

tenuità che comportano l'irrogazione di una pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione di pena detentiva, per cui la condanna inflitta con il rito del decreto penale non fa emergere elementi particolarmente sintomatici di una scarsa moralità professionale. (Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517).

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

Sotto il profilo soggettivo giova ricordare che il divieto di cui al punto in esame opera se la sentenza è stata emessa nei confronti del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale, del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice, degli amministratori muniti del potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. Il divieto medesimo opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di avere adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata.

Deve precisarsi che risulta irrilevante la circostanza che la condanna dell'amministratore o del direttore tecnico sia intervenuta per fatti antecedenti alla data di assunzione nell'incarico, ovvero per fatti non correlati ad eventuale interesse o vantaggio dell'impresa. Né risulta ostativa a questa interpretazione la normativa sulla c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (decreto legislativo n. 231/2001). Se è vero, infatti, che per tale legge la responsabilità dell'ente può essere riconosciuta soltanto con riferimento a reati commessi *nel suo interesse od a suo vantaggio*, è altrettanto vero, tuttavia, che di una tale limitazione non vi è traccia nel citato articolo 75, comma 1, lettera c), del DPR n. 554/1999 e s.m., il quale estende all'impresa l'affievolimento, derivante dalla sentenza penale di condanna, della moralità occorrente per la partecipazione alle gare d'appalto.

Ciò in quanto la condanna penale dei titolari, amministratori o del direttore tecnico delle imprese, ai sensi dell'articolo 75, comma 1, lettera c), del DPR n. 554/1999 costituisce circostanza incidente sull'affidabilità morale dell'impresa nel suo complesso, nel senso che, dalla stessa, stante la rilevanza ed il ruolo del condannato nell'organizzazione aziendale e delle decisioni da esso assunte, deriva un'attenuazione della moralità complessiva dell'impresa ed una limitazione della capacità di essa alla partecipazione alle gare ed alla stipulazione dei contratti di appalto. Come rilevato dalla giurisprudenza, tale limitazione si protrae per i tre anni successivi dalla cessazione della carica del soggetto condannato, con la possibilità, tuttavia, per l'impresa interessata e con riferimento a detto triennio di interrompere il nesso di identificazione adottando "atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata" tenendo conto, in particolare, che il recupero dell'affidabilità dell'impresa non avviene automaticamente per effetto della semplice sostituzione del soggetto inquisito, occorrendo al ri-

guardo anche una completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata al fine di evitare una considerazione negativa per il triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara come precisato nella seconda parte dell'articolo 75, comma 1, lettera c) del DPR n. 554/1999 (Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2002, n. 5523).

Alla luce di quanto esposto sussiste preclusione alla partecipazione alle gare anche in ipotesi di condanne del direttore tecnico o amministratore in epoca anteriore all'assunzione in carica nell'impresa, ritenendosi, quindi, influente il fatto che la condanna dello stesso sia o meno temporalmente e funzionalmente correlata alla carica ricoperta in seno all'impresa. Così come sembra influente la circostanza che l'impresa abbia cessato di avvalersi dell'amministratore o del direttore tecnico condannati, a meno che non dimostri di averli per tale ragione estromessi dall'incarico, dando così prova di dissociazione dalla relativa condotta criminosa.

D. *“che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria, posto all'articolo 17, comma 3, della legge 19 marzo 1990, n. 55”* sulla prevenzione della delinquenza di tipo mafioso (articolo 75, comma 1, lettera d)).

Come è noto, la disciplina in tema di intestazione fiduciaria dei soggetti appaltatori si ricollega all'esigenza di evitare che la stazione appaltante perda il controllo del vero imprenditore che ha partecipato alla gara; sicché, tranne il caso in cui l'intestazione fiduciaria concerna società appositamente autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, le quali, a loro volta, abbiano comunicato alla amministrazione l'identità dei fiducianti, l'acclarata intestazione fiduciaria comporta l'esclusione dalla partecipazione alle gare e la preclusione alla stipulazione dei contratti.

Con DPCM 11 maggio 1991, n. 187, è stato emanato l'apposito *“regolamento per il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatori di opere pubbliche”* al quale va fatto rinvio per quanto attiene agli obblighi specifici posti a carico delle società aggiudicatrici ed ai controlli sui relativi adempimenti. Può, poi, essere osservato che, per la configurazione dell'ipotesi in esame, come ritenuto in giurisprudenza, non è necessario il trasferimento di beni dai fiducianti al soggetto fiduciario, essendo sufficiente che a quest'ultimo sia conferita, attraverso idonei strumenti negoziali, la legittimazione ad esercitare i diritti o le facoltà, necessari per la gestione dei beni, che possono rimanere formalmente in capo al fiduciante.

