

Determinazioni

fronto a coppie), previsti dall'abrogato DPCM 27 febbraio 1997, n. 116, indicando nel bando tali metodi con riferimento agli allegati A (*metodo del confronto a coppie*) e B (*metodo aggregativo-compensatore*) al DPR n. 554/1999, nonché quelli previsti dal DPR n. 554/1999, con l'estendere cioè le regole stabilite per le gare di importo compreso tra \square 40.000 e la soglia comunitaria alle gare di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

Provvedimenti in autotutela
Determinazione del 10 luglio 2002
(G.U. n. 206 del 3 settembre 2002)

Premesso

È stata più volte sottoposta all'attenzione dell'Autorità la problematica di carattere generale inerente all'eventualità, per la stazione appaltante, di riconsiderare la graduatoria di gara qualora vengano in evidenza elementi che inducano a ritenere viziato l'atto sul quale si è fondata l'elaborazione della graduatoria stessa.

Ritenuto in diritto

Nelle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici vige il principio dell'autotutela decisoria, che consente all'amministrazione di riesaminare, annullare e rettificare gli atti invalidi. Il complesso delle regole sull'autotutela ha portata generale ed è espressione tipica del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica. L'autotutela decisoria, successiva alla conclusione del procedimento, è subordinata: *a)* all'obbligo di motivazione; *b)* alla presenza di concrete ragioni di pubblico interesse, non riducibili alla mera esigenza del ripristino della legalità; *c)* alla valutazione dell'affidamento delle parti private destinatarie del provvedimento oggetto di riesame, tenendo conto del tempo trascorso dalla sua adozione; *d)* al rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale; *e)* all'adeguata istruttoria. Sulla base di giurisprudenza costante, pertanto, l'amministrazione appaltante può revocare d'ufficio o non approvare l'aggiudicazione con atto successivo adeguatamente motivato mediante il richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico; essa, infatti, una volta indetta una procedura di gara, non è vincolata a concluderla con l'aggiudicazione del contratto, se a ciò si oppongono gravi motivi di ordine pubblico. Peraltro, dopo l'approvazione dell'aggiudicazione, l'eventuale valutazione successiva della legittimità del procedimento spetta unicamente al competente organo di amministrazione attiva, responsabile del pertinente settore di attività contrattuale, e non alla commissione di gara, che ha esaurito la propria funzione.

In caso di aggiudicazione provvisoria di un contratto, dunque, l'amministrazione, in base al principio costituzionale di buon andamento e con l'obbligo di dare esplicita e puntuale contezza del potere esercitato, può riaprire la gara al fine di riammettere imprese illegittimamente escluse e, in generale, riesaminare gli atti adottati, se ciò risulta opportuno a seguito di circostanze sopravvenute o sulla base di un diverso apprezzamento della situazione preesistente.

La giurisprudenza ha peraltro ritenuto che l'illegittimità della procedura di gara giustifica l'esercizio del potere di autotutela nel caso in cui l'aggiudicazione sia stata determinata sulla base di vizi inerenti alla procedura di gara

Sezione Quarta

che doveva essere espletata, assicurando il puntuale rispetto della concorrenza tra imprese e la *par condicio* delle stesse, occorrendo peraltro che vengano individuati da parte della stazione appaltante tutti gli interessi pubblici attuali, distinti dal mero interesse al ripristino della situazione di legittimità che giustifica la rimozione dell'atto viziato.

Fra gli elementi che devono formare oggetto della valutazione da parte della stazione appaltante vi è quello che attiene all'economicità dell'azione amministrativa, che potrebbe venir meno nel caso si disponesse una revoca quando i lavori sono in una fase di esecuzione avanzata, tale da far ritenere non conveniente sotto detto profilo lo scioglimento del contratto.

Appare inoltre necessario sottolineare, in materia di adozione di atti in autotutela, che è sempre consentito anche alla commissione giudicatrice di rivedere il proprio operato correggendo gli errori in cui sia eventualmente incorsa, fin quando essa non perde la disponibilità degli atti di gara, a seguito della loro trasmissione all'organo competente ad approvarli. Detta facoltà, infatti, che sotto lo speculare profilo del buon andamento dell'azione amministrativa è configurabile altresì come dovere, è espressione del potere di autotutela spettante alla pubblica amministrazione ed a ciascuno dei suoi organi, compresi quelli straordinari, quali, appunto, le commissioni preposte alle procedure di evidenza pubblica.

Peraltro è da ritenersi che, stante l'esistenza in capo all'appaltatore di un diritto soggettivo derivante dalla stipula del contratto, la revoca e lo scioglimento dello stesso contratto in sede di autotutela da parte dell'amministrazione dipendono dalla esatta individuazione e valutazione da parte della stazione appaltante di interessi pubblici attuali, distinti dal mero interesse al ripristino della situazione di mera legittimità. Da ciò deriva che gli organi competenti devono porre particolare attenzione nel valutare la rilevanza del pubblico interesse ed evitare, in particolare, che l'attività di riesame in sede di autotutela sia funzionale a finalità diverse, come quella di incidere sul procedimento per determinare un diverso aggiudicatario.

