

settantacinque centesimi per cento) della medesima cifra d'affari;

- 5.5. per quanto riguarda, il requisito di cui all'articolo 18, commi 10, 11, 12 e 13, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni (*adeguato organico medio annuo*):**
- 5.5.1.** ritenere che il possesso del requisito è dimostrato qualora il *costo per il personale dipendente a tempo indeterminato e determinato (retribuzioni, stipendi, contributi sociali, accantonamenti ai fondi di quiescenza e contributi per le casse edili)*, sostenuti nel quinquennio di riferimento, sia pari o superiore all'11,25 % (*undici e venticinque centesimi per cento*) della cifra d'affari in lavori nella misura accertata in sede di rilascio dell'attestazione e contemporaneamente i *costi per il personale dipendente a tempo determinato ed indeterminato con qualifica operaio* sia pari o superiore al 4,50% (*quattro e cinquanta centesimi per cento*) della cifra di cui sopra, oppure in alternativa, qualora il *costo per il personale dipendente a tempo indeterminato* siano pari o superiori al 7,50 % (*sette e centesimi cinquanta per cento*) della cifra di cui sopra e contemporaneamente il *costo per il personale dipendente, tecnico e amministrativo (laureato o diplomato) a tempo indeterminato* sia pari o superiore al 6,00 % (*sei per cento*) della cifra di cui sopra;
- 5.6.** effettuare, nel caso che una o più di una delle condizioni indicate ai precedenti punti **5.4.6.** e **5.5.1.** non risulti rispettata, una riduzione figurativa proporzionale della cifra d'affari in lavori (*articoli 15-bis e 18, comma 15, del DPR n. 34/2000 e successive modificazioni*) in misura tale da permettere il rispetto di tutte le suddette condizioni;
- 5.7.** ritenere - qualora la cifra d'affari in lavori che ha consentito il rispetto delle condizioni di cui ai precedenti punti **5.4.6.** e **5.5.1.** sia pari o superiore alla somma delle classifiche previste nell'attestazione sottoposta a verifica triennale - che la verifica del possesso di adeguata *capacità strutturale* abbia avuto esito positivo;
- 5.8.** procedere - nel caso la cifra d'affari in lavori che ha consentito il rispetto delle condizioni di cui ai precedenti punti **5.4.6.** e **5.5.1.** sia inferiore alla somma delle classifiche previste nell'attestazione sottoposta a verifica triennale - alla revisione dell'attestazione sulla base delle indicazioni dell'impresa contenute nel contratto stipulato fra S.O.A. ed impresa;
- 6.** le S.O.A., qualora si verifichi sulla base degli accertamenti di cui al punto **5.1.**, che l'impresa non è in possesso dei *requisiti d'ordine generale*, devono dichiarare che la *verifica triennale* ha avuto esito negativo e comunicare tale risultato all'impresa nonché procedere al ritiro dell'attestazione e ad informare di tale operazione l'Autorità la quale procederà ad inserire la suddetta annotazione nel casellario informatico al fine di rendere edotte le stazioni appaltanti dell'esito negativo della verifica;

7. le S.O.A., qualora si verifichi quanto previsto al punto 6. possono considerare conclusa la verifica triennale e, pertanto, non procedere alle verifiche di cui ai punti 5.2., 5.3., 5.4. e 5.5.;
8. le S.O.A. possono sospendere, per un periodo non superiore a trenta giorni, l'istruttoria relativa alla verifica triennale al fine di richiedere all'impresa chiarimenti o documentazione integrativa;
9. le S.O.A., qualora la verifica triennale della attestazione abbia avuto esito positivo nei riguardi sia dei *requisiti d'ordine generale* sia del *requisito di capacità strutturale* — ancorché abbia comportato un ridimensionamento delle categorie e classifiche previste nell'attestazione sottoposta a verifica — devono trasmettere l'attestazione sottoposta a verifica — con le modalità *on-line* previste normalmente per la trasmissione delle attestazioni e, quindi, in modo da essere in tempo reale inserita nell'elenco delle *imprese qualificate suddiviso per Regioni* previsto nel casellario informatico dell'impresa istituito presso il sito dell'Autorità — con la indicazione sulla stessa della data della suddetta verifica e della indicazione in ordine alla attestazione di cui essa costituisce la sostituzione.

Conclusivamente appare utile fornire ulteriori precisazioni di carattere generale.

In primo luogo la disposizione prevista dall'articolo 15-*bis* del DPR 34/2000 e successive modificazioni in ordine al fatto che l'impresa debbono sottoporsi alla verifica triennale almeno sessanta giorni prima della data di scadenza del triennio di validità dell'attestazione non è perentoria e, pertanto, l'impresa può sottoporsi a verifica anche dopo le suddette date ma, in tal caso, qualora la verifica sia effettuata dopo la scadenza del triennio di validità dell'attestazione, l'impresa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio alla data di effettuazione della verifica con esito positivo.