E. *“che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dal rapporto di lavoro”* (articolo 75, comma 1, lettera e)).

L'espressione *“debitamente accertate”* non può essere letta nel senso di *“definitivamente accertate”*, ma sta ad indicare che dell'infrazione deve esservi stato accertamento nelle forme previste dalla normativa di settore. Questo assegna gli accertamenti alla sede amministrativa la cui attestazione appare, quindi, sufficiente a legittimare la valutazione delle stazioni appaltanti circa la gravità dell'infrazione. Possono valere sotto quest'ultimo profilo le indicazioni date, circa la natura discrezionale delle valutazioni e l'obbligo di motivazione, alla precedente lettera c). Si aggiunga che la *“gravità”* della violazione può desumersi da parte della stazione appaltante dal-

la specifica tipologia dell'infrazione commessa, sulla base anche del tipo di sanzione (arresto o ammenda) per essa irrogata, dall'eventuale reiterazione della condotta, del grado di colpevolezza e delle ulteriori conseguenze dannose che ne sono derivate (es. infortunio sul lavoro). Va tenuto presente, inoltre, che per infrazioni alle norme in materia di sicurezza ed a ogni altro obbligo derivante dal rapporto di lavoro debbono intendersi non soltanto le omissioni inerenti il mancato pagamento dei relativi contributi, quanto anche le infrazioni alle prescrizioni di cui al decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e decreto legislativo 19 novembre 1999, n. 528 sulla sicurezza nei cantieri. Ad avviso dell'Autorità è da considerare grave la violazione agli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro in caso di omesso versamento dei contributi assicurativi, qualunque ne sia l'importo e fino a che la situazione contributiva non venga completamente regolarizzata.

F. "che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara" (articolo 75, comma 1, lettera f)).

L'esclusione dalle gare può aver luogo in presenza di un accertamento in sede amministrativa, di regola, anche se non può escludersi che la negligenza o malafede possano emergere da pronunce giurisdizionali.

A differenza della normativa comunitaria che considera rilevante qualsiasi errore professionale commesso dall'appaltatore, la norma limita l'esclusione dalle procedure di gara ai soli fatti di inadempimento dell'impresa in pregressi rapporti con la stazione appaltante, il che attenua la problematicità della percezione e della valutazione della gravità che più agevolmente sono stimati dalla stazione appaltante. Rimangono anche in questo caso ferme le indicazioni date, circa la natura discrezionale della valutazione e l'obbligo di motivazione, con riferimento alla precedente lettera c).

Giova precisare che, per la configurazione dell'ipotesi in esame, non basta che i lavori non siano stati eseguiti a regola d'arte ovvero in maniera non rispondente alle esigenze del committente, occorrendo, invece, una violazione del dovere di diligenza nell'adempimento qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell'appaltatore. Pacifico il ricorrere della gravità nel caso di dichiarazione di non collaudabilità dei lavori ovvero di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 119 del DPR n. 554/1999.

Come, poi, ritenuto in giurisprudenza, i comportamenti compiuti dai dipendenti dell'impresa in danno della stazione appaltante si pongono in stretta connessione con l'esecuzione dei lavori ed integrano l'ipotesi di negligenza dell'impresa appaltatrice che abbia al riguardo omesso ogni dovuto e preventivo controllo (anche nella scelta delle maestranze e collaboratori che non diano dimostrazione di affidabilità sia sul piano tecnico che su quello morale).

G. *“coloro che abbiano commesso irregolarità, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti”* (articolo 75, comma 1, lettera g)).

La norma richiede la definitività dell'accertamento dell'irregolarità tributaria; definitività che può conseguire sia ad una decisione giurisdizionale, sia da un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile.

H. *“che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio”*.

La corrispondente disposizione regolamentare sul sistema di qualificazione (articolo 17, comma 1, lettera m), del DPR n. 34/2000), non pone alcun limite temporale alla rilevanza delle dichiarazioni rese, per l'evidente necessaria maggior gravità della falsità delle dichiarazioni quando si collegano ad un procedimento per il rilascio di un certificato con validità nel tempo.

E' utile precisare le conseguenze sulle procedure di gara in corso o da avviare o sulle fasi successive all'aggiudicazione del dato relativo ad una falsa dichiarazione resa in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti ai fini della partecipazione alle gare d'appalto.

