

**Concessione di lavori pubblici e attività di progettazione.
Articolo 19, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109
e successive modificazioni
(Deliberazione del 7 marzo 2000)**

A seguito di segnalazione dell'Ordine degli architetti di Roma, venivano svolti accertamenti, in merito all'affidamento da parte del Comune di Roma dell'incarico di progettazione relativo alla realizzazione del mercato di Ponte Milvio. In data 20 gennaio 2000 erano sentiti il Dottor Adriano Audizi e l'Ingegnere Mauro Olivieri per il Comune di Roma e l'Avvocato Carlo Tardella per l'Ordine degli Ingegneri.

Va premesso che l'esame della fattispecie, invero particolare, consente però di individuare criteri generali riferiti — è quel che più conta — al testo ora vigente dell'art. 19 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 in materia di concessione di lavori pubblici.

La concessione costituisce, ai sensi di quanto disposto dal comma 1 del citato articolo 19, assieme all'appalto, la modalità esclusiva con cui possono essere realizzati i lavori previsti dalla legge (salvi quelli in economia di cui al successivo art. 24, comma 6) e deve avere le caratteristiche di cui al successivo comma 2 dello stesso art. 19.

In particolare, deve avere ad oggetto «la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici nonché la loro gestione funzionale ed economica» e deve prevedere che «la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati».

È regola, pertanto, che la concessione comprenda l'affidamento anche della redazione della progettazione definitiva e comunque della progettazione esecutiva; e tanto sulla base sia della norma prima riportata sia del disposto di cui al comma 2 del successivo art. 20, secondo il quale a base della gara per la scelta del concessionario deve essere posto un progetto preliminare.

Si tratta, peraltro, di progetto preliminare per così dire 'arricchito' di ulteriori elementi, quali indicati nel detto comma, per corrispondere ad esigenze che possano trovare giustificazione solo nelle scelte e nell'attività della pubblica amministrazione.

Ne segue che non è oggi consentita un'operazione che limiti l'intervento del concessionario alle fasi della sola esecuzione dell'opera e della sua gestione, con acquisizione, in proprio, da parte della stazione appaltante, di tutta l'elaborazione progettuale.

È anche da tener presente che si ha preclusione del ricorso all'istituto della concessione nel caso in cui vi sia un concorso pubblico al finanziamento dei lavori in misura maggiore del 50%, dato che ne risulterebbe violata la prescrizione riguardante l'equilibrio che la gestione da parte del concessionario dell'opera deve realizzare rispetto agli oneri di esecuzione.

Affidamento di incarichi di progettazione a più professionisti
(Deliberazione dell'8 marzo 2000)

Con nota del 29 dicembre 1999, il Comune di Monopoli (Bari) prospettava un problema insorto in sede di applicazione dell'art. 17, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni. Il problema risulta avere rilievo e portata diffusa, per cui è funzionale un intervento dell'Autorità.

A norma del disposto di cui all'art. 17, commi 1 e 4, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, gli incarichi esterni di progettazione, direzione lavori ed attività di supporto alle attività del responsabile del procedimento possono essere affidati a «liberi professionisti singoli o associati nelle forme di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1815 e successive modificazioni», «società di professionisti», «società di ingegneria», relativi «raggruppamenti temporanei».

Ciò comporta che affidamenti collettivi a più professionisti di un unico incarico sono consentiti nella sola ipotesi in cui gli stessi abbiano dato vita ad una società, ovvero ad un raggruppamento, o comunque abbiano realizzato una forma di associazione del tipo previsto dall'art. 1 della legge n. 1815/39 in precedenza indicata. A tale conclusione si perviene sulla base, innanzitutto, del criterio letterale di interpretazione, non potendosi ritenere espletato da «singoli» professionisti un incarico conferito congiuntamente ad una pluralità di loro.

Allo stesso risultato conduce, poi, anche l'interpretazione logico-sistematica, in considerazione della riconosciuta caratterizzazione personale ed individuale della prestazione inerente alle tradizionali professioni liberali; caratterizzazione derogata nei soli casi in cui l'attività di progettazione venga svolta non singolarmente ma a mezzo di un'organizzazione (società o raggruppamento o associazione, in precedenza individuati) e che trova nuova valorizzazione nella regola secondo cui l'incarico deve essere concretamente espletato dal singolo professionista che, con la sottoscrizione del progetto, se ne assume la responsabilità (comma 8 dell'indicato art. 17).

Infine, il rinvio — con riferimento ai raggruppamenti di professionisti — effettuato dalla lett. g) del comma 1 dell'art. 17 indicato, alla disciplina di cui al precedente art. 13, consente di ritenere, ai sensi del relativo comma 5, che alla riunione dei concorrenti, appunto in raggruppamento, si possa pervenire anche successivamente alla formulazione delle offerte e sempre che nelle offerte stesse venga assunto l'impegno da parte di ciascun offerente che, in caso di aggiudicazione della gara, sarà conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi nei confronti della committenza. Conclusivamente, nel caso si intenda conferire un incarico di progettazione a due o più professionisti, questi prima della presentazione delle offerte e comunque successivamente devono assumere l'impegno sopra precisato.