In secondo luogo i documenti di bilancio e fiscali presentati dall'impresa ai fini della verifica triennale, devono essere quelli relativi ai cinque anni fiscali antecedenti la data della scadenza della validità triennale dell'attestazione che risultano approvati e depositati/presentati al momento della stipula del contratto per la effettuazione della suddetta verifica; nel caso che la data di stipula sia successiva alla data di scadenza del triennio i bilanci devono essere quelli approvati e depositati alla data di scadenza della validità triennale dell'attestazione.

In terzo luogo ai fini di individuare l'effetto che ha l'esito negativo della verifica triennale oppure la riduzione delle categorie e classifiche nei riguardi degli appalti da aggiudicare, degli appalti aggiudicati e dei contratti in corso di esecuzione valgono gli avvisi espressi nella determinazione del 30 luglio 2002, n. 19.

L'Autorità - in ordine al costo del lavoro da valutarsi, ai sensi dell'articolo 18, comma 5, del DPR n. 34/2000 e successive modificazione, *eccessivamente modesto* - si riserva di fornire alle S.O.A. indicazioni che possano guidarle nell'applicazione di tale norma e, a tal fine promuoverà incontri con gli enti interessati.

Infine si fa presente che le S.O.A., qualora nell'attività di riscontro della veridicità delle dichiarazioni sostitutive presentate dall'impresa, incontrino difficoltà operative dovranno segnalare il fatto all'Autorità che si attiverà al fine di superare le difficoltà e consentire una corretta attività di verifica triennale.

Determinazione n. 7/2004

Mancato pagamento ai subappaltatori (28 aprile 2004)

Considerato in fatto

La società Valcantieri s.p.a. (già GE.CO. s.r.l.) ha chiesto all'Autorità di esprimere il proprio avviso in ordine all'esatta interpretazione dell'art. 18, comma 3 *bis*, della legge 19 marzo 1990 n. 55, e segnatamente in ordine ai poteri riconosciuti in capo alla stazione appaltante in caso di mancata consegna da parte dell'appaltatore delle fatture quietanzate dei subappaltatori.

Ritenuto in diritto

Preliminarmente deve osservarsi che l'Autorità ha già svolto le proprie considerazioni in materia di pagamenti ai subappaltatori, in particolare nella determinazione n. 8 del 26 marzo 2003, nella quale è stato affermato che, ai sensi dell'art. 18, comma 3 *bis* della legge n. 55/1990, la stazione appaltante, dandone notizia nel bando di gara, può optare, per il pagamento delle lavorazioni affidate in subappalto, per una delle due seguenti discipline :

- 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.

L'Autorità ha, altresì, espresso avviso in ordine al mancato invio da parte dell'appaltatore delle fatture quietanzate del subappaltatore, entro i termini indicati dalla norma in esame, nella deliberazione n. 209 del 24-25 luglio 2002, nella quale è stata ritenuta illegittima, in tale circostanza, la sospensione dei pagamenti nei confronti dell'appaltatore, in quanto l'art. 18, comma 3 *bis*, della legge 55/1990 e s.m. non riconosce espressamente tale facoltà all'amministrazione.

Quanto sopra, in virtù del fatto che nessun rapporto giuridico sorge, in virtù del contratto di subappalto o della sua autorizzazione, tra stazione appaltante e subappaltatore, posto che la suddetta autorizzazione comporta

solo che il subappalto è consentito e null'altro: nessuna azione diretta compete, pertanto, alla pubblica amministrazione nei confronti del subappaltatore, e viceversa.

Infatti, l'art. 18, comma 3 *bis*, della legge 55/90, stabilisce che "i pagamenti relativi ai lavori svolti dal subappaltatore o dal cottimista verranno effettuati dall'aggiudicatario che è obbligato a trasmettere entro 20 giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato, copia delle fatture quietanzate con l'indicazione delle ritenute a garanzia effettuate", ma nulla dispone in ordine alle conseguenze per il mancato invio delle fatture quietanzate del subappaltatore alla stazione appaltante.

Di conseguenza, non sembra consentito che il comportamento in esame possa giustificare, come invece asserito dalla richiedente, una trattenuta da parte della committenza delle somme ancora dovute all'appaltatore stesso, e ciò proprio in virtù dell'autonomia del rapporto contrattuale di subappalto, rispetto a quello principale d'appalto intercorrente tra P.A. ed aggiudicatario, pur se a quest'ultimo collegato in quanto negozio giuridico secondario.

Ne deriva che nel caso in cui la stazione appaltante, come nella fattispecie in esame, abbia stabilito che il pagamento nei confronti del subappaltatore è a carico del solo appaltatore, non insorgendo alcun rapporto giuridico fra pubblica amministrazione e subappaltatore, nessuna azione diretta compete alla prima nei confronti di quest'ultimo, il quale tuttavia, per il recupero dei suoi crediti, può invocare la disposizione di cui all'art. 353 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. F, circa la concessione preferenziale di sequestri sulle somme dovute all'appaltatore dalla pubblica amministrazione.