Nel momento in cui ricorre la fattispecie di cui alla lettera h), del citato articolo 75 e la sua conoscenza da parte di altre stazioni appaltanti, le procedure di affidamento dei lavori presso queste altre stazioni possono trovarsi in una delle seguenti fasi:

- a) prima che venga indetta una gara per l'affidamento di un appalto o di una concessione di lavori pubblici;
- b) dopo la pubblicazione del bando di gara per l'affidamento di un appalto o di una concessione di lavori pubblici, ma prima che scada il termine per la presentazione delle offerte;
- c) dopo che sia scaduto il termine per la presentazione delle offerte, ma prima dell'aggiudicazione;
- d) dopo l'aggiudicazione, ma prima della stipula del contratto;
- e) dopo la stipula del contratto;
- f) dopo la consegna dei lavori.

Prima dell'aggiudicazione dell'appalto - fasi a), b) e c) - non vi sono effetti sulla regolarità della procedura di gara una volta esclusa l'impresa non in possesso dei requisiti richiesti. Solo nel caso in cui la sua offerta abbia già contribuito alla formazione della graduatoria provvisoria, occorrerà determinare la nuova soglia di anomalia.

Dopo l'aggiudicazione della gara, ma prima della stipula del contratto - fase d) - va distinto se aggiudicatario è la stessa impresa nei cui confronti sussista la causa preclusiva di cui alla lettera h,) del citato articolo 75 o altro concorrente non aggiudicatario. Nel primo caso la stazione appaltante procede all'annullamento dell'aggiudicazione e alla determinazione della nuova soglia di anomalia e alla conseguente nuova aggiudicazione. Nel secondo caso occorre effettuare una prova di resistenza ed eventualmente procedere alla nuova aggiudicazione. Identica soluzione va seguita se vi è stata

consegna anticipata dei lavori.

Dopo la stipula del contratto ed eventualmente a lavori in corso - fasi e) ed f) - può ugualmente distinguersi a seconda che la causa preclusiva di cui alla lettera h), del citato articolo 75 riguardi l'impresa aggiudicataria oppure altra impresa, ma va sempre valutato concretamente, quindi, caso per caso, l'eventuale sussistente interesse al proseguimento del rapporto o l'interesse all'annullamento dell'aggiudicazione congiuntamente all'esigenza di un ripristino della legalità violata.

III

Va considerato, infine, che, in base al disposto del comma 2 dell'articolo 75 del DPR n. 554/1999, i concorrenti devono dichiarare, ai sensi delle vigenti leggi, l'inesistenza delle situazioni di cui al comma 1, lettere a), d), e), f), g) e h) e dimostrare, mediante la produzione del certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti, che non ricorrono le condizioni prescritte dal medesimo comma 1, lettere b) e c).

Tale disposizione, tuttavia, è da ritenersi implicitamente abrogata a seguito della riforma di cui alla legge 16 gennaio 2003, n. 3, in tema di disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione, il cui articolo 15, comma 1, lettera b) ha introdotto, nel corpo del DPR 28 dicembre 2000, n. 445, l'articolo 77 bis, in base al quale *le disposizioni in materia di documentazione amministrativa contenute nei capi II e III si applicano a tutte le fattispecie in cui sia prevista una certificazione o altra attestazione, ivi comprese quelle concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali, salvo che queste siano espressamente richiamate dall'art.78*. Ne consegue che, a seguito dell'indicata novella, la presentazione di dichiarazione sostitutiva è ormai consentita anche con riferimento alla cause di esclusione di cui all'articolo 75, comma 1, lettere b) e c).

Saranno, pertanto, le stazioni appaltanti a dover effettuare, ai sensi del disposto di cui all'articolo 71, comma 1, del DPR n. 445/2000, i necessari controlli sulla veridicità delle autodichiarazioni; controlli che, se relativi a dichiarazioni sostitutive di certificazione, andranno effettuati con le modalità di cui all'articolo 43 dello stesso indicato DPR, e cioè consultando direttamente gli archivi dell'amministrazione certificante, oppure chiedendo alla stessa, anche a mezzo di strumenti informatici o telematici, conferma scritta della rispondenza tra quanto autodichiarato alle risultanze dei registri da essa custoditi. Da tener presente al riguardo che, ai sensi dell'art. 43 del DPR n. 445/2000, le stazioni appaltanti non possono richiedere atti o certificati concernenti stati, qualità personali e fatti, di cui al successivo art. 46, che risultino attestati in documenti già in loro possesso o che comunque esse stesse siano tenute a certificare dovendo acquisirli d'ufficio previa indicazione all'interessato dell'amministrazione competente e degli elementi necessari al relativo reperimento.