**Competenza dell'organo comunale
all'approvazione del progetto preliminare**
(Deliberazione del 30 marzo 2000)

Il Comune di Pieve a Nievole (Pistoia) ha sottoposto all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici un quesito circa l'esatta individuazione dell'organo comunale competente ad approvare il progetto preliminare.

La questione ha valenza generale e richiede un'apposita determinazione.

Va preliminarmente ricordato che l'articolo 4, comma 2, della legge n. 415/98 ha sostituito la lettera *b*) del comma 2 dell'articolo 32 della legge n. 142/90, stabilendo che rientrano nella competenza del consiglio comunale «i programmi, le relazioni revisionali e programmatiche, i piani finanziari, i programmi triennali e l'elenco annuale dei lavori pubblici, i bilanci annuali e pluriennali e relative variazioni, i conti consuntivi, i piani territoriali ed urbanistici, i programmi annuali e pluriennali per la loro attuazione, le eventuali deroghe ad essi, i pareri da rendere nelle dette materie».

Pertanto, mentre nella stesura precedente alla novella suindicata, l'approvazione dei progetti preliminari era espressamente attribuita al consiglio, nell'attuale stesura detta competenza non è stata espressamente prevista.

Essendo le competenze consiliari tipiche e nominate, ne discende che il legislatore ha voluto espressamente trasferire alla giunta la competenza ad approvare i progetti preliminari, organo cui competono gli atti di amministrazione che non siano riservati dalla legge al consiglio, ai sensi dell'art. 35, comma 2, della legge n. 142/90.

Questo, allo stato attuale della legislazione. Se questa interpretazione sarà suscettibile di modifiche, andrà valutato alla luce di quanto dispone l'art. 14 della legge n. 109/94 e successive modificazioni, recante la disciplina della programmazione delle opere pubbliche (che subordina l'inclusione di un lavoro nell'elenco annuale, la cui approvazione rientra tra le competenze del consiglio comunale, alla preventiva approvazione del progetto preliminare) solo quando sarà emanato il decreto del Ministero dei lavori pubblici previsto dall'art. 14, comma 11, della legge n. 109/94 e successive modificazioni.

L'approvazione dei progetti preliminari è oggi deferita alla giunta comunale, organo cui compete deliberare sulle materie diverse da quelle che per espressa previsione normativa siano attribuite al Consiglio.

Perizia di variante in sanatoria. Illegittimità
(Deliberazione del 5 aprile 2000)

Con nota del 4 gennaio 2000, alcuni consiglieri del comune di Calcinato (Brescia) denunciavano a questa Autorità presunte irregolarità commesse dall'amministrazione, relative a lavori di completamento ed adeguamento dell'asilo nido comunale. In particolare, veniva fatto riferimento alla delibera di giunta n. 544, del 14 dicembre 1999, relativa all'approvazione con immediata esecutività di una perizia suppletiva e di variante in sanatoria.

Al riguardo era dato rilevare, tra l'altro, che la perizia indicata era stata approvata nel presupposto che durante l'esecuzione dei lavori si era riscontrata la necessità di ampliare la ricettività dell'asilo, derivante dal numero di domande di iscrizione pervenute all'amministrazione successivamente all'approvazione del progetto; di tal che gli ulteriori lavori, per il complessivo importo di Lire 53.900.000, erano stati eseguiti in corso d'opera, in considerazione della imprevedibilità dell'indicato evento e stante la necessità di rispettare i tempi di consegna previsti, al fine di non interrompere un servizio pubblico importante ed improrogabile. I maggiori lavori consistevano nella realizzazione di un vialetto di accesso carrabile, nell'ampliamento della cucina, in una nuova distribuzione interna dei locali ed in ulteriori piccole opere.

Sussiste, nella fattispecie, violazione del disposto di cui all'art. 25 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, che esclude la possibilità del ricorso a variazioni progettuali non previamente approvate dalla stazione appaltante. È sufficiente affermare ciò, senza che occorra valutare l'ulteriore violazione dell'art. 35 del decreto legislativo n. 77/1995, relativo alla contabilizzazione dei lavori di somma urgenza, quando la regolarizzazione non sia intervenuta nel termine previsto di trenta giorni.

Né a giustificare detta violazione del preciso precetto della legge quadro sui lavori pubblici può valere l'argomento della mancanza di ogni altra soluzione, in quanto per soddisfare l'esigenza prospettata dalla giunta comunale si sarebbe potuto procedere ad affidamento dei nuovi lavori a trattativa privata, ai sensi del disposto di cui all'art. 24, comma 1, lett. a), dell'indicata legge n. 109/1994 il quale, per i lavori di importo complessivo non superiore a € 300.000, consente di ricorrere alla trattativa privata, tra l'altro, senza necessità di preventiva gara informale, nel caso di sussistenza di una situazione di urgenza.

