

Capitolo 7

Qualificazione e selezione dei concorrenti

7.1 Peculiarità in tema di qualificazione

Il Codice (Parte III) dedica una intera sezione (Sezione V – *Selezione qualitativa degli offerenti e qualificazione* del capo III del titolo I) alla disciplina degli aspetti legati alla «qualificazione e selezione degli offerenti».

La fase di qualificazione e selezione dei concorrenti, infatti, rappresenta sicuramente una delle fasi più delicate di ogni affidamento pubblico, essendo quella in cui avviene l'individuazione, da parte degli enti aggiudicatori, dei requisiti (di carattere generale e speciale) che le imprese devono possedere per poter essere ammesse a partecipare alla gara ❶.

Le disposizioni contenute nella Sezione V non sono numerose (artt. da 230 a 233), tuttavia il loro esame si presenta complesso per i continui rimandi e rinvii alla disciplina contenuta nella Parte II del Codice, relativa agli appalti nei settori ordinari.

Come vedremo diffusamente nei paragrafi che seguono, l'art. 230 del Codice rinvia all'art. 38 (Parte II) per ciò che riguarda l'accertamento dei requisiti di carattere generale, vale a dire dei requisiti attinenti alla capacità giuridica e idoneità morale degli operatori economici ❷.

In forza di tale rinvio, gli enti aggiudicatori che operano nei settori speciali (a prescindere dalla loro natura pubblica o privata) dovranno prevedere nei bandi di gara, ovvero nei propri regolamenti per la qualificazione, gli stessi requisiti "generali" richiesti dalle amministrazioni che operano nell'ambito dei settori ordinari.

❶ I soggetti interessati a partecipare all'affidamento di un appalto pubblico per poter essere ammessi a presentare offerta, quindi per concorrere all'affidamento del contratto, devono dar prova di idonee capacità tecniche (requisiti di carattere tecnico-organizzativo), di solidità economica (requisiti di carattere economico), oltre che di integrità morale e di capacità giuridica (requisiti di carattere generale).

Secondo la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 18 settembre 2003, n. 5309) la qualificazione costituisce una autonoma fase sub-procedimentale che assolve alla funzione di distinguere in due diversi segmenti procedurali per l'accertamento dei requisiti di partecipazione (selezione delle imprese da invitare) dalla gara vera e propria (valutazione della offerta e scelta della migliore offerta) al fine di circoscrivere il numero dei concorrenti alle sole imprese idonee.

② Secondo il TAR Lazio, Sez. I, 5 aprile 2004, n. 3176, l'accesso agli appalti deve essere consentito soltanto a quei soggetti che sono in grado di garantire, per un verso un sicuro regime di imputazione degli effetti del contratto e di responsabilità personale e patrimoniale e, per l'altro, una evidente capacità all'esercizio di attività d'impresa, con la conseguenza, pertanto, che correttamente tanto il diritto comunitario, tanto il diritto interno, prevedono che l'ingresso al mercato degli appalti sia subordinato al possesso di una serie di requisiti soggettivi.

Quanto, invece, ai requisiti di carattere speciale, vale a dire ai requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario ③, ritorna la distinzione tra enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici, tenuti all'applicazione dei criteri di capacità tecnica e finanziaria previsti per le amministrazioni nell'ambito dei settori ordinari, e le imprese pubbliche e i privati con diritti speciali ed esclusivi, i quali possono tener conto di suddetti criteri, ma possono anche introdurre dei criteri diversi purché oggettivi e ragionevoli.

Resta salva, ovviamente, la facoltà degli enti aggiudicatori di istituire dei propri sistemi di qualificazione (facoltà già prevista nel precedente regime *ex art. 15 del D.Lgs. n. 158/1995*), con la possibilità – che rappresenta l'assoluta novità rispetto al passato – di consentire l'accesso al sistema di qualificazione di soggetti privi di uno dei requisiti di qualificazione, ma che si “avvalgono” del requisito di un terzo. Analogamente a quanto previsto nell'ambito dei settori ordinari, valgono, anche nell'ambito dei settori speciali, le nuove previsioni in tema di “avvalimento”.

Peraltro, è sintomatico della scelta legislativa di uniformare il più possibile la disciplina dei due settori (ordinari e speciali), la circostanza che istituti assolutamente innovativi e di grande impatto, come l'*avvalimento* (art. 49 e 50, Parte II del Codice), sono disciplinati mediante un semplice rinvio alla regolamentazione dei settori ordinari (seppur con la precisazione che le norme si applicheranno «in quanto compatibili»).

NOTA BENE

La volontà dei compilatori del Codice, come detto nel *capitolo 2*, di uniformare il più possibile la disciplina degli appalti pubblici, attraverso una regolamentazione pressoché integrale degli istituti nell'ambito della Parte II (settori ordinari), lasciando ad ambito residuale la regolamentazione degli appalti di lavori, servizi e forniture nei settori speciali (Parte III), è evidente anche in un ambito delicato come quello del sistema di qualificazione degli offerenti, dove uno dei problemi maggiori per gli operatori del settore è stato districarsi nell'incertezza del regime di qualificazione di volta in volta adottato dagli enti aggiudicatori, per le continue interferenze tra il sistema proprio dei settori speciali e il sistema generale, proprio dei settori ordinari.

③ Il possesso dei requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo viene richiesto al fine di garantire alla pubblica amministrazione che l'appaltatore sia nelle condizioni per adempiere correttamente le obbligazioni assunte con il contratto di appalto (Cons. Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 550).

7.2 Requisiti generali

La direttiva 2004/17/CE (art. 54) – a differenza di quanto previsto dalla precedente direttiva 93/38/CE, che non conteneva un elenco tassativo di cause di esclusione, riconoscendo la facoltà agli enti aggiudicatori di poter mutuare, qualora lo

① Le precedenti tre direttive relative ai settori ordinari (e, quindi, le rispettive leggi nazionali di recepimento) contenevano un elenco tassativo dei requisiti generali di ammissione, ovvero dei requisiti attestanti la capacità giuridica e la moralità dei concorrenti, il cui mancato possesso è causa di esclusione dalla gara (da cui, appunto, l'espressione di "cause di esclusione"). Rispetto al regime previgente, la direttiva 2004/18/CE (art. 45) conferma tale impostazione e introduce una serie di reati la cui commissione costituisce causa di esclusione dalle gare. La norma della direttiva è stata trasposta fedelmente nell'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice che, quindi, rispetto al regime previgente ha ampliato il novero dei reati che comportano l'esclusione: «Nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, par. 1, direttiva CE 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice».

avessero ritenuto opportuno, i requisiti (cause di esclusione) previsti dalla normativa dei settori ordinari ① – distingue tra enti aggiudicatori "che sono amministrazioni aggiudicatrici" (pubblica amministrazione in senso stretto), per i quali è previsto l'obbligo di fare riferimento all'elenco tassativo previsto per le amministrazioni che operano nell'ambito dei settori ordinari, ed enti aggiudicatori "che hanno natura di imprese pubbliche o privati con diritti speciali ed esclusivi", per i quali è prevista la facoltà, e non l'obbligo, di prevedere gli stessi criteri di selezione previsti dalle amministrazioni pubbliche ovvero di prevedere criteri diversi, purché nel rispetto dei principi di non discriminazione e di concorrenza.

Il legislatore nazionale (art. 230 del Codice) nel trasporre l'indicazione contenuta nella direttiva 2004/17/CE è stato, invece, più rigoroso, prevedendo l'obbligo per tutti gli enti aggiudicatori (e non solo, quindi, per gli enti aggiudicatori che sono amministrazioni pubbliche) di fare riferimento all'elenco tassativo di cause di esclusione previsto dall'art. 38 del Codice (Parte II).

In altri termini, l'art. 230 del Codice, attraverso il rinvio all'art. 38, introduce, con riguardo alle cosiddette cause di esclusione, una disciplina identica per tutti gli enti aggiudicatori sia di settori ordinari sia di settori speciali.

7.3 Singoli requisiti di ammissione

Le cause di esclusione indicate nell'art. 38 (cui l'art. 230 rinvia), ricalcano quasi fedelmente quanto previsto, fino a oggi, dall'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999 con riguardo ai lavori pubblici e, pertanto, si deve ritenere che possano valere, in relazione alle singole ipotesi di esclusione contemplate, le interpretazioni già formatesi in giurisprudenza.

Nella tabella seguente si riassumono le categorie di operatori economici che, in forza del rinvio all'art. 38, devono essere esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti di lavori, forniture e servizi aggiudicati nell'ambito dei settori speciali (e se aggiudicatari non potranno stipulare i relativi contratti).

