

LA QUALIFICAZIONE
(Rosanna De Nictolis)
IGI 27 gennaio 2011

INDICE SOMMARIO

- Sezione I – La qualificazione in generale – fonti di disciplina.**
- Sezione II - La qualificazione per i servizi e per le forniture.**
- Sezione III - La qualificazione per i lavori pubblici fino a 150.000 euro.**
- Sezione IV - La qualificazione per i lavori pubblici superiori a 150.000 euro.**
- Sezione V – Le regole comuni alla qualificazione per lavori, servizi e forniture.**
- Sezione VI - Le regole comuni ai requisiti di ordine generale e ai requisiti di qualificazione.**
- Sezione VII - L'avvalimento nelle singole gare e ai fini della qualificazione.**
- Sezione VIII – La qualificazione per i servizi inerenti l'ingegneria e l'architettura.**
- Sezione IX – La qualificazione del contraente generale.**
- Sezione X – La qualificazione nei settori speciali.**

INDICE SISTEMATICO

Sezione I – La qualificazione in generale – fonti di disciplina.

- 1. La qualificazione in generale – fonti di disciplina.**

Sezione II - La qualificazione per i servizi e per le forniture.

- 1. Profili generali. Fissazione dei requisiti nel bando. Prova dei requisiti.**
- 2. I requisiti di capacità economica e finanziaria.**
- 3. I requisiti di capacità tecnica e professionale.**
- 4. Gli elenchi ufficiali di fornitori o prestatori di servizi.**

Sezione III - La qualificazione per i lavori pubblici fino a 150.000 euro.

- 1. La qualificazione per i lavori pubblici fino a 150.000 euro.**

Sezione IV - La qualificazione per i lavori pubblici superiori a 150.000 euro.

- 1. Profili generali. Le novità rispetto al sistema anteriore al codice.**
- 2. La vigilanza sul sistema di qualificazione e i principi ispiratori dell'attività di attestazione.**
 - 2.1. La vigilanza sul sistema di qualificazione da parte di organi diversi dall'Autorità. Profili di coordinamento.**
 - 2.2. La vigilanza dell'Autorità.**
 - 2.3. La questione della natura pubblica o privata dell'attività di attestazione.**
 - 2.4. I doveri di diligenza, correttezza trasparenza e il dovere di verifica del possesso di tutti i requisiti prima del rilascio dell'attestazione di qualificazione.**
 - 2.5. L'acquisizione dei certificati di esecuzione dei lavori tramite l'Osservatorio.**
 - 2.6. I doveri di conservazione e comunicazione degli atti da parte delle SOA.**
 - 2.7. L'obbligo di dichiarare la decadenza delle attestazioni conseguite in difetto dei requisiti, o in caso di successivo venir meno dei requisiti.**
 - 2.8. La revisione straordinaria delle attestazioni SOA.**
 - 2.8.a) L'ambito e la durata.**
 - 2.8.b) Le modalità operative.**
- 3. Le società organismi di attestazione (SOA).**
 - 3.1. I requisiti generali e di indipendenza delle SOA.**
 - 3.2. I divieti e i limiti al possesso di partecipazioni azionarie nelle SOA.**
 - 3.3. I requisiti tecnici delle SOA in relazione al personale e alla dotazione informatica.**
 - 3.4. L'autorizzazione all'esercizio dell'attività e l'elenco delle SOA autorizzate.**

4. Le tariffe per l'attività di attestazione.
5. Il sistema sanzionatorio nei confronti delle SOA.
 - 5.1. Profili generali e fonti.
 - 5.2. I principi del codice relativi alle sanzioni e al procedimento sanzionatorio nei confronti delle SOA.
 - 5.3. La disciplina regolamentare della tipologia delle infrazioni e delle sanzioni nei confronti delle SOA.
 - 5.4. La disciplina regolamentare del procedimento sanzionatorio nei confronti delle SOA.
6. L'attestazione di qualificazione.
 - 6.1. Profili generali: obbligatorietà e valenza probatoria. La questione dell'applicabilità in settori dove sono previsti speciali albi.
 - 6.2. Il contenuto formale e sostanziale dell'attestazione di qualificazione.
 - 6.3. La trasmissione delle attestazioni di qualificazione all'Autorità di vigilanza.
 - 6.4. Gli elenchi delle imprese qualificate.
 - 6.5. La durata dell'attestazione di qualificazione. La verifica infraquinquennale.
 - 6.6. I controlli sull'attestazione e la decadenza dell'attestazione per difetto dei requisiti di qualificazione.
 - 6.6.a) La revisione straordinaria una tantum.
 - 6.6.b) Il controllo annuale a campione.
 - 6.6.c) Il controllo su denuncia di impresa concorrente, di una stazione appaltante o di una SOA.
 - 6.6.d) Il controllo da parte della SOA su attestazioni rilasciate da altre SOA.
 - 6.6.e) Il controllo da parte della SOA sulle attestazioni da essa rilasciate.
 - 6.6.f) La rilevanza della decadenza dall'attestazione SOA nella fase di esecuzione dei lavori.
 - 6.7. Decadenza, sospensione dell'attestazione e sanzioni pecuniarie nei confronti delle imprese per violazione di obblighi informativi inerenti il sistema di qualificazione.
 - 6.8. La sorte delle attestazioni di qualificazione e dei procedimenti di qualificazione pendenti in caso di SOA che interrompe o cessa l'attività.
7. I requisiti e il procedimento per conseguire l'attestazione di qualificazione e la verifica triennale.
 - 7.1. I requisiti di ordine generale.
 - 7.2. Il possesso di sistema di qualità aziendale.
 - 7.3. I requisiti di ordine speciale.
 - 7.3.1. In generale.
 - 7.3.2. Prova dell'adeguata capacità economica e finanziaria.
 - 7.3.3. Prova dell'adeguata idoneità tecnica e organizzativa.
 - 7.3.4. Prova dell'adeguata dotazione di attrezzature tecniche.
 - 7.3.5. Prova dell'adeguato organico medio annuo.
 - 7.3.6. Ulteriori requisiti per alcune categorie di opere.
 - 7.3.7. L'incremento convenzionale premiante.
 - 7.4. I pregressi lavori eseguiti in Italia.
 - 7.5. I pregressi lavori eseguiti all'estero.
 - 7.6. Attribuzione di pregressi lavori in caso di subappalto e di contraente generale.
 - 7.7. La direzione tecnica ai fini del conseguimento della qualificazione.
 - 7.8. I requisiti per la verifica triennale.
 - 7.9. Il procedimento per conseguire l'attestazione di qualificazione.
 - 7.10. Il procedimento di rinnovo.
 - 7.11. Il procedimento di verifica triennale.
8. Possibilità di ulteriori requisiti di qualificazione richiesti nel bando di gara.

Sezione V – Le regole comuni alla qualificazione per lavori, servizi e forniture.

1. Le norme di garanzia della qualità.
2. Le norme di gestione ambientale.
3. La qualificazione di operatori non stabiliti in Italia.
4. Il controllo a campione sul possesso dei requisiti di qualificazione.
 - 4.1. Profili generali.
 - 4.2. L'obbligatorietà del controllo a campione.
 - 4.3. L'ambito oggettivo.
 - 4.3.a) Settori, prestazioni, procedure.
 - 4.3.b) Requisiti generali e speciali.
 - 4.3.c) Qualificazione SOA e qualificazione in gara.
 - 4.3.d) Inapplicabilità del controllo a campione nel caso di utilizzo della forcella.
 - 4.4. Il momento del controllo a campione.
 - 4.5. Il numero delle imprese da controllare e il criterio selettivo.
 - 4.6. Mezzi di prova per dimostrare il possesso dei requisiti.
 - 4.7. Controllo a campione, semplificazione documentale e autocertificazione.
 - 4.8. Il termine per l'ottemperanza alla richiesta di documentazione e la sua natura giuridica.
 - 4.9. Le conseguenze dell'inosservanza del termine.
 - 4.9.a) Provvedimenti adottati dalla stazione appaltante.
 - 4.9.b) Le sanzioni irrogate dall'Autorità.
 - 4.10. Destinatari delle sanzioni in caso di appalti di progettazione ed esecuzione.
 - 4.11. La non necessità dell'avviso di avvio del procedimento di esclusione.
 - 4.12. Il controllo dell'impresa aggiudicataria e del secondo classificato.
 - 4.13. La rideterminazione della soglia di anomalia.
 - 4.14. Il controllo delle imprese non sorteggiate.

Sezione VI - Le regole comuni ai requisiti di ordine generale e ai requisiti di qualificazione.

1. Il principio di proporzionalità dei requisiti di ordine generale e di qualificazione.
2. Il potere di soccorso della stazione appaltante.

Sezione VII - L'avvalimento nelle singole gare e ai fini della qualificazione.

1. Osservazioni generali.
2. L'avvalimento nelle singole gare.
3. L'avvalimento infragruppo nell'ambito di sistemi di qualificazione.
4. I dubbi di compatibilità comunitaria.
5. L'avvalimento di requisiti di imprese extracomunitarie.

Sezione VIII – La qualificazione per i servizi inerenti l'ingegneria e l'architettura.

1. Profili generali.
2. Le società di professionisti.
3. Le società di ingegneria.
4. I consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria.
5. Gli incentivi per i giovani professionisti.
6. Le incompatibilità per i soggetti esterni.

Sezione IX – La qualificazione del contraente generale.

1. Le fonti normative.
2. Caratteristiche del sistema di qualificazione del contraente generale.
3. Requisiti per l'iscrizione.
4. Qualificazione dei consorzi stabili.
5. Qualificazione dei consorzi di cooperative.

- 6. Imprese stabilite in Stati diversi dall'Italia.**
- 7. Procedimento di qualificazione.**
- 8. Variazione della classifica, cessazione e decadenza dell'attestazione.**
- 9. Rinnovo della qualificazione.**
- 10. Tutela.**

Sezione X – La qualificazione nei settori speciali.

1. La qualificazione nei settori speciali.

Sezione I – La qualificazione in generale – fonti di disciplina.

1. La qualificazione in generale – fonti di disciplina.

La disciplina della qualificazione non ha una collocazione unitaria, né nel codice né nel regolamento, in quanto è dettata separatamente per settori e tipologie di contratti.

Per i settori ordinari, dispongono, nel codice, gli artt. da 40 a 48, di cui l'art. 40 riguarda la qualificazione per i lavori, rinviando quasi integralmente al regolamento, gli artt. 41, 42 e 45 riguardano la qualificazione per servizi e forniture, gli artt. 43, 44, 46, 47, 48, dettano norme comuni in tema di qualificazione per lavori, servizi e forniture nei settori ordinari.

Tale disciplina primaria è completata dagli artt. da 60 a 96 del regolamento, che disciplinano la qualificazione per i lavori nei settori ordinari (in particolare l'art. 90 riguarda la qualificazione per lavori fino a 150.000 euro); e dall'art. 275 del regolamento, che disciplina la qualificazione per servizi e forniture nei settori ordinari.