Sulla base delle considerazioni svolte, pertanto, si ritiene che resta in capo alla stazione appaltante il potere/dovere dell'adozione di provvedimenti in autotutela ove, in qualunque momento nel corso di una procedura ad evidenza pubblica, vengano in evidenza vizi determinanti per l'individuazione del contraente, fermi restando tuttavia quegli elementi in principio indicati, cui l'adozione di provvedimenti in autotutela per la rettifica di atti invalidi è subordinata.

**Affidamento di progettazione e direzione dei lavori
di interventi finanziati con fondi comunitari**

Determinazione del 24 luglio 2002

(G.U. n. 206 del 3 settembre 2002)

Considerato in fatto e diritto

L'Autorità, nell'espletamento dei compiti ad essa demandati dalla legge 11 febbraio 1994 n. 109, ha avuto modo di accertare che si va diffondendo tra le stazioni appaltanti la prassi del ricorso ad affidamenti diretti di servizi attinenti all'ingegneria ed all'architettura pur in carenza dei presupposti di legge, prassi che è da considerarsi distorsiva del libero mercato. Tali affidamenti avvengono con una certa frequenza a seguito di inserimenti di interventi di varia natura e tipologia in programmi di finanziamento utilizzando fondi comunitari, che impongono, qualora non portati a tempestiva conoscenza delle stazioni appaltanti, tempi del procedimento non sempre compatibili con quelli tecnici inerenti la progettazione esecutiva e l'appalto delle relative opere.

L'affidamento dei servizi in questione a trattativa privata viene giustificata in dipendenza dell'urgenza determinatasi a seguito della comunicazione dell'inserimento anzidetto inviata alla stazione appaltante con la prescrizione di un termine molto breve per inoltrare, pena la perdita del finanziamento stesso, gli elaborati tecnico-amministrativi atti a rendere l'opera cantierabile e, di conseguenza, istruibile per la successiva valutazione della competente commissione tecnica dell'ente finanziatore.

Di qui il comportamento delle stazioni appaltanti che, per non perdere il finanziamento, con le sue ricadute anche a livello occupazionale, deroga alle norme per l'affidamento formale dell'incarico di progettazione e commissiona direttamente il progetto esecutivo dei lavori.

Questa situazione si determina spesso perché l'esigenza della realizzazione dell'intervento è rappresentata in maniera informale all'ente finanziatore e questo, sempre in maniera informale, dà assicurazione del finanziamento e propone e conferma gli interventi da finanziare senza azione di verifica sull'effettiva cantierabilità degli stessi.

Sulla base di tali circostanze è comprensibile quanto, in concreto, si verifica. Le stazioni appaltanti, al fine di non perdere l'opportunità presentatasi, pur in carenza dei previsti presupposti di legge, operano in difformità di quanto indicato all'articolo 17, comma 12, della legge quadro e dei correlati articoli del regolamento attuativo e provvedono ad acquisire la progettazione esecutiva degli interventi suscettibili di finanziamento nei ristretti tempi concessi dal procedimento di finanziamento in essere. Il tutto viene giustificato con l'urgenza. Ma, in questi casi, l'urgenza deve essere considerata come "indotta", in quanto deriva da precedenti comportamenti non conformi ai principi di legalità.

Sezione Quarta

Occorre, inoltre, tenere presente che tale modalità operativa determina il mancato rispetto del principio della libera concorrenza tra gli operatori e, di conseguenza, può comportare eventuali problemi in sede di esame da parte della Commissione Europea ai fini della concessione del finanziamento.

In base a quanto sopra considerato, si rileva:

- a) l'urgenza rappresentata dalle stazioni appaltanti in ordine ad affidamenti fiduciari di servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, eventualmente connessa a situazioni riconducibili a quella in esame, non può ritenersi giustificativa del comportamento derogatorio della norma;
- b) sussiste l'esigenza che gli enti finanziatori preposti al settore perfezionino la propria azione di controllo sullo stato delle progettazioni degli interventi finanziati con fondi comunitari;
- c) attuino tutte le iniziative atte a disincentivare il ricorso a procedure di "urgenza" nell'affidamento dei servizi e dei connessi lavori.

**Criteria che le stazioni appaltanti debbono seguire
nei casi di annullamento dell'attestazione di qualificazione
o di ridimensionamento delle categorie
e/o classifiche di qualificazione nonché nel caso di applicazione
dell'art. 75, co. 1, lett. h), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554**

Determinazione del 30 luglio 2002

(G.U. n. 205 del 2 settembre 2002)

Considerato in fatto

Sono stati richiesti da numerose stazioni appaltanti chiarimenti in ordine ai comportamenti da adottare nel caso in cui ad una gara per l'affidamento di un appalto o di una concessione di lavori pubblici partecipi un'impresa nei cui confronti l'Autorità abbia emanato provvedimento di annullamento dell'attestazione di qualificazione (d'ora innanzi: attestazione S.O.A.) o di ridimensionamento delle categorie e/o classifiche di qualificazione e nei casi in cui siano da applicare le disposizioni di cui all'articolo 75, comma 1, ed in particolare quella di cui alla lettera h), del DPR 21 dicembre 1999, n. 554.

