il divieto di partecipare alle procedure selettive per l'aggiudicazione dei lavori in relazione alla quale abbiano prestato le proprie attività professionali;
- b) all'affidatario dell'incarico di direzione lavori è precluso, dal momento dell'aggiudicazione e fino al collaudo, accettare nuovi incarichi professionali dall'appaltatore;
- c) il direttore dei lavori, una volta conosciuta l'identità dell'aggiudicatario e abbia in essere rapporti professionali con questo, ne deve segnalare l'esistenza alla stazione appaltante alla cui valutazione discrezionale è rimesso l'esame della sostanziale incidenza di detti rapporti sull'incarico da svolgere;
- d) le disposizioni di cui alle precedenti lettere b) e c) devono essere previste nei bandi di gara relativi all'affidamento delle attività di direzione dei lavori in quanto si tratta di regole per le quali non è prevista espressa sanzione normativa e che, quindi, richiedono per la loro effettività impegni contrattualmente assunti.

Ulteriori chiarimenti sulla determinazione n. 11 del 5 giugno 2002, avente ad oggetto i "Criteri che le S.O.A. debbono seguire in ordine al rilascio di attestazione di qualificazione di una impresa cessionaria di una azienda o di un ramo di azienda", in materia di qualificazione di un'impresa cessionaria di ramo d'azienda di un'impresa fallita e in materia di imprese neocostituite

Determinazione del 26 febbraio 2003

Considerato in fatto

Sono pervenute all'Autorità ulteriori richieste di chiarimenti in ordine alla determinazione n. 11/2002 del 5 giugno 2002, avente ad oggetto i "Criteri che le S.O.A. debbono seguire in ordine al rilascio di attestazione di qualificazione di una impresa cessionaria di una azienda o di un ramo di azienda" ed in materia di qualificazione di un'impresa cessionaria di ramo d'azienda di un'impresa fallita.

In particolare, le richieste di chiarimenti riguardano:

- a) i criteri e le modalità cui devono attenersi le S.O.A. nell'attività di rilascio delle attestazioni di qualificazione di imprese che, per dimostrare il possesso dei requisiti di ordine speciale richiesti dal DPR 25 gennaio 2000, n. 34, utilizzano i corrispondenti requisiti maturati in capo all'impresa dalla quale proviene (*in virtù di un'operazione di cessione, conferimento, fusione, scissione, affitto, ecc.*) l'azienda o il ramo di cui le prime hanno acquisito la giuridica disponibilità; attualmente, le S.O.A. procedono alternativamente:
 - 1) a rilasciare una nuova attestazione (*se la cessionaria o incorporante non era ancora attestata*) o rinnovo (*se la cessionaria o incorporante era già attestata*)
 - 2) ad integrare il contratto originario stipulato dalla cessionaria o incorporante, facendo quindi applicazione degli indirizzi formulati dall'Autorità nel punto 7 della n. 6/2001 dell'8 febbraio 2001, /2001 (*integrazione delle attestazioni già rilasciate, mediante l'inserimento in esse di qualificazioni in nuove categorie*), ovvero nel punto 6 del comunicato alle S.O.A. del 12 aprile 2001, n. 5 (*integrazione delle attestazioni già rilasciate con modifica delle sole classifiche delle qualificazioni*).

In particolare, per l'ipotesi *sub 1*) viene segnalato il fatto che l'arco temporale di riferimento (*quinquennio*) per la quantificazione dei requisiti di ordine speciali maturati in capo all'azienda, o al ramo d'azienda, oggetto di trasferimento, viene dalle S.O.A. fatto retroattivamente decorrere dalla stipula del nuovo contratto di attestazione con l'impresa cessionaria, mentre nell'ipotesi *sub 2*) lo stesso quinquennio viene fatto de-