Per i servizi relativi all'ingegneria e all'architettura la qualificazione è disciplinata dall'art. 90, co. 3, codice, e dagli artt. da 253 a 356 del regolamento.

Per il contraente generale la qualificazione è disciplinata negli artt. da 186 a 193 del codice e negli artt. da 97 a 104 del regolamento.

Per i settori speciali la qualificazione è disciplinata negli artt. 230 e 232 del codice, e dall'art. 340 del regolamento.

Sezione II - La qualificazione per i servizi e per le forniture.

1. Profili generali. Fissazione dei requisiti nel bando. Prova dei requisiti.

Per servizi e forniture non è stato istituito un sistema di qualificazione generale, come quello previsto per i lavori pubblici superiori a 150.000 euro, sicché la qualificazione va effettuata per singola gara.

In ciascuna gara devono essere posseduti i requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica e professionale fissati dal bando, e gli stessi devono essere comprovati.

Spetta al bando fissare i requisiti, nel rispetto del principio di proporzionalità (art. 41, co. 2 e art. 42, co. 2 e 3, codice); le informazioni richieste non possono eccedere l'oggetto dell'appalto e la stazione appaltante deve comunque tener conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali (art. 42, co. 3, codice).

E' ammessa la prova mediante dichiarazione sostitutiva, per fatti e atti che riguardano l'impresa (bilanci, fatturato globale, capacità tecnica e professionale) (art. 41, co. 4 e art. 42, co. 4, codice).

Invece le idonee dichiarazioni bancarie, che sono esterne all'impresa concorrente, devono essere prodotte in originale o copia autentica, in numero di almeno due dichiarazioni di due diversi istituti bancari o intermediari autorizzati (art. 41, co. 4, codice).

Quest'ultima previsione non era contenuta nella disciplina anteriore al codice, e costituisce espressa codificazione di una prassi già seguita dalle stazioni appaltanti, e ritenuta legittima dalla

giurisprudenza. Secondo quest'ultima, la richiesta di almeno due dichiarazioni bancarie non appare in contrasto né con la legge, né con alcun principio generale, e neppure con alcun criterio logico. Invero, è dato di comune esperienza che imprese, anche di limitate dimensioni, non concentrano, di regola, i loro rapporti con un solo istituto bancario, ma si avvalgono dei servizi di più d'uno¹.

Il concorrente che risulta aggiudicatario deve fornire la specifica documentazione probatoria, a conferma della dichiarazione sostitutiva resa in sede di gara (artt. 41, co. 4 e 42, co. 4, codice).

2. I requisiti di capacità economica e finanziaria.

Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

- a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d.lgs. n. 385/1993;
- b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. n. 445/2000;
- c) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. n. 445/2000, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi (art. 41, co. 1, codice).

Il co. 1 dell'art. 41 è stato così riscritto dal terzo d.lgs. correttivo, al fine di chiarire meglio la possibilità di presentare i documenti dimostrativi dei requisiti ovvero dichiarazione sostitutiva di essi, possibilità che è esclusa per il requisito di cui al co. 1, lett. a) (dichiarazione degli istituti bancari o intermediari autorizzati).

I bilanci o estratti dei bilanci non possono essere richiesti a prestatori di servizi o di forniture stabiliti in Stati membri che non prevedono la pubblicazione del bilancio (art. 41, co. 2, codice).

Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'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 (art. 41, co. 3, codice)². Secondo la giurisprudenza, le previsioni del co. 3 dell'art. 41 si riferiscono a tutti i documenti di cui al co. 1 del medesimo articolo, e dunque anche alle dichiarazioni bancarie, che pertanto possono essere sostituite da altra documentazione idonea, secondo il giudizio della stazione appaltante³.

Le dichiarazioni bancarie vanno presentate già in sede di offerta, mentre per gli altri requisiti, nel caso in cui in sede di offerta sono state presentate le dichiarazioni sostitutive, il concorrente aggiudicatario è tenuto ad esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni sostitutive (art. 41, co. 4, codice, come novellato dal terzo d.lgs. correttivo).

3. I requisiti di capacità tecnica e professionale.

Negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi (art. 42, co. 1, codice):

- a) presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi; se trattasi di servizi e forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, esse sono provate da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; se

¹ Cons. St., sez. V, 14 aprile 2006 n. 2078, in *Urb. e app.*, 2006, 1456, con nota di IELO.

² Cons. St., sez. VI, 27 giugno 2008 n. 3295, in *Urb. e app.*, 2008, 1435, con nota di P. STROPPIANA, *Capacità economico-finanziaria e regolarità contributiva: analisi di una giurisprudenza incerta* (1438-1444).

³ Tar Lazio – Roma, sez. III, 27 marzo 2007 n. 2661, in *Urb. e app.* 2007, 1031, con nota di A. BARTOLINI, *I requisiti di capacità economica e finanziaria tra restrizioni della lex specialis ed il favor participationis* (1032 – 1034)

trattasi di servizi e forniture prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente;

b) indicazione dei tecnici e degli organi tecnici, facenti direttamente capo, o meno, al concorrente e, in particolare, di quelli incaricati dei controlli di qualità;

c) descrizione delle attrezzature tecniche tale da consentire una loro precisa individuazione e rintracciabilità, delle misure adottate dal fornitore o dal prestatore del servizio per garantire la qualità, nonché degli strumenti di studio o di ricerca di cui dispone;

d) controllo, effettuato dalla stazione appaltante o, nel caso di concorrente non stabilito in Italia, per incarico della stazione appaltante, da un organismo ufficiale competente del Paese in cui è stabilito il concorrente, purché tale organismo acconsenta, allorché i prodotti da fornire o il servizio da prestare siano complessi o debbano rispondere, eccezionalmente, a uno scopo determinato; il controllo verte sulla capacità di produzione e, se necessario, di studio e di ricerca del concorrente e sulle misure utilizzate da quest'ultimo per il controllo della qualità;

e) indicazione dei titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi o dei dirigenti dell'impresa concorrente e, in particolare, dei soggetti concretamente responsabili della prestazione di servizi;

f) indicazione, per gli appalti di servizi e unicamente nei casi appropriati, stabiliti dal regolamento, delle misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto;

g) per gli appalti di servizi, indicazione del numero medio annuo di dipendenti del concorrente e il numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni;

h) per gli appalti di servizi, dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto;

i) indicazione della quota di appalto che il concorrente intenda, eventualmente, subappaltare;

l) nel caso di forniture, produzione di campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire, la cui autenticità sia certificata a richiesta della stazione appaltante;

m) nel caso di forniture, produzione di certificato rilasciato dagli istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità dei beni con riferimento a determinati requisiti o norme.

Con il secondo d.lgs. correttivo (d.lgs. n. 113/2007) è stato previsto che al fine di assicurare la massima estensione dei principi comunitari e delle regole di concorrenza negli appalti di servizi o di servizi pubblici locali, la stazione appaltante considera, in ogni caso, rispettati i requisiti tecnici prescritti anche ove la disponibilità dei mezzi tecnici necessari ed idonei all'espletamento del servizio sia assicurata mediante contratti di locazione finanziaria con soggetti terzi (art. 42, co. 4-*bis*, codice).

Viene in tal modo trasfuso nel codice il contenuto dell'art. 1, co. 914, della legge finanziaria per il 2007.

Tanto in accoglimento parziale di un'osservazione del parere del Cons. St., 6 giugno 2007 n. 1, secondo il quale, se non ci fosse stata la disciplina specifica recata dalla finanziaria, la fattispecie ivi contemplata sarebbe stata ammessa nei limiti di cui all'art. 49, codice (avvalimento di terzo soggetto per la prova dei requisiti di carattere tecnico).

Non è stato recepito l'ulteriore rilievo del Consiglio di Stato, secondo cui, per evitare che l'innovazione possa essere intesa come deroga all'art. 49, codice, in ordine sia alla prova del contratto di locazione finanziaria sia, soprattutto, alle cautele antimafia che vanno adottate in tema di pubblici affidamenti, sarebbe anche necessario richiamare tali disposizioni.

Secondo il Consiglio di Stato andava aggiunta la locuzione a condizione che nei confronti del locatore finanziario siano rispettate le condizioni e requisiti di cui agli artt. 49 e 118.

4. Gli elenchi ufficiali di fornitori o prestatori di servizi.

Per agevolare la prova sia dei requisiti generali, sia dei requisiti professionali, sia dei requisiti di qualificazione, nei contratti relativi a servizi e forniture, è utile l'iscrizione in elenchi ufficiali di prestatori di servizi o di fornitori.

Invero, i concorrenti iscritti in elenchi ufficiali di prestatori di servizi o di fornitori possono presentare alla stazione appaltante, per ogni appalto, un certificato d'iscrizione indicante le referenze che hanno permesso l'iscrizione stessa e la relativa classificazione (art. 45, co. 1, codice).

L'iscrizione di un prestatore di servizi o di un fornitore in uno degli elenchi suddetti, certificata dall'Autorità, ovvero, per gli operatori degli altri Stati membri certificata da parte dell'autorità o dell'organismo di certificazione dello Stato dove sono stabiliti, costituisce, per le stazioni appaltanti, presunzione d'idoneità alla prestazione, corrispondente alla classificazione del concorrente iscritto, limitatamente a quanto previsto:

- dall'art. 38, co. 1, lett. a), c), f), secondo periodo, codice (assenza di procedure concorsuali, condanne penali, errori professionali);
- dall'art. 39, codice (requisiti professionali);
- dall'art. 41, co. 1, lett. b) e c), codice (bilanci e fatturato globale degli ultimi tre esercizi);
- dall'art. 42, co. 1, lett. a), b), c), d), codice, sia per servizi che forniture;
- limitatamente ai servizi, dall'art. 42, co. 1, lett. e), f), g), h), i), codice;
- limitatamente alle forniture, dall'art. 42, co. 1, lett. l), m), codice (art. 45, co. 2, codice).

I dati risultanti dall'iscrizione in uno degli elenchi di cui al co. 1 per i quali opera la presunzione di idoneità di cui al co. 2, non possono essere contestati immotivatamente (art. 45, co. 3, codice).

L'iscrizione in elenchi ufficiali di fornitori o prestatori di servizi non può essere imposta agli operatori economici in vista della partecipazione ad un pubblico appalto (art. 45, co. 4, codice).

Gli elenchi sono soggetti a pubblicazione sul profilo di committente e sul casellario informatico dell'Autorità (art. 45, co. 5, codice).

Gli operatori economici di altri Stati membri possono essere iscritti negli elenchi ufficiali alle stesse condizioni stabilite per gli operatori italiani; a tal fine, non possono, comunque, essere richieste prove o dichiarazioni diverse da quelle previste dagli artt. 38, 39, 41, 42, 43, 44, codice (art. 45, co. 6, codice).

