

quali vengono stabilite le soglie economiche per considerarli equiparati ai subappalti di lavori ed assoggettarli – conseguentemente – alla medesima disciplina.

Si è affermato perciò che *la nuova disciplina riguarda esclusivamente il subappalto o i cottimi relativi alle prestazioni da qualificarsi come lavori e, quindi, nessuna variazione è stata apportata alle disposizioni in materia dei cosiddetti contratti similari.*

In definitiva, per effetto dell'innovazione introdotta dal legislatore, l'unica interpretazione logica della norma in questione porta a ritenere – oltre ogni ragionevole dubbio – 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.

Viceversa, stando all'interpretazione alternativa secondo cui – al di sotto di certi limiti economici – l'esecuzione di qualsivoglia subappalto viene sottratto alla preventiva autorizzazione, risulterebbero ancora più fondate quelle perplessità, frequentemente espresse in autorevoli commenti, circa il concreto rischio di elusione della norma, ottenuto attraverso il ricorso ad artificiosi frazionamenti.

In base alle suddette considerazioni l'ultimo periodo del punto N) della determinazione n. 27/2002 va interpretato nel senso che incidono sul 30% dell'importo della categoria prevalente subappaltabile i lavori ancorché di importo inferiore al 2% del contratto o a € 100.000 nonché i sub-affidamenti definiti *contratti similari*, cioè quelli di fornitura e posa in opera e quelli di nolo a caldo di importo superiore al 2% o – in valore assoluto – a € 100.000 e per i quali il costo della mano d'opera, espletata in cantiere, sia superiore al 50% dell'importo del sub-affidamento.

Se quindi appare oramai indubbio che tutti i subappalti di lavori vadano preventivamente autorizzati, resta da chiarire quali siano le facoltà di controllo che la stazione appaltante ha titolo ad esercitare in relazione ai sub-affidamenti non qualificabili come subappalti a norma di legge.

Infatti, l'insussistenza dell'obbligo di autorizzazione preventiva non può ovviamente intendersi come assenza di qualsiasi regola e quindi di potestà di controllo da parte degli organi dell'amministrazione, poiché – pur mancando specifiche indicazioni normative – deve comunque essere assicurato il rispetto dei principi generali che regolamentano la materia, esistendo altresì specifici obblighi di legge in capo ai soggetti preposti alla conduzione dell'appalto, tali da configurare indirettamente dei limiti anche nel ricorso ai sub-contratti (*inerenti le forniture con posa in opera ed i noli a caldo*) non classificabili come subappalti.

In primo luogo, sebbene la legge vigente stabilisca che i singoli sub-affidamenti, purché di ammontare inferiore al 2% del contratto o a € 100.000 o, qualora di importo superiore a tali soglie, il costo della mano d'opera espletata in cantiere sia inferiore al 50% dell'importo del sub-contratto, non sono equiparabili al subappalto (*e risultano quindi sottratti al regime di autorizzazione*), non è ammissibile che l'unico vincolo per l'impresa esecutrice resti ancorato a questi soli parametri e possa perciò tradursi in una frammentazione degli importi delle attività preventivate, con l'intento di mantenere sottosoglia i sub-contratti così frazionati ed eludere la configurazione dei medesimi obblighi normativi correlati al subappalto di lavori.

In secondo luogo, va considerato che sebbene l'imprenditore non sia obbligato al possesso di tutte le attrezzature necessarie per la realizzazione dell'opera a farsi, né possa essergli ordinariamente preclusa – ad esempio - la possibilità di avvalersi di un nolo a caldo (*anche nel caso in cui disponga del relativo mezzo d'opera, che però ritenga meno idoneo di altri ad eseguire la specifica lavorazione richiesta, ovvero nel caso in cui lo stesso mezzo sia utilizzato già in un altro cantiere*), sembra comunque legittimo riconoscere al responsabile del procedimento, ma soprattutto alla direzione dei lavori, nell'ambito delle funzioni ad essa assegnate dalla legge quadro e dal regolamento di attuazione (*vedasi, tra gli altri, gli articoli 123, 124, 125 e 126 del DPR n. 554/1999*) il diritto di chiedere all'appaltatore le motivazioni – plausibili – del ricorso a tale procedura.

In particolare, qualora ci si avvalessse più volte di un identico nolo a caldo nell'ambito dello stesso appalto e tale circostanza non fosse giustificata da fatti oggettivamente verificabili (*quali ad esempio la necessità di eseguire la relativa lavorazione in fasi temporali nettamente distinte – come da previsioni del cronoprogramma allegato al contratto – o l'intervenuta approvazione di una perizia di variante che reintroduce, in un momento diverso e non prevedibile all'atto della consegna dei lavori, le condizioni per l'ulteriore ricorso ad un nolo a caldo di cui l'appaltatore si sia già avvalso in precedenza*), risulterebbe pienamente legittimo, se non addirittura doveroso, che l'amministrazione appaltante, attraverso i propri organi, richiedesse all'aggiudicatario di fornire adeguate motivazioni, accompagnate – se del caso – dalla produzione degli opportuni atti a corredo o dalla redazione di nuovi elaborati a modifica ed integrazione di quelli esistenti in precedenza.

Con riferimento alle altre questioni di *dettaglio operativo* prospettate nella richieste pervenute, risultano ugualmente calzanti le precedenti riflessioni in ordine alle responsabilità che la vigente normativa pone in capo alle amministrazioni appaltanti e, per esse, ai soggetti preposti alla conduzione dell'appalto, nei suoi molteplici aspetti.