ART. 38, COMMA 1, LETTERE A)-M)	
<p>a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;</p>	<p>Rispetto al passato, dalla formulazione è stata eliminata l'amministrazione controllata. Tale modifica è pienamente condivisibile, considerato che finalità dell'amministrazione controllata è proprio il risanamento dell'impresa che si trovi in uno stato di temporanea difficoltà economica (e non di insolvenza generalizzata) e presuppone evidentemente la continuazione dell'esercizio dell'impresa, finalità queste che verrebbero totalmente vanificate ove venisse preclusa la possibilità di assumere ulteriori appalti.</p>
<p>b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 (l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società);</p>	<p>Tra le misure di prevenzione personale si annoverano la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con eventuale obbligo o divieto di soggiorno. L'Autorità per la vigilanza, in particolare nelle determinazioni del 5 dicembre 2001, n. 16/23, e del 15 luglio 2003, n. 13, ha ricostruito e chiarito l'ambito di applicazione della fattispecie, per cui il procedimento è da ritenersi pendente quando sia avvenuta l'annotazione della richiesta di applicazione della misura nei registri di cui all'art. 34 della legge 19 marzo 1990, n. 55.</p> <p>L'incapacità alla partecipazione alle gare e alla stipulazione dei contratti è prevista per la pendenza del procedimento, in quanto nel caso di avvenuta irrogazione di una delle misure di prevenzione è applicabile l'art. 10, comma 2, della legge n. 575/1965, secondo cui il provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione determina il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e relativi subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera.</p> <p>Ai sensi, inoltre, del disposto di cui al comma 4 dell'indicato art. 10 della legge n. 575/1965, la preclusione sussiste anche nei confronti delle persone conviventi con il sottoposto a sorveglianza speciale e nei cui riguardi, negli ultimi cinque anni, il tribunale abbia disposto l'estensione della misura cautelare.</p> <p>Va considerato, poi, che la preclusione alla partecipazione alle gare e alla stipulazione dei contratti di appalto, ai sensi del disposto di cui al comma 5-ter dell'indicato art. 10 della legge n. 575/1965, sussiste anche per le persone condannate con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. (di associazione di stampo mafioso), e anche se non vi sia irrogazione delle misure di prevenzione.</p>
<p>c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale;</p>	<p>Secondo la dottrina maggioritaria deve farsi riferimento a quei fatti che siano idonei a pregiudicare negativamente il rapporto fiduciario con la stazione appaltante, in quanto collegabili alla natura delle obbligazioni proprie dei contratti d'appalto. La valutazione potrà essere condotta assumendo come parametro, evidentemente non esaustivo, l'elenco dei reati contenuti all'art. 27, lett. q), del Regolamento di qualificazione (reati contro la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica, o il patrimonio).</p>

(segue)

<p>è comunque causa di esclusione la condanna per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18;</p>	<p>La diversa dizione normativa «reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale» rispetto al testo dell'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999 introduce due nuovi elementi: innanzitutto, il reato deve avere carattere di gravità; in secondo luogo, deve trattarsi di reati che, in senso lato e atecnico, abbiano arrecato un danno allo Stato o alla Comunità Europea. Resterebbero, perciò, fuori dalla portata della causa di esclusione quei reati che, ancorché gravi, abbiano determinato danni esclusivamente a persone fisiche. Viene chiarito che, comunque, costituiscono cause di esclusione tutti i reati di partecipazione a organizzazioni criminali, nonché quelli di corruzione, frode e riciclaggio, secondo la definizione dell'art. 45 della direttiva 2004/18</p>
<p>anche in questo caso, l'esclusione e il divieto operano se la sentenza è stata emessa nei confronti del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio;</p>	<p>Una corretta lettura della norma impone di estendere l'accertamento del possesso del requisito in capo a qualsiasi persona fisica, anche se diversa da quelle sopra indicate, che sia dotata di poteri che le consentano di obbligarsi validamente in nome e per conto del concorrente (Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3466 e n. 3241/2003; TAR Lazio, Roma, Sez. II-ter, 11 luglio 2005, n. 5603; TAR Molise, 26 novembre 2004, n. 747). Per ciò stesso, neppure occorre precisazione alcuna, in seno alla <i>lex specialis</i>, volta a segnalare l'estensione della verifica anche a soggetti diversi dal rappresentante legale (esempio ai procuratori <i>ad negotia</i>). È irrilevante il fatto che tali soggetti abbiano posto in essere la condotta da cui la legge fa discendere l'inidoneità morale mentre svolgevano la propria attività professionale presso un'altra impresa, in quanto tale circostanza non diminuisce affatto il rischio che la norma ha inteso evitare (Cons. Stato, Sez. V, 16 giugno 2003, n. 3380; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 11 giugno 2003, n. 3086).</p>
<p>inoltre, l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata;</p>	<p>La norma estende la rilevanza della condanna anche se riguarda soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, a meno che l'impresa non si sia completamente dissociata dalla condotta penalmente sanzionata. L'Autorità, a tal proposito, ritiene che la semplice cessazione dalla carica sociale, per dimissioni o per allontanamento, non possa, di per sé sola, essere considerata sufficiente a escludere la ripercussione sulla società della condanna inflitta all'organo, potendosi trattare di mera sostituzione di facciata, e occorrendo, pertanto, per evitare la ripercussione sulla società, la dimostrazione di atti concreti e tangibili di dissociazione dalla condotta delittuosa, quale per esempio l'aver iniziato, verso lo stesso, azione di responsabilità sociale (Determinazione 5 dicembre 2001, n. 16/23 e, nella stessa linea di pensiero, Cons. Stato, Sez. V, 12 ottobre 2002, n. 5523).</p>
<p>resta salva in ogni caso l'applicazione dell'art. 178 del c.p. e dell'art. 445, secondo comma, c.p.p.;</p>	<p>Resta salva in ogni caso l'applicazione dell'art. 178 c.p. (concessione della riabilitazione) e dell'art. 445, comma 2, c.p.p. (estinzione del reato per decorso del termine):</p> <ul style="list-style-type: none"> • per le sentenze penali di condanna: riabilitazione (che estingue la pena) dopo 5 anni dall'esecuzione della pena, in assenza di recidive;

(segue)

	<ul style="list-style-type: none"> • per le sentenze di patteggiamento e per i decreti penali di condanna: estinzione del reato dopo 5 anni per i delitti, dopo 2 anni per le contravvenzioni, in assenza di recidive.
<p>d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'art. 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55;</p>	<p>La fattispecie mira ad assicurare un costante ed efficace monitoraggio sulla composizione azionaria dei soggetti che vanno a contrattare con la pubblica amministrazione, al fine di evitare che la stazione appaltante perda il controllo del vero imprenditore che ha partecipato alla gara.</p>
<p>e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio;</p>	<p>Sul punto si veda ora il Comunicato della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici del 23 ottobre 2006: Sicurezza nei cantieri di lavori pubblici-Implementazione del Casellario informatico, secondo cui dovranno essere comunicate all'Autorità le «gravi inosservanze» delle norme in materia di sicurezza e delle previsioni contenute nei piani di sicurezza rilevate dal Coordinatore per l'esecuzione dei lavori (CSE), non solo quelle che comportano la risoluzione del contratto, ma anche quelle che determinano la sospensione dei lavori o l'allontanamento delle imprese dal cantiere; a tali fini la predetta comunicazione, obbligatoria per i lavori di ogni importo, dovrà essere corredata da copia del provvedimento interdittivo emesso dalla S.A. e da copia della proposta del coordinatore per l'esecuzione. Nel citato Comunicato è previsto inoltre che «le stazioni appaltanti sono tenute altresì a comunicare le «gravi inosservanze» rilevate nel quadro delle attività ispettive e di controllo degli organi deputati alla vigilanza nei cantieri (aziende sanitarie locali, uffici ispettivi del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, INPS, INAIL, Vigili del fuoco) – con esclusione dei fenomeni che non configurano «grave inosservanza» – allegando copia dei verbali di accertamento e delle diffide alle imprese volte alla regolarizzazione delle stesse infrazioni».</p> <p>Alla stessa Autorità andranno inoltre segnalati, per l'iscrizione nel casellario informatico, i provvedimenti interdittivi assunti ai sensi dell'art. 36-bis della legge n. 248/2006 (manovra Visco-Bersani) norma con la quale si intende contrastare il lavoro nero e promuovere la sicurezza nei luoghi di lavoro.</p> <p>L'art. 36-bis prevede, infatti, che il personale ispettivo del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, anche su segnalazione dell'INPS e dell'INAIL, adotti il provvedimento di sospensione dei lavori nell'ambito dei cantieri edili qualora riscontri l'impiego di personale non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, in misura pari o superiore al 20% del totale dei lavoratori regolarmente occupati nel cantiere ovvero in caso di reiterate violazioni della disciplina in materia di superamento dei tempi di lavoro, di riposo giornaliero e settimanale.</p> <p>Parallelamente, il Ministero delle infrastrutture può adottare un provvedimento interdittivo alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni e alla partecipazione a gare pubbliche di durata pari alla citata sospensione lavori, nonché per un eventuale ulteriore periodo di tempo non inferiore al doppio della durata della sospensione, e comunque non superiore a due anni.</p> <p>Già in passato, peraltro, la norma era stata oggetto di interpretazioni contrastanti, anche da parte dello stesso organo: per esempio, l'Autorità di vigilanza se dapprima, con la deter-</p>