- correre dalla stipula dell'integrazione all'originario contratto di attestazione con la medesima impresa cessionaria;
- b) l'ammissibilità o meno della qualificazione di un'impresa sulla base di requisiti da quest'ultima acquistati con una cessione d'azienda, nel caso in cui l'impresa cedente era iscritta all'Albo nazionale Costruttori e sia fallita, ovvero sulla base di un affitto di azienda di una impresa fallita;
 - c) se possano o meno qualificarsi nuove imprese (*che intendano attestarsi sulla base di requisiti posseduti da imprese acquisite*), costituite in forma di soggetti tenuti alla dimostrazione del requisito di cui all'art. 18, comma 2, lettera c), del DPR n. 34/2000, qualora non abbiano ancora provveduto al deposito del primo bilancio, in base alla dimostrazione implicita del capitale netto positivo, essendo il capitale di una neonata società certamente integro;
 - d) l'ammissibilità o meno della qualificazione di un'impresa mediante acquisto di ramo d'azienda da un'impresa (*non fallita ma*) cui sia stata annullata l'attestazione S.O.A. durante l'anno di interdizione dalle gare e dalla stipula di un nuovo contratto di attestazione;
 - e) l'ammissibilità o meno della qualificazione di un'impresa mediante acquisto di ramo d'azienda da un'impresa fallita e munita di attestazione S.O.A. nel caso in cui la cedente - fallita non abbia effettuato le comunicazioni all'Osservatorio previste dall'articolo 27, comma 3, del DPR n. 34/2000.

Le questioni sono state sottoposte all'esame della Commissione consultiva - prevista dall'articolo 8, comma 3, della legge 11 febbraio 1994, n.109 e successive modificazioni e dall'art. 5 del DPR n. 34/2000 - del cui parere deve avvalersi l'Autorità per la definizione delle procedure e dei criteri che devono essere seguiti dai soggetti autorizzati nella loro attività di qualificazione. La Commissione ha espresso il proprio avviso nella seduta del 13 dicembre 2002.

L'Autorità, tenuto conto delle indicazioni e considerazioni del suddetto parere, definisce nella presente determinazione i criteri a cui devono attenersi le S.O.A. nell'esercizio della loro attività di qualificazione.

Considerato in diritto

Per quanto riguarda la problematica di cui alla lettera a) dei considerato in fatto essa va risolta osservando che il quinquennio di riferimento non può coincidere con quello valutato ai fini della qualificazione dell'impresa cedente, dato che ai sensi dell'articolo 15, comma 9, del DPR n. 34/2000 è data *facoltà* all'impresa cessionaria di utilizzare i requisiti di qualificazione dell'impresa cedente per conseguire la propria qualificazione. Non si può, quindi, parlare in alcun modo parlare di "*trasferimento*" della qualificazione dalla seconda alla prima, bensì di semplice *facoltà*, da parte dell'impresa cessionaria (*o conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di scissione, ecc.*), di avvalersi, *per la propria qualificazione*, dei requisiti maturati in capo all'impresa cedente (*o conferente, locatrice, ecc*) l'azienda. Da ciò consegue che i criteri e le procedure che le S.O.A. debbono seguire per il rilascio dell'attestato di

qualificazione a quest'ultima non possono che essere quelli ricordati *sub 1)* e *sub 2)* della lettera a) dei considerato in fatto, che costituiscono corretta applicazione delle indicazioni contenute nella determinazione n. 11/2002 del 5 giugno 2002.

Quanto alle conseguenze che l'utilizzo di tali criteri potrebbe comportare nei confronti dei contratti di appalto in corso di esecuzione ed originariamente affidati all'impresa cedente (*o conferente, locatrice, ecc*), ci si limita ad osservare che lo stesso articolo 35 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni che disciplina gli effetti su tali contratti delle *cessioni di aziende e (de)gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ad imprese che eseguono opere pubbliche*, subordina espressamente detti effetti all'avvenuta documentazione del *possesso dei requisiti previsti dagli articoli 8 e 9 della presente legge*, prefigurando quindi, nel caso di mancata documentazione, totale o parziale di tali requisiti, il mancato subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto d'appalto.

Per quanto riguarda la problematica di cui alla lettera *b)* dei considerato in fatto va osservato che la fattispecie trae origine è dalla sopravvenuta perdita – da parte dell'impresa titolare dell'azienda della cui cessione trattasi – del requisito d'ordine generale previsto dall'articolo 17, comma 1, lettera *g)*, del DPR n. 34/2000, che richiede per la qualificazione la *insussistenza dello stato di fallimento, di liquidazione o di cessazione dell'attività*. E' innegabile, infatti, che l'impresa dichiarata fallita, in quanto versante in *stato d'insolvenza manifestatosi con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni* (articolo 5 Regio decreto. 16 marzo 1942, n. 267), potrebbe aver compromesso la consistenza aziendale (intesa come *complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, ex articolo 2555 c.c.*) che ne aveva determinato l'originaria qualificazione ad operare nel mercato dei lavori pubblici.