In particolare:

- a) il Comune di San Gregorio di Catania ha sospeso una procedura di pubblico incanto, poiché alla stessa ha presentato offerta un'A.T.I. in cui partecipa un'impresa alla quale l'Autorità ha annullato l'attestazione S.O.A.;
- b) la ANIEM di Sicilia segnala che il Comune di Paternò ha aggiudicato un pubblico incanto in cui ha partecipato la medesima impresa di cui sopra e che l'offerta di quest'ultima ha contribuito a determinare la media per calcolare la soglia di anomalia; si chiede dunque se sia necessario annullare la gara;
- c) la RFI - Rete Ferroviaria Italiana ha aggiudicato un appalto in favore della stessa impresa cui l'Autorità ha annullato l'attestazione S.O.A., per il quale non è stato ancora sottoscritto il verbale di cui all'articolo 71, comma 3, del DPR n. 554/1999 (attestante il permanere delle condizioni che consentono all'impresa di eseguire i lavori prima di sottoscrivere il contratto), né sono stati consegnati i lavori;
- d) il Comune di Aci Catena, infine, ha aggiudicato un appalto ad un'impresa alla quale è stata annullata l'attestazione, stipulando anche il relativo contratto; avendo appreso dell'annullamento durante l'esecuzione dei lavori, chiede se debba procedere alla risoluzione del contratto.

Considerato in diritto

A) In via preliminare, è opportuno considerare che l'attestazione S.O.A. è da ritenersi rilasciata in difetto dei necessari presupposti, ove l'impresa abbia reso alla S.O.A. false dichiarazioni oppure abbia presentato alla S.O.A. documenti, quali per esempio certificati di esecuzione dei lavori, che non

Sezione Quarta

abbiano trovato sostanziale corrispondenza in atti o attestazioni di pubbliche amministrazioni.

Nel potere di vigilanza e controllo dell'Autorità sul sistema di qualificazione previsto dall'articolo 4, comma 4, lettera *i*), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni nonché dagli articoli 14 e 16 del DPR 25 gennaio 2000, n. 34, rientra anche il potere dell'Autorità di controllare la validità delle attestazioni S.O.A. e, di conseguenza, di annullare o ridimensionare quelle per le quali venga in evidenza che siano state rilasciate in mancanza dei necessari presupposti.

Dal provvedimento di annullamento o ridimensionamento dell'attestazione S.O.A. consegue (art. 27 DPR n. 34/2000) l'inserimento nel casellario informatico delle imprese dell'informazione relativa alla sopraggiunta perdita di validità o al ridimensionamento dell'attestazione, con effetti di pubblicità *erga omnes* ed indipendentemente dagli atti che potrà o dovrà assumere la S.O.A. che ha rilasciato l'attestazione in difetto dei necessari presupposti.

Nella determinazione 16/23 del 5 dicembre 2001 (parte II, lettera H), l'Autorità ha ritenuto, sulla base di un'interpretazione logico-sistematica delle due disposizioni regolanti le condizioni che impediscono il conseguimento dell'attestazione di qualificazione e le condizioni che precludono la partecipazione alle gare e la stipula dei relativi contratti — ossia, rispettivamente, dell'articolo 17, comma 1, lettera *m*), del DPR n. 34/2000 e dell'art. 75, comma 1, lettera *h*), del DPR n. 554/1999 — che il termine annuale previsto dalla seconda disposizione (art. 75) è operante anche per l'altra (art. 17).

Pertanto, in caso dell'annullamento dell'attestazione S.O.A., il provvedimento comporta, oltre al divieto di partecipazione alle gare per un anno dalla data del provvedimento dell'Autorità, anche il divieto per l'impresa, titolare dell'attestazione annullata, di stipulare un nuovo contratto di attestazione prima del decorrere di un anno dalla suddetta data, e tale prescrizione deve essere inserita fra le informazioni del casellario informatico delle imprese.

È inoltre evidente che il divieto di partecipare alle gare, che consegue dall'annullamento dell'attestazione S.O.A., in virtù della regola generale contenuta nell'articolo 75, lettera *h*), del DPR n. 554/1999, ha un ambito che prescinde dall'importo dell'appalto; ne consegue che nell'anno successivo al provvedimento dell'Autorità l'impresa non può partecipare neanche a gare d'appalto di importo inferiore a € 150.000 pur se, per le stesse, non è richiesto il possesso dell'attestazione S.O.A.

Nella determinazione n. 10 del 29 maggio 2002 l'Autorità — premesso che in base al disposto dell'articolo 75, comma 1, lettera *h*), del DPR n. 554/1999, tra le ipotesi che precludono la partecipazione alle gare d'appalto vi è quella relativa al fatto di avere, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici — ha ritenuto che è suo compito, ricevuta dalla stazione appaltante la segnalazione del provvedimento di esclusione dell'impresa dalla gara per il ricorrere dell'ipotesi di cui al menzionato articolo 75, comma 1, lettera *h*), emanare il proprio provvedimento sanzionatorio ed inserire nel casellario informatico delle imprese il

Determinazioni

divieto per un anno per l'impresa medesima di partecipare alle gare di appalto o di concessione di lavori pubblici indette da qualsiasi stazione appaltante.

Per quanto concerne la decorrenza del detto anno, il *dies a quo* si rinviene nel momento in cui si faccia uso della falsa dichiarazione in sede di gara e cioè quando viene accertata la falsità della dichiarazione in seguito alla cosiddetta verifica a campione o al verificarsi della posizione di primo o secondo aggiudicatario. Nel caso di falso successivamente e comunque accertato il detto *dies a quo* coincide, invece, con il momento della scoperta del falso. In tal senso sono da intendere le indicazioni sulla data di decorrenza del divieto riportate nelle citate determinazioni 16/23 del 2001 e 10 del 2002 (rispettivamente parte II, lettera H, e lettera c del disposto).