(segue)

	<p>minazione n. 23/2001, ha ritenuto che, al fine della configurazione dell'ipotesi esaminata, fosse necessario un definitivo accertamento, di tipo giurisdizionale o amministrativo, ha poi, con la determinazione n. 13/2003, mutato la propria opinione, osservando che l'espressione "debitamente accertate" non può essere letta nel senso di "definitivamente accertate", piuttosto sta a indicare che dell'infrazione deve esservi stato accertamento nelle forme previste dalla normativa di settore. Quindi, l'Autorità chiarisce che la normativa di settore assegna gli accertamenti alla sede amministrativa la cui attestazione appare sufficiente a legittimare la valutazione delle stazioni appaltanti circa la gravità dell'infrazione. Di contrario avviso è il TAR Friuli-Venezia Giulia (sent. del 22 marzo 2003, n. 117), secondo il quale la norma richiederebbe che l'accertamento della colpevolezza avvenga in modo pieno ed esaustivo, con sentenza di condanna in seguito a dibattimento (peraltro ritenendo non sufficiente pure il caso di applicazione della pena su richiesta, in quanto la responsabilità dell'accusato non viene accertata in modo pieno). Si osserva, inoltre, come anche il ricorrere di tale ipotesi, in relazione alla gravità del fatto, sia oggetto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante. Ad avviso dell'Autorità, è da considerare grave la violazione di omesso versamento dei contributi assicurativi, qualunque ne sia l'importo e fino a che la situazione contributiva non venga completamente regolarizzata.</p>
<p>f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante;</p>	<p>La formulazione della disposizione inerente l'errore grave professionale è stata correttamente ampliata, dato che la precedente, limitando il suo campo di azione alla sola «stazione appaltante che bandisce la gara», sembrava consentire la partecipazione a gare a imprese che si siano rivelate inaffidabili nei rapporti con altra amministrazione committente. Si consideri, peraltro, che la normativa comunitaria ritiene rilevante qualsiasi errore professionale commesso dall'appaltatore. Occorre una valutazione discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice volta ad accertare che la violazione <i>de qua</i> sia qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell'appaltatore. Peraltro, la prevista causa di esclusione non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto dal partecipante nel corso di pregresso rapporto contrattuale intercorso con la stazione appaltante; viceversa, deve reputarsi sufficiente la valutazione che la stessa amministrazione abbia fatto, in sede per l'appunto amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare alla nuova procedura selettiva (Cons. Stato, Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1071; TAR Piemonte, Sez. II, 31 gennaio 2004, n. 120).</p>
<p>g) che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;</p>	<p>Il campo di applicazione è riferito alle sole ipotesi in cui l'accertamento dell'irregolarità sia divenuto definitivo, per effetto tanto di un atto amministrativo non impugnato e divenuto incontestabile, quanto di una decisione giurisdizionale (Cons. Stato, Sez. V, 1° dicembre 2003, n. 7836). Per Cons. Stato, Sez. IV, 18 maggio 2004, n. 3185, la causa di esclusione si riferisce alla situazione attuale e non a situazioni pregresse.</p>

(segue)

<p><i>h)</i> che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno 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;</p>	<p>Questa appare essere la sanzione più pesante tra quelle previste, in quanto oltre all'esclusione dalla singola gara prevede l'incapacità per l'impresa di partecipare a ulteriori affidamenti nel corso dell'anno successivo all'accertamento della falsità della dichiarazione. L'Autorità, nella sua determinazione n. 23/2001, chiarisce che la fattispecie fa riferimento a dichiarazioni non veritiere, riguardanti il possesso dei requisiti sia di carattere generale sia di natura speciale. Inoltre, l'impossibilità di partecipare alle gare d'appalto per un anno decorre dalla data dell'annotazione nel casellario informatico della falsa dichiarazione (Determinazione n. 1/2005).</p>
<p><i>i)</i> che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti;</p>	<p>La disposizione nasce dalla specificazione della causa di esclusione di cui all'art. 75, lett. e), del D.P.R. n. 554/1999, la quale peraltro stabiliva che esse dovessero essere «debitamente accertate». La nuova formulazione induce a ritenere che, qualora venga instaurato contenzioso giurisdizionale, perché la causa di esclusione possa divenire operante, debba attendersi che la questione passi in giudicato.</p>
<p><i>l)</i> che non presentino la certificazione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68;</p>	<p>La previsione si riferisce alla dichiarazione sui lavoratori disabili assunti.</p>
<p><i>m)</i> nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lett. c), del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione.</p>	<p>Il D.Lgs. n. 231/2002 ha introdotto la responsabilità amministrativa dell'impresa, per reati commessi nel suo interesse o vantaggio da parte di persone che rivestono ruoli di rappresentanza, amministrazione o direzione (cosiddetti vertici aziendali) e dai loro sottoposti. I tipi di reati che fanno scattare tale responsabilità sono i reati contro la pubblica amministrazione e contro il patrimonio (truffa e frode informativa in danno allo Stato o all'ente pubblico, corruzione, concussione). Per quanto riguarda, invece, le sanzioni, esse si distinguono in sanzioni pecuniarie e sanzioni interdittive, tra cui il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 9, comma 2). È possibile l'esonero da responsabilità e l'esclusione delle sanzioni qualora l'impresa adotti un modello organizzativo interno per la prevenzione della commissione dei reati (art. 6).</p>

7.4 Documentazione: ricorso ad autocertificazione

Per documentare il possesso dei requisiti, non vi è alcun dubbio che le imprese, anche quando il committente operi nell'ambito dei settori speciali, possano ricorrere alle dichiarazioni sostitutive di certificazioni ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, restando salvo il potere di verifica della veridicità delle autocertificazioni e dichiarazioni sostitutive presentate in sede di gara da parte delle amministrazioni pubbliche, attraverso la richiesta di conferma dei dati o fatti dichiarati agli uffici competenti.

In sede di approvazione del Codice peraltro, si era posto il problema della dichiarazione inerente alla commissione di reati per la cui documentazione gli enti richiedono la presentazione del certificato del casellario giudiziale.

In particolare, nella prima bozza del Codice, la Commissione indicava la possibilità di applicare o l'art. 21 o l'art. 28 del D.P.R. n. 313/2002, rimettendo la scelta al Governo (in sede politica). Il richiamo all'art. 28 avrebbe consentito a tutte le stazioni appaltanti, siano esse amministrazioni che privati gestori di pubblici servizi, di ottenere soltanto i certificati del casellario giudiziale che può ottenere l'interessato (vale a dire con l'omissione di una serie di condanne per le quali opera il beneficio della non menzione); invece, la scelta di rinviare all'art. 21 consentirà agli enti aggiudicatori di ottenere gli stessi certificati del casellario che può ottenere l'autorità giudiziaria, vale a dire i certificati senza omissione alcuna, comprensivi delle condanne per le quali c'è il beneficio della non menzione ①.

Nel caso di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, la norma fa salva la possibilità per le amministrazioni di chiedere, ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione, i necessari documenti probatori, e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti. Qualora nessun documento o certificato è rilasciato da altro Stato dell'Unione Europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza.

① La giurisprudenza prevalente ritiene che vada disposta l'esclusione qualora il concorrente non abbia dichiarato sentenze di condanna – per integrazione della causa di esclusione delle false dichiarazioni – senza dover valutare l'incidenza dei reati non dichiarati. In senso contrario TAR Veneto, Sez. I, 6 dicembre 2005, n. 4160, secondo cui l'omessa dichiarazione di reati patteggiati, non risultanti dal casellario (per decorso del tempo), non integra la fattispecie di false dichiarazioni, in quanto la dichiarazione sostituisce il contenuto del certificato – che, appunto, omette di riportare le sentenze non dichiarate.

NOTA BENE

Con l'introduzione nell'ambito del D.P.R. n. 445/2000 dell'art. 77-bis non vi sono più dubbi sulla diretta applicazione delle norme in tema di semplificazione amministrativa e autocertificazione nell'ambito delle gare pubbliche bandite sia da amministrazioni tradizionali che da enti aggiudicatori operanti nei settori speciali.