Le amministrazioni o gli enti che gestiscono tali elenchi comunicano alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie, nei tre mesi decorrenti dalla data di entrata in vigore del codice ovvero dall'istituzione di nuovi elenchi o albi, il nome e l'indirizzo dei gestori degli stessi presso cui possono essere presentate le domande d'iscrizione; le stesse amministrazioni o enti provvedono all'aggiornamento dei dati comunicati. Nei trenta giorni successivi al loro ricevimento il Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie cura la trasmissione di tali dati agli altri Stati membri (art. 45, co. 7, codice).

Gli operatori economici possono chiedere in qualsiasi momento la loro iscrizione in uno degli elenchi ufficiali. Essi devono essere informati entro un termine ragionevolmente breve, fissato ai sensi dell'art. 2, l. n. 241/1990, della decisione dell'amministrazione o ente che istituisce l'elenco (art. 45, co. 8, codice).

Il co. 1-bis dell'art. 45, inserito dal terzo d.lgs. correttivo, dispone che per gli operatori economici facenti parte di un gruppo che dispongono di mezzi forniti da altre società del gruppo, l'iscrizione negli elenchi indica specificamente i mezzi di cui si avvalgono, la proprietà degli stessi e le condizioni contrattuali dell'avvalimento. La Commissione europea aveva contestato il non corretto recepimento dell'art. 52, direttiva 2004/18, in quanto l'avvalimento infragruppo era consentito dal codice solo per i lavori (art. 50, codice, che si riferisce all'attestazione SOA, prevista solo per i lavori) ma non anche per servizi e forniture.

Sezione III - La qualificazione per i lavori pubblici fino a 150.000 euro.

1. La qualificazione per i lavori pubblici fino a 150.000 euro.

Per i lavori fino a 150.000 euro, non è previsto il sistema di qualificazione tramite SOA.

Il codice demanda al regolamento la fissazione dei requisiti di qualificazione, sia economico finanziari che tecnico organizzativi, fermo il possesso dei requisiti di ordine generale (art. 40, co. 8, codice).

In attuazione, il nuovo regolamento fissa requisiti semplificati di capacità tecnico – professionale, mentre non richiede requisiti di capacità economico – finanziaria (art. 90, regolamento):

a) importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare;

b) costo complessivo sostenuto per il personale dipendente non inferiore al 15% dell'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando; nel caso in cui il rapporto tra il suddetto costo e l'importo dei lavori sia inferiore a quanto richiesto, l'importo dei lavori è figurativamente e proporzionalmente ridotto in modo da ristabilire la percentuale richiesta; l'importo dei lavori così figurativamente ridotto vale per la dimostrazione del possesso del requisito di cui alla lett. a);

c) adeguata attrezzatura tecnica.

Nel caso i imprese già in possesso dell'attestazione SOA relativa ai lavori da eseguire, non è richiesta ulteriore dimostrazione circa il possesso dei requisiti (art. 90, co. 1, secondo periodo, regolamento).

Gli operatori economici, per partecipare agli appalti di importo pari o inferiore a 150.000 euro concernenti i lavori relativi alla categoria OG 13 (opere di ingegneria naturalistica), fermo restando quanto previsto sui requisiti di qualificazione per lavori fino a 150.000 euro, devono aver realizzato nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, dell'avviso o della lettera di invito, lavori analoghi per importo pari a quello dei lavori che si intendono eseguire, e presentare l'attestato di buon esito degli stessi rilasciato dalle autorità eventualmente preposte alla tutela dei beni cui si riferiscono i lavori eseguiti (art. 90, co. 2, regolamento).

Gli operatori economici, per partecipare agli appalti di importo pari o inferiore a 150.000 euro relativi a lavori su beni culturali, compresi gli scavi archeologici, fermo restando quanto previsto sui requisiti di qualificazione per lavori fino a 150.000 euro, devono aver realizzato nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando lavori analoghi per importo pari a quello dei lavori che si intendono eseguire, e presentare l'attestato di buon esito degli stessi rilasciato dalle autorità eventualmente preposte alla tutela dei beni cui si riferiscono i lavori eseguiti (art. 248, co. 4, regolamento).

I requisiti sono previsti dalla legge di gara (bando, invito, avviso di gara), e sono dichiarati in sede di domanda di partecipazione o di offerta e documentati con dichiarazione sostitutiva; la loro sussistenza è accertata dalla stazione appaltante secondo le disposizioni vigenti in materia (art. 90, co. 3, regolamento).

Sezione IV - La qualificazione per i lavori pubblici superiori a 150.000 euro.

1. Profili generali. Le novità rispetto al sistema anteriore al codice.

Per i lavori di importo superiore a 150.000 euro il codice conferma il precedente sistema unico di qualificazione tramite SOA, introdotto dalla l. Merloni (art. 40, co. 2, codice).

Come in passato, il codice detta solo i principi della materia, demandando al regolamento la disciplina del sistema di qualificazione e, segnatamente, i requisiti dei soggetti che esercitano l'attività di qualificazione (le SOA), la vigilanza su di essi, gli obblighi delle SOA e il sistema sanzionatorio nei loro confronti, i requisiti generali e speciali per la qualificazione, la durata e verifica periodica della qualificazione.

Nel frattempo, è rimasto in vigore il d.P.R. n. 34/2000.

Per moralizzare il sistema SOA, e arginare il fenomeno delle attestazioni rilasciate sulla base di falsi documenti, sono stati previsti obblighi rigorosi a carico delle SOA, e pregnanti poteri di intervento sostitutivo dell'Autorità di vigilanza, oltre ad una revisione straordinaria e generalizzata di tutte le attestazioni rilasciate prima dell'entrata in vigore del codice.

Per i lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro nei settori ordinari il sistema di qualificazione è unico ed esclusivo. Non sono ammessi altri sistemi di qualificazione. Una peculiare qualificazione è prevista per il contraente generale e gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei

trasporti (v. **capitolo 21**). Inoltre nei settori speciali ciascuna stazione appaltante può istituire un proprio sistema di qualificazione (v. **capitolo 25**).

Per i lavori nei settori ordinari è fatto espresso divieto alle stazioni appaltanti di utilizzare elenchi da esse predisposti, salvo che per la procedura ristretta semplificata e per gli affidamenti in economia (art. 40, co. 5, codice).

2. La vigilanza sul sistema di qualificazione e i principi ispiratori dell'attività di attestazione.

2.1. La vigilanza sul sistema di qualificazione da parte di organi diversi dall'Autorità. Profili di coordinamento.

La regola, già vigente prima del codice, è che spetta all'Autorità vigilare sul sistema di qualificazione (art. 6, co. 7, lett. m), codice).

In virtù di tale regola, spetta all'Autorità vigilare anche sugli organismi di attestazione, provvedendo ad autorizzarli e a pronunciare la decadenza o sospendere l'autorizzazione, e a irrogare ad essi le sanzioni (art. 40, co. 4, lett. g), codice), e intervenire in via sostitutiva sulle attestazioni di qualificazione, in caso di inerzia degli organismi di attestazione (art. 6, co. 7, lett. m), codice).

Tuttavia con il primo d.lgs. correttivo è stato demandato al regolamento di disciplinare un'azione coordinata di vigilanza sugli organismi di attestazione, ipotizzandosi quindi compiti anche del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (art. 40, co. 4, lett. f-bis, codice).

Lo scopo della norma, secondo quanto si evince dalla relazione di accompagnamento del decreto delegato, sarebbe di assicurare una integrale e penetrante vigilanza sull'attività delle SOA, fermo quanto già disposto nel codice relativamente al ruolo dell'Autorità di vigilanza. Sicché, si affida all'emanando regolamento generale per lavori, servizi e forniture di cui all'art. 5 – destinato a disciplinare anche il sistema di qualificazione – la definizione delle modalità di coordinamento della vigilanza sull'attività delle SOA.

Si vuole, in particolare, prevedere una vigilanza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sulle SOA, in aggiunta a quella dell'Autorità.

Invero, già l'art. 4 del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti in data 19 aprile 2005 riconosce alle competenti articolazioni del Ministero medesimo attribuzioni in tema di qualificazione delle imprese, anche con la possibilità di rispondere a quesiti, adottare pareri e circolari in materia di lavori pubblici con riferimento al sistema di qualificazione delle imprese, con la conseguente necessità di coordinamento con l'Autorità di vigilanza e l'Osservatorio dei lavori pubblici.

La disposizione è stata introdotta nonostante il Consiglio di Stato, in sede di parere sul disegno di d.lgs. correttivo, si fosse espresso in senso negativo atteso che, stante la posizione di preminenza attribuita all'Autorità nel sistema di vigilanza sull'attività degli organismi di attestazione, ad avviso del parere del Consiglio di Stato, non è possibile prevedere, in via regolamentare, forme di coordinamento che possano prescindere da tale posizione⁴.

Peraltro il testo del correttivo, pur demandando al regolamento il coordinamento dell'azione di vigilanza sulle SOA, stabilisce che quest'ultimo non potrà modificare le attuali competenze, in quanto la disciplina regolamentare dovrà tener conto del <<quadro delle rispettive competenze>>.

Lo schema di regolamento aveva inteso dare attuazione a tale previsione statuendo che <<al fine di garantire un'efficace azione coordinata in materia di vigilanza sull'attività degli organismi di attestazione e di armonizzare i relativi flussi informativi, tutti i soggetti deputati a svolgere l'attività di vigilanza suddetta garantiscono la circolazione delle informazioni e dei dati in forma esclusivamente telematica, a tal fine rilevanti, nei confronti degli altri soggetti titolari di analoga competenza, con forme e modalità tecniche fissate con decreto di natura non regolamentare del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'Autorità>> (art. 72, schema di regolamento).

⁴ Cons. St., sez. affari normativi, 28 settembre 2006 n. 3641.

Di fatto, l'azione coordinata non veniva disciplinata e restava rimessa all'iniziativa dei soggetti che devono coordinarsi, essendo ad essi imposto solo un obbligo di scambio di informazioni. Tale obbligo restava inattuale, fino alla prevista adozione di un decreto ministeriale di natura non regolamentare che ne fissi forme e modalità tecniche.

Il parere del Consiglio di Stato n. 313/2010 si era mostrato critico su tale norma sia su piano della sua genericità, sia, a monte, sul piano della sua opportunità: *“La norma, in relazione all'equivalente formulazione recata dall'articolo 40, comma 4, lettera f-bis del codice è diretta a “tutti i soggetti deputati a svolgere l'attività di vigilanza” e sembra rimettere al previsto decreto ministeriale la stessa identificazione dei soggetti tenuti; tale specificazione, attributiva della competenze previste nell'articolo, tuttavia, non può che trovar sede nello strumento regolamentare.*

Più in generale, la Sezione osserva che la proposta formulazione dell'articolo 72, rinviando ad un successivo decreto ministeriale, rischia di lasciare inattuata la previsione primaria di cui all'articolo 40, comma 4, lettera f-bis), codice, introdotta dal primo d.lgs. correttivo n. 6 del 2007. Peraltro giova ricordare che a suo tempo il Consiglio di Stato, in sede di parere sullo schema di primo d.lgs. correttivo, espresse parere negativo in ordine all'introduzione dell'articolo 40, comma 4, lettera f-bis), codice (parere n. 3641 del 2006).