Per la soluzione del problema può rilevarsi che nella previgente disciplina dell'ANC, la norma di riferimento era costituita dall'articolo 25 del decreto ministeriale 9 marzo 1989, n. 172 mentre norma di riferimento dell'attuale disciplina è l'articolo 15, comma 9, del DPR n.34/2000 la quale statuisce che *in caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine*.

I tratti caratterizzanti della disciplina testé riportata possono essere così identificati:

- 1) il presupposto perché possa trovare applicazione la norma è rappresentato dal compimento di una *operazione che comporti il trasferimento di azienda*; in tal modo viene dato particolare rilievo agli aspetti strutturali dell'impresa, come suggerito già in passato da attenta dottrina, distinguendo tra *aspetto oggettivo (azienda o suo ramo) e aspetto soggettivo (capacità ad eseguire lavori pubblici)*;

- 2) il *trasferimento*, oltre che avere per oggetto l'intero complesso aziendale (come testualmente recitava l'articolo. 25 del decreto ministeriale n. 172/89), può riguardare anche soltanto un suo ramo;
- 3) l'operazione comportante il trasferimento di azienda o di un suo ramo non determina, a sua volta, il *trasferimento* della qualificazione di cui è titolare l'impresa cedente all'impresa cessionaria, quanto, piuttosto, la facoltà (e mai l'obbligo) per quest'ultima di avvalersi per la qualificazione (ovviamente la sua) dei requisiti (e non, quindi, della qualificazione intesa come risultato valutativo dei requisiti) posseduti dalle imprese che ad esso (cioè all'impresa cessionaria) hanno dato origine.

Risulta evidente che i *requisiti* di cui parla l'articolo 15, comma 9, del DPR n. 34/2000 non possono che essere quelli di *ordine speciale* (adeguata idoneità tecnica ed organizzativa, adeguata dotazione di attrezzature e adeguato organico medio annuo), poi elencati nel successivo articolo 18, mentre quelli di *ordine generale*, identificati nell'articolo 17 del DPR n. 34/2000, debbono necessariamente appartenere a titolo originario all'impresa cessionaria che intende qualificarsi, seppur avvalendosi, ove lo ritenga utile, anche del meccanismo disciplinato dalla norma prima citata.

Ciò significa, ad esempio, che – mentre il requisito di *ordine speciale* costituito dall'esecuzione di lavori in categoria (articolo 18, comma 5, lettera b) e del lavoro di punta in categoria (articolo 18, comma 5, lettera c) può essere soddisfatto facendo valere quanto a tale titolo maturato dall'impresa cedente l'azienda (od il ramo), pur in assenza di analogo requisito in capo all'impresa cessionaria – il requisito di *ordine generale* dell'assenza di sentenze definitive di condanna passate in giudicato (articolo 17, comma 1, lettera c) non può dirsi soddisfatto riscontrando tale assenza nei confronti del titolare, del legale rappresentante e del direttore tecnico dell'impresa cedente, ma esclusivamente in capo alle corrispondenti figure dell'impresa cessionaria.

Per quanto, nello specifico, attiene la *insussistenza dello stato di fallimento, di liquidazione o di cessazione di attività* (articolo 17, comma 1, lettera g) e la *inesistenza di procedure di fallimento, di concordato preventivo, di amministrazione controllata e di amministrazione straordinaria* (articolo 17, comma 1, lettera h), trattandosi di requisiti di *ordine generale*, in presenza di operazioni comportanti il trasferimento di azienda o di un suo ramo non dovranno essere accertati dalla S.O.A. in capo all'impresa originaria titolare dell'azienda (o del ramo) oggetto del trasferimento, ma esclusivamente in capo all'impresa avvenute causa.

Quello che in primo luogo, nella realtà, le S.O.A. devono verificare, nel contesto della disciplina delineata dall'articolo 15, comma 9, del DPR n. 34/2000, è che la fattispecie che ne dovrebbe costituire, nel caso concreto, il presupposto applicativo – e, cioè la *fusione o altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo* – abbia realmente le caratteristiche essenziali perché si possa correttamente parlare di cessione (o altra operazione di trasferimento) di azienda o di un suo ramo e non si risolva, al contrario,

in un trasferimento di singoli elementi, materiali ed immateriali, considerati non quale *complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa*.