7.5 Gara per gara: requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari

A conferma della scelta legislativa di uniformare il più possibile la disciplina dei due regimi (ordinari e speciali), l'art. 230 stabilisce, con riguardo all'accertamento dei requisiti di carattere speciale (requisiti tecnici ed economici) che – fatto salvo il caso in cui siano istituiti dei sistemi di qualificazione (art. 232 del Codice, ex art. 15 del D.Lgs. n. 158/1995) – gli enti aggiudicatori con natura pubblica saranno tenuti ad applicare i criteri di qualificazione previsti nell'ambito dei settori ordinari (artt. 39-48), le imprese pubbliche e i privati con diritti speciali ed esclusivi, invece, resteranno liberi di scegliere se applicare i suddetti cri-

teri (artt. 39-48) ovvero se adottare dei criteri diversi, purché ovviamente si tratti di criteri oggettivi e non discriminatori e, a condizione, peraltro, che tali criteri siano portati a conoscenza di tutti gli operatori economici interessati, senza discriminazione o favoritismo alcuno (art. 233)¹.

Le alternative sono, quindi, due: o l'ente appaltante si dota di un proprio sistema di qualificazione (ovvero dichiara di avvalersi del sistema di qualificazione adottato da un altro ente) e, in questo caso, può procedere direttamente all'invito delle imprese iscritte nel sistema; ovvero l'ente appaltante decide di procedere alla qualificazione dei concorrenti gara per gara, definendo nel bando di gara i requisiti di capacità tecnica e organizzativa necessari in relazione al contratto da affidare.

In questo secondo caso, pertanto, è evidente che il rinvio operato dall'art. 230 alle norme generali (artt. da 39 a 50) implica che le amministrazioni pubbliche in senso stretto, per l'affidamento di appalti di lavori, saranno tenute a rispettare le norme sul sistema di qualificazione unico nazionale basato sulle attestazioni SOA (art. 40); diversamente, per l'affidamento di forniture e servizi determineranno nel bando di gara i requisiti di capacità economica e tecnica dei concorrenti attenendosi a quanto prescritto dagli artt. 41 e 42 del Codice.

Le imprese pubbliche e i privati con diritti speciali ed esclusivi possono introdurre criteri diversi, tenendo presenti le suddette previsioni.

In particolare, per ciò che concerne la capacità economica, il richiamo all'art. 41 del Codice (art. 47, comma 1, lett. c), direttiva 2004/18/CE) non fa più riferimento al fatturato in forniture o servizi identici, sostituito con «il fatturato relativo a forniture e servizi nel settore di attività».

Gli enti appaltanti potranno richiedere, quindi, oltre alle idonee dichiarazioni bancarie e ai bilanci o estratti dei bilanci, anche la dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture del settore di attività oggetto dell'appalto realizzati negli ultimi tre esercizi ①.

Scompare, quindi, il riferimento al "fatturato in servizi identici o forniture identiche" contenuto nelle precedenti norme nazionali e sulle quali, peraltro, non erano mancate interpretazioni giurisprudenziali, volte ad "allargare" il concetto di identità per consentire la massima partecipazione delle imprese alle gare, valorizzando, quindi, concorrenza e competitività del mercato ②.

① La disposizione comunitaria, ancora più permissiva, prevede espressamente che: «la dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, con riguardo al massimo gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o all'avvio delle attività dell'operatore economico, nella misura in cui le informazioni su di tali fatturati siano disponibili».

② Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2005, n. 1631: «Tale clausola, per il suo contenuto restrittivo rispetto al criterio della massima apertura concorrenziale alle gare della pubblica amministrazione, implica che l'identità dei servizi sia chiaramente e inequivocabilmente espressa e risponda a un preciso interesse dell'amministrazione».

¹ Resta fermo, peraltro, che qualunque sia il sistema di qualificazione adottato, per quanto riguarda l'avvalimento, valgono «per quanto compatibili» le norme generali (artt. 49-50).

Lo stesso art. 41 si occupa, inoltre, di un altro aspetto oggetto di pronunce giurisprudenziali, ovvero della necessità di limitare la richiesta inerente il fatturato a un periodo più breve del triennio qualora l'impresa stessa avesse iniziato l'attività in epoca più recente del triennio.

Si introduce cioè il principio secondo cui la richiesta del fatturato relativo agli ultimi tre esercizi non può determinare l'esclusione di quelle società di nuova costituzione che non operano da tre anni sul mercato.

Stabilisce, infatti, il comma 3 dell'art. 41 citato che «se il concorrente non è in grado per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio di attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante».

7.6 Sistemi di qualificazione

L'art. 232 del Codice – in conformità all'art. 53 della direttiva – conferma la regola generale secondo cui gli enti aggiudicatori possono istituire propri sistemi di qualificazione (albi di fornitori, di prestatori di servizi, di esecutori di lavori pubblici), con la possibilità, una volta istituito il sistema, di invitare alle gare (a procedura ristretta o negoziata) solo le imprese qualificate, ovvero iscritte nel sistema.

La direttiva, peraltro, su questo ultimo aspetto (vale a dire la possibilità di limitare la partecipazione ai soli operatori economici iscritti al sistema) risulta ancora più chiara rispetto al testo della precedente direttiva 93/38/CE affermando che «se viene indetta una gara con un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione, gli offerenti in una procedura ristretta, o i partecipanti, in una procedura negoziata, sono selezionati tra i candidati qualificati con tale sistema» (art. 53, par. 9).

La previsione è fedelmente trasposta nel Codice (art. 232, comma 13), che, pertanto, riproducendo l'espressione «sono selezionati tra i candidati qualificati con tale sistema» non lascia più dubbi sulla facoltà degli enti aggiudicatori, in presenza di un sistema di qualificazione, di invitare alle gare soltanto gli operatori economici iscritti nel sistema.

Né, peraltro, si potrebbe eccepire, in contrario, che limitare la partecipazione alle gare dei soli operatori economici iscritti nel sistema possa considerarsi lesivo della concorrenza, in quanto la concorrenza deve considerarsi garantita "a monte", trattandosi di sistemi di qualificazione "aperti" e "permanenti"², con la

² Qualche dubbio si poteva porre quando – nel vigore della direttiva 93/38/CE prima delle modifiche intervenute con la direttiva 98/4/CE – i sistemi di qualificazione non erano permanenti, ma attualmente l'accesso ai sistemi di qualificazione è consentito in ogni momento.

possibilità, quindi, per qualunque operatore economico interessato, di potervi accedere in qualunque momento (ovviamente dimostrando il possesso dei requisiti previsti nel regolamento di qualificazione).

Da ciò l'esigenza di prevedere, in capo agli enti aggiudicatori, precisi obblighi di pubblicità degli avvisi relativi all'esistenza di un sistema di qualificazione ①, al fine di garantire a tutti gli operatori economici un'adeguata conoscenza dei sistemi di qualificazione esistenti.

Per gli avvisi dell'esistenza di un sistema di qualificazione, sono previste le stesse modalità di pubblicazione richieste per il bando di gara (art. 223, comma 4) con l'ulteriore onere per gli enti aggiudicatori di «rendere disponibili, a richiesta, agli operatori economici interessati i criteri e le norme di qualificazione» (art. 232, comma 7) e di «comunicare eventuali aggiornamenti di tali criteri agli operatori interessati» (art. 232, comma 7).

Quanto ai criteri e le norme di qualificazione (art. 232, comma 7) si osserva che, alla generale indicazione secondo cui il sistema è gestito secondo criteri e norme oggettive (art. 53, par. 8 – *Criteri e norme obiettive di selezione*), seguono due specificazioni rilevanti: la prima è che i requisiti di carattere generale devono essere quelli previsti dall'art. 38; la seconda è che vale anche per l'iscrizione al sistema di qualificazione l'avvalimento dei requisiti di carattere speciale secondo i criteri di cui all'art. 50 (art. 232, comma 6).

Rispetto al testo precedente, il Codice introduce, inoltre, a garanzia della trasparenza nella gestione dei sistemi di qualificazione, l'onere per gli enti aggiudicatori di pronunciarsi sulla domanda di iscrizione al sistema presentata dall'impresa entro 15 giorni (la direttiva parlava di tempi congrui) ②, nonché di motivare eventuali decisioni negative, con le ulteriori importanti precisazioni che le motivazioni devono attenersi alla mancanza dei requisiti per la qualificazione e mai a mere ragioni di opportunità o convenienza ③, e che l'ente è comunque tenuto a dare un preavviso all'impresa nel caso di esclusione dal sistema.

È evidente che tali disposizioni rappresentano una garanzia per gli operatori economici interessati, volta a rendere effettiva la possibilità di accedere al sistema in qualunque momento, evitando quindi che un ritardo ingiustificato nelle operazioni di qualificazione possa pregiudicare l'iscrizione nel sistema e, quindi, la partecipazione alle gare.