Il sopravvenire del DPR 14 novembre 2002, n. 313 ha portato all'emanazione della circolare del 17 giugno 2003 del Ministero della Giustizia, che ha riconosciuto che "il protrarsi della situazione (mancata attuazione del sistema di interconnessione centralizzato) intralocerebbe in manie-

ra non indifferente l'espletamento di rilevanti attività della pubblica amministrazione dando luogo ad una rilevante disfunzione dell'apparato amministrativo". Per cui "al fine di evitare che detto evento si verifichi, l'Ufficio centrale del Casellario ha realizzato sull'attuale sistema informativo (SIC) una procedura che anticipa, con una modalità transitoria, l'applicazione contenuta nell'art. 39 del Testo Unico il quale prevede un sistema di interconnessione che permette una consultazione diretta del sistema da parte delle amministrazioni pubbliche e dei gestori di servizi pubblici. In modo che, in attesa della realizzazione del detto sistema, la nuova procedura rende possibile la consultazione del Sistema informativo del casellario tramite l'intermediazione dell'Ufficio centrale e degli Uffici locali che "rilasceranno, a richiesta delle amministrazioni pubbliche e dei gestori di pubblici servizi, apposita certificazione" concernente il certificato generale contenente, però, non talune, ma la totalità delle iscrizioni riguardanti una determinata persona.

Clausole di gradimento

Determinazione del 15 ottobre 2003

Considerato di fatto

Sono stati richiesti all'Autorità chiarimenti relativamente alla prassi diffusa da parte di numerose stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara clausole di esclusione non previste dall'ordinamento, e specificamente, in merito a quella relativa al divieto per l'impresa aggiudicataria di subappaltare i lavori ad imprese che abbiano partecipato alla medesima gara, potendosi con ciò delineare una eventuale violazione del principio della libertà di organizzazione di impresa e del libero e concorrenziale mercato.

Ritenuto in diritto

L'Autorità, nell'esercizio della funzione di vigilanza ad essa attribuita, ha sviluppato sul territorio nazionale un'attività di riconoscimento e di classificazione di vari fenomeni di devianza degli appalti pubblici con particolare riferimento alle anomalie relative alle offerte poste in essere con modalità di volta in volta diverse ma sempre con scopi elusivi dei principi della concorrenza e trasparenza. Tale fenomeno viene in evidenza in particolar modo nella fase che precede l'aggiudicazione, con il fine di predeterminare il nominativo dell'aggiudicatario e/o il ribasso o analoghe fattispecie.

Nell'intento di porre freno e di prevenire detti comportamenti devianti, l'Autorità è addivenuta alla stipula di n. 11 Protocolli di intesa con altrettante Amministrazioni, contenenti clausole di gradimento - clausole di tutela - tese a responsabilizzare i partecipanti alle gare di appalto sulle conseguenze interdittive di comportamenti illeciti, e riguardanti un ventaglio di cd. "situazioni a rischio" che, sebbene non individuate specificamente dalla normativa di settore, delineano fattispecie che possono dar luogo a comportamenti illeciti.

La predisposizione dei citati Protocolli di intesa nasce dall'esigenza, sollevata dagli operatori del settore, di individuare nuovi strumenti di prevenzione da affiancare a quelli normativamente previsti, principalmente dalla normativa sull'infiltrazione mafiosa, per operare più incisivamente in tale ambito preventivo, esigenza che trova peraltro riscontro nell'orientamento del Consiglio di Stato che riconosce all'amministrazione il potere di non aggiudicare in presenza di specifiche ragioni di pubblico interesse (Consiglio di Stato n. 5903/2000).

In tale ambito, ove l'Autorità ha inteso rispondere alla esigenza delle stazioni appaltanti di individuare azioni e strumenti aggiuntivi deterrenti di comportamenti collusivi, si sono peraltro concretizzate, fin dal 2001, autonome e non coordinate proposte, formulate dalle singole

amministrazioni, che di volta in volta hanno trovato la loro definizione nella sottoscrizione, da parte dell'impresa, di "codici etici" ovvero di "patti di integrità".

Per completezza si evidenzia che in passato il Consiglio Autorità si è già pronunciato, con specifica deliberazione, circa la conformità delle clausole contenute nel patto di integrità predisposto dalla *Transparency International Italia*, pur sollevando riserve che hanno dato luogo ad una rinnovata versione.

Per ciò che concerne il quesito specifico all'esame, si osserva che nel novero delle clausole dei menzionati Protocolli di intesa, è inserita la seguente dichiarazione: *"l'offerente dichiara che non subappalterà lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara – in forma singola o associata – ed è consapevole che, in caso contrario tali subappalti non saranno autorizzati"*.

L'istituto del subappalto trova compiuta disciplina nell'articolo 18 della legge 55/1990 e successive modificazioni e nell'articolo 141 del DPR n. 554/1999.