Non è infatti ipotizzabile la fattispecie di un ufficio di direzione dei lavori impossibilitato ad esercitare i numerosi controlli che la legge gli assegna in ordine alla corretta esecuzione – quantitativa e qualitativa – dei lavori, al rispetto dei tempi preventivati, all'aggiornamento del cronoprogramma

generale e particolareggiato, alla regolarità della documentazione che testimonia il rispetto degli obblighi nei confronti dei lavoratori presenti in cantiere. Analogamente a quanto argomentato per la *direzione dei lavori*, non è pensabile la figura di un *coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione* che sia di fatto limitato nell'esercizio del delicato ruolo disegnato dal decreto legislativo 14 agosto 1996 n. 494 e successive modificazioni, a causa della presenza di operatori diversi – per numero e per qualifica – da quelli previsti nel piano di sicurezza e coordinamento, il quale ultimo potrebbe a sua volta risentire, in misura variabile, dei mutamenti generati per effetto di scelte totalmente 'autonome' compiute dall'aggiudicatario.

*Dalle considerazioni svolte segue che:*

- 1) l'innovazione legislativa introdotta dall'articolo 7, comma 3, della legge 1 agosto 2002, n. 166, sotto forma del periodo aggiunto all'articolo 18, comma 9, della legge 19 marzo 1990, n. 55/90 non comporta variazioni in materia di *contratti similari*, riguardando esclusivamente i subappalti o i cottimi – relativi alle prestazioni da qualificarsi come lavori – di entità economica inferiore al 2% all'importo dei lavori affidati o, in assoluto, di importo inferiore a € 100.000;
- 2) per gli anzidetti subappalti o cottimi è previsto lo snellimento dell'attuale procedura di rilascio dell'autorizzazione, i cui tempi sono ridotti della metà; pertanto, al fine di assicurare il corretto esercizio del potere di controllo cautelare di cui le stazioni appaltanti sono investite, dovrà essere rivolta particolare attenzione al rispetto dei termini suindicati, nella consapevolezza che il mancato rilascio entro la scadenza prevista dalla legge darà luogo al silenzio-assenso e che a ciò, in caso di mancanza dei requisiti da parte del sub-contraente e di dimostrata inerzia dell'amministrazione, corrisponderanno delle precise responsabilità soggettive, espressamente sanzionate dalla legge;
- 3) relativamente alle procedure d'appalto in corso di esecuzione, si deve ritenere, alla luce del costante orientamento giurisprudenziale, che il nuovo regime normativo trovi applicazione in tutti i casi per i quali non sia intervenuto il perfezionamento del contratto di subappalto, né si sia dato corso all'esecuzione delle relative opere.
- 4) per tutti i sub-affidamenti che non sono qualificabili subappalti ai sensi dell'articolo 18, comma 12, della legge 19 marzo 1990, n. 55 (*cioè per i contratti similari, aventi ad oggetto prestazioni di fornitura con posa in opera e noli a caldo, qualora non superino le soglie del 2% del contratto o a € 100.000 o, qualora superiore a tali soglie, il costo delle mano d'opera espletata in cantiere sia inferiore al 50% dell'importo del subcontratto*), pur in assenza di un obbligo di autorizzazione, deve comunque essere assicurato il rispetto dei principi generali che regolamentano la materia. Pertanto, va riconosciuto ai soggetti preposti alla conduzione dell'appalto (*responsabile unico del procedimento, direttore dei lavori, coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione*) il diritto-dovere di esercitare appieno il ruolo attribuito in forza di legge, con ciò potendo configurare – indirettamente – delle limitazioni nel ricorso agli anzidetti sub-affidamenti.

## **Fornitura e posa in opera di acciaio presagomato** Determinazione del 13 marzo 2003

### *Considerato in fatto*

L'ANSFER, Associazione Nazionale sagomatori ferro, ha inviato all'Autorità una richiesta di chiarimenti in ordine al tema dei sub-affidamenti dei contratti di *fornitura e posa in opera di ferri presagomati* necessari per realizzare le strutture in cemento armato.

L'Associazione nella nota inviata afferma che a suo parere ai sensi delle determinazioni dell'Autorità, la lavorazione costituita da *fornitura e posa in opera di ferri presagomati* non è da ritenere lavoro ma contratto di fornitura da considerare *contratto simile* (articolo 18, comma 12, della legge 19 marzo 1990, n. 55) solo nel caso che il suo importo sia superiore al 2% dell'importo complessivo del contratto di appalto oppure di importo superiore a € 100.000 e qualora il costo della mano d'opera espletata nel cantiere in cui si esegue l'opera sia di importo superiore al 50% del costo del subcontratto. Sulla base di tali considerazioni chiede l'avviso dell'Autorità in ordine alle seguenti problematiche:

- a) possibilità per l'impresa alla quale l'appaltatore principale abbia affidato la *fornitura e posa in opera dell'acciaio presagomato* per cemento armato di impiegare una impresa terza per l'espletamento in cantiere della fase di posa in opera;
- b) natura giuridica del rapporto fornitore/posatore in opera;
- c) necessità o meno di qualificazione ai sensi del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 dell'impresa sub-affidataria della posa in opera.

I suddetti quesiti sono state sottoposti all'attenzione dei firmatari dei protocolli d'intesa con questa Autorità, i quali non hanno formulato valutazioni.