Resta sempre ferma la possibilità per gli enti appaltanti che hanno qualificato un operatore economico di decidere, ricorrendone i presupposti, di porre fine alla qualificazione.

① L'importanza degli obblighi di pubblicità dell'avviso di qualificazione è data dal fatto che solo la completa conoscenza da parte di tutti i potenziali interessati dell'esistenza di un sistema (e, quindi, la possibilità in qualunque momento di accedervi) scongiura il rischio che, attraverso l'istituzione di sistemi di qualificazione, gli enti appaltanti possano chiudere i mercati alla concorrenza.

② Sulle domande di qualificazione l'ente aggiudicatore si pronuncia entro un termine di 15 giorni, con la precisazione che, qualora la qualificazione richieda più di sei mesi (a decorrere dal deposito della domanda di qualificazione), gli enti devono comunicare all'interessato le ragioni della proroga del termine e la data entro cui vi sarà la pronuncia definitiva.

③ Per poter respingere la domanda di qualificazione, gli enti devono provare che l'operatore economico richiedente è risultato privo dei requisiti morali, economici o tecnici, essendo illegittima qualunque motivazione basata su ragioni di opportunità o di convenienza.

Si deve rilevare, tuttavia, che sebbene la direttiva stabilisca in modo puntuale i tempi di qualificazione, non contiene disposizioni ugualmente precise in merito alle operazioni di verifica, consentite agli enti, per qualificare le imprese.

Nel silenzio della legge, pertanto, non si ritiene illegittima la pretesa di alcuni committenti di effettuare – dopo aver esaminato la documentazione prodotta dalle imprese – visite di ispezione e controllo, ovvero la pretesa di sottoporre le imprese a test di qualità per accertare la loro effettiva capacità a fornire materiali e prestazioni di qualità. Se ciò è vero, è pur vero, tuttavia, che, a garanzia della correttezza di tali operazioni di verifica effettuate, gli operatori economici possono vantare il diritto a un verbale delle verifiche con la precisa indicazione delle non conformità, eventualmente riscontrate, come delle azioni correttive suggerite.

Gli enti, quindi, possono decidere di cancellare, o anche solo di sospendere, dal sistema imprese precedentemente qualificate, qualora ritengano che, per circostanze sopraggiunte, le imprese non siano più in possesso dei requisiti originariamente posseduti.

È evidente che per le decisioni di cancellazione o sospensione da un sistema di qualificazione, vale quanto detto per le decisioni che negano la qualificazione *ab origine*, nel senso che gli enti devono provare che si è posto fine alla qualificazione dell'impresa, in quanto la stessa è risultata non essere più in possesso dei necessari requisiti tecnici ed economici, essendo illegittima una motivazione (e, quindi, un'esclusione) che verta su mere ragioni di opportunità e convenienza.

7.7 Avvalimento

L'art. 230 del Codice prevede che – quale che sia il sistema di qualificazione (selezione qualitativa) adottato – gli enti aggiudicatori applicano, *nei limiti di compatibilità*, le disposizioni generali (artt. 49 e 50 del Codice) – in tema di avvalimento.

La disciplina dell'avvalimento delineata con riguardo ai settori ordinari, pertanto, si applica anche nel caso dei settori speciali pur «nei limiti di compatibilità».

La precisazione «nei limiti di compatibilità», sebbene opportuna, non mancherà di prestarsi a interpretazioni difformi, più o meno restrittive, considerato che l'avvalimento costituisce, sicuramente, la novità più discussa tra quelle introdotte dalle direttive appalti (artt. 47 e 48, direttiva 2004/18/CE; art. 54, direttiva 2004/17/CE).

Con il termine “avvalimento” si intende la possibilità, per gli operatori economici, di partecipare a una gara d'appalto prendendo “*in prestito*” da un soggetto terzo, uno o più requisiti richiesti ai fini dell'ammissione alla gara stessa, ovvero, quindi, di “*avvalersi*” del requisito posseduto da altro soggetto (da cui, appunto, il termine di “*avvalimento*”).

La possibilità per un soggetto di partecipare a un appalto *avvalendosi* dei requisiti di altri soggetti allo stesso legati da legami societari (società apparten-

① **Ballast Nedam Groep (Corte Giust., 14 aprile 1994, causa C-389/92):** «Per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, occorre tener conto delle società appartenenti al gruppo, purché la persona giuridica provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti pubblici». Ciò premesso, spettava al giudice nazionale, secondo tale sentenza, «valutare se ciò sia provato nella causa principale».

(Corte Giust., 18 dicembre 1997, causa C-5797). La Corte si spingeva ad affermare che nel caso di partecipazione di una persona giuridica dominante un gruppo (holding), qualora fosse provato che questa persona avesse effettivamente a disposizione i mezzi delle società appartenenti al gruppo, l'amministrazione fosse tenuta, nel qualificare la holding, a considerare i requisiti posseduti dalle società controllate.

Holst Italia S.p.A. (Corte Giust., 2 dicembre 1999, causa C-176/98): «La direttiva 92/50 (servizi) va interpretata nel senso che consente a un prestatore di servizi, per comprovare i requisiti economici, finanziari e tecnici, di partecipazione a una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto».

Con questa sentenza, quindi, la Corte afferma di considerare irrilevante la presenza di un collegamento tra l'impresa che partecipa alla gara e quella delle cui capacità essa si avvale, non essendo neanche necessario provare che si tratti di società controllate. Per i giudici comunitari, quindi, non rileva la natura giuridica dei vincoli che lega i due soggetti, non rileva l'esistenza di vincoli di natura societaria, rileva soltanto la circostanza che il soggetto che partecipa alla gara sia nella condizione di poter disporre effettivamente dei mezzi che appartengono ad altri soggetti. Questi principi giurisprudenziali sono ora diventati norme, in quanto affermati espressamente dalla nuova direttiva, per la quale non rilevano i legami di natura societaria, ma occorre provare la disponibilità attraverso, per esempio, un impegno in tal senso da parte del soggetto terzo.

nenti a uno stesso gruppo) era stata, in realtà, già affermata nella nota sentenza della Corte di Giustizia (ormai conosciuta come *Ballast Nedam Groep*) del 1994, da cui poi è derivata l'affermazione di un principio riconosciuto non solo dai giudici europei ma anche dai giudici nazionali ①.

Rispetto a quanto elaborato dalla giurisprudenza, tuttavia, le direttive (art. 54, direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) fanno un passo ulteriore introducendo la possibilità per gli operatori economici di far valere la capacità di altri soggetti, «indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi» e, quindi, a prescindere dal fatto che tra i due soggetti sussiste un legame societario o un vincolo giuridico determinato.

Unica condizione richiesta dalle direttive è che *venga offerta* all'ente appaltante «la prova dell'effettiva disponibilità» del requisito del soggetto terzo per tutta la durata dell'appalto.

Con riguardo ai soli settori speciali, peraltro, viene espressamente prevista dalla direttiva (art. 53, direttiva 2004/17/CE) la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento anche ai fini dell'iscrizione ai sistemi di qualificazione istituiti e gestiti dagli enti aggiudicatori, a condizione ovviamente – in questo caso – che si offra all'ente appaltante la prova dell'effettiva disponibilità del requisito per tutto il periodo di validità del sistema di qualificazione.

Il legislatore nazionale, nel trasporre le norme comunitarie, consapevole della rilevanza del principio e, evidentemente, del forte impatto che lo stesso avrà sul

tradizionale sistema della qualificazione delle imprese, ha introdotto nelle norme del Codice (artt. 49 e 50) alcuni “vincoli” indispensabili per evitare manovre elusive, turbative di gara e infiltrazioni di associazioni criminali ovvero di impedire la partecipazione indiretta alle gare di soggetti legati a organizzazioni criminali; e ulteriori limitazioni sono state previste nel caso di ricorso all'avvalimento al fine di ottenere iscrizione in un sistema di qualificazione (art. 50).

Il primo importante vincolo introdotto dal legislatore nazionale (art. 49, comma 4) è la previsione della responsabilità solidale tra l'operatore economico che si avvale del requisito e il soggetto che mette a disposizione il requisito stesso (impresa ausiliaria) nei confronti della stazione appaltante.

La norma ha sollevato non poche perplessità, ponendo il problema se l'impresa ausiliaria debba considerarsi responsabile con riguardo al contratto di avvalimento ovvero con riguardo al contratto d'appalto stipulato dall'impresa concorrente (qualora risulti ovviamente aggiudicataria). Sul punto, si deve osservare che nelle intenzioni del legislatore (come si legge nella Relazione illustrativa) vi era quello di coinvolgere l'impresa ausiliaria con riguardo all'intero contratto di appalto, al fine di garantire in modo pieno la stazione appaltante.