Va infine considerato che le conseguenze sopra precisate nel caso di annullamento dell'attestazione S.O.A. si verificano anche ove l'Autorità adotti i provvedimenti ex articolo 75, comma 1, DPR n. 554/1999 e articolo 27 del DPR n. 34/2000 quali prescritti nelle citate determinazioni 16/23 del 2001 e 10 del 2002 e di seguito ulteriormente chiariti.

B) In entrambe le ipotesi ora dette (annullamento dell'attestazione S.O.A. o dell'adozione di provvedimenti da parte dell'Autorità ex articolo 75, comma 1, del DPR n. 554/1999) gli effetti sono diversi a seconda delle fasi in cui si trova la procedura di affidamento e la successiva realizzazione dell'opera, e cioè:

- 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.

Preliminare all'esame delle conseguenze nell'anzidette ipotesi è la precisazione che l'annullamento dell'attestazione S.O.A. produce effetto se l'aggiudicazione è avvenuta a favore di un concorrente che abbia utilizzato l'attestazione S.O.A. e se altro concorrente non aggiudicatario abbia partecipato alla gara utilizzando l'attestazione S.O.A.

C) Quanto ai singoli casi sopra elencati, si precisa quanto segue.

Nei casi di cui alle lettere a) (prima che venga indetta una gara per l'affidamento di un appalto o di una concessione di lavori pubblici) e 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), risulta pacifico che l'impresa non potrà partecipare alla gara. Nel caso di cui alla lettera c) (dopo che sia scaduto il termine per la presentazione delle offerte, ma prima dell'aggiudicazione), le stazioni appaltanti, avendo avuto notizia, mediante la consultazione del casellario informatico

Sezione Quarta

delle imprese di cui all'articolo 27 del DPR n. 34/2000, dell'intervenuto annullamento dell'attestazione S.O.A., o del verificarsi di uno dei casi di cui all'articolo 75, comma 1, del DPR n. 554/1999, dovranno procedere all'esclusione del concorrente dalla gara.

Si aggiunga che nell'ipotesi in cui il ribasso offerto dall'impresa alla quale sia stata annullata l'attestazione o per la quale sia venuta in evidenza una delle condizioni di cui all'articolo 75, comma 1, del DPR n. 554/1999, abbia già contribuito a formare la media per il calcolo della soglia di anomalia (secondo le disposizioni dell'art. 21, co. 1-bis, l. n. 109/1994), le stazioni appaltanti devono calcolare la nuova soglia e procedere ad aggiudicare l'appalto al concorrente che abbia presentato la migliore offerta non anomala, o al concorrente che abbia presentato la migliore offerta ritenuta congrua, secondo quanto precisato dall'Autorità nella determinazione n. 4 del 26 ottobre 1999.

In questi casi si concreta una situazione pratica analoga a quella prevista dall'articolo 10, comma 1-*quater*, della legge 11 febbraio 1994, n.109 e successive modificazioni. Com'è noto, la cosiddetta verifica a campione, disciplinata dalla norma suddetta, si applica ora alle sole gare di appalto al di sotto di \square 150.000 ed al di sopra di \square 20.658.276; ma per quelle di importo compreso fra tali valori il fatto che l'attestazione S.O.A. sia prova dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici (art. 1, co. 3, DPR n. 34/2000) non esclude che il concorrente cui venga annullata l'attestazione S.O.A. risulterà in gara sprovvisto della prova del possesso degli anzidetti requisiti indispensabili per la partecipazione alla gara e da questo punto di vista, dunque, trovarsi in una situazione analoga a quella di un concorrente sorteggiato con verifica a campione. Soprattutto, detta situazione legittima l'escussione della cauzione provvisoria che è intesa, come specificato dall'Autorità nella determinazione n. 15 del 30 marzo 2000, a svolgere una funzione di garanzia, non più in riferimento alla stipula del contratto, sebbene alla serietà ed affidabilità dell'offerta. Deve ritenersi anche sussistente l'obbligo di segnalazione del fatto all'Autorità, salvo le valutazioni di competenza in ordine alla praticabilità o meno, in questi casi, del procedimento per l'irrogazione di sanzioni.

Nel caso di cui alla lettera *d*) (annullamento dell'attestazione S.O.A. o venire in evidenza di una delle condizioni di cui all'articolo 75, comma 1, del DPR n. 554/1999 dopo l'aggiudicazione ma prima della stipula del contratto) occorre distinguere a seconda che l'attestazione S.O.A. annullata sia quella dello stesso aggiudicatario o di un altro concorrente non aggiudicatario.

Nel primo caso, il contratto non può essere stipulato e, di conseguenza, è anche impossibile sottoscrivere il verbale di cui all'articolo 71, comma 3, del DPR n. 554/1999, essendo venute meno, come detto, le condizioni che consentono di procedere alla stipula del contratto con l'aggiudicatario.