Si rimette alla prudenza del Governo un'attenta valutazione sulla perdurante utilità dell'articolo 40, comma 4, lettera f-bis), codice, considerato che lo schema di regolamento non vi dà attuazione, intervenendo se del caso, con le opportune modifiche o abrogazioni, sulla norma primaria.”.

Il Governo non si era tuttavia adeguato a tali rilievi. Si legge nella relazione di accompagnamento del regolamento che la disposizione viene mantenuta perché ritenuta *“necessaria a precisare, sulla base della previsione di rango primario, il ruolo di vigilanza svolto sul sistema di qualificazione delle imprese, oltre che dall'Autorità, anche dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in virtù dell'attribuzione ad esso dell'attività di rilascio dell'attestazione di qualificazione del contraente generale”.*

La Corte dei conti non ha registrato tale previsione, che pertanto non è contenuta nel testo finale, in base al rilievo che il regolamento non può demandare la disciplina ad una ulteriore fonte.

2.2. La vigilanza dell'Autorità.

Per quanto riguarda la vigilanza dell'Autorità sul sistema di qualificazione, il regolamento dispone che essa effettua ispezioni, anche senza preavviso, o richiede qualsiasi documento ritenga necessario, al fine di controllare che le SOA:

- a) operino secondo le procedure, anche di controllo interno, presentate in sede di richiesta di autorizzazione ed approvate dall'Autorità stessa;
- b) abbiano un comportamento che elimini qualsiasi possibilità di conflitti di interesse;
- c) rilascino le attestazioni nel pieno rispetto dei requisiti stabiliti nel regolamento;
- d) applichino le tariffe stabilite dal regolamento;
- e) svolgano la propria attività conformemente a quanto previsto all'art. 70, regolamento (art. 71, co. 1, regolamento).

I poteri di vigilanza e di controllo dell'Autorità sono esercitati o d'ufficio o anche su motivata e documentata istanza di altra impresa ovvero di una SOA o di una stazione appaltante. Sull'istanza di verifica l'Autorità, disposti i necessari accertamenti anche a mezzo dei propri uffici e sentita l'impresa sottoposta a verifica, provvede entro sessanta giorni e nei modi e con gli effetti disciplinari dal successivo co. 3, nel rispetto del contraddittorio (art. 71, co. 2, regolamento).

In dettaglio, l'Autorità, sentito il soggetto richiedente, la SOA e l'impresa della cui attestazione si tratta, acquisite le informazioni necessarie, provvede entro sessanta giorni ad indicare alla SOA le eventuali condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contratto stipulato, ovvero a chiedere alla SOA di sospendere o annullare l'attestazione, assegnando alla SOA un termine congruo, non inferiore a quindici giorni. L'inadempienza da parte della SOA alle indicazioni dell'Autorità costituisce comportamento valutabile ai fini dell'irrogazione della sanzione della decadenza. Ove la

SOA non provveda alla sospensione o all'annullamento dell'attestazione nel termine assegnato, l'Autorità, previo avviso di avvio del procedimento alla SOA e all'impresa interessata ove non ostino ragioni di urgenza, provvede di ufficio alla sospensione o all'annullamento, dandone tempestiva comunicazione alla SOA e all'impresa interessata (art. 71, co. 3, regolamento).

L'Autorità provvede periodicamente alla verifica a campione di un numero di attestazioni rilasciate dalle SOA, di anno in anno fissato dalla stessa Autorità (art. 71, co. 4, regolamento).

L'Autorità controlla le determinazioni assunte dalle SOA in merito ai contratti stipulati dalle imprese per ottenere l'attestazione qualora le imprese interessate ne facciano richiesta entro il termine di trenta giorni dalla data di effettiva conoscenza delle determinazioni stesse (art. 71, co. 5, regolamento).

Dalla disposizione in commento si evince pertanto che il potere di vigilanza può essere espletato d'ufficio in qualsiasi momento, e deve essere espletato d'ufficio periodicamente a campione, inoltre può essere espletato su istanza di parte, nelle due ipotesi viste, sulla base di precisi presupposti.

2.3. La questione della natura pubblica o privata dell'attività di attestazione.

L'attività di attestazione è esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori (art. 40, co. 3, codice).

Nell'art. 40, co. 3, codice, per evitare il rilascio di attestazioni non veritiere da parte delle SOA, viene qualificata la loro attività in termini pubblicistici a fini penali. Si prevede, infatti, che le SOA, nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici, svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'art. 1, l. n. 20/1994. In caso di false attestazioni dalle stesse rilasciate si applicano gli artt. 476 e 479, c.p. Le attestazioni dalle stesse rilasciate costituiscono atto pubblico a fini penali. Prima del rilascio delle attestazioni, le SOA verificano tutti i requisiti dell'impresa richiedente.

La connotazione in termini pubblicistici dell'attività di attestazione è stata introdotta dal d.lgs. n. 113/2007 e mira a prevenire e reprimere il rilascio di attestazioni non veritiere.

In capo alle SOA sorge un preciso dovere giuridico, prima del rilascio delle attestazioni, di verificare tutti i requisiti dell'impresa richiedente l'attestazione stessa, cui conseguono, in caso di falsità della relativa attestazione, le conseguenze di cui agli artt. 476 e ss., c.p.

Non è chiaro se la connotazione pubblicistica rilevi solo ai fini penali e della responsabilità innanzi alla Corte dei conti, o anche al fine della natura giuridica dell'attestazione.

Sembra corretta questa seconda impostazione.

Infatti, stabilito che le SOA svolgono funzioni pubblicistiche, che rispondono davanti alla Corte dei conti, e richiamate le norme penali in tema di falso materiale e falso ideologico commesso dal pubblico ufficiale in atto pubblico (artt. 476 e 479, c.p.), sembra consequenziale qualificare in termini di atto oggettivamente amministrativo l'attestazione SOA o il suo diniego, con conseguente riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo secondo il consueto criterio (diritti soggettivi – giudice ordinario, interessi legittimi – giudice amministrativo), anche se sarebbe auspicabile che il sistema vigente, che prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento di contratti pubblici e sulle sanzioni irrogate dall'Autorità di vigilanza, venisse completato con una giurisdizione esclusiva sul contenzioso SOA.

2.4. I doveri di diligenza, correttezza trasparenza e il dovere di verifica del possesso di tutti i requisiti prima del rilascio dell'attestazione di qualificazione.

Le SOA prima del rilascio delle attestazioni di qualificazione devono verificare il possesso di tutti i requisiti del richiedente (art. 40, co. 3, codice). Sembrerebbe affermazione superflua, ma è stata introdotta dal secondo d.lgs. correttivo sull'onda della situazione di fatto, connotata da abusi e attestati SOA rilasciati senza adeguate verifiche.

Il regolamento aggiunge che nello svolgimento della propria attività le SOA devono:

- a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nel rispetto dei principi di cui all'art. 2 del codice;
- b) acquisire le informazioni necessarie dai soggetti da qualificare ed operare in modo da assicurare adeguata informazione;
- c) agire in modo da garantire imparzialità ed equo trattamento;
- d) assicurare e mantenere l'indipendenza richiesta dalle disposizioni del codice e dal regolamento;
- e) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare efficienza e correttezza;
- f) verificare la veridicità e la sostanza delle dichiarazioni, delle certificazioni e delle documentazioni presentate dai soggetti cui rilasciare l'attestato, nonché il permanere del possesso dei requisiti.
- g) rilasciare l'attestazione di qualificazione conformemente alla documentazione prodotta dall'impresa e verificata (art. 70, co. 1, regolamento).

Nello svolgimento della propria attività di valutazione e verifica della qualificazione, le SOA acquisiscono i dati di carattere economico-finanziario, quali i bilanci nonché le informazioni sulle variazioni organizzative e sulle trasformazioni della natura giuridica delle imprese, anche dalla banca dati della camera di commercio, industria e artigianato (art. 70, co. 2, regolamento).

2.5. L'acquisizione dei certificati di esecuzione dei lavori tramite l'Osservatorio.

I certificati di esecuzione dei lavori pubblici eseguiti in Italia possono essere acquisiti dalle SOA, al fine della qualificazione, esclusivamente tramite l'Osservatorio, a cui sono trasmessi, in copia, dalle stazioni appaltanti. Si tratta di novità introdotta dal codice, volta a evitare che a base delle attestazioni SOA vengano posti falsi certificati di esecuzione di lavori pubblici (art. 40, co. 3, lett. b), codice).

Per i lavori eseguiti all'estero da imprese stabilite in Italia, pubblici o privati che siano i lavori, non è prescritta l'acquisizione dei relativi certificati in via esclusiva tramite il casellario dell'Osservatorio.

Tuttavia il regolamento prevede un controllo sui certificati di tali lavori, da parte delle competenti autorità consolari e una verifica da parte della competente struttura centrale del Ministero degli esteri, che provvede a inserire tali certificati nel casellario (art. 84, regolamento).

In tal modo, le SOA potranno e dovranno effettuare un riscontro tra i certificati esibiti dall'impresa e i dati risultanti dall'Osservatorio.

In dettaglio è stabilito che per i lavori eseguiti all'estero da imprese con sede legale in Italia, il richiedente produce alla SOA la certificazione di esecuzione dei lavori, corredata dalla copia del contratto, da ogni documento comprovante i lavori eseguiti e, laddove emesso, dal certificato di collaudo.

Nel caso di lavori eseguiti su committenza pubblica, la certificazione è acquisita dall'interessato direttamente presso il committente; nel caso di lavori eseguiti su committenza privata, per i quali nel paese di esecuzione degli stessi è prevista una certificazione da parte di organismi pubblici, la certificazione è acquisita dall'interessato direttamente presso l'organismo pubblico. In entrambi i casi l'interessato richiede la relativa legalizzazione, salvo il diverso regime previsto da convenzioni internazionali che sopprimono la legalizzazione, quando lo stato estero vi ha aderito. La legalizzazione è rilasciata dalle autorità consolari italiane all'estero. Nel caso di lavori eseguiti su committenza privata, per i quali nel paese di esecuzione degli stessi non è prevista una certificazione da parte di organismi pubblici, la certificazione è rilasciata da un tecnico di fiducia del consolato, con spese a carico dell'impresa, dalla quale risultano i lavori eseguiti, il loro ammontare, i tempi di esecuzione nonché la dichiarazione che i lavori sono stati eseguiti regolarmente e con buon esito.