Per quanto riguarda la disciplina autorizzatoria, la norma pone l'accento sulla dichiarazione del concorrente, in sede di gara, di voler subappaltare determinate lavorazioni, sul possesso, in capo al subappaltatore, dei requisiti di qualificazione, sul rispetto dei vincoli posti dalla legislazione antimafia, sulla sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con l'affidataria delle lavorazioni, e sul deposito del contratto di subappalto.

La dichiarazione di che trattasi, quindi, pur non avendo riscontro esplicito nella norma, può essere considerata espressione del rispetto del principio della trasparenza che in questo caso si concretizza in una azione (sottoscrizione della clausola) tesa ad evitare comportamenti anticoncorrenziali.

Per il prosieguo della trattazione non può non tenersi conto di due ulteriori aspetti che investono la questione: la possibilità o meno per la stazione appaltante di prescrivere adempimenti ulteriori rispetto alle previsioni normative stabilite per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici e la considerazione che il contenuto della dichiarazione costituisce una più puntuale definizione del principio della segretezza delle offerte, nel rispetto, non solo della concorrenza, ma anche della *par condicio*.

Quanto al primo profilo, è orientamento costante della giurisprudenza amministrativa ritenere che sussiste la facoltà per la stazione appaltante di individuare nel bando di gara ulteriori adempimenti purché proporzionati alle finalità dell'amministrazione e purché non costituiscano richieste irrazionali e pretestuose, con conseguente violazione del principio della più ampia partecipazione alla gara. Il procedimento amministrativo è improntato al rispetto dei principi generali di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, secondo il disposto dell'articolo 97 della Costituzione. Nel settore degli appalti pubblici detti principi si estrinsecano nelle regole della concorsualità, segretezza e della serietà delle offerte: tali regole, trovano applicazione in virtù del criterio teleologico, che mira, in via suppletiva, all'individuazione del particolare interesse

dell'amministrazione sotteso alla garanzia della parità dei concorrenti, ovvero perché esplicitate nella *lex specialis*, come nel caso in questione.

Quanto al secondo profilo, la clausola di gradimento sul divieto di affidare il subappalto ad imprese che hanno presentato autonoma offerta alla medesima gara, è una presa d'atto dell'evoluzione, in termini di concentrazione e aggregazione, del mercato imprenditoriale la cui conseguenza può essere la riduzione dell'effettivo confronto concorrenziale fra imprese. Al contrario l'individuazione del miglior contraente per l'amministrazione è garantita grazie al rispetto del principio di libera concorrenza che presuppone offerte serie, indipendenti e segrete.

In tale contesto, la probabilità che si producano effetti distorsivi sulla regolarità della procedura di affidamento alterando la competizione, rappresenta un alto fattore di rischio, cui l'amministrazione non può esporsi se non con grave pregiudizio dell'erario. Ne consegue che la tutela al miglior contraente possibile deve essere attuata al momento della gara senza attendere l'eventualità o meno che si verifichi una lesione concreta.

Si ritiene, pertanto, che la stazione appaltante può prevedere ulteriori fatti o situazioni rispetto a quelli previsti dalla legge, capaci, *in pectore*, di alterare la segretezza delle offerte.

Tuttavia tale assunto deve contemperarsi con il rispetto del principio fondamentale della libertà di organizzazione di impresa.

È per tali motivazioni che si ritiene indispensabile un apprezzamento da parte della stazione appaltante che di volta in volta valuterà anche sulla base delle singole situazioni ambientali che abbiano già condotto all'adozione di formali iniziative con gli organismi istituzionalmente preposti, la eventualità di inserire nei bandi di gara detta clausola di gradimento.

Dalle considerazioni svolte l'Autorità è dell'avviso che

le stazioni appaltanti possono inserire nei bandi gara, anche sulla base delle singole situazioni ambientali che abbiano già condotto all'adozione di formali iniziative con gli organismi istituzionalmente preposti, la clausola di gradimento sul divieto di affidare il subappalto ad imprese che hanno presentato autonoma offerta alla medesima gara, clausola che estrinseca una più puntuale definizione del principio della segretezza delle offerte, nel rispetto dell'articolo 1, comma 1, della legge 109/1994 e successive modificazioni.

**Ambito soggettivo di applicabilità dell'incremento convenzionale
premiante, previsto dall'art. 19 del " Regolamento recante
l'istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori
pubblici (DPR 25 gennaio 2000, n. 34)
Determinazione del 22 ottobre 2003**

I. Con comunicato n. 18, inviato alle S.O.A. in data 20 novembre 2001, questa Autorità, in risposta a richieste di chiarimenti e nell'intento di indicare uniformi modalità operative per l'espletamento dell'attività di attestazione, ha fornito la propria indicazione interpretativa dell'art. 19 del DPR 34/2000, in merito all'attribuzione dell'incremento convenzionale premiante.