### *Considerato in diritto*

Al fine di fornire una soluzione ai problemi sollevati, occorre in primo luogo confermare o meno quanto asserito dall'ANSFER in ordine al fatto che la *fornitura e posa in opera di ferri presagomati* non è da considerarsi né un lavoro e né, salvo casi particolari, contratto simile. A tal fine deve richiamarsi, in primo luogo, l'articolo 18 della legge 19 marzo 1999, n. 55, il quale, a parere dell'Autorità (*determinazione n. 12/2001 del 22 maggio 2001*), è finalizzato ad arginare il fenomeno dell'infiltrazione di tipo mafioso e di altri gravi forme di pericolosità sociale nei lavori pubblici e contiene specifiche disposizioni per l'affidamento in subappalto delle lavorazioni oggetto del contratto principale. In particolare l'Autorità ha precisato che il comma 12 del suddetto articolo 18 opera una definizione legale del subappalto finalizzata ad individuare le regole da applicarsi per l'affidamento dei subcontratti relativi a prestazioni che non sono lavori ma che prevedono l'impiego

di mano d'opera, come nel caso della fornitura con posa in opera e del noli a caldo. La ratio della disposizione è individuabile nella volontà legislativa di assicurare le medesime garanzie previste per il subappalto di lavori anche per quelle attività che sono di qualificazione diversa ma che, a tal fine, sono a quest'ultimo assimilati. Al riguardo, deve evidenziarsi come il DPR 21 dicembre 1999, n. 554 non contenga disposizioni specifiche in merito al subappalto; solo l'articolo 141 prevede un limite per quest'ultimo, con l'indicazione di una misura percentuale (30%) riferita, però, alla sola categoria prevalente. Il suddetto articolo 141, inoltre, precisa che per attività ovunque espletate, cui fa riferimento il richiamato comma 12 dell'articolo 18 della legge 55/1999, devono intendersi quelle poste in essere nel cantiere cui si riferisce l'appalto. Sulla portata applicativa delle suddette disposizioni, peraltro, si è espressa questa Autorità in più occasioni (*determinazioni n. 12/2001 del 22 maggio 2001; n. 25/2001 del 20 dicembre 2001; n. 27/2002 del 16 ottobre 2002; n. 31/2002 del 18 dicembre 2002; n. 6/2003 del 27 febbraio 2003*) nelle quali è stato precisato che le prestazioni di fornitura e posa in opera o noli a caldo che non sono da considerarsi (*o non si è ritenuto che siano da considerarsi*) autonomo lavoro, ad esempio la fornitura e posa in opera di travi precomprese prefabbricate per realizzare un ponte oppure i travetti precompressi per i solai di un edificio, sono comprese nelle lavorazioni della categoria prevalente. L'Autorità ha precisato che a tali prestazioni si applicano le disposizioni (*articolo 18, comma 12, della legge 55/90 e successive modificazioni e articolo 141 del DPR n. 554/1999*) previste in materia di assimilazione dei subcontratti aventi ad oggetto attività che richiedono l'impiego di mano d'opera a subappalti di lavori, soltanto se essi sono di importo superiore al 2% dell'importo complessivo del contratto di appalto oppure di importo superiore a € 100.000 e qualora il costo della mano d'opera espletata nel cantiere in cui si esegue l'opera sia di importo superiore al 50% del costo del subcontratto.

In base alle considerazioni espresse nelle suddette determinazioni è evidente che la *fornitura e posa in opera di ferri presagomati* non costituisce un autonomo lavoro (*a meno che l'importo del subcontratto sia superiore al 2% dell'importo complessivo del contratto di appalto oppure sia superiore a € 100.000 e il costo della mano d'opera espletata nel cantiere in cui si esegue l'opera sia di importo superiore al 50% del importo del subcontratto, cosa da ritenersi molto difficile sul piano della realtà operativa*) e, pertanto l'affermazione dell'ANSFER è da ritenersi corretta.

Per quanto riguarda i quesiti formulati va osservato che le norme (*articolo 18, comma 12, secondo periodo, del DPR n. 55/90*) fanno divieto per quanto riguarda i lavori del cosiddetto *subappalto a cascata* mentre non vi sono norme che fanno uguale divieto per i contratti di fornitura e posa in opera o di noli a caldo a meno che siano da considerarsi *contratti similari*. Va inoltre tenuto presente che fa eccezione a tale divieto (*articolo 18, comma 12, secondo periodo, della legge 55/90; articolo 141, comma 2, del DPR n. 554/1999*) l'affidamento della posa in opera di componenti relative lavori rientranti nelle strutture, impianti ed opere speciali di cui all'articolo 72, comma 4, lettere c), d) ed l) del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e cioè nelle categorie OS4 (*impianti elettromeccanici trasportatori*), OS5 (*impianti pneumatici ed antintrusione*), OS13

(strutture prefabbricate in cemento armato), OS18 (componenti strutturali in acciaio o metallo) e OS33 (coperture speciali) dell'allegato A del DPR 25 gennaio 2000, n. 34. La disposizione prevede che il subappaltatore per l'attività di posa in opera può avvalersi di imprese di propria fiducia per le quali non sussistano i divieti previsti dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 e successive modificazioni. Non vi è altra prescrizione. Le imprese che svolgono l'attività di posa in opera possono, quindi, anche non essere in possesso dell'attestazione di qualificazione. Una interpretazione logico-sistematica della disposizione che prevede i casi per i quali vi è l'eccezione al divieto del cosiddetto *subappalto a cascata*, fa ritenere che tale eccezione riguarda anche la fase della posa in opera prevista nei contratti di *fornitura e posa in opera di ferri presagomati*. La suddetta prestazione, infatti, può essere considerata sul piano tecnico come fornitura di un componente o di una parte di un componente prefabbricato in cemento armato o in acciaio. Va osservato che anche in questo caso è vigente l'obbligo (articolo 18, comma 12, ultimo periodo, della legge n. 55/1990) di comunicare alla stazione appaltante il nome dell'impresa, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro. Resta, inoltre, evidente che le attività di posa in opera non essendo, come specificato prima, attività riconducibili a lavoro o a *contratto simile* non possano essere impiegate per l'ottenimento della attestazione di qualificazione.