Pertanto le stazioni appaltanti, come nell'ipotesi precedenti e per le stesse ragioni, procederanno all'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione, all'esclusione dalla gara dell'aggiudicatario, all'escussione della relativa cauzione provvisoria, alla segnalazione all'Autorità per le valutazioni di sua competenza, alla determinazione della nuova soglia di anomalia e alla conseguente nuova aggiudicazione. Un'eventuale aggiudicazione al

Determinazioni

secondo classificato, infatti, non sarebbe possibile, poiché per effetto dell'annullamento si ha una modifica del calcolo della soglia di anomalia. Nel secondo caso (annullamento dell'attestazione S.O.A. o venire in evidenza di una delle condizioni di cui all'articolo 75, comma 1, del DPR n. 554/1999 di un concorrente non aggiudicatario), occorrerà effettuare una prova di resistenza, ossia valutare se l'esclusione del ribasso offerto da quell'impresa dal calcolo della media utilizzata per la determinazione della soglia di anomalia comporti una diversa individuazione dell'aggiudicatario. In caso affermativo, si procederà ad una nuova aggiudicazione, con annullamento della precedente; in caso negativo, si confermerà la precedente aggiudicazione.

La stessa soluzione (prova di resistenza, eventuale rinnovazione dell'aggiudicazione) si ha nel caso di consegna anticipata dei lavori (art. 129, co. 1, DPR n. 554/1999), anche se i lavori, in quanto anticipatamente consegnati, sono in corso di esecuzione.

Quanto ai casi di cui alle lettere *e*) ed *f*) (annullamento dell'attestazione S.O.A. o venire in evidenza di una delle condizioni di cui all'articolo 75, comma 1, del DPR n. 554/1999 dopo la stipula del contratto ed eventualmente a lavori in corso), occorre ugualmente distinguere l'ipotesi in cui i fatti riguardino l'impresa aggiudicataria oppure un'altra impresa.

Nel primo caso, la stazione appaltante procederà all'annullamento dell'aggiudicazione ed a risolvere il contratto con l'impresa aggiudicataria (in giurisprudenza si ritiene che si debba parlare — piuttosto che di risoluzione del contratto — di nullità del medesimo, vedi T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177). Ciò in quanto l'annullamento dell'attestazione S.O.A. fa venir meno un presupposto essenziale per la stipula del contratto medesimo e per la esecuzione dei lavori (art. 75, co. 1, DPR n. 554/1999; art. 1, co. 2, DPR n. 34/2000). Si dovrà, quindi, procedere alla rinnovazione della procedura di gara senza che sia possibile il subentro del secondo classificato, stabilito in caso di risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'aggiudicatario (ove la stazione appaltante lo abbia previsto nel bando), in quanto l'annullamento dell'attestazione S.O.A. non è assimilabile ad una normale risoluzione del contratto per inadempimento. L'annullamento dell'attestazione S.O.A. fa sì che la gara deve ritenersi aggiudicata ad un soggetto sprovvisto dei necessari requisiti di partecipazione mentre la risoluzione per inadempimento si fonda sul successivo comportamento dell'impresa aggiudicataria in fase esecutiva; di qui la possibilità, ove la stazione appaltante lo abbia previsto nel bando, di interpellare il secondo classificato ai sensi dell'articolo 10, comma 1-ter, legge n. 109/1994.

Inoltre giova ripetere che se l'annullamento dell'aggiudicazione dipende, nel caso in esame, da ragioni tecnico-sostanziali, cioè dal mancato possesso dei requisiti necessari per garantire una corretta esecuzione dell'opera, è difficile ipotizzare un qualsiasi interesse pubblico a mantenere in vita l'aggiudicazione ad un'impresa che *ex post* risulti priva della professionalità necessaria per assicurare la realizzazione dell'opera in modo professionalmente corretto. In questo caso è riscontrabile la sussistenza *in re ipsa* dell'interesse pubblico all'annullamento, e risulta così soddisfatto anche il requisito dell'attuale, preciso e concreto interesse pubblico all'annullamento stes-

Sezione Quarta

so, non riconducibile alla mera esigenza di ripristino della legalità (Cons. St. sez. VI, 1° marzo 1996, n. 281, Cons. St. sez. IV, 11 febbraio 1999, n. 150; Cons. St. sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244; Cons. St. sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661; Cons. St. sez. V, 15 giugno 2001, n. 3176). La riapertura della procedura di aggiudicazione trova anche fondamento nel principio costituzionale di buon andamento, il quale autorizza anche il riesame degli atti già adottati, ove giustificato da circostanze sopravvenute (quale risulta, *prima facie*, l'annullamento dell'attestazione S.O.A.). L'obbligo di dare esplicita e puntuale motivazione del potere esercitato (Cons. St. sez. IV, 29 maggio 1998, n. 900) trova, nel riferimento alla situazione sostanziale precisata — mancato possesso dei requisiti necessari per garantire una corretta esecuzione dell'opera — il suo elemento sufficiente.

Nel secondo caso, invece, occorrerà effettuare la medesima prova di resistenza prima ricordata. In caso di esito positivo di tale prova (diversa individuazione dell'aggiudicatario), specie se i lavori siano già in corso, una eventuale risoluzione del contratto stipulato con l'iniziale aggiudicatario, appare difficilmente percorribile. La stazione appaltante, infatti, dovrà attentamente valutare i provvedimenti da adottare, tenendo conto delle molteplici esigenze in gioco, tra cui spiccano, indubbiamente, l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, ma anche il mantenimento dell'affidamento dell'impresa aggiudicataria (per la tutela dell'affidamento delle parti private: Cons. St. sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661; Cons. St. sez. V, 15 giugno 2001, n. 3176). Nessun problema si pone, invece, nel caso di esito negativo della prova di resistenza e nessun provvedimento sarà da assumere da parte della stazione appaltante.