Naturalmente, l'indagine circa l'effettiva presenza, nel caso concreto, del presupposto costituito dal trasferimento di un'azienda o di un relativo ramo assume particolare importanza e delicatezza laddove, com'è in ordine alle fattispecie oggetto del quesito, l'azienda o il suo ramo provengano da impresa dichiarata fallita, e ciò per le ragioni già evidenziate in premessa, quando si è accennato alle possibili ripercussioni negative dello stato d'insolvenza (*articolo 5 Regio decreto n. 267/1942*) sulla consistenza del complesso di beni organizzati dall'imprenditore fallito.

A tal riguardo, non si può non rilevare come la previgente disciplina del c.d. *recupero dell'iscrizione all'ANC* fornisse più adeguata attenzione al profilo critico ora accennato.

L'articolo 25 del decreto ministeriale n. 172/89, infatti, subordinava espressamente il recupero totale o parziale dell'iscrizione all'ANC posseduta da un'impresa in favore di altra impresa – nelle ipotesi indicate dalla norma – *“sempre che ... il complesso aziendale cui le iscrizioni si riferiscono mantenga al momento del trasferimento le capacità operative finanziarie e tecniche e che detti requisiti vengano acquisiti dall'impresa richiedente”*. Quale logica conseguenza, il comma 2 del medesimo articolo imponeva, oltre alla *“revisione”* dell'iscrizione all'ANC di cui era titolare l'impresa dante causa, anche l'accertamento delle seguenti condizioni:

- 1) capacità finanziaria dell'impresa che trasferisce l'iscrizione e dell'impresa che acquisisce l'iscrizione
- 2) trasferimento dei mezzi d'opera
- 3) trasferimento del personale dipendente
- 4) trasferimento di eventuali contratti in corso”.

Indubbiamente, nel vigente ordinamento della qualificazione manca una disposizione corrispondente a quella testé riportata.

Ciò nonostante, onde evitare che l'articolo 15, comma 9, del DPR n. 34/2000 divenga un *grimaldello* per forzare il sistema di qualificazione, consentendo a chiunque di avvalersi di requisiti di idoneità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa non più correlati al complesso aziendale che li ha originati, si rende necessario subordinare l'utilizzo, da parte dell'impresa avente causa, dei requisiti maturati in capo all'impresa dante causa, al previo accertamento che quel complesso aziendale sia rimasto sostanzialmente integro, nonostante la dichiarazione di fallimento pronunciata nei riguardi dell'impresa dante causa, e sia realmente divenuto oggetto dell'operazione di trasferimento da quest'ultima all'impresa avente causa.

A tal fine, quindi, la S.O.A. cui si rivolge l'impresa avente causa – intenzionata ad avvalersi dei requisiti di ordine speciale posseduti dall'impresa da cui proviene l'azienda o il ramo oggetto di trasferimento – dovrà porre particolare attenzione nel riscontrare che oggetto dell'operazione di trasferi-

mento – cui l'impresa richiedente l'attestazione correla la dimostrazione di tutti o parte dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi necessari per ottenere la qualificazione – sia effettivamente un complesso organizzato di beni definibile quale azienda o ramo autonomo di questa, analizzando accuratamente i contenuti dell'atto di cessione, conferimento, affitto, fusione, scorporo, ecc. e dei relativi allegati (*perizia di stima asseverata, ex articolo 2343 codice civile, nel caso di conferimento; situazione patrimoniale, ex articoli. 2501 ter e 2504 novies codice civile, nei casi di fusione e di scorporo*).

Nel caso, poi, in cui l'azienda o il suo ramo provengano da impresa dichiarata fallita o ammessa a concordato preventivo, la relativa consistenza potrà desumersi dall'*inventario*, redatto su autorizzazione del giudice delegato dal curatore, con l'eventuale assistenza di uno stimatore, per l'ipotesi di fallimento (*articolo 87 del Regio decreto n. 267/1942*) e dal commissario giudiziale, sempre su autorizzazione del giudice delegato e con l'eventuale assistenza di uno stimatore, per l'ipotesi di concordato preventivo (*articolo 172 della stessa legge fallimentare*). Al fine della verifica della consistenza avranno valore:

- 1) l'effettiva correlazione esistente tra l'azienda o ramo di azienda oggetto di trasferimento e le categorie di qualificazione richieste in attestazione sulla base del citato trasferimento;
- 2) l'effettiva integrità del complesso aziendale cui sono correlati i requisiti di qualificazione, confrontando ciò che emerge dal contratto di cessione, conferimento, affitto, fusione, scorporo, ecc., e dei relativi allegati menzionati alla precedente lett. a), con quanto risultava, in capo all'impresa cedente, conferente, locatrice, ecc. rispetto ai requisiti di seguito elencati:
 - a) adeguata dotazione di attrezzature tecniche, avuto riguardo alle indicazioni identificative di cui parla l'articolo 18, comma 8, 1° periodo, del DPR n. 34/2000;
 - b) organico, esaminando la dichiarazione della relativa consistenza, distinta nelle varie qualifiche, corredata dai modelli riepilogativi INPS, INAIL e Cassa Edile, di cui parla l'articolo 18, comma 11;
 - c) direzione tecnica, avendo riguardo alla continuità tra quella operante nell'impresa dante causa e quella indicata in fase di richiesta di attestazione dall'impresa avente causa, a meno che quest'ultima non ne proponga una alternativa, comunque adeguata in base ai parametri definiti all'articolo 26, comma 2.

Gli accertamenti ed i riscontri indicati negli ultimi due paragrafi potrebbero essere riconsiderati, *de iure condendo*, in relazione alla previsione riportata nel vigente articolo 8, comma 4, lettera. g), della legge n. 109/94, nel testo modificato dall'articolo 7 della legge 1° agosto 2002, n. 166, laddove la durata quinquennale (*e non più triennale*) dell'efficacia della qualificazione è subordinata alla verifica entro il terzo anno del *mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché dei requisiti di capacità strutturale da indicare nel regolamento*.

Per quanto riguarda il quesito di cui alla lettera c) dei considerato in fatto va osservato che l'Autorità si è già espressa al riguardo nel punto I) dei *considerato in diritto* della determinazione n. 29/2002 del 6 novembre 2002.

In quella sede, infatti, l'Autorità ha affermato che *"i nuovi soggetti che non sono tenuti all'obbligo della redazione del bilancio, e, pertanto non sono tenuti al soddisfacimento del requisito di cui all'articolo 18, comma 2, lettera c), possono qualificarsi avvalendosi della documentazione attestante i requisiti posseduti dalle imprese acquisite, mentre i neonati soggetti che, invece, sono assoggettati alla dimostrazione del requisito di cui all'articolo 18, comma 2, lettera c), possono qualificarsi solo successivamente all'approvazione del primo bilancio, avvalendosi, eventualmente, anche dei requisiti posseduti dalle imprese acquisite"*.

Il requisito individuato dall'articolo 18, comma 2, lett. c), del DPR n. 34/2000 (capitale (*rectius*: patrimonio) netto positivo, costituito dal totale della lettera A) del passivo di cui all'articolo 2424 codice civile) assolve all'esigenza di acclarare l'integrità del patrimonio a fronte di un esercizio dell'attività d'impresa protrattosi nel tempo.

Tale accertamento nel caso di società che abbia esplicato ed espliciti attività di impresa nel settore dei lavori pubblici (*o anche nel settore privato*) non può che seguire alla redazione ed approvazione del bilancio. È questa la fattispecie presa in esame nel punto I della determinazione sopra citata.

Senonchè è stata prospettata una differente e ammissibile ipotesi di società di nuova costituzione che non abbia ancora esplicato e non espliciti attività di impresa nel senso anzidetto. Si tratta di una ipotesi non presa in esame dal legislatore e per la quale può considerarsi che, nel caso in cui il soggetto tenuto alla redazione ed al deposito del bilancio sia di nuova costituzione, e subordini la sua operatività al conseguimento dell'attestazione di qualificazione, il rilascio di questa non può essere impedito dalla mancata ufficializzazione di un dato di bilancio (*il patrimonio netto*) che, in mancanza di attività incidenti sulla sua consistenza, trova un equivalente nel capitale che ha consentito la costituzione della società.

Resta così assorbito ogni altro e può darsi risposta positiva al quesito nei sensi indicati.

Per quanto riguarda il quesito di cui alla lettera d) dei considerato in fatto va osservato che evidenti ragioni di garanzia della effettività della sanzione costituita dall'annullamento dell'attestazione S.O.A., cui la determinazione 19/2002 correla altresì *il divieto per l'impresa, titolare dell'attestazione annullata, di stipulare un nuovo contratto di attestazione prima del decorrere di un anno dalla data del provvedimento dell'Autorità, impongono di estendere il divieto anche alle imprese che divenissero cessionarie, conferitarie, locatarie, ecc., di azienda o di ramo proveniente dall'impresa direttamente colpita dall'annullamento dell'attestazione.*

Tale *estensione* del divieto opera, ovviamente, nel senso di impedire che l'impresa avente causa si qualifichi, in tutto o in parte, utilizzando requisiti di ordine speciale posseduti originariamente dall'impresa dante causa.