Tuttavia, preme evidenziare che l'art. 18, comma 3 *bis*, della legge n. 55/1990, sopra riportato, stabilisce che l'"aggiudicatario (...) è obbligato a trasmettere entro 20 giorni (...) copia delle fatture quietanzate (...)". La norma pur non prevedendo, come in precedenza evidenziato, espressamente le conseguenze derivanti dal mancato rispetto della stessa, pone però in capo all'aggiudicatario un *obbligo* nei confronti della stazione appaltante e detto obbligo rientra a tutti gli effetti tra gli obblighi contrattuali che l'impresa assume con la sottoscrizione del contratto.

Pertanto, si ritiene che l'incombenza non soddisfatta configuri un'ipotesi di *inadempimento contrattuale* dell'appaltatore, idonea a giustificare l'escussione della cauzione definitiva rilasciata da quest'ultimo.

Deve, infatti, considerarsi che l'art. 30, comma 2, della legge quadro, stabilisce che la "garanzia copre gli oneri per il mancato o inesatto adempimento (...)", mentre l'art. 101 del DPR n. 554/99 e s.m., che integra la predetta norma, sancisce che la cauzione definitiva è finalizzata a garantire l'adempimento di "tutte le obbligazioni del contratto (...)".

La garanzia *de qua* garantisce, dunque, l'adempimento di *tutte* le obbligazioni dedotte in contratto e perciò anche di quelle che comportano prestazioni da parte dell'appaltatore nei confronti di terzi al cui adempimento l'Amministrazione è comunque interessata sotto il profilo della tutela dell'interesse pubblico generale.

Deve, tuttavia, osservarsi che l'Amministrazione, accertato l'inadempimento *de quo*, non è legittimata a procedere direttamente all'escussione della suddetta cauzione, non essendo espressamente previsto, in tali circostanze, un meccanismo di incameramento automatico della garanzia, come quello invece esperibile, ad esempio, per la cauzione provvisoria, in seguito alla procedura di verifica dei requisiti ai sensi dell'art. 10, comma 1 *quater*, della legge quadro.

L'incameramento della suddetta garanzia è, pertanto, subordinato alla preventiva risoluzione del relativo contratto d'appalto, da effettuarsi ad opera della stazione appaltante nel rispetto dei presupposti, delle modalità e dei termini di cui all'art. 119 del DPR n. 554/99.

La suddetta disposizione prevede, infatti, una particolare procedura da attivarsi in ogni caso in cui sia stato accertato un comportamento da parte dell'appaltatore tale da " *concretare un grave inadempimento delle obbligazioni del contratto*"

Sarà pertanto opportuno, qualora ricorrano le circostanze in esame, che l'amministrazione interessata proceda ad una formale contestazione dell'addebito all'appaltatore, assegnando allo stesso un termine non inferiore a 15 giorni entro il quale trasmettere le fatture quietanzate del subappaltatore, o per lo meno fornire i chiarimenti necessari a giustificare l'omesso tempestivo invio delle stesse.

Pertanto nel caso in cui l'appaltatore non abbia fatto pervenire in tempo utile le suddette fatture ovvero siano state comunque valutate negativamente le giustificazioni addotte in merito all'omesso tempestivo adempimento di tale obbligo contrattuale, la stazione appaltante potrà disporre la risoluzione del contratto, con conseguente escussione della garanzia fideiussoria, secondo le procedure previste dalla normativa vigente.

Sulla base delle argomentazioni svolte l'Autorità ritiene che:

- l'inadempimento dell'obbligo previsto dall'art. 18 comma 3 bis della legge 55/1990, può concretizzare gli estremi di un grave inadempimento contrattuale da parte dell'appaltatore, qualora sia accertato che lo stesso non è frutto di un mero ritardo di trasmissione ma di un effettivo mancato pagamento nei confronti del subappaltatore; in tal caso esso rappresenta un valido presupposto per la preventiva risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 119 del DPR n. 554/99 e la successiva escussione della garanzia fideiussoria, di cui agli artt. 30 comma 2 della legge n. 109/94 e 101 del DPR n. 554/99.

Determinazione n. 8/2004

Esclusione dalle gare nel caso di sussistenza di pronunce in ordine a errori gravi commessi nell'esecuzione di lavori (12 maggio 2004)

Considerato in diritto

L'art. 75, comma 1, del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e successive modificazioni nel fornire un'elencazione delle clausole di esclusione dalle gare, prevede alla lettera f) che "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti.....che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara".

Nella fattispecie di cui trattasi vanno ricompresi i casi di risoluzione del contratto d'appalto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo di cui all'articolo 119 del DPR n. 554/1999 e s.m. E' evidente che in tali evenienze, come precisato anche da recente giurisprudenza (*Consiglio di Stato, Sez. V, 8 marzo 2004 n. 2317*), la valutazione della grave inadempienza cui collegare l'esclusione, non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto nel corso del precedente rapporto contrattuale intercorso con la stazione appaltante, essendo sufficiente la valutazione che la stessa stazione appaltante abbia fatto, in sede amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare alla nuova procedura di affidamento.