L'Autorità riteneva che l'indicato incremento è un beneficio attribuibile alle società la cui natura giuridica impone l'obbligo del deposito del proprio bilancio: tale assunto giustificato alla luce del richiamo agli articoli 2424 e 2425 del codice civile espresso dall'articolo 19 suddetto.

A seguito, tuttavia, di successivo contenzioso insorto sull'applicazione del beneficio in esame anche alle società di persone, l'Autorità con comunicato n. 29/2002, si è riservata di disporre ulteriori determinazioni all'esito della definizione giurisdizionale della questione.

Con decisione n. 3020 del 31 maggio 2003, trasmessa all'Autorità in data 4 agosto 2003, il Consiglio di Stato - sez. IV - ha respinto l'appello prodotto dall'Autorità confermando la sentenza n. 8720 del 16 ottobre 2002 del Tribunale Amministrativo Regionale, secondo cui il DPR 25 gennaio 2000, n. 34, nel definire le "imprese", che possono usufruire del beneficio dell'incremento convenzionale premiante, fa riferimento ai "soggetti di cui all'articolo 10, comma 1, lettere a), b) e c), della legge" 11 febbraio 1994, n. 109, tra i quali sono comprese, non soltanto le società commerciali, ma anche le imprese individuali.

Secondo il Consiglio di Stato, in particolare, il richiamo al termine "imprese" operato dal suddetto articolo 19 non può riferirsi alle sole società di capitali, in quanto con esso è stata in realtà qualificata l'attività dell'imprenditore, di colui cioè che esercita professionalmente un'attività economica organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni o servizi, che non è giuridicamente esclusiva dell'imprenditore commerciale - società di capitali.

Se è, infatti, vero - continua la sentenza - che i requisiti e gli indici economico-finanziari da tenere presente per attribuire il predetto incremento premiante sono riferiti allo stato patrimoniale (articolo 2424) ed al conto economico (articolo 2425), che costituiscono, insieme con la nota integrativa, il bilancio delle società per azioni, quest'ultimo documento - cioè il bilancio - deve essere redatto da ogni impresa commerciale.

Ciò implica che il richiamo operato dall'articolo 19 del DPR 25 gennaio 2000, n. 34, agli articoli 2424 e 2425 del codice civile non è di tipo "soggettivo", relativo cioè alle sole società di capitali, come unico soggetto che può essere beneficiario dell'incremento, ma "oggettivo", riferito cioè alle specifiche caratteristiche ed ai puntuali contenuti dei documenti contabili delle società per azioni, che costituiscono il necessario parametro obiettivo, cui devono essere improntati anche i bilanci delle altre imprese, che non sono società di capitali, se intendono conseguire l'incremento premiale ivi previsto.

II. Ciò premesso, al fine di evitare disparità di trattamento nel mercato degli appalti pubblici di lavori, si forniscono di seguito le indicazioni in ordine alle condizioni da osservarsi per l'applicazione dell'articolo 19 del DPR n. 34/2000.

L'incremento convenzionale premiante può essere attribuito anche alle società di persone purché le stesse abbiano predisposto ed approvato i documenti di bilancio previsti per le società.

Conseguentemente le S.O.A. possono, su richiesta degli interessati, rimettere le attestazioni rilasciate nel rispetto di quanto disposto dal Consiglio di Stato.

Per l'adeguamento va corrisposta la tariffa prevista dal punto 7, lettera d) della determinazione dell'Autorità n. 6/2001 dell'8 febbraio 2001.

**Chiarimenti in merito alla redazione dei bandi di gara di appalto
concorso e di concessione lavori pubblici**
Determinazione del 29 ottobre 2003

Premesso

L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, nell'esercizio delle funzioni cui è istituzionalmente preposta, ha riscontrato nei bandi di gara relativi ad appalti concorso ed a concessione di lavori pubblici pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana frequenti casi di non corretta applicazione dell'articolo 91 del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e successive modificazioni nella parte in cui questo prescrive l'obbligo di specificare, nei suddetti bandi di gara, gli "elementi" ed i relativi "pesi" o "punteggi" necessari per individuare l'"offerta economicamente più vantaggiosa".

Successivi approfondimenti istruttori svolti dall'Autorità hanno, però, evidenziato che gli elementi prescritti dalla norma, qualora non indicati nel bando, erano comunque rinvenibili integralmente o nei bandi pubblicati sui siti *web* delle stazioni appaltanti o nei disciplinari di gara.

Ritenuto in diritto

L'articolo 91, commi 1 e 2, del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e successive modificazioni prevede che nel caso in cui sia utilizzato ai fini dell'aggiudicazione il criterio dell'"offerta economicamente più vantaggiosa", la stazione appaltante deve necessariamente indicare nel relativo bando di gara gli "elementi" e relativi "pesi" o "punteggi", nonché i "sub-elementi", "sub-pesi" e "sub-punteggi".