Concorso di progettazione. Autonomia delle fasi di selezione
(Deliberazione del 5 aprile 2000)

Il "Consiag, Consorzio Intercomunale Acqua, Gas e Pubblici Servizi di Prato", ha proceduto ai sensi del d.lgs 17 marzo 1995, n. 157 alla pubblicazione di un bando per l'affidamento di incarico di progettazione secondo le modalità della licitazione privata ed ha identificato due successive fasi di selezione per l'aggiudicazione del servizio:

- la prima per la selezione dei 10 raggruppamenti o singoli professionisti collocatisi utilmente in graduatoria dopo l'attribuzione del punteggio previsto nei criteri di valutazione;
- la seconda relativa all'attribuzione dell'incarico al concorrente la cui proposta progettuale venisse ritenuta valida dopo l'attribuzione del punteggio previsto nei criteri di valutazione.

Il C.S.P.E. ha segnalato la non corretta applicazione del citato d.lgs n. 157/95 nella definizione del suddetto bando di concorso, stante la commistione tra i criteri valutativi previsti per la prima fase di selezione e quelli previsti per la seconda fase di aggiudicazione.

Il bando in esame è stato predisposto seguendo le modalità previste dal d.lgs n. 157/95 per le licitazioni private; in quanto, essendo il costo presunto dell'opera di 50 miliardi di lire, era possibile prevedere che il corrispettivo per l'incarico di progettazione superasse la soglia di € 200.000.

Gli elementi richiesti per la fase di prequalifica (ricerche, mostre, riconoscimenti, pubblicazioni, progettazioni svolte nell'ultimo decennio, modalità di organizzazione per l'espletamento dell'incarico e strumentazioni o attrezzature utilizzate) sono i requisiti previsti dall'art. 14 del citato d.lgs n. 157/95 per la dimostrazione della capacità tecnica del concorrente; requisiti che ai sensi dell'art. 22 dello stesso decreto legislativo valgono per l'ammissione dei candidati alla fase di presentazione delle offerte nelle licitazioni private. Per quanto concerne i criteri fissati per l'anzidetta seconda fase, la previsione del bando, secondo cui la graduatoria finale è data dalla somma dei punteggi — non inferiore a punti 90 — riportati dai concorrenti in ciascuna delle distinte fasi della procedura (quella di prequalificazione e quella di valutazione del progetto in concorso) dà origine ad una procedura caratterizzata dalla sostanziale commistione delle suddette fasi, concettualmente e funzionalmente distinte. Tale procedura contraddice il fondamento del concorso di progettazione e risulta non conforme al principio della trasparenza dell'azione amministrativa.

Va quindi confermato il principio indicato nell'atto di determinazione n. 6, in data 8 novembre 1999, di separatezza tra la fase della qualificazione e quella della valutazione dell'offerta; principio tanto più valido per la procedura del concorso di progettazione, la quale è diretta alla scelta della migliore tra le prestazioni già rese e offerte alla valutazione dell'amministrazione, anziché all'individuazione del concorrente più idoneo a rendere, alle migliori condizioni, la futura prestazione.

Trattativa privata. Urgenza conseguente a inerzia dell'amministrazione
(Deliberazione del 5 aprile 2000)

Il comune di Fontana Liri (Frosinone) ha appaltato a trattativa privata lavori per la sistemazione degli impianti sportivi, giustificando il ricorso alla procedura negoziata con la necessità di eseguire i lavori durante la pausa del campionato di calcio e pertanto nel periodo giugno-settembre.

Pur in mancanza di una esplicita indicazione della normativa di riferimento nell'atto comunale relativo alla trattativa privata, verosimilmente il comune ha inteso fare applicazione della disposizione di cui all'art. 24, comma 1, lett. a), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni. Tale norma consente il ricorso alla trattativa privata nel caso di lavori di importo complessivo non superiore a € 300.000, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell'art. 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827, che subordina il ricorso a questa procedura al sussistere di situazioni di urgenza tali da non consentire di esperire incanti o licitazioni.

Al riguardo, tuttavia, è da considerare che —per giurisprudenza ormai consolidata— per poter ricorrere all'aggiudicazione di un contratto mediante trattativa privata, il presupposto della sussistenza di una situazione di urgenza, di cui al richiamato regio decreto, è costituito dalla imprevedibilità oggettiva dell'evento. Sicché è illegittimo il ricorso a tale procedura nel caso in cui l'urgenza sia sopravvenuta per comportamento colpevole dell'amministrazione, la quale, pur potendo prevedere l'evento, non ne abbia tuttavia tenuto conto al fine di valutare i tempi tecnici necessari alla realizzazione del proprio intervento.