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

- a) la *fornitura e posa in opera di barre presagomate in acciaio* necessarie per realizzare le strutture in cemento armato non può considerarsi lavoro riconducibile ad una delle declaratorie di cui all'allegato A del DPR 25 gennaio 2000, n. 34; stante la indicata natura la prestazione va considerata facente parte della categoria prevalente; l'appaltatore può affidare la prestazione di *fornitura e posa in opera di barre presagomate in acciaio* ad altra impresa e la seconda attività (*posa in opera*) può essere sub-affidata ad altre imprese di fiducia (e sempre che per essa non sussistano i divieti previsti dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 e successive modificazioni) per le quali, per la mancata riconducibilità della prestazione alle declaratorie dell'allegato A del DPR n. 34/2000, non si richiede il possesso di attestazione di qualificazione;
- b) l'importo del subcontratto non incide sulla quota del 30% dell'importo della categoria prevalente che può essere liberamente subappaltata, a meno che tale prestazione abbia le caratteristiche per essere considerata *contratto simile* (importo superiore al 2% dell'importo complessivo del contratto di appalto o comunque superiore a € 100.000 e costo della manodopera espletata in cantiere superiore al 50% dell'importo del subcontratto);
- c) l'attività di posa in opera non può essere impiegata per acquisire la attestazione di qualificazione in nessuna delle categorie generali o specializzate di cui all'allegato A del DPR 25 gennaio 2000, n. 34;
- d) l'appaltatore deve comunicare alla stazione appaltante il nome dell'impresa cui sia sta sub-affidata la posa in opera nonché l'importo del sub-affidamento e la dichiarazione che per essa non sussistono alcuni dei divieti previsti dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 e successive modificazioni.

## **Pagamento subappaltatori**

### **Determinazione del 26 marzo 2003**

#### *Considerato in fatto*

L'ANCE ha sottoposto all'attenzione di questa Autorità la problematica relativa alle modalità di pagamento delle imprese subappaltatrici. In particolare, oggetto della richiesta di parere è la presunta abrogazione del comma 3 *bis* dell'articolo 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55, introdotto dal comma 1 dell'articolo 34 del decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406. Il problema nasce dall'inclusione del suddetto articolo 34 tra le norme espressamente abrogate dal DPR 21 dicembre 1999, n. 554 (articolo 231 lettera *v*), circostanza questa che ha indotto molte stazioni appaltanti a ritenere indirettamente abrogato anche il comma 3 *bis* dell'articolo 18 della legge n. 55/90, con la conseguente disapplicazione delle modalità di pagamento ivi indicate. Alla luce di quanto sopra, pertanto, l'ANCE ha richiesto un parere in merito alla presunta abrogazione del suddetto comma 3 *bis* dell'articolo 18, e quindi sulla disciplina applicabile ai subappaltatori in ordine alle modalità di pagamento.

La suddetta problematica è stata sottoposta all'attenzione dei firmatari dei Protocolli d'intesa con questa Autorità, i quali hanno formulato le proprie valutazioni. In particolare, l'ASSISTAL- Associazione Nazionale Costruttori Impianti - nel rappresentare l'esclusione della normativa antimafia dagli interventi abrogativi effettuati con il regolamento generale, evidenzia come l'abrogazione di una norma non comporta l'automatica abrogazione di norme novellate dalla stessa, a meno che ciò non sia espressamente disposto. L'ASSISTAL ritiene, pertanto, che l'articolo 231 del DPR 554/99 non abbia prodotto alcun effetto sull'articolo 18, comma 3 *bis*, della legge n. 55/90.

Anche la Lega delle Autonomie Locali concorda con le osservazioni dell'ANCE, non ritenendo abrogato il comma 3 *bis* dell'articolo 18 della legge n. 55/90, atteso che il punto *u*) dell'articolo 231 del DPR 554/99 espressamente abroga solo le parole "o le categorie prevalenti" incluse nel comma 3 dell'articolo 18, nulla eliminando o modificando del restante corpo normativo di tale legge e, quindi, anche dello stesso comma 3 *bis* dell'articolo 18 il quale, pertanto, continua ad essere vigente.

La Lega delle Autonomie Locali, peraltro, osserva che nel bando di gara sia necessario indicare che la stazione appaltante provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dei lavori dagli stessi eseguiti o, in alternativa, che è fatto obbligo ai soggetti aggiudicatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle rite-

nute di garanzia; nel caso di pagamento diretto i soggetti aggiudicatari comunicano alla stazione appaltante la parte dei lavori eseguiti dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivazione di pagamento.

#### *Considerato in diritto*

Al fine di fornire una soluzione alla problematica sollevata, deve preliminarmente evidenziarsi che si concorda sulle osservazioni dei firmatari dei Protocolli d'intesa con questa Autorità, in ordine alla vigenza delle disposizioni dell'articolo 18, comma 3 *bis*, della legge n. 55/90, per le ragioni di seguito esplicate.