Un ostacolo a tale interpretazione sembrava essere dato dall'originaria formulazione dell'art. 49, comma 10, secondo cui l'impresa ausiliaria non potrebbe assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore né di subappaltatore, con la conseguenza, pertanto, di ritenere l'impresa ausiliaria comunque terza nei confronti della stazione appaltante (cfr. art. 49, comma 10: «il contratto di appalto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria non può assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore, o di subappaltatore»). La disposizione è stata poi modificata dal Primo correttivo (D.Lgs. 26 gennaio 2007, n. 6) prevedendo che «l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati» pertanto si deve ritenere che l'impresa ausiliaria possa prendere parte all'esecuzione e, pertanto, rispondere in solido per le prestazioni oggetto del contratto di appalto ❶.

❶ Con il cosiddetto “decreto mille proroghe” (D.L. 12 maggio 2006, n. 173, convertito nella legge 12 luglio 2006, n. 228) è stato previsto il differimento al 1° febbraio 2007 di alcune disposizioni del Codice. Oltre al citato art. 49, comma 10, sono state differite anche le norme in tema di procedura negoziata (artt. 56 e 57 limitatamente agli appalti di lavori pubblici), di appalto integrato, dialogo competitivo, centrali di committenza, accordi-quadro (limitatamente ai settori ordinari).

Quanto alla disposizione che interessa, ovvero all'art. 49, comma 10, si può affermare con ragionevole certezza che la disposizione verrà definitivamente cancellata.

Consiglio di Stato che, nel suo Parere sul *decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici* mentre era ancora in fase di approvazione (Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi – Parere 28 settembre 2006 n. 3641) ha richiamato l'avviso manifestato, sia pure in un parere informale, dal Servizio legale della Commissione europea in ordine alla coerenza del citato art. 49, comma 10, con la normativa comunitaria secondo cui «... il divieto per l'impresa ausiliaria di partecipare alla realizzazione dell'appalto a qualsiasi titolo può annientare la portata dell'avvalimento.

Perché non dovrebbe poter partecipare come subappaltatore?

Il subappalto non può essere vietato dalla stazione appaltante. Se c'è un caso in cui può essere

utile il ricorso al subappalto è proprio quando le capacità della società ausiliaria sono necessarie alla realizzazione dell'appalto. Altrimenti, in questo caso, diventa obbligatorio raggrupparsi. E perché, invece, non potrebbero indicare nell'offerta che la società ausiliaria realizzerà la parte per la quale è competente». Alla luce di quanto sopra, pertanto, il Consiglio propone, anche allo scopo di prevenire l'instaurazione di una procedura di infrazione, la soppressione dell'art. 49, comma 10, e, in sua sostituzione, la previsione a favore dei concorrenti della facoltà per i medesimi di avvalersi nell'esecuzione dei lavori della società ausiliaria, nei limiti della competenza di quest'ultima.

Altri importanti vincoli al ricorso all'avvalimento sono rappresentati poi – oltre al generale divieto di partecipazione alla medesima gara (in proprio o in associazione) sia dell'impresa avvalente sia dell'impresa ausiliaria – dal divieto per il concorrente di avvalersi di più di una impresa ausiliaria per ciascun requisito (art. 49, comma 6) e dal divieto che più concorrenti si avvalgano della stessa impresa ausiliaria (art. 49, comma 8).

Regola generale è che l'operatore si può avvalere di una sola impresa ausiliaria per ogni requisito o categoria.

Gli enti possono derogare a condizione di prevedere tale deroga nel bando. Secondo il disposto del comma 6 dell'art. 49, infatti, «il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto ovvero della peculiarità delle prestazioni» ,con la precisazione, tuttavia, che «in tale ipotesi, per i lavori non è comunque ammesso il cumulo tra attestazioni di qualificazione SOA relative alla stessa categoria».

Limitatamente agli appalti di lavori, quindi, il legislatore ha voluto evitare che il concorrente privo di attestazione SOA in una determinata categoria possa integrare il requisito sommando insieme attestazioni SOA di più imprese fino al raggiungimento della classe di importo richiesta.

Se a ciò si aggiunge la possibilità introdotta dal successivo comma 7 dell'art. 49, secondo cui gli enti appaltanti potrebbero, nel bando, consentire esclusivamente che l'avvalimento vada a integrare un preesistente requisito tecnico ed economico posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale prevista nel bando stesso (si parla di avvalimento parziale), è evidente come l'istituto sia stato, dal legislatore nazionale, fortemente ridimensionato.

Con riguardo, invece, alla previsione (art. 49, comma 8) secondo cui in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, si osserva che anche in questo caso è consentito alle stazioni appaltanti, qualora lo esiga la natura dell'appalto, di derogarvi. Si prevede, infatti, che «in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino a un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario» (art. 49, comma 9).

Gli enti appaltanti hanno, quindi, un buon margine di movimento nel determinare a quali condizioni può e deve avvenire l'avvalimento.

7.8 Avvalimento e attestazione SOA

L'art. 49, comma 1, consente al concorrente singolo o raggruppato – in questo modo, peraltro, estendendo il beneficio dell'avvalimento anche ai raggruppamenti di imprese e, si deve ritenere, ai consorzi ❶ – di «soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-professionale ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto».

❶ **Cons. Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2010.** Nella sentenza i giudici, dopo aver affermato che anche negli appalti di servizi non può essere preclusa la partecipazione dei **consorzi stabili** (a prescindere dall'applicazione diretta o analogica della legge n. 109/1994 e dalla considerazione che l'art. 23 del D.Lgs. n. 158/1995, nei settori speciali ammette la partecipazione dei consorzi stabili per tutti gli appalti, e in questo senso vanno le nuove direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE). Dopo tale premessa, i supremi giudici affermano che – anche in assenza di recepimento – è direttamente applicabile nell'ordinamento italiano il principio dell'avvalimento, di cui può godere un operatore economico, al fine di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, dove per operatore economico si intende l'impresa singola o il consorzio. Ciò con la conseguenza che un consorzio può avvalersi dei requisiti dei consorziati (Cons. Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2004, n. 8145).

La disposizione non si limita a consentire al concorrente di avvalersi, ai fini della qualificazione, di uno o più requisiti di carattere economico o tecnico-organizzativo di un soggetto terzo ❷, ma introduce la possibilità di soddisfare la richiesta di attestazione SOA, prevista nel bando, avvalendosi dell'attestazione di altro soggetto ❸.

❷ **TAR Lombardia, Brescia, 18 aprile 2006, n. 392:** «L'indirizzo uniforme della Corte di Giustizia e della giurisprudenza interna consente a un prestatore di comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione a una gara di appalto pubblico di servizi, facendo riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi: l'unica condizione posta dal giudice comunitario è la dimostrazione dell'effettiva disponibilità dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto, attraverso l'attestazione di rapporti giuridici all'uopo idonei, spettando al giudice nazionale valutare se tale prova sia stata, nella fattispecie controversa, correttamente fornita» (e in questo senso Corte Giust. CE, Sez. V, 2 dicembre 1999, n. 176; Cons. Stato, Sez. VI, 17 settembre 2003, n. 5287 e 18 giugno 2004, n. 665). Secondo i giudici, peraltro, se il principio dell'avvalimento «viene ordinariamente associato alle fattispecie di appalto pubblico, ove acquista rilievo la possibilità – per l'impresa partecipante alla procedura selettiva – di avvalersi di beni e strutture messe a disposizione da terzi, a prescindere dal titolo giuridico che ne abilita il relativo possesso, **nulla impedisce di estenderne l'applicazione alle risorse umane di cui si avvale la ditta concorrente, con riferimento al legame instaurato con il personale che dovrà garantire la corretta esecuzione dell'eventuale rapporto negoziale che sorgerà in esito alla procedura comparativa:** dall'identico principio di libera circolazione dei singoli individui nel territorio dell'Unione Europea, deriva che per i soggetti che prestano la propria opera a favore di un'impresa che aspira all'aggiudicazione di un contratto, vale la regola sostanziale dell'irrilevanza del titolo giuridico che li lega al proprio datore di lavoro, assumendo importanza decisiva il concreto apporto di energie materiali e intellettuali a favore di quest'ultimo». Nel caso di specie i giudici hanno ritenuto che nella locuzione "proprio personale" può rientrare anche il contratto a progetto, concludendo poi con il riconoscimento all'autore dell'offerta – nell'ambito della procedura di verifica – di rispondere in modo analitico e puntuale alla richiesta di chiarimenti della stazione appaltante (per completezza si rammenta che nel caso in oggetto i giudici hanno ritenuto che la verifica prevista dall'art. 25 del D.Lgs. n. 157/1995 non contempla dun-

(segue)

(segue)

que l'esclusione automatica dell'offerta che suscita dubbi di serietà e affidabilità, ma impone alla stazione appaltante di accertare – in contraddittorio con la concorrente interessata – la congruità degli elementi costitutivi di cui si compone prima di assumere qualsiasi determinazione in merito, per cui la disposizione va disapplicata nella parte in cui preclude la presentazione di giustificazioni relative a costi di manodopera inferiori ai minimi retributivi ufficiali; cfr. TAR Piemonte, Sez. II, 10 febbraio 2003, n. 184.