Il decreto legislativo del 9 aprile 2003, n. 67 di attuazione della direttiva 2001/78/CE impone alle stazioni appaltanti, di procedere alla pubblicazione degli avvisi di gara di appalti pubblici di importo superiore alla soglia comunitaria utilizzando gli allegati modelli. Questi nel caso di aggiudicazione mediante il criterio dell'"offerta economicamente più vantaggiosa", consente di indicare gli "elementi" e relativi "pesi" alternativamente o nel bando di gara o nel capitolato d'onori.

Tuttavia, con specifico riferimento al settore dei lavori pubblici, va osservato che il ricorso a siffatta alternativa deve intendersi attualmente precluso per effetto dell'articolo 91, commi 1 e 2, del DPR 554/99 che prescrive alle stazioni appaltanti l'indicazione dei suddetti criteri nel bando di gara.

Al riguardo, va rilevato che questa stessa Autorità, nel rispetto di tale disposizione - nel punto IV.2 del modello di bando di gara per appalti di la-

vori attualmente consultabile sul proprio sito *web* - ha espressamente previsto la necessaria indicazione degli elementi di cui ai commi 1 e 2 del suddetto articolo 91.

In base alle suddette considerazioni l'Autorità è dell'avviso che - ai sensi dell'articolo 91, commi 1 e 2, del DPR 21dicembre 1999 e successive modificazioni ed ai fini di una corretta formulazione dei bandi - gli elementi, i "pesi" o "punteggi" ed i "sub-pesi o "sub-punteggi" necessari per la determinazione dell'"offerta economicamente più vantaggiosa" vanno indicati, oltre che nei bandi di gara inseriti nei siti *web* delle stazioni appaltanti e nei disciplinari di gara, anche nei bandi pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee.

Conseguenze della revoca dell'autorizzazione ad una S.O.A. sulle attestazioni da questa rilasciate e sui contratti di attestazione in corso

Determinazione del 29 ottobre 2003

Considerato in fatto

In occasione di alcuni procedimenti di revoca, svolti ai sensi dell'articolo 10, comma 5, del DPR n. 34/2000, si sono manifestate difficoltà in ordine alla corretta interpretazione e applicazione dei commi 9 e 10 del medesimo articolo 10.

Le questioni individuate, in particolare, sono tre:

- 1) sorte delle attestazioni rilasciate dalla S.O.A. revocata (articolo 10, comma 9, DPR n. 34/2000);
- 2) eventuale "riemissione" o meno dell'attestazione da parte della nuova S.O.A. indicata dall'impresa ai sensi dell'art. 10, comma 9, DPR n. 34/2000 e conseguente "gestione" dell'attestazione;
- 3) sorte dei contratti di attestazione in corso con la S.O.A. revocata (articolo 10, comma 10, DPR n. 34/2000).

Considerato in diritto

1) Quanto alla prima questione, l'articolo 10, comma 9, del DPR n. 34/2000 prevede che, in caso di revoca dell'autorizzazione ad una S.O.A., *"le attestazioni rilasciate sono valide a tutti gli effetti. Le imprese qualificate indicano, entro novanta giorni dalla data della comunicazione dei suddetti fatti, la S.O.A. cui trasferire la documentazione in base alla quale sono state rilasciate le attestazioni di qualificazione; nell'eventualità di inerzia del soggetto qualificato il trasferimento è disposto dall'Autorità"*.

Si ritiene che la corretta interpretazione/applicazione della suddetta norma sia la seguente.

L'Autorità provvede a comunicare alle imprese interessate (ossia alle imprese attestate dalla S.O.A. revocata) l'intervenuta revoca, confermando loro la validità delle attestazioni ed invitandole ad indicare, nel termine di 90 giorni dalla ricezione della comunicazione, un'altra S.O.A. cui trasferire la documentazione.

L'impresa invierà la comunicazione della sua scelta all'Autorità, alla S.O.A. revocata ed alla nuova S.O.A.

La S.O.A. revocata trasferirà la documentazione alla S.O.A. prescelta dall'impresa entro il termine di 15 giorni dalla ricezione della suddetta comunicazione.

Nel caso di *inerzia* dell'impresa nell'indicazione dell'altra S.O.A., la norma in commento prevede soltanto che il trasferimento sia *"disposto dall'Autorità"*.

A tale riguardo, l'unico criterio prospettabile è quello del sorteggio in pubblica seduta: a seconda del numero delle imprese "inerti" l'Autorità stabilisce una percentuale di attestazioni da trasferire ad ogni S.O.A. man mano sorteggiata, sino all'esaurimento delle attestazioni la cui documentazione è da trasferire.