D) Altro caso è quello in cui l'attestazione S.O.A. venga annullata solo parzialmente, ossia ridimensionata per categorie e/o classifiche. Questa ipotesi si verifica qualora le attestazioni siano state ritenute erronee, cioè quando l'Autorità ha rilevato che la S.O.A. non ha correttamente esercitato l'attività di attestazione secondo quanto prescritto dal DPR n. 34/2000 e dall'Autorità medesima. In tal caso possono essere adottate le medesime soluzioni di cui sopra, fatta salva l'ipotesi che l'attestazione anche dopo la modifica è idonea per i lavori da affidare o affidati.

E) Per quanto riguarda l'individuazione degli effetti dell'annullamento dell'attestazione S.O.A. o del venire in evidenza di una delle condizioni di cui all'articolo 75, comma 1, del DPR n. 554/1999 nel caso delle associazioni temporanee di imprese, il presupposto logico da cui occorre partire è che l'annullamento si fonda su di un fatto coincidente, in via sostanziale, con il difetto dei requisiti per la partecipazione alle gare, per stipulare il contratto e per eseguire i lavori, per cui la situazione risulta analoga a quella disciplinata dall'articolo 75 del DPR n. 554/1999, che appunto sul difetto sopravvenuto di taluni requisiti si fonda. Siccome l'articolo 94 del DPR n. 554/1999 stabilisce gli effetti del venir meno di taluni dei requisiti anzidetti, non vi è ragione per non far riferimento ai precetti in questo contenuti al fine di individuare i provvedimenti da adottare dalle stazioni appaltanti nell'ipotesi in esame.

Determinazioni

F) Un'ulteriore problematica concerne, poi, il caso delle gare d'appalto inferiori a € 150.000, per la partecipazione alle quali non è obbligatoria l'attestazione S.O.A. (le imprese possono infatti parteciparvi dimostrando il possesso dei requisiti di cui all'art. 28 DPR n. 34/2000). Qualora, però, le imprese siano attestate da una S.O.A. e vogliano avvalersi dell'attestazione in simili gare, la prova del possesso dei requisiti di carattere speciale è pur sempre fornita mediante l'esibizione dell'attestazione. Ne consegue che le soluzioni per il caso di annullamento di quest'ultima sono le stesse sopra illustrate.

Sulla base delle suesposte considerazioni, nei casi di annullamento dell'attestazione di qualificazione o di ridimensionamento delle categorie e/o classifiche di qualificazione nonché nel caso di applicazione dell'articolo 75, comma 1, del DPR 21 dicembre 1999, n. 554, le stazioni appaltanti devono tener conto dei seguenti criteri:

- a) qualora l'annullamento dell'attestazione S.O.A. oppure il venire in evidenza di un caso di applicazione dell'articolo 75, comma 1, del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 intervengano prima della pubblicazione del bando di gara per l'affidamento di un appalto o di una concessione di lavori pubblici, oppure dopo la pubblicazione del bando ma prima che scada il termine per la presentazione delle offerte, l'impresa non potrà partecipare alla gara;
- b) qualora l'annullamento dell'attestazione S.O.A. oppure il venire in evidenza di un caso di applicazione dell'articolo 75, comma 1, del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 intervengano dopo che sia scaduto il termine per la presentazione delle offerte ma prima dell'aggiudicazione, si esclude il concorrente dalla gara, si escute la relativa cauzione provvisoria e si segnala il fatto all'Autorità per le valutazioni di sua competenza;
- c) qualora l'offerta dell'impresa cui sia stata annullata l'attestazione S.O.A. o per la quale sia venuta in evidenza uno dei casi di applicazione dell'articolo 75, comma 1, del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 abbia già contribuito a determinare la media per il calcolo della soglia di anomalia, si procederà al calcolo della nuova soglia e si procederà ad aggiudicare l'appalto al concorrente che ha presentato la migliore offerta non anomala o al concorrente che abbia presentato la migliore offerta ritenuta congrua;
- d) qualora l'annullamento dell'attestazione S.O.A. oppure il venire in evidenza di uno dei casi di applicazione dell'articolo 75, comma 1, del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 intervengano dopo l'aggiudicazione ma prima della stipula del contratto:
 1. se si tratta dell'attestazione del concorrente-aggiudicatario, non si potrà sottoscrivere il verbale di cui all'articolo 71, comma 3, del DPR n. 554/1999 e si dovrà escludere dalla gara l'aggiudicatario nonché escutere la relativa cauzione provvisoria e segnalare il fatto all'Autorità per le valutazioni di sua competenza; verrà quindi determinata la nuova soglia di anomalia per procedere ad una nuova aggiudicazione;
 2. se si tratta dell'attestazione di un concorrente non aggiudicatario, occorrerà effettuare la cosiddetta prova di resistenza per valutare se l'e-

Sezione Quarta

sclusione del ribasso offerto da quell'impresa dal calcolo della media impiegata per la determinazione della soglia di anomalia comporti una diversa indicazione dell'aggiudicatario; in caso affermativo, si dovrà procedere ad una nuova aggiudicazione; in caso negativo, si confermerà la precedente aggiudicazione; la stessa soluzione (prova di resistenza, eventuale rinnovazione delle procedure) si seguirà nel caso di consegna anticipata dei lavori *ex* articolo 129, comma 1, DPR n. 554/1999, anche se i lavori, anticipatamente consegnati, siano già in corso;