③ **Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194:** «... premesso che l'avvalimento può essere invocato dall'imprenditore, che concorra all'appalto, anche per la realizzazione di quei lavori per i quali il medesimo non è in possesso della prescritta attestazione SOA, deve anche ritenersi che a esso possa fare ricorso non soltanto la "società madre" del gruppo che partecipi all'appalto, ma anche una società del gruppo che sia in grado, per i collegamenti in seno al gruppo stesso, di avvalersi delle prestazioni e dei requisiti di altra società al gruppo medesimo facente capo». «... se è vero che la giurisprudenza comunitaria, in tema di avvalimento, si è sviluppata avendo a riferimento fattispecie in cui la società madre partecipava direttamente alla gara, non di meno essa ha affermato un principio di più vasta portata, in virtù del quale è da ritenere indifferente la natura del rapporto che lega le imprese in questione, ben potendo esso correre anche tra società dello stesso gruppo, ancorché la società "madre" non concorra direttamente all'appalto; principio che si rinviene, poi, nelle direttive che, normando i principi in questione, tratti dalla giurisprudenza comunitaria, hanno espressamente affermato, come si è visto, che "un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi (artt. 47 e 48 della direttiva 2000/18/CE relativa a "lavori, servizi e forniture"; norme analoghe sono contenute nella direttiva 2004/17/CE relativa ai settori speciali). **Costituisce principio di prova, volto a comprovare la sussistenza della prescritta disponibilità dell'impresa di cui intende avvalersi, l'esistenza dei vincoli del gruppo.** Ne consegue che l'impresa che dichiara di avvalersi delle capacità tecniche o economico-finanziarie di altra impresa può anche avvalersi, ai fini della partecipazione alla gara e dell'espletamento dei lavori previsti, delle prestazioni di quella stessa impresa, da rendersi in forza delle attestazioni SOA di cui essa è dotato».

Si tratta, quindi, di una scelta di campo del legislatore che risolve, in questo modo, uno dei maggiori problemi che si erano posti gli interpreti nel prevedere le possibili applicazioni pratiche della nuova previsione comunitaria.

Considerato, infatti, che nel sistema di qualificazione dei lavori pubblici l'attestazione SOA non costituisce un mero requisito, ma rappresenta "condizione necessaria e sufficiente" per partecipare alla gara, è evidente che il consentire a un soggetto di partecipare alla gara, anche se privo di attestazione, facendo valere l'attestazione SOA di un altro soggetto (che resta terzo nei confronti del committente) aveva, nelle more dell'adozione del Codice, creato numerose perplessità negli interpreti e il sospetto che ciò avrebbe portato a comportamenti elusivi della qualificazione.

Il legislatore aveva due strade: vietare l'avvalimento nel sistema di qualificazione dei lavori pubblici, in questo caso esponendosi al rischio di violazione del diritto comunitario, ovvero consentire l'avvalimento anche dell'attestazione SOA.

La soluzione adottata è stata la seconda. Il citato comma 1, art. 49 – come è stato giustamente osservato – deve "sdoppiarsi" ed essere letto come segue:

- nel caso di appalti di lavori pubblici «il concorrente può soddisfare la richiesta relativa al possesso di attestazione SOA avvalendosi dell'attestazione di altro soggetto»;

- in tutti gli altri casi (forniture, servizi, lavori speciali) «il concorrente può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico professionale avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto».

Tale lettura, infatti, è l'unica in grado di consentire che non si scardini il sistema unico di qualificazione SOA, impedendo che si possa partecipare presentando in alternativa l'attestazione SOA o la prova del requisito. Il problema, in realtà, è più sentito nei settori ordinari che negli speciali, in quanto la SOA viene richiesta spesso dagli enti di settore speciale in aggiunta ad altri requisiti. È possibile, inoltre, ricorrere all'avvalimento parziale: si richiede che le imprese che concorrono devono comunque essere in possesso dell'attestazione SOA per tutte o per alcune delle categorie indicate nel bando, con la conseguenza, pertanto, che il ricorso all'avvalimento serve per integrare la classifica di importo richiesta.

L'avvalimento parziale consentirebbe anche di non eludere la speciale disciplina riservata ai lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali (cosiddette categorie "super-specialistiche") dalla legge Merloni e confermata dal Codice.

È noto, infatti, che con riguardo alle cosiddette categorie "super-specialistiche" il comma 7 dell'art. 13 della legge Merloni – previsione ora integralmente riportata dall'art. 37, comma 11, del Codice – prevedeva l'obbligo, per il concorrente privo di attestazione SOA nella suddetta categoria, di costituire un ATI verticale con una impresa mandante in possesso della suddetta attestazione SOA, tutte le volte in cui l'importo della super-specialistica avesse superato il 15% dell'importo complessivo dei lavori. Qualora, pertanto, non si consentisse alle stazioni appaltanti di vietare l'avvalimento totale si potrebbe avere – a mero titolo esemplificativo – che un'impresa in possesso della qualificazione nella categoria prevalente, ma non in detta categoria, al fine di partecipare alla gara, potrebbe "avvalersi" dell'attestazione SOA di un'altra impresa, evitando così di dover costituire un'associazione temporanea. In questo modo violando, ovvero aggirando elusivamente, il disposto dell'art. 37, comma 11, del Codice.

7.9 Requisiti dell'impresa ausiliaria e contratto

Un altro aspetto dibattuto è stato quello relativo ai requisiti che possono essere richiesti all'impresa ausiliaria. La soluzione adottata dal Codice è che l'impresa ausiliaria dimostri comunque alla stazione appaltante di essere in possesso dei requisiti di idoneità morale (cosiddette cause di esclusione), nonché in regola con gli obblighi previsti dalla normativa antimafia in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara (art. 49, comma 5).

L'art. 49, comma 2, prevede, infatti, che il concorrente che decida di avvalersi dei requisiti di un terzo dovrà allegare alla propria domanda di partecipazione:

- la dichiarazione relativa al requisito (o requisiti) oggetto di avvalimento, con indicazione dell'impresa ausiliaria;

- la dichiarazione circa il possesso dei requisiti di ordine generale, di cui all'art. 38, propria e dell'impresa ausiliaria;
- una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria, con la quale quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;
- una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o in associazione o in consorzio con altre imprese; ovvero una dichiarazione che la stessa non si trova in una situazione di controllo con una delle altre imprese che partecipano alla gara (ovviamente diversa dal concorrente).

Ciò premesso, al momento di presentazione dell'offerta, il concorrente dovrà allegare, in originale o in copia autentica, il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente [art. 49, comma 2, lett. d)].

In questo modo il legislatore nazionale ha chiarito che la prova dell'effettiva disponibilità del requisito preso in prestito non può essere una dichiarazione unilaterale ma deve assumere la forma di un contratto, ovvero dell'incontro di due volontà (ai sensi del Codice civile «Il contratto ha forza di legge tra le parti»).

Fermo restando, infatti, che l'impresa che partecipa alla gara si possa legittimamente avvalere del requisito di un terzo, restava aperto l'importante problema della prova del possesso del requisito, su cui nelle more dell'adozione del Codice la giurisprudenza si era già interrogata, distinguendo il caso in cui ad avvalersi erano imprese appartenenti a uno stesso gruppo dal caso in cui ad avvalersi era l'impresa priva di alcun legame giuridico con il soggetto avvalente (ora impresa ausiliaria).

Le argomentazioni dei giudici amministrativi espresse, nelle more dell'approvazione del Codice, sono state recepite nel testo definitivo che, rispetto alla prima formulazione (prima bozza), hanno introdotto una particolare disposizione in merito alla prova dell'avvalimento, qualora tra l'impresa ausiliaria e il concorrente sussista un vincolo societario di appartenenza al gruppo.

Più precisamente, il legislatore si è espresso nel senso di affermare che la prova deve essere un "contratto" tra concorrente e impresa ausiliaria, con ciò escludendo che possa essere sufficiente una semplice dichiarazione unilaterale di impegno dell'impresa ausiliaria. Ciò chiarito, tuttavia, si introduce l'eccezione alla regola nel caso in cui si tratti di partecipazione di imprese appartenenti allo stesso gruppo.

La norma prevede, infatti, che «nel caso di avvalimento nei confronti di una impresa che appartiene al medesimo gruppo, in luogo del contratto, l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale deriva direttamente la responsabilità in solido» ❶.