L'Autorità provvederà a classificare e custodire le indicazioni pervenute dalle imprese, in modo da garantire, sia a fronte di eventuali richieste delle stazioni appaltanti, sia a fronte di controlli della stessa Autorità *ex* articolo 14 del DPR n. 34/2000, la certezza del soggetto presso cui è custodita la documentazione relativa all'attestazione.

2) La seconda questione è quella che ha presentato le maggiori difficoltà operative.

Il problema che anzitutto si pone, nel silenzio della norma, è quello dell'eventuale riemissione delle attestazioni da parte della nuova S.O.A. indicata dall'impresa.

Si ritiene che quest'ultima S.O.A. non debba rimettere a proprio nome l'attestazione, ma debba limitarsi a custodire la documentazione in base alla quale l'attestazione stessa è stata rilasciata, rispondendo quindi di questa "custodia", soprattutto nel caso di controlli da parte dell'Autorità.

Il dato normativo, in quanto privo di previsioni di dettaglio, afferma che le attestazioni rilasciate dalla S.O.A. revocata *sono valide a tutti gli effetti*.

L'attestazione rimarrà quindi a nome della S.O.A. revocata, con la stessa numerazione, data di emissione e data di scadenza.

3) Quanto, infine, alla sorte dei contratti di attestazione in corso al momento della revoca dell'autorizzazione, l'art. 10, comma 10, del DPR n. 34/2000 prevede che *"in caso di revoca dell'autorizzazione ... le documentazioni relative ai contratti per il rilascio di attestazioni non ancora conclusi sono trasferite d'ufficio ad altre S.O.A. scelte dalle imprese contraenti"*.

Anche in questo caso si è posto il problema della corretta applicazione di una norma essenziale.

L'Autorità comunicherà alle imprese interessate l'avvenuta revoca, dando così loro la possibilità di scegliere un'altra S.O.A. con la quale attestarsi.

In questo caso il Regolamento non stabilisce un termine entro cui l'impresa deve operare questa scelta, ma appare chiaro come sia suo interesse farlo nel più breve tempo possibile, stante la non avvenuta qualificazione, mentre non si ritiene applicabile, nel caso in esame, il termine di 90 giorni di cui al comma 9 dell'articolo 10, in quanto non si profila il problema dell'eventuale inerzia dell'impresa.

L'impresa invierà la comunicazione della sua scelta all'Autorità, alla S.O.A. revocata ed alla nuova S.O.A.

La S.O.A. revocata trasferirà la documentazione alla S.O.A. prescelta dall'impresa entro il termine di 15 giorni dalla ricezione della suddetta comunicazione.

Per tutte le considerazioni svolte, le S.O.A. e le imprese dovranno dunque tener conto dei seguenti criteri.

Nel caso di revoca dell'autorizzazione ad una S.O.A.:

- a) le attestazioni rilasciate dalla S.O.A. revocata sono valide a tutti gli effetti: rimangono quindi a nome della *stessa S.O.A.*, con *identica numerazione, data di emissione e data di scadenza*;
 - a1) l'Autorità comunica alle imprese attestate l'intervenuta revoca, invitandole, ai sensi dell'articolo 10, comma 9, del DPR n. 34/2000, ad indicare un'altra S.O.A. cui trasferire la documentazione relativa all'attestazione in corso entro 90 giorni dalla ricezione della comunicazione;
 - a2) le imprese comunicano nel suddetto termine la propria scelta all'Autorità, alla S.O.A. revocata ed alla nuova S.O.A.;
 - a3) la S.O.A. revocata trasferisce la documentazione alla S.O.A. indicata dall'impresa nel termine di quindici giorni dalla ricezione della comunicazione da parte della stessa impresa;
 - a4) nel caso in cui l'impresa non comunichi nel termine di cui al punto a1) la propria scelta, l'Autorità procederà mediante pubblico sorteggio all'individuazione della S.O.A. cui trasferire la documentazione;
- b) per i contratti di attestazione ancora in corso al momento della revoca dell'autorizzazione, l'Autorità comunica alle imprese contraenti l'intervenuta revoca, invitandole, ai sensi dell'articolo 10, comma 10, del DPR n. 34/2000, a scegliere un'altra SOA con la quale attestarsi;
 - b1) l'impresa invia la comunicazione della sua scelta all'Autorità, alla S.O.A. revocata ed alla nuova S.O.A.;
 - b2) la S.O.A. revocata trasferisce la documentazione alla S.O.A. prescelta dall'impresa entro il termine di 15 giorni dalla ricezione della suddetta comunicazione.