- e) qualora l'annullamento dell'attestazione S.O.A. oppure il venire in evidenza di uno dei casi di applicazione dell'articolo 75, comma 1, del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 intervengano dopo la stipula del contratto ed eventualmente a lavori in corso:
1. se si tratta dell'attestazione dell'aggiudicatario, si dovrà annullare l'aggiudicazione e sciogliere il contratto con l'impresa esecutrice, rinnovando la procedura di gara;
 2. se si tratta dell'attestazione di un concorrente non aggiudicatario, si effettuerà la medesima prova di resistenza di cui sopra; in caso di esito positivo di tale prova (diversa individuazione dell'aggiudicatario), specie se i lavori siano già in corso, si valuteranno attentamente i provvedimenti da adottare, tenendo conto dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e dell'interesse al mantenimento dell'affidamento dell'impresa aggiudicataria;
- f) qualora l'attestazione S.O.A. venga ridimensionata per categorie e/o classifiche, si adotteranno le medesime soluzioni di cui ai precedenti punti, fatta salva l'ipotesi che l'attestazione anche dopo la modifica è idonea per i lavori da affidare o affidati;
- g) qualora in una gara d'appalto di importo inferiore a \square 150.000 l'impresa abbia speso in gara l'attestazione S.O.A. e questa sia stata annullata, si adotteranno le stesse soluzioni sopra illustrate;
- h) qualora in una gara d'appalto di importo inferiore a \square 150.000 venga in evidenza uno dei casi di applicazione dell'articolo 75, comma 1, del DPR 21 dicembre 1999, n. 554, si adotteranno le stesse soluzioni sopra illustrate;
- i) qualora l'annullamento dell'attestazione S.O.A. o il venire in evidenza di una delle condizioni di cui all'articolo 75, comma 1, del DPR n. 554/1999 riguardi la mandataria o una mandante di un'associazione temporanea di imprese, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 94 del DPR 21 dicembre 1999, n. 554.

**Procedure in deroga all'art. 17 della legge 11 febbraio 1994 n. 109
e s.m. in forza di ordinanze contingibili ed urgenti
in materia di protezione civile**
Determinazione del 30 luglio 2002
(G.U. n. 206 del 3 settembre 2002)

Premesso

Sono pervenute a questa Autorità alcune segnalazioni relative a presunte irregolarità commesse da alcune amministrazioni comunali in ordine all'affidamento di incarico di direzione lavori e responsabile di sicurezza per i lavori relativi agli interventi di sistemazione idrogeologica e geotecnica, diretti a fronteggiare i danni conseguenti agli eventi alluvionali ed ai dissesti idrogeologici che nel settembre 2000 hanno colpito il versante ionico delle province di Catanzaro, Cosenza, Crotone e Reggio Calabria.

Per porre in essere ogni utile intervento per fronteggiare le conseguenze degli eventi calamitosi della fascia ionica della Regione Calabria e ripristinare le infrastrutture, il Ministero dell'interno ha adottato, in data 12 settembre 2000, l'ordinanza n. 3081, che contempla una normativa in deroga a quella ordinaria per la realizzazione degli interventi da eseguirsi nelle zone interessate dall'alluvione: in particolare, l'articolo 4, comma 5, dell'ordinanza elenca le disposizioni vigenti in materia che possono essere derogate, tra le quali anche l'articolo 17 della 11 febbraio 1994, n.109 e s.m.

Con riferimento ai lavori in oggetto, alcune stazioni appaltanti, dopo avere affidato, nell'immediato seguito degli eventi alluvionali, l'incarico per la redazione di uno studio preliminare e per la redazione del progetto esecutivo a gruppi di progettisti esterni, successivamente (talora a distanza anche di due anni dall'alluvione) affidavano l'incarico di direzione lavori e responsabile della sicurezza per i lavori su indicati ad una pluralità di soggetti diversi da quelli già in precedenza incaricati della progettazione, in contrasto, ad avviso degli esponenti, con la regola di cui all'articolo 17, comma 14, della l. n.109/94 e s.m., secondo cui la direzione dei lavori va affidata con priorità al progettista incaricato, in carenza di personale tecnico dell'amministrazione.

Venivano, pertanto, prospettate due questioni: la prima relativa alla vigenza, con riferimento ai lavori in oggetto, dei criteri di cui all'ordinanza 3081/2000 e, dunque, alla perdurante operatività della deroga espressa all'articolo 17 della l. n. 109/94 e s.m., atteso il decorso di due anni tra l'adozione dell'ordinanza e la delibera di affidamento della direzione lavori; la seconda relativa all'applicabilità della deroga medesima all'articolo 27 della stessa legge quadro, il quale non risulta espressamente derogato dall'ordinanza di cui si tratta.

Considerato

I problemi interpretativi di cui agli indicati quesiti si ricollegano, in primo luogo, alla questione concernente la natura giuridica dell'ordinanza n.