In primo luogo, si osserva che assolvendo al mandato assegnatogli, l'articolo 231 del regolamento n. 554/99 indica le disposizioni abrogate, tra le quali figura l'articolo 34 del decreto legislativo n. 406/91. L'articolo 231 rappresenta in parte una disposizione ricognitiva di abrogazioni tacite già intervenute, in parte vere e proprie abrogazioni, soprattutto con riguardo alle disposizioni più recenti.

Tra i gruppi di norme che sopravvivono al processo abrogativo effettuato dall'articolo 231, va sicuramente annoverato quello relativo alla disciplina antimafia, ossia quello costituito dalla legge 27 dicembre 1956 n. 1423, dalla legge 31 maggio 1965 n. 575, dalla legge 13 settembre 1982 n. 646 (articolo 21 e 22), dalla legge 19 marzo 1990 n. 55, dal DPCM 11 maggio 1991 n. 187, dal DPR 3 giugno 1998, n. 252.

Quanto sopra segue alla considerazione per cui la norma costituisce puntuale applicazione dell'articolo 3, comma 4, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni il quale dispone espressamente che "sono abrogati, con effetto dalla data di entrata in vigore del regolamento, gli atti normativi indicati che disciplinano la materia di cui al comma 1, ad eccezione della legislazione antimafia (...)".

In ragione di ciò, l'articolo 231 del DPR 554/99 non ha inciso, abrogandola, sulla medesima legislazione antimafia, ma ha solo abrogato dal comma 3 del suddetto articolo 18, le parole "o le categorie prevalenti", con ciò lasciando in vita le altre disposizioni di cui alla legge 55/90, ivi incluso, quindi, il comma 3 *bis* del medesimo articolo 18.

Pertanto, come pure affermato dall'ASSISTAL, si ritiene che l'abrogazione di una norma non comporta l'automatica abrogazione di norme novellate dalla stessa, a meno che ciò non sia espressamente disposto.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, sembra potersi affermare che l'abrogazione dell'articolo 34 del decreto legislativo n. 406/91 non ha coinvolto, abrogandola, anche la disposizione dell'articolo 18 comma 3 *bis* della legge n. 55/90, proprio per espressa volontà del legislatore diretta a mantenere in vita la legislazione antimafia.

Alla luce della suddetta disposizione deve considerarsi confermata la facoltà per la stazione appaltante, dandone notizia nel bando di gara, di optare per il pagamento delle lavorazioni affidate in subappalto, per una delle due seguenti discipline (articolo 18, comma 3 *bis*, della legge n. 55/90):

- a) pagamento - alla maturazione secondo quanto previsto dal contratto di appalto di ogni stato di avanzamento - direttamente al subappaltatore



in base alla specificazione dell'importo delle lavorazioni eseguite dal subappaltatore fornita dall'appaltatore;

- b) pagamento nei confronti dell'appaltatore, con l'obbligo per quest'ultimo di trasmettere alla stazione appaltante, entro 20 giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei suoi confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti corrisposti al subappaltatore con l'indicazione delle ritenute a garanzia effettuate.

Nel caso che sia prevista la modalità di pagamento di cui alla lettera a), sembra opportuno evidenziare che nel contratto di appalto - poiché la disposizione nulla dice in merito ai controlli che andrebbero effettuati in simili circostanze ed atteso che i lavori eseguiti devono risultare dal registro di contabilità - sia previsto che il pagamento al subappaltatore è subordinato ad un nulla osta del direttore dei lavori.

Dalle considerazioni svolte l'Autorità è dell'avviso che:

- l'articolo 231 del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e successive modificazioni non ha abrogato l'articolo 18, comma 3 *bis*, della legge 19 marzo 1990, n. 55 e successive modificazioni che, pertanto, è da considerarsi ancora vigente;
- la stazione appaltante deve indicare nel bando di gara che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dei lavori dagli stessi eseguiti o, in alternativa, che è fatto obbligo ai soggetti aggiudicatari di trasmettere, entro 20 giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti dagli stessi corrisposti via via al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute a garanzia.

## **Approfondimento del tema generale relativo alla prevedibilità e previsione delle cause di sospensione dei lavori**

Determinazione del 9 aprile 2003

### *Premesse*

L'articolo 133 del DPR n.554/99, nel disciplinare la sospensione e la ripresa dei lavori, dispone al comma 9 che *"quando la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale il responsabile del procedimento dà avviso all'Autorità"*.

Le molteplici comunicazioni ricevute in esito all'obbligo normativo – come richiamato anche nel Comunicato "Informazioni su fatti specifici" pubblicato sulla G.U.R.I. del 6 febbraio 2002 - hanno formato oggetto di esame e, in taluni casi, di approfondimento istruttorio, al fine di valutare la ricorrenza e la natura delle 'circostanze speciali' che hanno impedito in via temporanea il proficuo svolgimento dei lavori previsti nel contratto d'appalto.

Come è stato già riportato nella determinazione n. 3/2003 del 12 febbraio 2003, una percentuale significativa delle sospensioni (circa 1/3) trova la sua motivazione nelle condizioni climatiche o ambientali sfavorevoli all'esecuzione dei lavori a regola d'arte, laddove tali condizioni risultavano facilmente prevedibili, in quanto la consegna dei lavori era avvenuta proprio nell'imminenza della stagione invernale o del manifestarsi delle circostanze avverse (periodo turistico-balneare, manifestazioni fieristiche di lunga durata, incremento stagionale del traffico veicolare, festività, ecc.).

Ma anche nei casi di sospensione riconducibili ad altre cause risulta frequente il richiamo a situazioni *impreviste ed imprevedibili*, mutuando – con tutta evidenza - tale definizione da quella contenuta nell'articolo 25, comma 1, lettera *b*) della legge n. 109/94 e riferita alla varianti in corso d'opera.