Infatti, l'intervenuta risoluzione del rapporto contrattuale per il fatto del soggetto affidatario è di per sé sufficiente a incidere negativamente sul rapporto fiduciario che deve instaurarsi con la stazione appaltante, alla cui salvaguardia è posta la causa di esclusione di cui all'art. 75, comma 1, lett. f), DPR n. 554/1999 e s.m.

La valutazione di esclusione deve comunque essere sempre motivata, essendo connessa a nozioni ampie e generiche quali quelle di grave negligenza e malafede, che richiedono una adeguata motivazione in punto di fatto e di diritto, contrariamente alle ipotesi di cui alle lettere a), b), g), h) dello stesso articolo 75, in cui può essere sufficiente una motivazione *de relato*.

Si conferma, pertanto, quanto in precedenza affermato al punto f) della determinazione del 15 luglio 2003, n. 13, circa la natura discrezionale della valutazione e l'obbligo di motivazione cui è tenuta la stazione appaltante che escluda un'impresa, ritenendo integrata la causa preclusiva di cui alla lettera f) dell'articolo 75 del DPR 554/99 e s.m. Ad esempio, nel caso di impresa partecipante ad una procedura concorsuale indetta da stazione appaltante

che precedentemente aveva risolto un contratto di appalto in danno della stessa impresa, non può essere determinata la sua automatica esclusione dalla gara. Al riguardo la natura discrezionale della suddetta valutazione comporta di tenere conto, tra i diversi elementi, il tempo trascorso dall'atto di rescissione e le eventuali recidive rilevate da altre stazioni appaltanti. Discrezionalità, peraltro, molto limitata o nulla, nel caso che il pregresso contratto contrattuale dell'impresa sia di per sé solo sufficiente ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario. Per contro, in caso di ammissione di impresa responsabile di grave negligenza o malafede nel corso di pregresso rapporto contrattuale intercorso con la stazione appaltante, vi è ancora l'obbligo di motivazione ove la stazione appaltante ritenga di instaurare ugualmente con il soggetto un nuovo rapporto contrattuale (*Consiglio di Stato, Sez. V, 8 marzo 2004 n. 2317*).

I presupposti che danno luogo al verificarsi della risoluzione contrattuale di cui all'art. 119 del DPR 554/1999 e s.m., sono indicati *a contrario* sia dall'art. 17 lettera i) del DPR 21 gennaio 2000, n. 34, e successive modificazioni relativamente ai requisiti d'ordine generale necessari per ottenere la qualificazione, sia dall'art. 27 comma 2, lettera p), del medesimo DPR n. 34/2000 e s.m. come elementi di cui deve essere presa nota nel Casellario Informatico dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. In particolare quest'ultima norma si riferisce ad eventuali episodi di negligenza grave nell'esecuzione di lavori pubblici ovvero a gravi inadempienze contrattuali.

Il Casellario Informatico, pertanto, contiene una serie di informazioni sui soggetti che si propongono come affidatari di lavori pubblici, che se integrate tra loro possono dare luogo ad un profilo complessivo sulla loro affidabilità tecnico-professionale oltre che morale, che si rende disponibile alle stazioni appaltanti.

Tali disposizioni tuttavia, pur ampliando le informazioni poste a disposizione delle stazioni appaltanti, non modificano la portata della disposizione di cui all'art. 75, che, potendo essere considerata una norma a tutela dell'ordine pubblico, elenca in un *numerus clausus* le ipotesi in cui l'esclusione discende direttamente dalla previsione normativa e deve, quindi, essere accertata soltanto in concreto da parte della stazione appaltante nel verificarsi dei suoi presupposti.

Relativamente alla grave negligenza/gravi inadempienze, pertanto, l'esclusione discendente dalla norma riguarda soltanto le stazioni appaltanti con cui il soggetto partecipante all'affidamento ha già intessuto rapporti contrattuali, essendo sul punto chiara l'espressione utilizzata dal legislatore (*lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara*).

Ciò si rivela riduttivo rispetto alle previsioni della normativa comunitaria (*articolo 24, primo comma, lett. d), della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993*), che considera rilevante, per l'esclusione da una gara, il grave errore professionale commesso dall'appaltatore nel corso dei lavori eseguiti per conto di una qualsiasi stazione appaltante; così come riduttivo è ri-

guardo al disposto di cui all'art. 17, comma 1, lett. i), del DPR 34/2000 e s.m., per il quale l'errore grave nell'esecuzione dei lavori pubblici, dovunque e comunque commesso, è situazione che impedisce il conseguimento della qualificazione. Per potere individuare e valutare detta situazione, in caso di omessa dichiarazione da parte dei soggetti che intendono qualificarsi o che chiedono il rinnovo dell'attestazione, la S.O.A. si avvale dei dati inseriti nel Casellario di cui all'art. 27 del DPR n. 34/2000 e s.m., tra cui sono compresi i fatti implicanti grave negligenza e grave inadempimento nell'esecuzione dei contratti di appalto, non esclusi quelli riferiti ad imprese non ancora qualificate, che l'Osservatorio per i lavori pubblici iscrive a seguito delle comunicazioni delle stazioni appaltanti.