Alla certificazione legalizzata dalla autorità consolare o non legalizzata, nei casi sopra visti ed a quella proveniente da un tecnico di fiducia del consolato italiano è allegata una traduzione

certificata conforme in lingua italiana rilasciata dalla rappresentanza diplomatica o consolare ovvero una traduzione in lingua italiana eseguita da un traduttore ufficiale; in tutti i casi, il consolato italiano all'estero, una volta conseguita la certificazione in uno dei modi sopra indicati, la trasmette alla competente struttura centrale del Ministero degli affari esteri che provvede ad inserirla nel casellario informatico, secondo le modalità stabilite dall'Autorità.

2.6. I doveri di conservazione e comunicazione degli atti da parte delle SOA.

Le SOA sono responsabili della conservazione della documentazione e degli atti utilizzati per il rilascio delle attestazioni anche dopo la cessazione dell'attività di attestazione. Le SOA sono altresì tenute a rendere disponibile la documentazione e gli atti ai soggetti indicati nel regolamento, anche in caso di sospensione o decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione; in caso di inadempimento, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 6, co. 11, codice; in ogni caso le SOA restano tenute alla conservazione della documentazione e degli atti di cui al primo periodo per dieci anni o nel diverso termine indicato con il regolamento (che però non ha fissato alcun diverso termine, sicché vale quello legale) (art. 40, co. 9-bis, codice).

2.7. L'obbligo di dichiarare la decadenza delle attestazioni conseguite in difetto dei requisiti, o in caso di successivo venir meno dei requisiti.

Le SOA che accertino che l'attestazione di qualificazione sia stata rilasciata in difetto dei requisiti prescritti, ovvero che i requisiti siano in prosieguo venuti meno, hanno l'obbligo di dichiarare la decadenza dall'attestazione. La violazione di tale obbligo delle SOA è sanzionata con la decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività (art. 40, co. 9-ter, codice). Si tratta di un obbligo già desumibile dal sistema, ma ribadito espressamente dal secondo d.lgs. correttivo, che ha aggiunto la grave sanzione a carico delle SOA.

In aggiunta alla sanzione interdittiva, va rilevato che in caso di inerzia della SOA soccorre il potere sostitutivo dell'Autorità di vigilanza, che può annullare o sospendere l'attestazione di qualificazione (art. 6, co. 7, lett. m), codice).

Inoltre, se la decadenza o sospensione dell'attestazione avviene perché l'attestazione è stata conseguita sulla base di falsi documenti o dichiarazioni mendaci, si configura una causa di esclusione obbligatoria da qualsivoglia appalto, non solo di lavori (art. 38, co. 1, lett. m-bis), codice) (v. par. del presente capitolo relativo ai requisiti di ordine generale).

Ancora, il codice prevede come causa di risoluzione del contratto anche la decadenza dell'attestazione di qualificazione a seguito della produzione di documentazione falsa o dichiarazioni mendaci (art. 135, codice).

La norma relativa all'obbligo della SOA di dichiarare la decadenza dell'attestazione di qualificazione non è coordinata con l'art. 40, co. 4 lett. g) sotto un duplice profilo, i presupposti oggettivi e il tipo di sanzioni.

Quanto ai presupposti oggettivi, è anzitutto chiaro che l'art. 40, co. 9-ter, codice, si riferisce alle sopravvenienze, non contemplate nell'art. 40, co. 4, lett. g), codice, cioè al caso di venir meno dei requisiti dopo il rilascio dell'attestazione.

Vi è poi uno spazio comune alle due previsioni: l'art. 40, co. 4, lett. g), codice, colpisce le irregolarità, illegittimità e illegalità commesse dalle SOA nel rilascio delle attestazioni; l'art. 40, co. 9-ter, si riferisce al difetto dei requisiti per conseguire l'attestazione SOA.

Sembrerebbe, pertanto, che nel primo caso vi è concorso colposo o doloso della SOA, mentre nel secondo caso vi è una condotta colposa o dolosa dell'impresa e la SOA, ignara, rilascia l'attestazione.

Una prima possibile interpretazione è che l'art. 40, co. 9-ter, si riferisce a casi diversi rispetto a quelli già contemplati dall'art. 40, co. 4, lett. g). Dunque ai casi in cui la SOA rilascia l'attestazione ignorando il difetto di requisiti soggettivi. Resta aperto il problema che comunque un attestato rilasciato in difetto dei presupposti è <<illegittimo>> o <<irregolare>> e dunque l'ipotesi potrebbe pur sempre rientrare nell'art. 40, co. 4, lett. g).

Una seconda possibile interpretazione è nel senso del possibile concorso delle sanzioni di cui alle due norme. Se, infatti, la SOA commette illegittimità o illegalità nel rilascio dell'attestazione, perché l'impresa è priva dei requisiti soggettivi, la SOA anzitutto incorre nelle sanzioni di cui all'art. 40, co. 4, lett. g); in secondo luogo, ha l'obbligo di dichiarare la decadenza dell'attestazione e, ove non lo faccia, alle sanzioni di cui all'art. 40, co. 4, lett. g), si aggiunge quella di cui all'art. 40, co. 9-ter.

Quanto alle sanzioni: l'art. 40, co. 4, lett. g), ne prevede una graduazione, invece l'art. 40, co. 9-ter, prevede solo la massima sanzione interdittiva, la decadenza dell'autorizzazione. L'art. 40, co. 9-ter, va coordinato con l'art. 6, co. 7, lett. m). Dunque in caso di inerzia della SOA è salvo il potere sostitutivo dell'Autorità.

La difformità di regime sanzionatorio e l'impossibilità di graduazione della sanzione prevista dal co. 9-ter dà adito a dubbi di costituzionalità, quanto meno in talune ipotesi.

Se si giustifica, infatti, la massima sanzione espulsiva, quando la SOA ha rilasciato attestato di qualificazione in difetto originario di requisiti soggettivi, e poi ometta di dichiarare la decadenza dall'attestazione, lo stesso non può dirsi del caso in cui i requisiti soggettivi vengano meno successivamente.

Inoltre, andrebbe stabilito, quanto meno con norma regolamentare, che la sanzione interdittiva massima si applica solo se l'inerzia della SOA perdura dopo la previa diffida a provvedere da parte dell'Autorità.

La massima sanzione, infatti, deve colpire le condotte più gravi, e, dunque, un'inerzia accertata e persistente della SOA.

Con il terzo d.lgs. correttivo del codice, nell'art. 40, co. 9-ter è stato previsto che le SOA hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità l'avvio del procedimento di accertamento del possesso dei requisiti nei confronti delle imprese nonché il relativo esito; in tal modo si colma una lacuna, perché era finora previsto che le SOA avessero l'obbligo di ritirare l'attestazione di qualificazione rilasciata a soggetti privi dei requisiti, e che in caso di inadempienza delle SOA, l'Autorità ritirava l'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione. Ma il sistema presentava una lacuna, in quanto l'Autorità non era posta in condizione di conoscere se le SOA avessero avviato e concluso il procedimento di ritiro dell'attestazione.

2.8. La revisione straordinaria delle attestazioni SOA.

2.8.a) L'ambito e la durata.

Per moralizzare il sistema delle attestazioni SOA, in relazione alle quali la prassi ha messo in evidenza che non di rado sono state rilasciate sulla base di falsi certificati di esecuzione lavori, il codice prevede una revisione straordinaria delle attestazioni SOA rilasciate prima dell'entrata in vigore del codice.

In particolare, in relazione alle attestazioni rilasciate dalle SOA dal 1° marzo 2000 alla data di entrata in vigore del codice, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'Autorità, emanato ai sensi dell'art. 17, co. 3, l. n. 400/1988, sono stabiliti i criteri, le modalità e le procedure per la verifica dei certificati dei lavori pubblici e delle fatture utilizzati ai fini del rilascio delle attestazioni SOA. La verifica è conclusa entro un anno dall'entrata in vigore del predetto decreto (art. 253, co. 21, codice).

La versione originaria della norma sanciva la necessità di una <<intesa>> tra il Ministero e l'Autorità, e dunque di una leale collaborazione tra i due organi nell'attività di revisione straordinaria, che sarà particolarmente impegnativa, sia per la mole di documenti da esaminare, sia per la ristrettezza dei tempi in cui dovrà concludersi.

Il primo d.lgs. correttivo del codice appalti prevede, in luogo dell'intesa, il solo parere dell'Autorità (art. 253, co. 21, codice, come novellato).

Su questo punto il Consiglio di Stato aveva espresso parere negativo⁵, considerato il ruolo che già la l. Merloni, e ora il codice, assegnano all'Autorità quanto alla vigilanza sulle SOA.

La precedente formulazione, imponendo l'intesa, era finalizzata ad una leale collaborazione tra Autorità e Ministero, entrambi con compiti rilevanti in ordine alla vigilanza sulle SOA.

Peraltro, lo strumento dell'«intesa», imponendo una codecisione, era inopportuno nei rapporti tra un Ministero e un'Autorità indipendente, atteso che le scelte politiche sono demandate al Governo, ma non alle Autorità indipendenti.

In sintesi, la norma primaria, - al fine di rimediare a situazioni patologiche che sono emerse nella prassi, e che hanno formato oggetto di contenzioso, anche giudiziario, relative ad attestazioni SOA rilasciate sulla base di falsi certificati di esecuzione lavori o false fatture - , prevede una revisione straordinaria delle attestazioni SOA rilasciate prima dell'entrata in vigore del codice, e a decorrere da quando il sistema SOA è entrato in vigore, vale a dire il 1° marzo 2000.

Non si tratta di una verifica a campione, che è sempre possibile a regime (v. art. 14, co. 3, d.P.R. n. 34/2000, nonché art. 71, co. 4, regolamento), ma di un controllo generalizzato, esteso a tutte le attestazioni SOA rilasciate in un arco temporale di oltre sei anni.

Sebbene le attestazioni SOA abbiano durata quinquennale, la norma primaria non limita la revisione solo alle attestazioni vigenti, ma a tutte quelle rilasciate a decorrere dal 1° marzo 2000, e dunque anche a quelle che siano già scadute al momento in cui l'opera di revisione ha inizio.

Tale soluzione viene correttamente seguita dal regolamento attuativo, perché imposta dalla norma primaria, sebbene si tratti di soluzione che estende l'oggetto della revisione allungandone i tempi e ampliandone i costi. Tuttavia la revisione di attestati scaduti non è superflua, potendo dare luogo a conseguenze diverse dalla decadenza dell'attestazione, e, in particolare:

- a sanzioni penali nei confronti dell'imprenditore, in caso di falsi certificati e fatture;
- a sanzioni nei confronti della SOA per violazione degli obblighi di accertamento dei dati prima del rilascio dell'attestazione;
- alla risoluzione dei contratti di appalto di lavori in corso di esecuzione, potendo anche darsi il caso che vi sono lavori ancora in corso di esecuzione, che l'appaltatore si è aggiudicato in passato, sulla base di attestato SOA nel frattempo scaduto.