In altri termini, vanno circoscritte in ambiti definiti le situazioni di urgenza; l'urgenza deve essere qualificata e non generica, deve corrispondere ad esigenze eccezionali e contingenti e deve essere tale da far ritenere che il rinvio dell'intervento comprometterebbe irrimediabilmente il raggiungimento degli obiettivi che la stazione appaltante si è posta mediante la realizzazione dell'intervento stesso, non deve essere imputabile all'inerzia della stazione appaltante stessa, che deve attuare una corretta pianificazione degli interventi da eseguire.

Relazione geologica e indagini geologiche (Deliberazione del 5 aprile 2000)

Con nota del 26 gennaio 2000, il Ministero dell'interno segnalava a questa Autorità che il Consiglio nazionale dei geologi aveva lamentato l'inservanza da parte delle pubbliche amministrazioni del divieto di subappalto, disposto dall'art. 17, comma 14, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo modificato dall'art. 6, comma 6, della legge 18 novembre 1998, n. 415. Con la stessa nota il Ministero aggiungeva che, in ragione del pregiudizio direttamente derivante dalla violazione della norma alla categoria rappresentata, il Consiglio dei geologi aveva chiesto ai prefetti di intervenire al fine di chiarire l'effettiva portata dell'indicato divieto. In considerazione di tale esigenza e tenuto conto delle specifiche attribuzioni di questa Autorità di vigilanza, il Ministero dell'interno concludeva rimettendo la questione alla valutazione dell'Autorità stessa, restando in attesa delle valutazioni di competenza.

L'art. 17 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, al comma 14 *quinquies*, aggiunto dall'art. 6, comma 6, della legge 18 novembre 1998, n. 415, dispone che in tutti gli affidamenti relativi ad incarichi di progettazione, direzione lavori ed incarichi tecnici l'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per le attività relative ad indagini geologiche, geotecniche e sismiche, a sondaggi, a rilievi, a misurazioni e picchettazioni, alla predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con l'esclusione della relazione geologica, nonché per la relazione grafica degli elaborati progettuali. Ciò significa che il ripristinato generale divieto per il progettista incaricato di ricorrere al subappalto, se non vale per le attività accessorie relative ad indagini geologiche, geotecniche e sismiche (per le quali è prevista esplicita deroga al divieto stesso), resta tuttavia operante per la redazione della relazione geologica, considerata dalla norma come ipotesi a sé stante e per la quale è preclusa ogni deroga; vi è, quindi, competenza esclusiva del geologo per quanto attiene alla redazione della suddetta relazione geologica in tutti i casi in cui essa è espressamente richiesta.

Qualora, pertanto, si renda necessaria l'acquisizione alla progettazione di una relazione geologica, l'amministrazione è tenuta ad avvalersi dell'opera professionale del geologo, che sarà reperita o all'interno delle strutture dell'ente ovvero all'esterno ed affiancata a quella del progettista ingegnere, ovvero ancora ricorrendo al conferimento all'esterno dell'incarico di progettazione ad un raggruppamento temporaneo comprendente anche il geologo.

Per quanto riguarda, invece, la relazione geotecnica, in conformità all'orientamento del Consiglio di Stato (Ad. Gen. 2 giugno 1994, n. 154) e del Consiglio superiore dei lavori pubblici (Ad. Gen. 17 dicembre 1993, n. 138), l'ingegnere progettista, che pure ha competenza in materia, deve avvalersi per la redazione della stessa dell'apporto del professionista geologo quant

Sezione Terza

volte ciò sia richiesto dalla complessità e dalla specializzazione delle elaborazioni e delle valutazioni da compiere, in ordine particolarmente alla caratterizzazione del terreno in relazione all'opera da costruire, ovvero nella ipotesi di espressa previsione normativa (così per gli interventi in zona sismica). Ciò, tuttavia, sempre nel rispetto del carattere unitario ed organico della relazione geotecnica e, dunque, sotto il coordinamento e sotto la responsabilità complessiva del progettista.

Vale ripetere che, anche se può ravvisarsi un profilo di discrezionalità, nel momento in cui il progettista ingegnere decide se chiedere o meno l'apporto del geologo, ciò non è riduttivo dell'importanza di questo apporto, né elusivo delle competenze proprie dei professionisti geologi; poiché, infatti, il progettista si assume la responsabilità dell'intero progetto, è intuitivo che quanto meno egli si riconosca dotato di competenze ed esperienze nella disciplina geologica (in relazione, in particolare, alla complessità e peculiarità dell'opera), tanto più troverà necessario associare un professionista geologo al proprio lavoro, pur mantenendo la direzione conclusiva, unitaria e responsabile dell'intero progetto.