Nella tabella seguente, di confronto delle tre disposizioni ora citate, si evidenziano le differenti formulazioni e la circostanza che, per questa fattispecie preclusiva, la norma della Direttiva, pur comportando una facoltà e non un obbligo, appare di portata più ampia rispetto a quella del Regolamento generale.

| Tabella comparativa della direttiva 93/37 e con il DPR n. 554/99 e s.m. e con il DPR n. 34/2000, e s.m. limitatamente alla causa di esclusione/requisito generale per grave negligenza o errore grave nel corso dei lavori | | |
|--|---|---|
| Direttiva 93/37/CEE | DPR n. 34/2000 e s.m. | DPR n. 554/1999 e s.m. |
| <p>Articolo 24</p> <p>Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni imprenditore:</p> | <p>Art. 17 (Requisiti d'ordine generale)</p> <p>1. I requisiti d'ordine generale occorrenti per la qualificazione sono:</p> | <p>Art. 75 (Cause di esclusione dalle gare di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici)</p> <p>1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:</p> |
| <p>d) che, in materia professionale, abbia commesso un errore grave, accertato mediante qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice;</p> | <p>i) inesistenza di errore grave nell'esecuzione di lavori pubblici;</p> | <p>f) che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara;</p> |

In passato, l'appaltatore che si fosse reso colpevole di malafede o di negligenza, nel corso dell'esecuzione di un lavoro pubblico, veniva escluso dalla partecipazione a tutte le gare successive indette da qualunque stazione appaltante (*la cosiddetta esclusione permanente: art. 3 del r.d. 18 novembre 1923, n.*

2240 "Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni" e art. 68, 1° comma, del r.d. 23 maggio 1924, n. 827 - "Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale da comunicarsi al ministero delle finanze (ragioneria generale), a cura del quale ne viene data notizia alle altre amministrazioni. Analogamente si provvede per le eventuali riammissioni.")

Successivamente, dopo l'istituzione presso il Ministero dei LL.PP. dell'Albo Nazionale dei Costruttori, la legge 10 febbraio 1962, n. 57, nel disciplinare completamente la materia, ha di fatto abrogato la norma di cui al comma 1 dell'art. 68, con riferimento al settore dei lavori pubblici, avendo previsto nell'art. 20 i casi in cui veniva sospesa l'efficacia dell'iscrizione nell'albo e nell'art. 21 quelli di cancellazione dall'Albo stesso. Tuttavia, l'art. 3, comma 3, della citata legge confermava che l'iscrizione nell'albo non precludeva l'esercizio della facoltà per la stazione appaltante, prevista dall'art. 68, comma 2, di escludere l'impresa da ogni singola gara nel caso di sussistenza di fatti ostativi alla partecipazione alle pubbliche gare.

In seguito, in relazione a quanto previsto dall'art. 8, comma 7, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., sono state abrogate le norme esistenti in materia di sospensione e cancellazione dall'albo, e sono state totalmente recepite le cause di esclusione dettate dall'articolo 24, primo comma, lett. d), della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, con efficacia sia per gli appalti sopra che sotto soglia.

Relativamente all'art. 68, comma 2, del R.D. n. 827/1924, tuttora vigente, è dubbia la sua applicabilità al sistema dei lavori pubblici posto che qui, come precisato anche da questa Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione n. 24 del 2 ottobre 2002, si applica un sistema normativo organico costituito dalla legge n. 109/1994 e s.m. e dal DPR n. 554/1999 e s.m. e che la giurisprudenza sembra orientata nel senso di escludere qualsiasi operazione di estensione analogica dell'art. 68 (*Tar Lazio sez. I bis, 27 marzo 2004 n. 2908*).

Da ultimo, il DPR 30 agosto 2000, n. 412 ha colmato la lacuna esistente nel DPR n. 554/99 e s.m. per la mancata registrazione da parte della Corte dei conti, delle norme di recepimento delle cause di esclusione dalle gare nei servizi attinenti alla architettura ed all'ingegneria e negli appalti e concessioni di lavori pubblici, queste ultime previste dall'articolo 24, primo comma, della direttiva 93/37/CEE.

Nelle premesse del DPR n. 412/2000, nel motivare la necessità di un Regolamento recante disposizioni integrative del DPR n. 554/99, veniva precisato che l'art. 8, comma 7, attraverso l'applicazione diretta della disciplina comunitaria, aveva potuto "... momentaneamente supplire, in attesa di una più approfondita valutazione del portato della pronuncia dell'organo di controllo".

In tale ambito, l'art. 75, comma 1, lett. f), del DPR n. 554/99 e s.m., ha recepito parzialmente la disposizione comunitaria recata dall'articolo 24, primo comma, lett. d), della direttiva 93/37/CEE, ai sensi del quale "può essere escluso" dalle gare l'imprenditore che in materia professionale "abbia commesso un errore grave accertato mediante qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice", specificando che la predetta causa di esclusione vada riferita alla "grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara".