Sezione Quarta

3081/2000. Tale provvedimento trova i suoi presupposti nell'urgenza di «porre in essere ogni utile intervento per favorire il ritorno alle normali condizioni di vita delle popolazioni interessate, la ripresa delle attività produttive e il ripristino delle infrastrutture» e contempla, all'articolo 4, la possibilità per i «soggetti attuatori», nel caso di impossibilità dell'utilizzazione delle strutture pubbliche, di «affidare la progettazione degli interventi ricompresi nel piano anche a liberi professionisti avvalendosi, ove occorra, delle deroghe di cui al successivo comma 5», a norma del quale «per l'affidamento delle progettazioni e la realizzazione degli interventi è autorizzata, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, la deroga alle sottolencate norme: [...] legge 11 febbraio 1994, n. 109 [...] articoli 9, 16, 17, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 28, 29, 32, 34».

Come è noto, le ordinanze *extra ordinem*, cosiddette 'di necessità', sono provvedimenti che si riferiscono ad evenienze di carattere eccezionale, determinate da un fatto imprevisto, per le quali sarebbe impossibile l'utilizzazione dei normali mezzi predisposti dall'ordinamento; la loro adozione, quindi, è giustificata e legittimata dal verificarsi di una situazione sopravvenuta, che presenti il carattere dell'eccezionalità — come un evento naturale straordinario (terremoto, inondazione, incendio, epidemia ecc.) — per cui si impone di provvedere con l'urgenza, incompatibile con i tempi conaturali alla rigorosa osservanza della normativa in materia (Cons. St., 23 gennaio 1991, n. 63; Cons. St., 11 aprile 1990, n. 369; Cons. St., 21 dicembre 1984, n. 960).

Le ordinanze in questione, pertanto, attengono strettamente alla necessità di provvedere in ordine a situazioni di pericolo eccezionali ed imprevedibili, che non possono essere immediatamente eliminate con il ricorso agli altri mezzi offerti dall'ordinamento e alle quali deve porsi rimedio senza indugio. Una deroga alle disposizioni vigenti, proprio perché indotta da una situazione eccezionale, non trova logica giustificazione ove permanga *sine die* ma solo se la sua efficacia sia limitata nel tempo e circoscritta alla persistenza della menzionata situazione.

Difatti, le situazioni eccezionali ed imprevedibili richiedono interventi urgenti ma, quando questi non siano assunti, le situazioni si consolidano, per così dire, con il trascorrere del tempo e da situazioni dell'anzidetta natura divengono situazioni di disagio abitativo, di difficoltà di vita sociale, di stagnazione dell'attività produttiva, di carenza di infrastrutture, proprie non soltanto dei luoghi colpiti da eventi calamitosi ma di tante parti del territorio nazionale. Non solo, ma l'attenuazione delle garanzie che discende dagli interventi in deroga non trova più alcun sostegno logico o funzionale quando il decorso del tempo sta a dimostrare che non esiste o non è stata efficace la situazione di urgenza a indurre interventi della stessa natura.

Occorre, inoltre, osservare che, come specificato dall'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, le «ordinanze [...] devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare».

Ora, a fronte della chiara lettera della legge e sulla scorta delle osservazioni appena svolte, è di tutta evidenza che la deroga contenuta nell'articolo 4 dell'ordinanza n. 3081/2000 afferisce, ai fini che qui interessano, esclusivamente all'articolo 17 e non anche all'articolo 27 della l. n. 109/94 e s.m., tenuto anche conto del fatto che, come ribadito dall'articolo 5, comma 2, della l. n. 225/1992, le ordinanze in questione devono essere adottate «nel

Determinazioni

rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico». Ed è significativo, a tal proposito, quanto affermato dall'Autorità con la determinazione del 5 aprile 2000, n.21: «[...] 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; e 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 discende che, nel caso di specie, quand'anche si voglia ammettere la legittimità della deroga all'articolo 17 della l. n. 109/94, resta fermo quanto previsto dall'articolo 27, comma 4, della legge quadro, in base anche al principio per cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit*.

L'incarico di direzione lavori doveva, pertanto, essere affidato con le modalità prescritte dall'articolo 62 del DPR n. 554/99 e dall'articolo 123 del DPR n. 554/99, anche perché, come riconosciuto da unanime giurisprudenza, è illegittimo l'affidamento dell'incarico della direzione dei lavori ad un professionista diverso da quello già incaricato della redazione del progetto, giacché la priorità del progettista nella nomina del direttore dei lavori, sancita dall'articolo 17, comma 14, della l. n. 109/94 e s.m., ha lo scopo di garantire alla stazione appaltante un minor onere nella liquidazione dei compensi nonché di semplificare l'individuazione delle responsabilità professionali, per cui è applicabile in ogni caso di progettazione esterna (TAR Campania, Napoli, sez. IV, 3 novembre 1997, n. 2499).

Per le considerazioni sopra esposte, il Consiglio dell'Autorità accerta:

- a) le ordinanze contingibili ed urgenti possono derogare alle ordinarie disposizioni vigenti in tema di lavori pubblici ma, proprio perché conseguono ad una situazione eccezionale, tale deroga non può permanere *sine die* ma deve essere necessariamente limitata nel tempo e circoscritta alla persistenza della menzionata situazione;
- b) le ordinanze adottate per l'attuazione degli interventi di emergenza, al verificarsi di eventi di calamità naturali, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare; la suddetta deroga è circoscritta esclusivamente alle sole norme esplicitamente richiamate e, pertanto, la deroga esplicita all'articolo 17 della legge 11 febbraio 1994, n.109 e s.m. non implica la deroga all'articolo 27 della legge stessa, in quanto non espressamente richiamato.