Deposito del contratto di subappalto (Deliberazione del 5 aprile 2000)

Il Comune di Castelfranco Veneto (Treviso) prospettava a questa Autorità quesito relativo all'interpretazione dell'art. 18, comma 3, n. 2, della legge 19 marzo 1990, n. 55.

Nell'eventualità che l'appaltatore non osservi la prescritta modalità, pur essendo in regola con le altre condizioni stabilite dalla legge n. 55/90, e depositi il contratto di subappalto a lavori iniziati, il Comune richiede quale debba essere il comportamento della stazione appaltante, anche in relazione al rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 18 della legge stessa.

L'articolo 18, modificato prima dall'art. 34 del decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406 e successivamente dall'art. 34 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e dall'art. 9, comma 66, della legge 18 novembre 1998, n. 415, elenca al comma 3 le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione al subappalto ed al comma 9, nella nuova formulazione, recita esplicitamente di autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante, che deve essere rilasciata entro trenta giorni dalla richiesta, salvo proroga per giustificati motivi; trascorso il termine di legge o quello prorogato, senza un provvedimento espresso della stazione appaltante, l'autorizzazione si ha per rilasciata.

Inoltre, al numero 2, il citato comma 3 statuisce: «l'appaltatore provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative lavorazioni».

Va, infine, tenuto presente che l'art. 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646 (come modificato dall'art. 2 del decreto legge n. 139/95 convertito nella legge n. 246/95) prevede il divieto del subappalto senza l'autorizzazione dell'amministrazione appaltante e la sua inosservanza è punita come reato e conferisce all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto principale (art. 21 citato).

Sulla base di questa disciplina normativa può essere individuata la procedura del subappalto.

Di regola, in sede di offerta le imprese che intendono subappaltare i lavori debbono dichiarare le parti degli stessi che intendono affidare in sede di appalto, comprese le categorie che sono affidabili per legge (con riferimento a tali ultime categorie, peraltro, non vi è un obbligo specifico).

Successivamente all'aggiudicazione dei lavori e nel corso dei lavori stessi, l'impresa che ha chiesto di subappaltare i lavori deve chiedere l'autorizzazione alla stazione appaltante, corredando la richiesta con l'indicazione del soggetto a cui intende subappaltare i lavori medesimi e con uno schema di contratto di subappalto che rispetti tutte le prescrizioni dell'art. 18.

Il deposito, oltre che dello schema del contratto, deve essere corredato dalla documentazione attestante il possesso da parte del subappaltatore di tutti i

Sezione Terza

requisiti generali e speciali per partecipare all'appalto, quali richiesti dalla normativa della legge quadro per l'esecuzione dei lavori pubblici.

Dalla data di ricevimento della predetta istanza decorre il termine di trenta giorni per il rilascio dell'autorizzazione, che è da considerare assentita se in esso termine l'amministrazione non provvede al diniego dell'autorizzazione stessa.

Un successivo adempimento autonomo è quello del deposito del contratto di subappalto, una volta stipulato, presso la stazione appaltante.

Il termine di 20 giorni deve decorrere prima dell'inizio dei lavori ed è inteso ad assegnare all'amministrazione un ulteriore *spatium deliberandi* per la verifica del contratto stipulato e comporta un divieto per l'appaltatore di consentire l'effettivo inizio dell'esecuzione delle relative lavorazioni da parte del subappaltatore.

Questa procedura, seguita in via ordinaria, non esclude — in mancanza di divieto normativo in proposito — che possa essere depositato, all'atto della richiesta di autorizzazione, non lo schema, ma il contratto di subappalto stipulato. In tal caso il termine di 30 giorni anzidetto copre sia lo spazio lasciato all'amministrazione per concedere o negare l'autorizzazione sia il termine di 20 giorni prescritto come attesa prima dell'inizio dell'esecuzione dei lavori.

Nel caso di subappalto senza autorizzazione dell'amministrazione appaltante, gli effetti sono chiaramente indicati per legge. A parte l'obbligo di denuncia al magistrato penale, ove ricorrano gli estremi relativi, è rimesso alla valutazione discrezionale dell'amministrazione l'avvalersi delle facoltà che la legge le assegna: far valere l'invalidità del contratto e chiederne la risoluzione, a seguito di una ponderata valutazione degli interessi dell'amministrazione stessa.

In ordine, infine, alla possibilità di autorizzazione a sanatoria, va considerato che la funzione della norma a contenuto di prevenzione, come risulta dalla stessa intitolazione della legge, ed il principio che l'autorizzazione deve precedere l'attività e non seguirla, inducono a ritenere inammissibile la sanatoria stessa, salva l'adozione di provvedimenti per la definizione dei rapporti patrimoniali, ancorché si debba ritenere che gli stessi intercorrono, in via principale, tra l'appaltatore ed il subappaltatore.