In merito, tuttavia, preme evidenziare che per "stazione appaltante che bandisce la gara", deve intendersi non solo la singola amministrazione interessata dalla specifica procedura selettiva, ma l'intera struttura della stessa, seppur divisa in articolazioni territoriali. Deve, infatti, considerarsi che affinché un ente possa operare con titolo di stazione appaltante occorre che questo sia in possesso di capacità giuridica (come peraltro attribuito ex art. 11 del codice civile) e di capacità d'agire, quest'ultima intesa come attitudine all'imputazione di fattispecie. In forza di tale istituto, il soggetto pubblico esprime la sua volontà e compie atti attraverso i propri organi che imputano tale attività al soggetto. E detti organi vanno individuati per l'appunto anche nelle strutture periferiche in cui si articola l'ente, pervenendo quindi ad un concetto sempre più unitario di stazione appaltante, identificando in essa quei soggetti dotati di autonoma personalità giuridica la cui eventuale articolazione territoriale non influisce sulla originaria unitarietà.

Invero, relativamente ad alcune Amministrazioni dello Stato, come il Ministero per i Beni e le Attività culturali, e ad alcuni enti, come l'ANAS S.p.A., che risultano suddivisi in strutture centrali ed organi o uffici periferici, l'utilizzo del termine *stazione appaltante che bandisce la gara* in luogo di *amministrazione aggiudicatrice* potrebbe indurre a ritenere che la norma sia diretta alla singola unità organizzativa che gestisce direttamente il procedimento di gara.

Al riguardo tuttavia occorre rilevare che il legislatore ha provveduto a fornire una definizione di *stazione appaltante* all'art. 2, comma 1, lett. a), del DPR 554/99 e s.m., che appare dirimente della questione di cui trattasi. Detta disposizione infatti opera un rinvio diretto ed automatico a tutti soggetti di cui all'art. 2, comma 2, della legge 109/94 e s.m., tra i quali sono ricomprese le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lettera a) della medesima norma, stante la previsione contenuta all'art. 2, comma 7, lettera c), della legge stessa. Pertanto, l'apparente diversità di formulazione utilizzata dal legislatore non comporta alcuna differenza di carattere sostanziale nell'identificazione del soggetto cui riferire il dettato normativo, che va pertanto considerato nella sua complessiva costituzione.

Da quanto sopra, deriva che la causa di esclusione di cui all'art. 75, comma 1, lett. f), del DPR n. 554/99 e s.m., deve essere riferita a casi di inadempimento dell'impresa in progressi rapporti contrattuali anche con le eventuali

articolazioni territoriali della medesima stazione appaltante, intesa nel suo complesso.

La considerazione che il regolamento di cui trattasi abbia recepito parzialmente le previsioni recate dalla direttiva comunitaria, potrebbe portare alla conseguenza che la grave negligenza/malafede, posta in essere in pregressi contratti di appalto con altre stazioni appaltanti, si riveli di nessuna utilità e rilievo pratico da parte di altri operatori del mondo degli appalti pubblici rispetto a quelli che la hanno direttamente accertata.

Poiché, tuttavia, i comportamenti contemplati nel suddetto art. 75, comma 1, lett. f), del DPR n. 554/1999 e s.m. sono potenzialmente in grado di rilevare gravi situazioni di devianza e di anomalia nella fase di esecuzione di lavori pubblici, si pone la questione se, dinanzi a fatti reiterati e particolarmente seri, dovuti a grave negligenza o malafede nel corso di distinti lavori denunciati da uno o più committenti pubblici e conosciuti attraverso la consultazione del Casellario Informatico dell'Autorità, gli stessi possano rivestire particolare rilievo per *tutte* le stazioni appaltanti - anche diverse da quelle che abbiano avuto precedenti rapporti contrattuali con il concorrente oggetto di più annotazioni nel casellario informatico.

Tali reiterati episodi, il cui effetto sia stato o il ritardo nell'esecuzione dei lavori o l'errore nell'esecuzione degli stessi - da intendersi quale mancata corrispondenza dell'opera eseguita alle previsioni progettuali ovvero quale realizzazione non a perfetta regola d'arte - o la malafede commessa nell'esecuzione - intesa quale comportamento malizioso posto in essere dall'appaltatore al fine di pregiudicare il diritto della stazione appaltante - costituiscono indice di inaffidabilità professionale e, come tali, potrebbero comportare l'esclusione dalle gare anche da parte di stazioni appaltanti che non abbiano avuto precedenti rapporti contrattuali con il soggetto responsabile di siffatti comportamenti.