Un'analoga considerazione può operarsi anche in relazione ai casi di affidamento diretto mediante trattativa privata - ugualmente sottoposti all'obbligo di comunicazione all'Osservatorio - nei quali l'urgenza che impedisce il ricorso alle normali procedure di gara trova una non inconsueta giustificazione invocando il manifestarsi di circostanze speciali ed eccezionali che vengono qualificate appunto come *impreviste ed imprevedibili*.

### *Ritenuto in diritto*

In sostanza, la suddetta definizione sembra assumere un valore 'trasversale' nell'ambito della norma, in quanto finisce non di rado per caratterizzare almeno tre delle fattispecie (varianti in corso d'opera, sospensioni dei lavori e trattative private) che – in ossequio al rispetto dei criteri di efficienza, efficacia, economicità e tempestività di cui all'articolo 1 della legge quadro – devono costituire l'eccezione nello svolgimento "fisiologico" dell'appalto.

Se a ciò si aggiunge che il richiamo alla *imprevedibilità* risulta sovente ingiustificato, dovendosi invece ipotizzare una carenza nello svolgimento delle

attività propedeutiche all'esecuzione dei lavori, appare opportuno approfondire – sotto l'aspetto tecnico - il tema generale delle circostanze *impreviste*, distinguendo quelle *prevedibili* da quelle *imprevedibili*.

Mentre il ricorrere della circostanza *imprevista* deriva da una mera ed acritica constatazione oggettiva della singola fattispecie, la ricorrenza di una situazione di *imprevedibilità* consegue invece ad una valutazione – ancorata a condizioni chiare e riconoscibili - che porta ad escludere, obiettivamente, la possibilità di prefigurarsi l'evento.

Quest'ultima precisazione - che potrebbe sembrare superflua, dato l'inequivocabile tenore letterale dell'articolo 25, comma 1, lettera *b*) – trova invece la sua ragion d'essere nelle risultanze delle analisi condotte sulle comunicazioni trasmesse dalle stazioni appaltanti all'Autorità, dalle quali emerge una diffusa tendenza a confondere i due termini indicati nella norma, fino a sovrapporli ed a fargli assumere il medesimo significato.

A titolo esemplificativo, si riportano di seguito alcune fattispecie di *circostanze impreviste*, nelle quali non può riconoscersi il carattere della *imprevedibilità*:

- A) *esigenze manifestate in corso d'opera dall'ente usuario dell'immobile oggetto dei lavori*. In particolare, sono stati prospettati casi di sospensione dei lavori disposte per consentire agli utilizzatori dell'immobile interessato dall'appalto (sede di caserme, uffici, scuole, residenze, ecc.) di ricercare una sede alternativa, oppure - qualora si sia dovuta assicurare l'esecuzione dei lavori e la contemporanea fruizione dell'immobile – per organizzare sul momento i trasferimenti temporanei (di persone e materiali) nell'ambito del cantiere e gestire le interferenze generate dallo svolgimento delle due distinte attività. È evidente che tali situazioni od altre similari non possono considerarsi 'inattese', essendovi una conoscenza preventiva delle relative problematiche, le quali andavano perciò affrontate e risolte – in una parola, gestite - prima della consegna dei lavori.
- B) *interferenze tra i lavori in corso d'esecuzione ed altre opere a farsi o preesistenti (impianti, sottoservizi, ecc.)*. Nel dettaglio, è stato spesso invocato il ricorso alla sospensione dei lavori nei casi di compresenza di due o più imprese sulla medesima area di cantiere o su area attigua, quando una di esse non poteva utilmente proseguire nell'esecuzione dei lavori di propria competenza, pena il reciproco intralcio. In proposito vi è da aggiungere che in alcuni casi tale situazione si è riverberata negativamente su entrambi gli appalti svolti in contemporanea, con la sostanziale configurazione di un doppio impedimento. Talora le sospensioni sono state invece motivate dalla necessità di attendere l'intervento di soggetti estranei alla procedura d'appalto, ma aventi competenza su impianti a rete o simili, aerei o interrati, interferenti a vario titolo con i lavori in corso di esecuzione. Infine, in relazione ad alcuni appalti suddivisi in lotti, sono state disposte sospensioni dei lavori per procedere a varianti con redistribuzione delle lavorazioni previste, anticipandone alcune contemplate nei lotti futuri per evitare successive duplicazioni nell'esecuzione delle opere accessorie e di finitura. Si è cioè verificato che la logica di esecuzione non ha coinciso con una logica tesa a raggiungere la compiuta funzionalità dei lavori realizzati. Analogamente a

quanto rappresentato in precedenza, non vi è dubbio che le situazioni di interferenza simili a quelle descritte fossero immaginabili già nella fase che precede l'appalto e dovessero perciò ricevere la giusta attenzione da parte dei soggetti preposti all'iter di realizzazione dell'opera pubblica, allo scopo di eliminare tutti i prevedibili effetti ostativi alla regolare esecuzione dei lavori.