① In senso contrario, TAR Campania, Napoli, Sez. I, 23 marzo 2006, n. 3146: «Il rapporto di partecipazione societaria, anche sotto forma di holding, sebbene fortemente indicativo di una relazione soggettiva tra due imprese, non è certamente idoneo a dimostrare che l'una possa *ipso facto* disporre dei requisiti tecnici, organizzativi e finanziari dell'altra e viceversa: basti pensare che per la configurazione di una holding è sufficiente il mero rapporto di partecipazione societaria, senza che sia necessaria anche l'identità o l'analogia delle attività svolte dalle singole compagnie; anzi, sovente, la creazione di un gruppo sorge proprio dall'esigenza di creare un vincolo stabile tra imprese che svolgono attività diverse, al fine di dare vita a un soggetto economico unitario, operante in più settori (del resto, questa è proprio una delle logiche che sottende la formazione di una associazione temporanea di imprese); ne discende che, rispetto alla dimostrazione della capacità tecnica, la mera indicazione di un rapporto di partecipazione societaria potrebbe non essere in alcun modo idonea a dimostrare un trasferimento dei requisiti (in particolar modo se di natura tecnica o organizzativa), proprio perché potrebbe trattarsi di soggetti operanti in settori distinti; ancora, rilevante incidenza assume il concreto assetto del rapporto di partecipazione, nel senso che nell'ipotesi di controllo, mentre la controllante, per la sua posizione proprietaria dominante, può senz'altro avvalersi dell'organizzazione e del patrimonio della controllata, altrettanto non può presumersi per la situazione inversa.

Si deve quindi ritenere che la mera esistenza di un rapporto di controllo societario sia una condizione soggettiva fortemente indicativa della possibilità da parte di un'impresa di avvalersi dei requisiti tecnici e organizzativi dell'altra, non essendo, tuttavia, l'allegazione di tale sola circostanza idonea a dimostrare un'effettiva disponibilità in tal senso; del resto, in siffatta evenienza la stazione appaltante non è in grado di accertare se l'impresa partecipante sia tecnicamente o finanziariamente nelle condizioni di dare esecuzione all'instaurando rapporto di appalto».

Ciò premesso, si tratta di verificare, di volta in volta, quale sia il tipo di contratto che il concorrente dovrà produrre, ritenendo che esso sarà diverso in relazione ovviamente alla tipologia di requisito di cui ci si intende avvalere. È chiaro, infatti, che se il requisito preso in prestito si traduce in una particolare attrezzatura, sarà sufficiente, a titolo esemplificativo, un contratto di noleggio dell'apparecchiatura stessa della durata dell'appalto. Discorso diverso sarebbe, per esempio, se il concorrente partecipasse avvalendosi dell'attestazione SOA di altro soggetto.

Si consideri, infatti, l'ipotesi dell'affidamento, da parte degli enti che operano nei settori speciali, di appalti di lavori non funzionali agli scopi e, quindi, attratti nel regime di qualificazione dei lavori ordinari (sistema SOA). In questo caso, non potendo escludere dalla gara il concorrente che, privo di SOA, presenti domanda di partecipazione alla gara dichiarando di avvalersi dell'attestazione di una impresa terza, ci si chiede quale sia il contratto che l'ente appaltante può richiedere quale prova dell'effettiva disponibilità dei requisiti in capo al concorrente. Considerato che l'attestazione SOA, come prima ricordato, è condizione necessaria e sufficiente della capacità economica e tecnica dell'impresa, non sono mancate prime condivisibili interpretazioni che si sono spinte a ritenere che il contratto in questo caso dovrebbe essere un contratto di affitto di azienda.

7.10 Controlli dell'Autorità per la vigilanza sull'avvalimento

È rimesso all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici – il cui ruolo e i cui poteri vengono di gran lunga ampliati dal Codice, estendendo il suo raggio di

azione, oltre che a forniture e servizi, anche agli appalti aggiudicati nei settori speciali (art. 6) – il compito di vigilare sul corretto utilizzo dell'avvalimento nelle gare.

In relazione a ciascuna gara, infatti, le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere all'Autorità tutte le richieste di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario.

Tali comunicazioni consentiranno all'autorità di poter esercitare la vigilanza sul rispetto da parte di concorrenti dei divieti previsti dalla legge e, soprattutto, attraverso un meccanismo di controlli incrociati, dovrebbe consentire di evitare che la stessa impresa, in gare diverse, presti lo stesso requisito. La legge vieta, infatti, alla stessa impresa ausiliaria di prestare il requisito a più soggetti nell'ambito della stessa procedura di gara, non evita che una impresa ausiliaria metta a disposizione dei mezzi che ha già "prestato" ad altra impresa in un'altra gara.

Spetta all'Autorità vigilare e procedere a dare adeguata pubblicità, sul sito informatico presso l'Osservatorio, delle comunicazioni ricevute dalle stazioni appaltanti. È evidente che quando il sistema di pubblicità sarà a regime, è possibile immaginare anche un controllo diretto da parte delle stazioni appalti in merito al corretto utilizzo dell'avvalimento in gara (art. 49, comma 11).

7.11 Avvalimento dei requisiti

L'art. 232 del Codice richiama espressamente l'art. 50 «Avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione», in questo modo lasciando ragionevolmente ritenere che anche gli enti appaltanti di settore speciale, analogamente a quanto previsto per le SOA chiamate a rilasciare l'attestazione, dovranno pretendere il rispetto dei presupposti individuati da tale norma per l'operatività dell'avvalimento ai fini dell'iscrizione nei propri sistemi di qualificazione.

Il primo presupposto è che tra l'impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliaria deve esistere un rapporto di controllo o collegamento ai sensi dell'art. 2359, primo e secondo comma, c.c. [art. 50, comma 1, lett. a)], ovvero, in altri termini, che si tratti di imprese che appartengono a uno stesso gruppo.

Il secondo presupposto è che, al momento della richiesta di iscrizione nel sistema di qualificazione, l'impresa ausiliaria si impegna nei confronti della stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse per tutto il periodo di validità del sistema. Pare significativo che la norma utilizzi la dizione "messa a disposizione di risorse" e non "messa a disposizione del requisito".

Con ciò indicando che per l'ottenimento della qualificazione sussiste la possibilità di ricorrere all'avvalimento solo in relazione ai "mezzi" e non, in generale, a tutti i requisiti occorrenti a tal fine. La differenza è notevole in quanto, se così non fosse si dovrebbe affermare che un'impresa – ancorché non abbia mai partecipato ad appalti pubblici – potrebbe conseguire la qualificazione utilizzando *in toto* i requisiti di un'altra impresa del gruppo; una volta ottenuta la qualificazione avrebbe quindi la possibilità di partecipare a qualsiasi gara per l'affidamento di appalti

① **Art. 6, comma 11:** «Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri.

Le stesse sanzioni si applicano agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione».

pubblici congruenti con la qualificazione stessa, senza ulteriori incombenze a proprio carico. Secondo il dettato della norma, quindi, la medesima impresa, ai fini dell'ottenimento della qualificazione, avrebbe solo la possibilità di utilizzare i "mezzi" ovvero le "risorse" rientranti nella disponibilità di altra impresa del gruppo, ferma restando la necessità di dimostrare in proprio il possesso dei restanti requisiti.

Ulteriore presupposto è l'impegno dell'impresa avvalente e ausiliaria, di comunicare, nel periodo di validità dell'iscrizione dal sistema, le circostanze che possono far venir meno la messa a disposizione delle risorse.

L'onere di comunicazione è sanzionato, prevedendosi (art. 50, comma 2), in caso di omessa o non veritiera comunicazione di tali circostanze, l'applicazione delle sanzioni pecuniarie previste dall'art. 6, comma 11 ①, nonché la sospensione dell'iscrizione al sistema da parte dell'Autorità per la vigilanza.

Va evidenziato, infine, che, anche per l'avvalimento ai fini dell'iscrizione in un sistema di qualificazione, il legislatore ha previsto la responsabilità in solido dell'impresa che si avvale del requisito e dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, per tutta la durata dell'iscrizione nel sistema (art. 50, comma 3) ②.

È evidente che la disposizione darà luogo a notevole contenzioso, non essendo chiaro come operi tale tipo di responsabilità ovvero se l'impresa ausiliaria è responsabile per le prestazioni oggetto delle singole gare cui parteciperà l'impresa iscritta nel sistema ovvero la responsabilità è circoscritta a ciò che costituisce oggetto di avvalimento.

② Sebbene l'art. 50, comma 3, preveda che «l'attestazione di qualificazione SOA mediante avvalimento determina responsabilità solidale dell'impresa concorrente e dell'impresa ausiliaria verso la stazione appaltante», si deve ritenere che ciò valga anche per l'iscrizione nei sistemi di qualificazione previsti nei settori speciali.