Ciò, ovviamente, deve formare oggetto di una compiuta valutazione da parte dell'amministrazione, in ordine al grado di incidenza dei predetti comportamenti sull'affidabilità del concorrente e, quindi, in ordine all'interesse pubblico di evitare di intrattenere rapporti contrattuali con un soggetto inadempiente, in relazione al quale sussiste la ragionevole possibilità che si determini ancora detta sfavorevole evenienza e tenuto conto delle specifiche finalità connesse all'intervento da appaltare.

La modalità attraverso le quali le stazioni appaltanti possono dare rilievo ai suddetti comportamenti dovrebbe avere carattere generale, per cui potrebbe essere inserita un'apposita previsione nella *lex specialis* di gara, con cui viene reso possibile valutare, ai fini dell'eventuale esclusione, l'incidenza sull'affidabilità professionale del concorrente di comportamenti di grave negligenza e malafede tenuti con altra stazione appaltante e risultanti dal Casellario Informatico.

Tale clausola del bando di gara, infatti, dovrebbe essere in grado di esplicitare il principio di fiduciarità e di serietà tecnico-professionale al cui presidio è posta la disposizione dell'art. 75, comma 1 lett. f) DPR n. 554/1999 e s.m.

Una simile facoltà è stata, peraltro, ritenuta ammissibile da questa Autorità, sebbene per differente fattispecie, nella determinazione del 15/10/2003, n. 14 in materia di "clausole di gradimento", nella quale in ordine alla possibilità per la stazione appaltante di prescrivere adempimenti ulteriori rispetto alle previsioni normative stabilite per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici, è stato espresso avviso per cui, anche sulla base della giurisprudenza prevalente (*vedi da ultimo Consiglio di Stato sentenza. n. 2150 del 15 aprile 2004*), deve ritenersi sussistente "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*".

L'Autorità ha, dunque, ritenuto "indispensabile un apprezzamento da parte della stazione appaltante in ordine alle specifiche finalità che la stessa intende perseguire mediante i suddetti ulteriori adempimenti", i quali non devono comunque costituire richieste irrazionali e pretestuose.

Peraltro, in analogia con quanto affermato dalla giurisprudenza (*Tar Lombardia, Milano, sez. III 30.04.03 n. 1094*) in ipotesi di esclusione per collegamento tra imprese, la clausola non dovrebbe mai essere espressa nei termini di un'esclusione automatica dalla gara, dovendo consentire all'amministrazione di verificare se l'esame della fattispecie concreta induca a ritenere scarsamente affidabile il soggetto partecipante.

Deve, infine, rilevarsi che l'esclusione, nel caso di previsione contenuta nel bando di gara, deve a *fortiori* rispetto all'applicazione dell'art. 75 comma 1 lettera f), del DPR 554/1999 e s.m. essere sempre assistita da idonea ed analitica motivazione, trattandosi di un vero e proprio giudizio sull'affidabilità professionale del soggetto partecipante, in grado di produrre effetti lesivi sullo stesso.

Sulla base delle considerazioni svolte, l'Autorità è dell'avviso che:

- a) la locuzione "stazione appaltante che bandisce la gara" utilizzata all'art. 75, comma 1, lett. f), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e successive modifi-

cazioni, va riferita all'ente nel suo complesso e, pertanto, l'esclusione dalla gara può essere disposta da una articolazione territoriale di un ente ancorché i comportamenti gravemente negligenti e l'errore grave nell'esecuzione di lavori siano stati rilevati da un'altra articolazione territoriale del medesimo ente;

- b) vada confermato l'avviso espresso al punto f) della determinazione del 15 luglio 2003, n. 13, circa la natura discrezionale della valutazione e l'obbligo di motivazione cui è tenuta la stazione appaltante che escluda o ammetta una impresa, ritenendo integrata o meno la causa preclusiva di cui alla lettera f) dell'articolo 75 del DPR 554/1999 e s.m.;
- c) in aggiunta al disposto dell'art. 75, comma 1, lettera f), del DPR 554/99 e s.m., le stazioni appaltanti possono inserire nella *lex specialis* di gara una previsione del seguente tipo: *La stazione appaltante si riserva la facoltà di escludere dalla gara, con obbligo di motivazione, i concorrenti per i quali non sussiste adeguata affidabilità professionale in quanto, in base ai dati contenuti nel Casellario Informativo dell'Autorità, risulta essersi resi responsabili di comportamenti di grave negligenza e malafede o di errore grave nell'esecuzione di lavori affidati da diverse stazioni appaltanti.*

Determinazione n. 9/2004

**Contenzioso in fase di appalto conseguente ad una o più
sospensioni dei lavori, disposte - in esito a prescrizioni degli
organi preposti alla tutela dei beni culturali - per l'esecuzione di
campagne di indagini archeologiche nel sottosuolo.**

**Valutazione della possibilità di limitare gli effetti negativi di
ordine economico correlati a tale fattispecie**

(19 maggio 2004)

Premesso che

Nell'ambito della propria attività, questa Autorità si è trovata con una certa frequenza ad analizzare procedure d'appalto il cui espletamento - in termini di rispetto dei tempi e dei costi di esecuzione - è stato condizionato da rinvenimenti archeologici nel sottosuolo e dalle conseguenti attività di scavo e documentazione, oltre che dalle ulteriori fasi di valutazione e di adozione degli opportuni provvedimenti di conservazione; iniziative tutte che sono nella competenza degli organi preposti alla tutela dei beni culturali.