- C) *adempimenti propedeutici all'acquisizione di autorizzazioni, nulla-osta, ecc., o, più in generale, all'esecuzione proficua dei lavori.* Benché la vigente normativa sia inequivocabile nello stabilire che la validazione progettuale debba riguardare anche l'attività di verifica circa "l'acquisizione di tutte le approvazioni ed autorizzazioni di legge, necessarie ad assicurare l'immediata cantierabilità del progetto" (articolo 47, comma 2, lettera l), del DPR n.554/99), sono pervenute numerose comunicazioni relative a sospensioni dei lavori riconducibili al mancato svolgimento di adempimenti preliminari. Oltre alle fattispecie di lavori iniziati in assenza di alcune autorizzazioni (giustificando a volte tale carenza con la necessità di rispettare l'improrogabile tempistica per accedere al finanziamento), sono stati annoverati casi nei quali gli interventi a farsi incidevano su beni assoggettati alla competenza di altre amministrazioni, la cui autorizzazione iniziale restava subordinata alla successiva definizione di accordi operativi in ordine ai tempi ed alle modalità di svolgimento di alcune lavorazioni (scavi che comportavano la chiusura al traffico di strade, spostamento di sottoservizi, campagne di scavo e rilievo archeologico, smaltimenti di materiali equiparati ai rifiuti tossici, ecc.). Infine, sono pervenute notizie di sospensione dei lavori disposte in conseguenza del ritrovamento di ordigni bellici (cui ha dovuto far seguito l'affidamento delle necessarie operazioni di bonifica). Se tale evenienza costituisce – oggettivamente – una causa imprevedibile, qualora sia riferita ad aree che, alla luce dei dati storici, sono risultate escluse da qualsiasi attività bellica, non altrettanto può dirsi per quei territori che sono stati interessati da azioni militari terrestri od aeree e per i quali, in assenza di significativi interventi di antropizzazione, non poteva escludersi la presenza di ordigni bellici inesplosi. Anche in queste fattispecie deve rilevarsi che le condizioni di impedimento alla regolare esecuzione dei lavori potevano e dovevano essere affrontate in via preventiva, nell'ambito di una corretta e completa programmazione dell'intervento a farsi.
- D) *necessità di introdurre varianti tecniche e/o prevedere nuove lavorazioni.* Un numero significativo di comunicazioni rese ai sensi dell'articolo 133, comma 9, del DPR n.554/99 ha riguardato il ricorso a varianti *ex* articolo 25, comma 1, lettera b) della legge n. 109/94, con la motivazione che in corso d'opera si erano manifestate necessità di prevedere ulteriori o differenti categorie di lavori. L'esame delle singole fattispecie ha però evidenziato, con grande frequenza, che l'introduzione di nuove lavorazioni è stata la conseguenza di un approfondimento progettuale tecnicamente insufficiente, o dell'inadeguata valutazione dello stato di fatto. Anche in questa fattispecie deve rilevarsi che le nuove lavorazioni possono derivare da circostanze che non possono essere ritenute imprevedibili in quanto riferibili ad altra problematica quale quella dell'errore progettuale.

E) *problemi organizzativi della stazione appaltante.* Sono state prospettate, come cause della sospensione dei lavori, difficoltà operative delle singole stazioni appaltanti, connesse alla carenza di organico, all'indisponibilità dei soggetti preposti alla conduzione dell'appalto (ad esempio per malattia, per la scadenza dei contratti a tempo determinato o similari stipulati per l'espletamento di dette funzioni), all'assunzione da parte degli istituti appaltanti di diverse o nuove competenze rispetto a quelle già assegnate. La casistica suesposta chiama in causa fatti estranei all'appalto in sé, riguardando sostanzialmente difficoltà di funzionamento della 'macchina amministrativa' in seno agli enti appaltanti. Non vi è, quindi, una diretta responsabilità dei soggetti istituzionalmente preposti alla realizzazione dell'iter esecutivo di un'opera pubblica; tuttavia, le conseguenze che tali impedimenti possono produrre - sotto forma di maggiori oneri derivanti dal contenzioso intervenuto o dal ritardo nella consegna dei lavori - impongono comunque una preliminare attività di pianificazione, estesa a tutti gli aspetti implicati nella procedura d'appalto.

F) *problemi organizzativi delle imprese esecutrici.* Sono state rilevate sospensioni disposte dalla stazione appaltante su richiesta dell'appaltatore per difficoltà connesse con l'approvvigionamento di alcuni tipi di materiali o forniture, nonché con la difficoltà di realizzare a regola d'arte opere particolari a causa di problemi organizzativi e/o esecutivi. Anche in questi casi il riconoscimento dell'imprevedibilità deve essere effettuato e chiaramente motivato, rilevando che pur dovendosi ritenere inammissibili richieste dell'appaltatore per il recupero dei maggiori oneri sostenuti, non possono invece escludersi oneri extracontrattuali dovuti, ad esempio, alla necessità di sostenere costi non programmati per il ritardo nell'utilizzazione dell'opera.

L'elenco delle fattispecie suelencate, non è certamente esaustivo, ma è indicativo dei criteri da seguire per una valutazione della sussistenza delle condizioni di "imprevedibilità", ancorata a condizioni chiare e riconoscibili.

*Dalle considerazioni svolte segue che:*

1. qualora in corso di esecuzione dei lavori si verificano circostanze *impreviste* che impongano di procedere alla sospensione dei lavori, il responsabile del procedimento - cui compete l'accertamento della situazione di fatto - deve attenersi scrupolosamente al disposto di cui all'articolo 134, comma 8, del DPR n. 554/99, motivando in maniera esauriente la non imputabilità alla stazione appaltante delle condizioni createsi, specificando che le stesse non erano prevedibili al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori;
2. le motivazioni addotte a giustificazione non devono essere generiche in quanto devono consentire l'espressione di un giudizio chiaro circa l'ammissibilità e complessiva utilità (in termini di efficacia, tempi e costi) della decisione assunta dal responsabile. In caso contrario ne consegue automaticamente un giudizio negativo sull'attività tecnico-amministrativa svolta dalla stazione appaltante e - per essa - dai soggetti preposti alla conduzione dell'appalto ed investiti della sua gestio-

ne e della connessa responsabilità, con i conseguenti addebiti nel caso in cui dal loro operato sia desumibile un danno erariale.