La norma primaria impone la conclusione della verifica entro un anno dalla data di entrata in vigore del regolamento.

Per «conclusione della verifica» si deve intendere non il solo svolgimento delle attività istruttorie, ma anche l'adozione dei provvedimenti finali, appunto, conclusivi, e dunque l'adozione dei provvedimenti con cui l'Autorità, rilevata l'irregolarità dell'attestato SOA, sospende l'attestato e/o invita la SOA che lo ha emesso a ritirarlo.

Non essendo, tuttavia, previsto, alcun termine di decadenza, si deve ritenere che il termine non sia perentorio bensì ordinatorio, il che non esclude la necessità che esso vada rispettato, in quanto l'inosservanza del termine, se non incide sulla legittimità degli atti e provvedimenti, tuttavia può comportare responsabilità di altro genere.

In definitiva, la fissazione di un termine legale risponde a molteplici interessi, pubblici e privati:

- da un lato l'interesse pubblico a che l'opera di revisione straordinaria si concluda con la dovuta tempestività, sia per espellere tempestivamente dal mercato dei pubblici appalti gli imprenditori che hanno conseguito la qualificazione proditoriamente, nonché le SOA che ne siano stati complici consapevoli, sia per evitare che l'Autorità di vigilanza, l'Osservatorio, le SOA, le stazioni appaltanti, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, siano troppo a lungo impegnati in un'attività straordinaria *una tantum*, che, per la sua impegnatività, distoglie dai compiti istituzionali ordinari;
- dall'altro lato, l'interesse degli imprenditori e delle stazioni appaltanti alla certezza dei tempi entro cui gli attestati SOA possono essere dichiarati decaduti o sospesi, attese le conseguenze che tali

⁵ Cons. St., sez. affari normativi, 28 settembre 2006 n. 3641.

provvedimenti hanno non solo per gli imprenditori, ma anche per le gare di appalto in corso di espletamento e per i lavori in corso di esecuzione.

2.8.b) Le modalità operative.

Il regolamento previsto dall'art. 253, co. 21, codice, è stato emanato con d.m. n. 272/2007 (in G.U. 11 febbraio 2008).

La verifica, secondo il regolamento, è condotta in collaborazione dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dall'Autorità di vigilanza.

Sono sottoposti a verifica tutti i certificati di lavori pubblici e privati e le fatture, se utilizzati per il conseguimento di attestazioni SOA rilasciate dal 1 marzo 2000 al 1° luglio 2006 (art. 1, d.m. n. 272/2007).

Per l'avvio delle operazioni di verifica è prescritto che l'Autorità di vigilanza approva il modello informativo per la comunicazione dei dati, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del regolamento. Le SOA, a loro volta, hanno sessanta giorni per compilare i moduli e restituirli all'Osservatorio (art. 2, co. 2, d.m. n. 272/2007).

Il modello informativo nel termine di sessanta giorni deve non solo essere approvato dall'Autorità ma anche comunicato, simultaneamente, a tutte le SOA. La comunicazione simultanea garantisce la regolarità della procedura e la *par condicio* delle SOA, i cui ritardi sono sanzionati (art. 2, co. 1, d.m. n. 272/2007).

Le SOA attestano infatti l'avvenuta ricezione dei modelli.

Inoltre il modello informatico base viene anche pubblicato sul sito informatico dell'Autorità.

I modelli contengono i dati elencati nell'art. 4, regolamento, e che devono essere verificati e confermati dalle stazioni appaltanti, dai provveditorati e dalla Guardia di Finanza, e devono essere redatti in modo da consentire alle stazioni appaltanti e ai provveditorati di apporre una dichiarazione sintetica di conferma/non conferma, e, in caso di non conferma parziale, di indicare sinteticamente gli elementi non confermati (art. 2, co. 1, d.m. n. 272/2007).

L'attività di compilazione dei modelli è svolta dalle SOA con la propria organizzazione, senza possibilità di ricorrere a prestazioni esterne (art. 2, co. 3, d.m. n. 272/2007).

Gli adempimenti a carico delle SOA sono assistiti da sanzioni pecuniarie e interdittive, da graduare a seconda che le SOA omettano in tutto o in parte la trasmissione dei dati, senza giustificato motivo, ovvero che trasmettano dati non veritieri: vengono richiamate le sanzioni pecuniarie e interdittive rispettivamente previste dall'art. 6, co. 11 e dall'art. 30, co. 4, lett. g), codice (art. 3, co. 1, d.m. n. 272/2007).

E' disciplinato il procedimento sanzionatorio, condotto dall'Autorità: il procedimento è iniziato d'ufficio dall'Autorità, che contesta alla SOA inadempiente gli addebiti, invitandola a presentare le proprie controdeduzioni ed eventuale documentazione entro un termine perentorio non superiore a trenta giorni; il provvedimento sanzionatorio è adottato nei successivi novanta giorni. In via istruttoria l'Autorità può disporre audizioni ed acquisizioni documentali nonché eseguire, senza preavviso, ispezioni presso la SOA. In tal caso il termine per l'adozione del provvedimento da parte dell'Autorità rimane sospeso per il tempo necessario allo svolgimento dell'istruttoria (art. 3, co. 2, d.m. n. 272/2007).

Ferme le sanzioni a carico delle SOA, in caso di loro inadempimento comunque l'Autorità può acquisire i dati omessi in via sostitutiva, ai sensi dell'art. 6, co. 9, codice (art. 3, co. 3, d.m. n. 272/2007).

Una volta che i modelli informatici sono stati compilati dalle SOA con i dati delle imprese da sottoporre a verifica, e dalle SOA trasmessi all'Osservatorio, questo ne cura la trasmissione ai soggetti deputati ad effettuare i controlli, e, segnatamente, alle amministrazioni aggiudicatrici, ai provveditorati, alla Guardia di Finanza.

Il termine per la trasmissione a tali soggetti, da parte dell'Osservatorio, è di dieci giorni dalla ricezione, e comunque dieci giorni dalla scadenza del termine di sessanta giorni assegnato alle SOA (art. 4, co. 1, d.m. n. 272/2007).

I soggetti deputati al controllo devono restituire all'Osservatorio i modelli compilati entro centocinquanta giorni dalla ricezione (art. 4, co. 2, d.m. n. 272/2007).

Vi è una suddivisione del lavoro tra tali tre gruppi di soggetti, occupandosi rispettivamente le stazioni appaltanti dei certificati di esecuzione dei lavori pubblici, la polizia tributaria delle fatture, e i provveditorati dei certificati relativi a lavori privati.

Infatti le amministrazioni aggiudicatrici verificano e attestano la veridicità dei dati relativi ai lavori pubblici da esse affidati. I dati da verificare, per ciascun lavoro, sono: la data del contratto; l'oggetto del contratto con riferimento alle categorie di lavori; la denominazione e composizione dell'aggiudicatario; la data di inizio e ultimazione dei lavori; le opere eseguite da subappaltatori; gli importi contrattuali, di perizie di variante e suppletive; il buon esito delle opere; il nome del responsabile del procedimento o del funzionario che a suo tempo ha rilasciato il certificato di esecuzione dei lavori (art. 4, co. 1, lett. a), d.m. n. 272/2007).

La Guardia di Finanza, e, segnatamente, il Nucleo di Polizia tributaria, verifica le fatture presentate dalle imprese al fine della qualificazione e, segnatamente, i seguenti dati: denominazione del soggetto intestatario della fattura; oggetto dei lavori; data di emissione delle fatture e relativo numero; importo al netto di IVA (art. 4, co. 1, lett. b), d.m. n. 272/2007).

I provveditorati regionali e interregionali delle opere pubbliche del Ministero infrastrutture verificano i certificati di lavori privati. I dati da verificare, per ciascun lavoro, sono: la data del contratto; l'oggetto del contratto con riferimento alle categorie di lavori; la denominazione e composizione dell'aggiudicatario; la data di inizio e ultimazione dei lavori; le opere eseguite da subappaltatori; gli importi contrattuali, di perizie di variante e suppletive; il buon esito delle opere; il nome del funzionario che a suo tempo ha rilasciato o confermato il certificato di esecuzione dei lavori (art. 4, co. 1, lett. c), d.m. n. 272/2007).

Considerato che la <<verifica>> vera e propria viene condotta dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dall'Autorità, mediante un confronto dei dati trasmessi dalle SOA e di quelli trasmessi da stazioni appaltanti, provveditorati opere pubbliche e polizia tributaria, e che tale verifica si annuncia lunga e complessa, è stato previsto un meccanismo che consenta un confronto dei dati che sia agevolmente e immediatamente percepibile già a prima lettura.

Pertanto, in calce a ciascun certificato lavori trasmesso dalle SOA è apposta la dichiarazione di <<conferma>>/ <<non conferma>> da parte della stazione appaltante, e, in caso di non conferma parziale, l'indicazione sintetica degli elementi non confermati (art. 2, d.m. n. 272/2007).

Sono previste sanzioni a carico delle amministrazioni aggiudicatrici e dei provveditorati (ma non della Guardia di Finanza) che senza giustificato motivo non comunicano i dati, ovvero forniscono informazioni e documenti non veritieri, e, segnatamente, le sanzioni pecuniarie di cui all'art. 6, co. 11, codice.

Una volta che i modelli vengono compilati da stazioni appaltanti, provveditorati e Guardia di Finanza, e che vengono trasmessi all'Osservatorio, si svolge, a cura del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Autorità, l'attività di confronto tra attestazioni SOA e dati non confermati, al fine dell'adozione, da parte dell'Autorità e delle SOA, dei provvedimenti di sospensione cautelare e decadenza delle attestazioni SOA che risultino emesse sulla base di dati che sono risultati non veritieri.

In tale fase vi è un'attività preparatoria – istruttoria, volta a individuare i dati non confermati, e un'attività decisoria, che sfocia nella sospensione e/o decadenza delle attestazioni SOA.

La prima attività è di competenza concorrente del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Autorità di vigilanza, la seconda attività è di competenza del Consiglio dell'Autorità.

Secondo quanto chiarito dal parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento, si giustifica una competenza istruttoria concorrente di Ministero e Autorità, stante l'eccezionalità e la vastità dell'operazione di revisione straordinaria, mentre la competenza decisoria non può che spettare all'Autorità, stante il suo istituzionale ruolo di vigilanza sul sistema SOA.

Infatti, la vigilanza sul sistema di qualificazione SOA compete, in via primaria, all'Autorità, secondo il codice n. 163/2006; e, se è vero che l'art. 40, co. 4, lett. f-bis), codice, demanda al

regolamento generale il compito di disciplinare le modalità per assicurare, nel quadro delle rispettive competenze, l'azione coordinata in materia di vigilanza sull'attività degli organismi di attestazione, si tratta, tuttavia, appunto, di rinvio al regolamento generale, non al regolamento oggetto del presente parere.