Il medesimo divieto, invece, non opera qualora la qualificazione dell'impresa avente causa si fondi *esclusivamente* sui requisiti originariamente maturati in capo a quest'ultima, senza alcun apporto, quindi, da parte dell'impresa direttamente colpita dal provvedimento di annullamento dell'attestazione.

Per quanto riguarda il quesito di cui alla lettera *e)* dei considerato in fatto va osservato che è incontestabile che la sopravvenienza di una pronuncia dichiarativa dello stato fallimentare riguardante un'impresa già attestata determini – in capo a quest'ultima, ovvero al relativo curatore fallimentare – l'obbligo di comunicare detto evento all'Osservatorio dei lavori pubblici (*ex articolo 27, comma 3, DPR n. 34/2000*), trattandosi di variazione relativa al requisito di ordine generale definito all'articolo 17, lettera *g)*, del medesimo DPR n. 34/2000.

L'inottemperanza a tale obbligo può comportare, secondo quanto indicato nella determinazione n. 1/2002 del 16 gennaio 2002, l'adozione di *provvedimenti sanzionatori dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con annotazione nel Casellario informatico*.

Sempre nella richiamata determinazione si afferma che *"i ritardi nelle comunicazioni o le mancate comunicazioni ... avranno rilevanza, ai sensi dell'articolo 75, comma 1, lettera h), del DPR 554/1999 e successive modificazioni, quali cause di esclusione dalla partecipazione alla procedura di affidamento degli appalti e delle concessioni"*.

Si rileva che le conseguenze negative connesse ai ritardi ed alle omesse comunicazioni al *Casellario* sono delineate in termini di causa di esclusione dalle singole gare e non quali presupposto per un autonomo provvedimento di annullamento dell'attestazione S.O.A.

Ciò significa che non sembra corretto assimilare la fattispecie ora in esame (*omessa segnalazione al casellario del sopravvenuto fallimento di un'impresa attestata, con successiva cessione della relativa azienda ad altra impresa che se ne avvalga per comprovare i requisiti di qualificazione*) a quella, ben più grave, di annullamento dell'attestazione S.O.A. dell'impresa dante causa.

A diversa conclusione potrebbe giungersi solo laddove, al mero comportamento omissivo riguardante l'obbligo di comunicazione all'Osservatorio della sentenza dichiarativa di fallimento, si sia accompagnato il comportamento attivo e fraudolento costituito dalla partecipazione a gare d'appalto successivamente alla sentenza in parola, con dolosa omissione di tale circostanza alle Stazioni committenti, destinatarie di dichiarazioni false, rese in fase di ammissione alle singole procedure concorsuali, recanti l'indicazione

dell'assenza di cause di esclusione dalle gare (*ex articolo 75, comma 1, lettera a), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554, sia lo stato di fallimento, sia la pendenza di procedure per la relativa dichiarazione, sono individuate quali cause ostative*).

In presenza di una situazione come quella ora descritta, appare ragionevole sterilizzare, ai fini dell'eventuale utilizzo quale fonte di requisiti di qualificazione, l'azienda (o il ramo) esercitato imprenditorialmente da chi si sia reso colpevole di condotta fraudolenta, così da garantire l'"effettività" della sanzione (l'esclusione per un anno dalla partecipazione alle gare).

Per le suesposte considerazioni, l'Autorità è dell'avviso:

- 1) che è ammissibile, alle condizioni ampiamente illustrate nei considerato in diritto:
 - a) la qualificazione di un'impresa mediante acquisto di ramo d'azienda da un'impresa fallita ed iscritta all'Albo Nazionale Costruttori, avvenuta dopo la soppressione dell'Albo medesimo (*circostanza, quest'ultima, del tutto irrilevante per le ragioni in precedenza evidenziate*);
 - b) la qualificazione di un'impresa mediante affitto di azienda da un'impresa fallita, ovviamente in questo caso assicurando altresì il rispetto delle condizioni fissate dalla determinazione n. 6/2001 dell'8 febbraio 2001;
- 2) che non è ammissibile la qualificazione di un'impresa mediante acquisto di ramo d'azienda da un'impresa (*non fallita ma*) cui sia stata annullata l'attestazione S.O.A., durante l'anno di interdizione dalle gare e dalla stipula di un nuovo contratto di attestazione;
- 3) che è ammissibile la qualificazione di un'impresa mediante acquisto di ramo d'azienda da un'impresa fallita e munita di attestazione S.O.A. anche nel caso in cui la cedente-fallita non abbia effettuato all'Osservatorio dei lavori pubblici le comunicazioni previste dall'articolo 27, comma 3, del DPR 25 gennaio 2000, n. 34, fermo restando le conseguenze sul piano delle sanzioni per le omesse comunicazioni;
- 4) che il requisito dell'articolo 18, comma 2, lettera c), del DPR n. 34/2000 – nel caso che l'impresa richiedente la qualificazione sia una società neo-costituita e non disponga, pertanto, di un bilancio approvato dal quale desumere il patrimonio netto positivo – può essere dimostrato attraverso il corrispondente suo capitale, sempre che risulti attestata e confermata l'assenza di ogni attività che abbia potuto incidere sull'entità del capitale.

**Sub-affidamenti non qualificabili come subappalti, ai sensi
dell'art. 18, comma 12, della legge 19 marzo 1990, n. 55
Facoltà di controllo esercitabili dalla stazione appaltante
Determinazione del 27 febbraio 2003**

Considerato in fatto

Ad opera di diverse Amministrazioni sono pervenute a questa Autorità numerose richieste di parere, incentrate sulla disciplina e sugli adempimenti che le stazioni appaltanti devono adottare in relazione agli affidamenti di sub-contratti che non possano classificarsi come subappalti, nell'accezione fornita dall'articolo 18, comma 12, della legge 19 marzo 1990, n. 55 come modificato dalla legge 18 novembre 1998, n. 415 e dalla legge 1 agosto 2002, n. 166.

Su tale aspetto anche l'ANCE il 14 febbraio 2003 ha inviato una nota. In particolare ha richiesto un chiarimento sull'ultimo periodo del punto N) della determinazione n. 27/2002 del 16 ottobre 2002, che a suo parere si presta ad una interpretazione errata. Può, infatti, ritenersi che sono da considerarsi *contratti similari* anche quelli di importo inferiore al 2% del contratto o a € 100.000 e ciò in contrasto con l'articolo 18, comma 12, della legge n. 55/90 e successive modificazioni.

Gli interrogativi prospettati concernono sostanzialmente le seguenti problematiche principali:

- 1) facoltà di controllo che possono e/o devono essere attribuite alla stazione appaltante in materia di sub-affidamenti non soggetti a regime autorizzatorio;
- 2) ricadute sulla gestione operativa dell'appalto (*ad esempio, in materia di piani di sicurezza e di rispetto degli obblighi previdenziali ed assistenziali*), conseguenti al ricorso – da parte dell'aggiudicatario – a ripetuti sub-contratti non qualificabili come subappalti.

Le incertezze rappresentate riguardano, ad esempio, l'esistenza di un limite numerico o economico nel ricorso a tali affidamenti, la documentazione che la stazione appaltante deve acquisire ed i controlli che deve operare, la necessità di una precisa corrispondenza tra l'oggetto del sub-contratto e le lavorazioni riportate nel computo metrico, gli effetti delle possibili interferenze tra soggetti appartenenti a distinte realtà imprenditoriali (*non contemplate in sede di redazione del piano di sicurezza e coordinamento o del piano operativo presentato dall'aggiudicatario nei termini di cui all'articolo 31 della legge 14 febbraio 1994 e successive modificazioni*).

Considerato che i quesiti prospettati concernono problematiche di carattere generale e che - in materia di subappalto - l'articolo 7, comma 3 della legge n. 166/2002 ha variato l'articolo 18, comma 9 della legge n. 55/90, si ritiene opportuno un intervento chiarificatore da parte di questa Autorità, richiamando peraltro alcuni dei precedenti avvisi contenuti nelle determinazioni n. 12/2001 del 22 maggio 2001 e n. 27/2002 del 16 ottobre 2002.

Considerato in diritto

Prima di esaminare la portata delle variazioni introdotte dalla legge n.166/2002, appare opportuno richiamare il contenuto dell'articolo 18, comma 12, della legge n. 55/90, laddove si chiarisce che *"ai fini del presente articolo è considerato subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2% dell'importo dei lavori affidati o di importo superiore a 100.000 ECU e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare"*.