## **Inserimento dati nel Casellario informatico delle imprese**

### **Determinazione del 6 maggio 2003**

#### *Considerato in fatto*

Dissensi interpretativi in giurisprudenza – in ordine agli effetti del mancato possesso da parte dei concorrenti a gare per l'affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici, dei prescritti requisiti di ordine generale (*affidabilità morale e professionale*) e di ordine speciale (*economico-finanziari e tecnico-organizzativi*) e per quanto concerne le conseguenze delle false dichiarazioni rese dai concorrenti in sede di partecipazione alle gare – inducono ad indicare alle stazioni appaltanti modalità operative intese a salvaguardare un interesse preminente: offrire alle stazioni appaltanti tutti gli elementi necessari per la corretta applicazione delle disposizioni relative al detto mancato possesso ed alle ipotesi di false dichiarazioni, fermo restando l'esercizio da parte dell'Autorità di poteri di intervento che, a tal fine, l'ordinamento le assegna.

Il procedimento che era stato adottato dall'Autorità a garanzia delle imprese – consistente nell'effettuare una preventiva valutazione di effettività e di imputabilità del mancato possesso dei requisiti prima di procedere alla prescritta pubblicità delle situazioni impeditive elencate dalle disposizioni vigenti (*tramite l'inserimento dei dati nel Casellario informatico di cui all'articolo 27 del DPR 25 gennaio 2000, n. 34*) – aveva trovato conferma della sua efficacia nei dati della realtà emergenti da tali valutazioni. L'Autorità, infatti, in presenza di casi di segnalazione di mancato possesso di requisiti che avrebbero portato, senza una valutazione, a iscrizione nel *Casellario informatico*, ha ritenuto non imputabili molte delle fattispecie segnalate.

È comunque compito preminente di una Autorità amministrativa indipendente, con funzione di regolazione del mercato, in attesa della definizione in sede giudiziale dei gradi di gravame per i dissensi giurisprudenziali emersi, prescrivere modalità operative di raccolta delle informazioni che consentano alle stazioni appaltanti di conoscere in modo esauriente gli elementi necessari alle valutazioni da effettuare in sede di gara, così come prescritti dall'articolo 75 del DPR 21 dicembre 1999, n. 554.

A tal fine per rendere uniforme il comportamento delle stazioni appaltanti nonché l'invio delle informazioni è stato predisposto nell'allegato A un modello di comunicazione con la richiesta di inserimento dei dati nel *Casellario informatico*. Nel modello stesso sono indicate le varie cause di esclusione.

*Considerato in diritto*

Va in primo luogo osservato che – oltre ai casi di esclusione di un'impresa dalla gara ai sensi e per gli effetti dell'articolo 75 del DPR n. 554/1999, le quali determinano sempre una segnalazione all'Autorità per i fini propri dell'articolo 27 del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 – vi sono altri motivi di esclusione, non previsti dal suddetto articolo 75. Si segnalano le seguenti ipotesi:

- a) l'esclusione di due o più imprese in situazione di controllo tra loro;
- b) falsa dichiarazione in merito alle condizioni rilevanti per la partecipazione alla procedura di gara o contraffazione di documenti indispensabili per la partecipazione alla gara stessa (*attestazione S.O.A., polizza fidejussoria, ecc.*);
- c) l'esclusione di due o più imprese per collegamento sostanziale anche se non accompagnata da falsa dichiarazione;
- d) la circostanza che un'impresa abbia presentato offerta in duplice veste, da singola e da associata in ATI.

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 che ha il contenuto sostanziale della non *ammissione alla gara* anche se le norme parlano talora di *esclusione*.

Si tratta cioè dei casi di esito negativo di quell'esame preliminare che è inteso a verificare se la domanda o l'offerta del concorrente possono essere ritenute valide per partecipare alle operazioni di valutazione intese all'aggiudicazione. Un elenco redatto come ausilio alla concreta operatività delle disposizioni è riportato nell'allegato B.

Ai fini di una completa informazione le norme (*articolo 27 del DPR 25 gennaio 2000, n. 34*) prevedono comunicazioni all'Autorità, per l'inserimento dei dati nel *casellario informatico* oltre che dalle stazioni appaltanti, anche dalle S.O.A. e dalle imprese. Va rilevato che i dati forniti dalle stazioni appaltanti possono riguardare sia la procedura di affidamento degli appalti pubblici sia la fase di esecuzione dei lavori.

Va solo aggiunto che la lettera *t*) del predetto articolo 27, comma 2, del DPR n. 34/2000 raggruppa un cospicuo insieme di notizie riguardanti le imprese che, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, sono dall'Osservatorio ritenute utili ai fini della tenuta del *Casellario*.

La formulazione della lettera *t*) e, in particolare, l'espressione anche *indipendentemente dall'esecuzione dei lavori*, consente all'Autorità di acquisire le notizie:

- a) dalla stazione appaltante durante l'esecuzione dei lavori;
- b) dalla stazione appaltante nel corso della procedura di affidamento dei lavori;
- c) dalle S.O.A. (*per esempio: in merito a false dichiarazioni nella presentazione di documenti*);
- d) da altri soggetti, non indicati espressamente dall'articolo 27, che trasmettono informazioni che l'Autorità ritiene utili (*per esempio: INPS e INAIL*).