**Incarichi affidati a dipendenti pubblici
da parte di Commissari straordinari per la protezione civile
implicanti compensi aggiuntivi
(Deliberazione del 5 aprile 2000)**

In data 16 febbraio 2000 è stata tenuta presso l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici un'audizione in merito all'affidamento di incarichi tecnici a dipendenti pubblici in deroga alle norme vigenti ed in presenza di specifica ordinanza di commissari straordinari per la protezione civile.

Al riguardo, dopo aver sentito le parti interessate, il Consiglio dell'Autorità ha assunto la seguente determinazione.

Premesso

Con nota del 24 novembre 1999, il segretario comunale di Castelfranci (Avellino) chiedeva l'avviso dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici in merito all'applicabilità dell'ordinanza n. 498, del 9 novembre 1999, del Presidente della regione Campania emanata nella qualità di commissario di governo delegato per il coordinamento della protezione civile. Con l'ordinanza indicata era stato, tra l'altro, disposto che il Comune potesse affidare l'incarico di direttore dei lavori relativi ad alcuni interventi di emergenza al responsabile del proprio ufficio tecnico, corrispondendo allo stesso l'onorario calcolato con riferimento alle tariffe professionali.

Analogo quesito veniva formulato, con nota del 13 dicembre 1999, dal Provveditore alle opere pubbliche per la regione Puglia, con riferimento ad ordinanza emessa dal prefetto di Bari nella qualità di delegato per gli interventi necessari per fronteggiare la situazione di emergenza socio-economico-ambientale determinatasi nella regione medesima.

Considerato

Con riferimento alla questione prospettata, va rilevato che, a norma di quanto disposto dagli articoli 17, comma 1, e 27 della legge 11 febbraio 1994, n.109 e successive modificazioni, le prestazioni relative, tra l'altro, alla direzione dei lavori vanno espletate, innanzitutto, «dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti», ovvero «dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi per legge». Ed al riguardo, come precisato nell'atto di regolazione n. 6 in data 8 novembre 1999 di questa Autorità, è da ritenere che l'attività degli addetti a tali uffici sia da considerare resa nell'espletamento dei doveri del proprio servizio. Sicché, a norma del disposto di cui al successivo articolo 18, comma 1, della stessa legge n. 109/94, la prestazione va retribuita con la sola partecipazione al riparto del compenso incentivante, da contenersi complessivamente nel limite di 1,5% dell'importo posto a base di gara.

Sezione Terza

Al contrario, nel caso prospettato dal comune di Castelfranci, il richiamo contenuto nell'ordinanza n. 498, del 9 novembre 1999, del Presidente della regione Campania, alla precedente sua ordinanza n. 43, del 12 gennaio 1998, implica che alla retribuzione del direttore dei lavori, pur essendo lo stesso un dipendente dell'ufficio tecnico comunale, si dovesse provvedere sulla base delle tariffe professionali. Ed al medesimo risultato si potrebbe pervenire con riguardo all'ipotesi concernente il Prefetto di Bari - delegato dal Presidente del consiglio dei ministri con ordinanza in data 8 novembre 1994 ad attivare e realizzare gli interventi necessari per fronteggiare la situazione di emergenza socio-economico-ambientale determinatasi nella regione Puglia - il quale ha provveduto a conferire incarichi tecnici a funzionari, ingegneri ed architetti del locale Provveditorato alle opere pubbliche con deroga, tra l'altro, alle procedure di comando, distacco ed autorizzazione ed alle norme ordinarie in materia di «orario di servizio».

Va rilevato che, se è pur vero che le determinazioni commissariali in esame sono state adottate sulla base di una potestà di ordinanza che consente di derogare alle ordinarie disposizioni vigenti, è altrettanto vero, tuttavia, che l'esercizio di tale potestà di deroga è da ritenere precluso con riferimento ai principi generali dell'ordinamento. Con particolare riferimento alla protezione civile, è inoltre richiesta la necessità di una specifica motivazione e di una puntuale indicazione delle norme cui si intende derogare.

Ne consegue che, già per un profilo meramente formale, le due indicate ordinanze commissariali non possono essere assunte a presupposto per procedere alla liquidazione del corrispettivo ai dipendenti pubblici incaricati della direzione dei lavori sulla base delle tariffe professionali: quella del Presidente della regione Campania perché priva del tutto di motivazione sul punto e di indicazione della normativa cui si intendeva derogare; quella, invece, del Prefetto di Bari per la genericità dell'indicazione relativa alla deroga «alle norme ordinarie di servizio», che non sembra ricomprendere anche la deroga alle modalità di determinazione del corrispettivo dovuto al pubblico dipendente.