In particolare, nei suddetti casi è risultata ricorrente la sospensione dei lavori di significativa durata, correlata non solo al tempo materialmente necessario per lo svolgimento delle indagini archeologiche, ma anche a quello successivo per la redazione ed approvazione delle varianti in corso d'opera che tenessero conto del valore dei ritrovamenti e della loro possibile fruizione o, quanto meno, che ne salvaguardassero l'integrità.

Aldilà dei costi per le maggiori o diverse lavorazioni che a tal fine si rendono necessarie, le procedure d'appalto per le quali si concretizza l'evenienza in questione possono comportare impegni economici imprevisti e ben più significativi, in conseguenza delle richieste delle imprese esecutrici dei lavori, che si estrinsecano principalmente sotto forma di riserve iscritte, nei modi di legge, sugli atti contabili ed incentrate sul calcolo degli oneri derivanti dalla protratta gestione delle attività lavorative di cantiere.

L'insorgenza di un simile contenzioso è sempre e comunque legata ad una circostanza di oggettivo gravame per l'appaltatore, cui viene precluso il dispiegamento compiuto di quella capacità organizzativa che deve contraddistinguere ogni realtà imprenditoriale e che si esprime - nell'esecuzione delle opere aggiudicate - con un'accurata programmazione temporale delle singole fasi di lavoro e delle relative sovrapposizioni, delle forniture, dei noli e via dicendo, al fine di ottimizzare i risultati economici della gestione dell'appalto.

L'elevata probabilità che ad una sospensione dei lavori, disposta a seguito di rinvenimenti archeologici (e protratta per il tempo necessario a compiere le connesse indagini di scavo e documentazione) faccia seguito la rappresentazione formale di una doglianza dell'impresa, induce quindi a

rilevare che il verificarsi della fattispecie in questione si accompagna quasi sempre ad un significativo aumento dei costi che la stazione appaltante dovrà sopportare in dipendenza della controversia avviata, con le possibili conseguenze che ciò può comportare in termini di giudizio da parte dell'organo di magistratura contabile.

Ne deriva l'utilità di operare alcune riflessioni sul tema in questione, al fine di valutare quali possano essere - nell'evenienza di ritrovamenti archeologici a lavori iniziati e cioè *a cantiere aperto* - le possibilità di limitare le ricadute negative di ordine economico che tale occorrenza imprevista può indurre sulla procedura d'appalto in corso.

Tanto premesso, ravvisata l'esigenza e l'importanza di conoscere l'avviso del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali in ordine alle possibili iniziative da intraprendere, ne sono stati sentiti i rappresentanti nell'audizione disposta in data 21 aprile 2004.

In tale sede gli intervenuti hanno dettagliatamente rappresentato che le problematiche evidenziate investono aspetti da tempo all'attenzione del Ministero, il quale ha ben presente la necessità di mettere a punto regole capaci di consentire con pari efficacia l'azione di tutela e la realizzazione degli appalti *con il minor sacrificio degli operatori*.

Ritenuto in diritto

Una considerazione preliminare riguarda la natura dell'area sulla quale è prevista la realizzazione dell'opera pubblica, intendendo con ciò se la stessa sia sottoposta o meno ad uno specifico vincolo archeologico.

In caso affermativo, la normativa vigente prevede che l'organo preposto alla tutela esprima il proprio parere - di norma in sede di *conferenza di servizi* - al fine di chiarire alla stazione appaltante se e a quali condizioni l'opera a farsi sia compatibile con i principi sui quali si basa la conservazione del patrimonio culturale e, nel contesto particolare, se l'esecuzione delle specifiche categorie di lavoro previste dal progetto possa interferire con la salvaguardia dei resti archeologici presumibilmente esistenti nel sottosuolo.

Questa ipotesi, sufficientemente disciplinata nei suoi aspetti procedurali, dovrebbe portare ad una conoscenza preventiva degli elementi ostativi alla proficua esecuzione dei lavori, escludendo perciò (o, quanto meno, riducendo significativamente) la possibilità che in corso d'opera si verificino circostanze impeditive connesse ai ritrovamenti archeologici, con gli effetti negativi indicati in precedenza.

Appare evidente che il passaggio procedurale appena descritto, benché articolato in forma semplice e *lineare*, non può garantire alcun effetto realmente positivo se il rapporto fra la stazione appaltante e l'organo preposto alla tutela non risulta improntato alla massima collaborazione, diligenza e chiarezza.

Per fare un esempio concreto, se l'amministrazione che ha indetto la *conferenza di servizi* presenta in quella sede un progetto privo degli opportuni approfondimenti di dettaglio in ordine alla tipologia ed alle caratteristiche geometriche delle strutture di fondazione, non consentirà