A questa disposizione si è ricollegato l'articolo 141, comma 5, del DPR 21 dicembre 1999 n. 554, per precisare che *"le attività ovunque espletate ai sensi dell'articolo 18, comma 12, della legge 19 marzo 1990, n. 55, sono quelle poste in essere nel cantiere cui si riferisce l'appalto"*.

Il testo del suddetto comma 12 si è tuttavia prestato alla seguente duplice interpretazione, per quanto concerne l'estensione dell'ambito applicativo:

- 1) **qualsiasi sub-affidamento** di valore contenuto entro le soglie (*percentuali o in valore assoluto*) indicate dalla legge n. 55/90 non va considerato subappalto e non è quindi sottoposto al regime di autorizzazione;
- 2) **i soli sub-affidamenti relativi a prestazioni non qualificabili come lavori** sono sottratti alla disciplina che regola il subappalto, purché di incidenza inferiore alle predette soglie.

Nella prima delle due interpretazioni - che è risultata in questi anni ampiamente condivisa dalle stazioni appaltanti e dalle imprese appaltatrici - tutti i sub-contratti per i quali non sussisteva la concorrenza delle condizioni anzidette erano svincolati dalla disciplina autorizzatoria del subappalto, descritta nell'articolo 18, commi 3, 4, 6, 7, 8 e 9 della legge n. 55/90, risultando unicamente necessario l'obbligo di comunicazione alla stazione appaltante, ai sensi dell'ultimo periodo del comma 12 del predetto articolo.

Riferendosi invece alla seconda interpretazione, va richiamato qui quanto già affermato da questa Autorità nella determinazione n. 12/2001, laddove si specificava che mentre i commi da 1 ad 11 ed i commi 13 e 14 dell'articolo 18 della legge n. 55/90 *"contengono le disposizioni da applicarsi per il subap-*

palto delle prestazioni che sono qualificate come lavori", il comma 12 "opera una definizione legale del subappalto", estendendo le garanzie previste per i lavori a quei "sub-contratti relativi a prestazioni che non sono lavori ma prevedono l'impiego di mano d'opera, come quelli di fornitura con posa in opera e di nolo a caldo", nel caso in cui tali sub-contratti avessero assunto un'incidenza percentuale superiore a quella precisata nella norma ed un costo della mano d'opera, espletata in cantiere, superiore al 50% dell'importo del sub-contratto.

Come appare evidente, fra le due interpretazioni possibili della norma in questione vi era spazio per una divergenza sostanziale, concernente l'estensione (o meno) della disciplina autorizzatoria al singolo subappalto di lavori, se di importo complessivo non superiore alle soglie percentuali indicate dalla legge.

A fronte di questo possibile duplice quadro interpretativo, con l'entrata in vigore della legge n. 166/2002 – pubblicata sul supplemento ordinario alla G.U. n. 181 del 3 agosto 2002 – è intervenuta una significativa innovazione nella suddetta materia, stante il tenore dell'art.7, comma 3, che introduce una variazione all'articolo 18, comma 9 della legge n. 55/90, sotto forma di aggiunta del seguente periodo: *"Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo dei lavori affidato o di importo inferiore a 100.00 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà"*.

Va inoltre aggiunto che tale variazione non è stata accompagnata da alcuna modifica del successivo comma 12 del medesimo articolo 18, il quale sottrae alla definizione stessa di subappalto (e quindi al regime di autorizzazione) *"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"*, purché di incidenza non superiore al 2% dell'importo dei lavori affidati o – in valore assoluto – a € 100.000, oppure, qualora di incidenza superiore a tali soglie, il peso della mano d'opera sia non superiore al 50% dell'importo totale del contratto.

Prescindendo dal congetturare eventuali antitesi contenute nel testo di legge o dall'invocare l'implicita abrogazione di una norma precedente, resa incompatibile per effetto di quella sopravvenuta, deve invece trarsi dalle considerazioni esposte un convincimento rafforzato circa la validità di quanto ritenuto nella citata determinazione n. 12/2001, che è stato poi ulteriormente ribadito al punto N) della recente determinazione n. 27/2002, recante *"Prime indicazioni sulla applicazione della legge 1 agosto 2002 n. 166"*.

In quest'ultima pronuncia – rispondendo ad un quesito circa il rapporto fra i commi 9 e 12 della legge n. 55/90 per effetto della disposizione inserita dall'articolo 7, comma 3, della legge n. 166/2002 – è stato ribadito che il comma 12 riguarda 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