In ogni caso, anche a voler ritenere sussistente la volontà di deroga alle norme vigenti, la prescrizione contenuta nelle indicate ordinanze e relativa alla retribuzione degli incarichi tecnici, conferiti a dipendenti di pubbliche amministrazioni diverse da quella commissariale, sulla base delle tariffe professionali, non appare giustificata nemmeno con riferimento alla coerente ed astratta giustificabilità della prescrizione stessa; non sembra infatti che al ricorso al personale di altre amministrazioni, dovuto ad insufficienza di organico della struttura commissariale, dovesse automaticamente conseguire l'ulteriore effetto del pagamento della prestazione sulla base della tariffa professionale e non già - come normalmente avviene per i dipendenti pubblici - con la partecipazione alla sola prevista e specifica incentivazione. Né rileva, poi, ai fini della determinazione del compenso dovuto, la circostanza più volte richiamata che i tecnici incaricati fossero dipendenti di un'amministrazione diversa da quella appaltante e di cui quest'ultima aveva inteso avvalersi. Anche in tal caso, infatti, come è dato evincere dalla determinazione n. 7 del 17 febbraio 2000, la prestazione del dipendente è da considerare come riferibile all'amministrazione di appartenenza e deve essere ritenuta, quindi, resa nell'ordinario espletamento dei doveri di ufficio,

Determinazioni

con diritto pertanto al solo compenso incentivante. Né poi, nel caso esaminato, appare ipotizzabile un conferimento di incarico ad un dipendente a tempo parziale al di fuori dell'orario di servizio, considerando la prestazione dallo stesso resa come afferente all'esercizio della libera professione da parte sua. Il conferimento di un incarico tecnico a titolo professionale ad un dipendente *part-time* presuppone che si tratti, infatti, di un incarico esterno, il che non è configurabile nei casi esaminati, in cui il commissario straordinario ha ritenuto di avvalersi della struttura tecnica di altra amministrazione pubblica che, pertanto, era la destinataria dell'incarico ed alla quale conseguentemente non era consentito, per la concreta esplicazione dell'incarico stesso, affidarlo a titolo professionale ad un proprio dipendente, sia pure con rapporto di lavoro a tempo parziale.

**Divieto di partecipazione alla medesima gara
di imprese che si trovino fra di loro
in una delle situazioni di controllo
di cui all'articolo 2359 del codice civile
(Deliberazione del 7 aprile 2000)**

Il Comune di Agazzano (Piacenza) ha comunicato, con una nota in data 19 ottobre 1999, di aver riscontrato alcune irregolarità nel corso di una procedura di gara, esperita dall'ente stesso con pubblico incanto. Nel bando era stata inserita la clausola che richiedeva ai concorrenti di attestare di non trovarsi, con altri partecipanti, in situazioni di controllo e/o collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c. e di non avere in comune titolari, amministratori o procuratori con poteri di rappresentanza. Entro i termini sono pervenute le offerte, in seguito valutate; all'esito delle operazioni di gara si è proceduto all'aggiudicazione provvisoria e la commissione si è riservata di procedere a verifiche e controlli.

Dalle indagini svolte dalla stazione appaltante sono emersi elementi tali da far ritenere che, tra alcuni dei partecipanti, potesse essersi concretizzata una situazione atta ad alterare i risultati della procedura che, pertanto, è stata sospesa e gli atti relativi sono stati inoltrati all'Autorità, affinché quest'ultima, ai sensi dell'art. 4, comma 4, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, potesse espletare il controllo sulla regolarità delle procedure di gara.

La ricostruzione dell'intreccio societario, a prescindere dalla qualificazione come controllo e collegamento, è stata effettuata tenendo conto della relazione fornita dalla Guardia di finanza, della documentazione fornita dai soggetti interessati, nonché delle risultanze dell'audizione tenutasi presso l'Autorità in data 26 gennaio 2000, alla quale hanno preso parte i rappresentanti del Comune e delle imprese.

Nel caso specifico, il primo elemento che, pur rivestendo carattere difficilmente probante, concorre a dimostrare una relazione tra le società partecipanti alla gara, è relativo alla comunanza di sedi, siano esse principali o secondarie, il che trova conferma negli atti depositati presso questa Autorità.

Il secondo elemento, riscontrato nei verbali della commissione di gara, è la progressività del numero delle raccomandate spedite dalle tre imprese e contenenti le offerte.

Il terzo elemento è la presenza dell'amministratore unico e legale rappresentante di una quarta società del gruppo, non partecipante alla gara, nelle assemblee ordinarie di due delle società partecipanti, tenutesi entrambe il 30 aprile 1999. Quest'ultima affermazione trova conforto nella tabella allegata alla relazione della Guardia di finanza.

Tutto ciò premesso, va considerato che, ai fini di provare una qualsivoglia ipotesi di controllo societario tra le tre società che hanno partecipato all'appalto, dalla relazione della Guardia di finanza risulta che né la Igeco,

Sezione Terza

né la G.C.S. posseggono partecipazioni in alcuna società e che la Cogni possiede partecipazioni in società comunque estranee a quelle in questione.