In tale quadro va chiarita l'esatta portata dell'art. 253, co. 21, codice, che, quanto alla revisione straordinaria degli attestati SOA, ne demanda le modalità operative non ad un regolamento dell'Autorità di vigilanza (che, pure, gode di autonomia organizzativa e regolamentare), ma ad un regolamento ministeriale, stabilendo che su tale regolamento sia previsto il parere non vincolante dell'Autorità (e non più l'intesa, come era nella originaria versione dell'art. 253, co. 21, codice).

La straordinarietà dell'opera di revisione giustifica un intervento, del pari straordinario, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in deroga alla regola generale della vigilanza intestata all'Autorità, e della competenza ordinaria di quest'ultima ad effettuare annualmente verifiche a campione sugli attestati SOA.

Tuttavia l'art. 253, co. 21, codice, va letto in coerenza con il complessivo sistema di vigilanza sulle SOA, che, nel codice, è affidato all'Autorità: una lettura coerente induce a ritenere che l'art. 253, co. 21, abbia inteso prevedere, oltre che la competenza regolamentare del Ministero, nella fase operativa un intervento collaborativo del Ministero stesso, in deroga alla regola generale secondo cui il controllo sugli attestati SOA compete all'Autorità, che lo effettua annualmente a campione.

Ma, appunto, tale intervento collaborativo, va da un lato circoscritto alla fase istruttoria, restando il potere decisionale intestato all'Autorità (come correttamente dispone il regolamento), e, dall'altro lato, non può comportare una competenza istruttoria esclusiva in capo al Ministero.

Di qui la regola secondo cui che Ministero e uffici dell'Autorità sono entrambi competenti in ordine alla fase istruttoria di verifica dei dati non confermati.

Data la complessità e vastità della revisione, viene anche prevista una divisione interna del lavoro, per evitare duplicazioni e dispersioni: tale divisione interna del lavoro avverrà secondo criteri concordati tra il Ministero e il Consiglio dell'Autorità.

E' fissato un termine sia per l'attività preparatoria – istruttoria di individuazione dei dati non confermati e segnalazione di essi al Consiglio dell'Autorità, sia un termine per l'adozione dei provvedimenti finali di competenza del Consiglio dell'Autorità.

In particolare, l'attività istruttoria e di segnalazione si svolge man mano che i modelli pervengono all'Osservatorio, e comunque entro un termine massimo di 45 giorni decorrente dalla scadenza del termine di 150 giorni assegnato ad amministrazioni aggiudicatrici, provveditorati e Guardia di Finanza per la restituzione dei modelli compilati (art. 5, co. 1, d.m. n. 272/2007).

L'Autorità provvede all'istruttoria tramite gli uffici interni da essa individuati.

Il Consiglio dell'Autorità, a sua volta, adotta le sue determinazioni nei successivi 45 giorni. Può, in particolare, o disporre la sospensione cautelare dell'attestazione di qualificazione (ai sensi dell'art. 6, co. 7, lett. m, codice), e, inoltre, sollecitare la SOA a procedere alla declaratoria di decadenza dell'attestazione di qualificazione che è stata rilasciata sulla base di dati che dalla verifica straordinaria sono risultati non veritieri (art. 5, co. 2, d.m. n. 272/2007).

A sua volta la SOA dispone di trenta giorni, decorrenti dalla richiesta dell'Autorità, per dichiarare decaduta l'attestazione (art. 5, co. 3, d.m. n. 272/2007).

Se la SOA rimane inadempiente, l'Autorità da un lato può esercitare i poteri sostitutivi, provvedendo essa stessa a dichiarare decaduta l'attestazione viziata, e dall'altro lato può pronunciare, nei confronti della SOA, la decadenza dall'autorizzazione a svolgere l'attività di attestazione (art. 5, co. 4, d.m. n. 272/2007).

Con i provvedimenti dell'Autorità indicati nel co. 2 dell'art. 5, regolamento, la verifica può dirsi conclusa.

Sicché, le successive attività elencate nei co. 3 e 4 (la decadenza dell'attestazione da parte delle SOA, e le sanzioni nei confronti delle SOA inadempienti), possono considerarsi esterne e consequenziali alla verifica, e dunque possono essere successive al termine legale di dodici mesi imposto per la conclusione della verifica.

3. Le società organismi di attestazione (SOA).

3.1. I requisiti generali e di indipendenza delle SOA.

Le attestazioni di qualificazione sono rilasciate da organismi di diritto privato appositamente autorizzati dall'Autorità di vigilanza (art. 40, co. 3 e co. 4, lett. a), codice).

Il regolamento (art. 64 rubricato <<Requisiti generali e di indipendenza delle SOA e relativi controlli>>) fissa i requisiti generali e di indipendenza delle SOA come segue.

Le società organismi di attestazione (SOA) sono costituite nella forma delle società per azioni, la cui denominazione sociale deve espressamente comprendere la locuzione "organismi di attestazione"; la sede legale deve essere nel territorio della Repubblica (art. 64, co. 1, regolamento).

Sono fissati requisiti minimi in ordine al capitale sociale e al patrimonio netto: il capitale sociale deve essere almeno pari a 1.000.000 di euro interamente versato. Il patrimonio netto, costituito dal totale della lettera A del passivo dello stato patrimoniale di cui all'art. 2424 c.c., dell'ultimo bilancio depositato, deve essere almeno pari al capitale sociale (art. 64, co. 2, regolamento).

E' imposto l'obbligo di certificazione del bilancio da parte di società di revisione iscritta nell'apposito albo, secondo i criteri stabiliti dal d.lgs. n. 58/1998 (art. 64, co. 2, regolamento).

L'oggetto sociale dell'attività di attestazione della qualificazione per i lavori pubblici deve essere esclusivo, secondo lo statuto, che deve appunto prevedere come oggetto esclusivo lo svolgimento dell'attività di attestazione e di effettuazione dei connessi controlli tecnici sull'organizzazione aziendale e sulla produzione delle imprese di costruzione, nonché sulla loro capacità operativa ed economico – finanziaria (art. 64, co. 3, regolamento).

E' fatto divieto alle SOA, pena la decadenza dell'autorizzazione, di erogare servizi di qualsiasi natura ad operatori economici, direttamente ovvero a mezzo di società collegate o di società in virtù di rapporti contrattuali (art. 64, co. 3, regolamento).

La composizione e la struttura organizzativa delle SOA deve assicurare, anche in presenza di eventuali situazioni di controllo o di collegamento, individuate ai sensi dell'art. 2359 c.c., il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori (art. 64, co. 4, regolamento).

Le SOA devono dichiarare e adeguatamente documentare, entro quindici giorni dal loro verificarsi, le eventuali circostanze che possano implicare la presenza di interessi idonei ad influire sul requisito dell'indipendenza (art. 64, co. 5, regolamento).

Sono previsti requisiti generali di carattere morale per le SOA, sulla falsariga dell'art. 38, codice. In particolare, non possono svolgere attività di attestazione le SOA:

- a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione, concordato preventivo, o qualsiasi altra situazione equivalente secondo la legislazione vigente;
- b) che sono soggette a procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;
- c) che non sono in regola con gli obblighi fiscali, contributivi ed assistenziali previsti dalla vigente legislazione o abbiano commesso gravi violazioni debitamente accertate delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro;
- d) qualora nei confronti dei propri amministratori, legali rappresentanti, soci diretti o indiretti, direttori tecnici e del personale (assunto a tempo indeterminato e a tempo pieno) sia pendente un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione prevista dall'art. 3, l. n. 1423/1956, o sussista una delle cause ostative previste dall'art. 10, l. n. 575/1965, ovvero nei cui confronti sia stato emanato un provvedimento da cui derivi il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione;
- e) qualora nei confronti dei propri amministratori, legali rappresentanti, soci diretti o indiretti, direttori tecnici e del personale sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per qualsiasi reato che incida sulla affidabilità morale o professionale, o per delitti finanziari;

f) qualora gli amministratori, i legali rappresentanti, i soci diretti o indiretti, i direttori tecnici e il personale si siano resi responsabili di errore professionale grave formalmente accertato;

g) qualora gli amministratori, i legali rappresentanti, i soci diretti o indiretti, i direttori tecnici e il personale abbiano reso false dichiarazioni o fornito falsa documentazione in merito alle informazioni loro richieste o all'assenza di situazioni idonee a pregiudicare il requisito dell'indipendenza o abbiano utilizzato con dolo o colpa grave documentazione dell'impresa, di cui agli artt. 78 e 79, regolamento, non veritiera (art. 64, co. 6, regolamento).

L'art. 64, regolamento, fissa i requisiti generali e di indipendenza delle SOA. Il co. 6 indica i requisiti di carattere "morale" sulla falsariga dell'art. 38 del codice (che fissa i requisiti generali per la partecipazione alle gare di appalto).

Si coglie, dalla lettura comparata, l'intento di fissare per le SOA (i controllori) requisiti morali più rigorosi di quelli richiesti ai controllati. Tale intento si evince, ad es., dalla circostanza che si richiede l'assenza di reati, o di violazioni contributive o fiscali, a prescindere dalla gravità o meno delle stesse, laddove l'art. 38 codice considera causa di esclusione solo i reati e le violazioni "gravi", e dalla circostanza che acquista rilievo come causa ostativa anche la liquidazione volontaria, oltre che quella concorsuale.

Il Consiglio di Stato nel suo parere aveva prescritto che nella lett. e), relativa alle condanne penali, si aggiungesse come causa ostativa anche la pendenza di processi penali (determinata dal rinvio a giudizio) per i medesimi reati, o la sottoposizione a misura cautelare restrittiva della libertà personale per detti reati, atteso che considerate le delicate funzioni spettanti alle SOA, acquista rilievo ostativo dell'attività anche la sola pendenza del processo penale o la sottoposizione a misure cautelari personali. Andrebbe poi valutato se prevedere la possibilità per la SOA di dissociazione dalla condotta penalmente rilevante di amministratori, soci, etc., sulla falsariga di quanto previsto nell'art. 38, lett. c), codice. Inoltre le cause ostative di cui alle lettere a), b), c) (sottoposizione a procedura concorsuale o liquidazione volontaria, assenza di regolarità contributiva, fiscale, previdenziale) andrebbero estese anche ad amministratori, legali rappresentanti, soci diretti o indiretti, direttori tecnici e personale di cui all'articolo 67, comma 2, al fine di evitare che possano far parte della compagine organizzativa della SOA persone fisiche con pregresse condotte stigmatizzabili.