In una memoria per il Comune di Agazzano si è sostenuta la sussistenza del controllo societario in base alla situazione di partecipazione sociale indiretta che lega tra loro non tanto le tre società partecipanti alla gara, quanto le stesse con altre del gruppo.

Il chiaro disposto dell'art. 2359, comma 1, c.c. porta invece ad escludere che ricorrano le situazioni previste dalla norma stessa sia per l'ipotesi del punto 1 sia per quella del punto 2; per quanto riguarda quelle di cui al punto 3, dai documenti esaminati non si evince la presenza di vincoli contrattuali che possano far supporre l'influenza dominante esercitata da una delle tre società sulle altre.

Ad ulteriore riprova dell'inesistenza di una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., si ricorda la tesi cui ha fatto riferimento la difesa della società: in base al tenore letterale del disposto di cui all'art. 10, comma 1 *bis*, della legge n. 109/94 e successive modifiche ed integrazioni, il divieto di partecipazione alla medesima gara contenuto nella norma è relativo esclusivamente al caso di società che si trovino tra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c.

Per le società in questione cioè non ricorrerebbero ipotesi di reciproco intreccio quanto alle partecipazioni, che, invece, esistono con altre società appartenenti al medesimo gruppo.

Che si tratti di un gruppo è fuor di dubbio, ma che le società dello stesso abbiano perso la loro individualità gestionale ed acquisito quella di un unico centro decisionale nella determinazione della volontà sociale è una circostanza che non risulta provata nella ricostruzione appena formulata e tendente a dimostrare l'inesistenza delle fattispecie di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. Né può avere rilievo la ricorrenza di situazioni di controllo da parte di altre società del gruppo, non implicate nella gara di cui trattasi, secondo quanto dispone l'art. 10, comma 1 *bis*, della legge n. 109/94.

Occorre ora verificare se, nel caso che ci occupa, si sia in presenza di una situazione di collegamento come definita dall'art. 2359 c.c., comma 3, in quanto a questa situazione si riferisce, con effetti ostativi alla partecipazione, il bando che è 'legge della gara' e che non risulta sia stato impugnato.

La norma del codice civile ora citata non appare di facile lettura, in quanto prende come riferimento per la definizione del collegamento societario il concetto, elastico, di influenza notevole. Di detta influenza deve essere offerta dimostrazione al di fuori delle ipotesi in cui la norma la presume e cioè quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa. Ma la realtà delle partecipazioni societarie, indicata in precedenza, rende non configurabile nel caso in esame questa situazione e, dunque, non si ravvisa l'ipotesi del collegamento presunto.

Per quanto riguarda, invece, le altre ipotesi di influenza notevole, quali individuate dall'elaborazione della giurisprudenza in materia, si deve ritenere che questa situazione ricorra tra le società partecipanti alla gara di cui trattasi.

Dalle indagini svolte dalla Guardia di finanza emerge un elemento idoneo a far ritenere esistente un collegamento tra le suddette imprese e che ri-

Determinazioni

guarda la compagine sociale di ciascuna delle tre società partecipanti: in tutte si evidenzia la presenza, a vario titolo, di componenti della famiglia Cogni.

Appare evidente, allora, come un intreccio di organi amministrativi nonché di rappresentanza e tecnici si sia concretizzato tra le imprese in questione. Non ignora l'Autorità che la giurisprudenza del Consiglio di Stato (nella recente pronuncia della Sez. IV, 12 gennaio 1999, n. 16) ha ritenuto che una ipotesi di collegamento societario, definita ai sensi dell'art. 2359 c.c., non è di per sé idonea a concretizzare effetti distorsivi e pertanto atti ad inficiare il buon esito di una procedura di gara. Ciò in quanto, in presenza di un gruppo, le società che di esso fanno parte mantengono la piena indipendenza ed autonomia sul piano giuridico. Il gruppo non implica di per sé il formarsi di una soggettività distinta, soggettività che permane in capo a ciascuna impresa.

Tuttavia, a parte il fatto se sia determinante la clausola del bando che ha assegnato all'intreccio di organi della società — come dato obiettivo — la qualità di situazione idonea ad influire sul risultato della procedura di gara, è la realtà degli accertamenti che rende coerente la valutazione fatta dall'amministrazione e ciò in conformità al consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui è ammissibile l'esclusione dalle gare nell'ipotesi di offerte di più imprese riconducibili ad un medesimo centro decisionale che alteri la trasparenza e la *par condicio* tra i concorrenti.

Nel caso di specie, cioè, a consentire l'adozione del provvedimento di esclusione non è il collegamento in sé, come categoria generale di cui all'art. 2359 c.c. ed a cui il Comune si è richiamato nel bando di gara, che legittima l'esclusione, bensì la valutazione della potenziale incidenza delle esposte situazioni di fatto.