Il Governo non si è tuttavia adeguato a tale rilievo. Si legge nella relazione di accompagnamento del regolamento che *"Pur condividendo l'intento "moralizzatore" delle osservazioni, si ritiene che la pendenza di giudizio come causa ostativa al rilascio dell'autorizzazione contrasti con il principio della "presunzione di innocenza" statuito dall'ordinamento e che le cause ostative riferite allo stato di fallimento o altra procedura concorsuale e alla regolarità contributiva, previdenziale e assistenziale, siano appropriatamente riferibili alle persone giuridiche e non anche alle persone fisiche (soggetti che rivestono cariche all'interno della SOA)."*

Ai fini del controllo e della vigilanza sulla composizione azionaria delle SOA, sulla persistenza del requisito dell'indipendenza e l'assenza a carico delle SOA delle condizioni ostative, l'Autorità può richiedere, indicando il termine per la risposta non superiore a dieci giorni, alle stesse SOA e alle società ed enti che partecipano al relativo capitale azionario ogni informazione riguardante i nominativi dei rispettivi soci e le eventuali situazioni di controllo o di collegamento, secondo quanto risulta dal libro dei soci, dalle comunicazioni ricevute e da ogni altro dato a loro disposizione (art. 65, co. 1, regolamento).

Le SOA comunicano all'Autorità, entro quindici giorni dal loro verificarsi, l'eventuale sopravvenienza di fatti o circostanze che incidono sui requisiti di carattere generale (art. 65, co. 2, regolamento).

3.2. I divieti e i limiti al possesso di partecipazioni azionarie nelle SOA.

Per garantire l'indipendenza della SOA rispetto alle imprese, alle stazioni appaltanti, e agli organismi di certificazione, il regolamento (art. 66 rubricato <<Partecipazioni azionarie>>) vieta la partecipazione azionaria nel capitale di una SOA, a qualsiasi titolo, e sia diretta che indiretta, in

capo a stazioni appaltanti, enti aggiudicatori, soggetti aggiudicatori, organismi di certificazione, e in capo a tutte le categorie soggettive che possono concorrere ai contratti pubblici e ai contratti di progettazione (ai sensi degli artt. 34 e 90, codice).

Il divieto è esteso alle regioni e alle province autonome, a prescindere dalla loro qualità o meno di stazione appaltante.

L'art. 357, co. 21, regolamento detta una specifica norma transitoria in relazione all'art. 66, co. 1, disponendo che le SOA entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore del regolamento adeguano la propria composizione in relazione al divieto di partecipazione degli organismi di certificazione.

Così statuendo, il regolamento mostra di condividere la tesi secondo cui nel vigore del d.P.R. n. 34/2000 non fosse precluso agli organismi di certificazione di partecipare al capitale delle SOA. La questione ha peraltro dato luogo a contenzioso ritenendo l'Autorità di vigilanza che tale incompatibilità operasse, ed avendo il T.a.r. Lazio – Roma, escluso tale incompatibilità sulla scorta del quadro normativo anteriore al nuovo regolamento⁶.

Il Consiglio di Stato aveva invece ritenuto operante, prima del regolamento, il divieto di contemporaneo svolgimento, da parte del medesimo soggetto, dell'attività di certificazione e di attestazione⁷. Opera inoltre il divieto che la medesime persone fisiche fossero contemporaneamente socie di una società di certificazione e di una società di attestazione.

Ha osservato il Consiglio di Stato che l'art. 8, co. 4, l. n. 109/1994, nel testo previgente alla riforma di cui all'art. 7, l. n. 166/2002, demandava al regolamento di istituzione del sistema di qualificazione il compito di definire: *“b) le modalità e i criteri di autorizzazione e di eventuale revoca nei confronti degli organismi di attestazione, nonché i requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici che i predetti organismi devono possedere fermo restando che essi devono agire in piena indipendenza rispetto ai soggetti esecutori dei lavori pubblici destinatari del sistema di qualificazione e che sono soggetti alla sorveglianza dell’Autorità; i soggetti accreditati nel settore delle costruzioni, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 4500 e delle norme nazionali in materia, al rilascio della certificazione dei sistemi di qualità, su loro richiesta sono autorizzati dall’Autorità, nel caso in cui siano in possesso dei predetti requisiti, anche allo svolgimento dei compiti di attestazione di cui al comma 3, fermo restando il divieto per lo stesso soggetto di svolgere sia i compiti della certificazione che quelli di attestazione relativamente alla medesima impresa”*.

La disposizione, quindi, prevedeva che, in presenza di determinati requisiti, le società di certificazione potessero essere autorizzate a svolgere attività di attestazione, stabilendo, tuttavia, come limite comunque operante, anche in presenza dell'autorizzazione, il divieto espresso di cumulare le due attività relativamente alla medesima impresa.

Con l'art. 7, l. n. 166/2002, la lett. b) del co. 4 dell'art. 8 della l. n. 109/1994 è stata sostituita dalla seguente: *[Il regolamento di cui al comma 2 definisce in particolare] b) le modalità e i criteri di autorizzazione e di eventuale revoca nei confronti degli organismi di attestazione, nonché i requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici che i predetti organismi devono possedere*.

Non si può, tuttavia, ritenere che per effetto di questa modifica sia venuto meno il divieto di svolgere contemporaneamente attività di certificazione e di attestazione.

Al contrario, come correttamente ritenuto dall'Autorità, l'effetto di tale modifica è l'irrigidimento del sistema, con il venir meno della possibilità di autorizzare i soggetti operanti nella certificazione di qualità a svolgere anche l'attività di attestazione.

L'art. 8, co. 4, lett. b), l. n. 109/1994, prima delle modifiche del 2002, aveva un contenuto precettivo duplice: da un lato, in deroga alla regola dell'esclusività dell'oggetto sociale degli organismi di attestazione, consentiva che l'attività di attestazione fosse svolta, previa autorizzazione, anche da soggetti certificatori; dall'altro, limitava tale possibilità, impedendo che uno stesso soggetto potesse svolgere attività di certificazione e di attestazione nei confronti della

⁶ T.a.r. Lazio – Roma, 2008 n. 2513; Id., 9 marzo 2009 n. 2374.

⁷ Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2011 n. 510.

stessa impresa. La disposizione, quindi, conteneva due norme tra loro strettamente collegate: una di autorizzazione (derogatoria rispetto al principio dell'esclusività dell'oggetto sociale delle SOA, affermato dall'art. 7, co. 3, d.P.R. n. 34/2000) e l'altra di divieto, che aveva proprio lo scopo di limitare l'ampiezza, altrimenti eccessiva, di quell'autorizzazione.

La parziale abrogazione di tale disposizione ha fatto venire meno entrambi i contenuti precettivi appena descritti. E' caduto, in altri termini, non solo il divieto, ma prima ancora, e soprattutto, la norma autorizzante.

Il divieto, del resto, aveva un senso proprio in presenza della norma che permetteva eccezionalmente lo svolgimento di attività di attestazione da parte dei soggetti certificatori.

In altri termini, la circostanza che la legge non preveda più il divieto per le società di certificazione della qualità di svolgere anche attività di qualificazione, con riferimento alla stessa impresa, non significa affatto che le società di certificazione possano ora incondizionatamente anche attestare nell'ambito dei lavori pubblici senza alcun limite soggettivo.

La riforma disposta nel 2002 ha invece comportato soltanto che le società di certificazione non possono più essere autorizzate a qualificare soggetti esecutori di lavori pubblici, neppure con il limite soggettivo prima esistente.

In senso contrario non vale invocare la considerazione che non è stato formalmente abrogato l'art. 13, d.P.R. n. 34/2000, che, al co. 1, prevede: "gli organismi già accreditati al rilascio di certificazione dei sistemi di qualità, che intendono svolgere anche attività di attestazione, sono soggetti alla autorizzazione da parte dell'autorità".

Tale disposizione regolamentare, per effetto delle modifiche legislative intervenute, ha visto svuotato il suo contenuto normativo, perché fa riferimento ad una autorizzazione che ormai l'ordinamento non permette più di rilasciare.

La previsione regolamentare è diventata, per effetto della modifica normativa primaria, inapplicabile.

In tal senso si era del resto già espresso il Consiglio di Stato in sede consultiva, in occasione del parere sul primo schema di regolamento di attuazione ed esecuzione del codice dei contratti pubblici (Cons. St., sez. affari normativi, 17 settembre 2007 n. 3267/2007).

Si era in quell'occasione rilevato che l'art. 13, d.P.R. n. 34/2000, "(...) trovava il suo fondamento nell'originaria formulazione dell'art. 8, co. 4, lett. b), l. n. 109/1994, nel testo anteriore alla l. n. 166/2002.

(...)

In sostanza, la norma primaria consentiva una deroga al principio secondo cui le SOA possono fare solo le SOA (esclusività dell'oggetto sociale (...), consentendo agli organismi di certificazione di qualità di svolgere entrambe le attività.

E, infatti, l'art. 13, d.P.R. n. 34/2000, (...), prescrive che gli organismi di certificazione di qualità che aspirano all'autorizzazione all'attività di SOA, devono avere tutti i requisiti prescritti per le SOA, tranne quello dell'unicità dell'oggetto sociale.

Trattandosi di un regime derogatorio, lo stesso deve avere base in una norma primaria, che, come già osservato, non esiste più, sin dalla l. n. 166/2002".

Il citato parere aveva per l'effetto espresso l'avviso che avendo l'art. 13, d.P.R. n. 34/2000 perso la sua base normativa, non potesse essere riprodotto nel nuovo schema di regolamento.

Si deve poi ritenere che il principio di esclusività dell'oggetto sociale della SOA con il corollario del divieto di contemporaneo svolgimento di attività di certificazione e di attestazione, è un principio materiale che, in funzione antielusiva, vieta qualsivoglia negozio o meccanismo con cui si raggiunga l'obiettivo, vietato dalla legge, del contemporaneo svolgimento dell'attività di attestazione e certificazione da parte del medesimo soggetto.

Il divieto pertanto non si applica solo nel caso di medesimo soggetto giuridico che svolga contemporaneamente attività di attestazione e certificazione, e nel caso di organismo di certificazione che abbia una partecipazione nella SOA, ma si applica anche nel caso, come è quello di specie, in cui vi siano formalmente due distinte società, una di attestazione e una di

certificazione, che non hanno reciproche partecipazioni societarie, ma che hanno la medesima compagine societaria, essendo partecipate e controllate dai medesimi soggetti.

Diversamente ragionando, sarebbe agevole l'aggiramento del divieto legale, costituendo una pluralità di società formalmente distinte l'una dall'altra.

Esemplificando, se la società A, di cui sono soci i signori X e Y, non può svolgere contemporaneamente certificazione e attestazione, questo deve valere anche se viene costituita una società B con i medesimi soci X e Y, separando formalmente le due attività, perché, essendovi un unico centro di imputazione, i soci X e Y, vi è comunque il contemporaneo svolgimento delle due attività.

In conclusione, al di là dello schermo societario, occorre individuare l'effettivo centro di interessi cui è imputabile l'attività di attestazione e di certificazione, sicché se esse sono imputabili con certezza al medesimo centro di interessi, si integra il divieto di legge.

Le associazioni nazionali di categoria che hanno sottoscritto contratti collettivi nazionali di lavoro per i dipendenti delle imprese edili ed affini o di comparto, e le associazioni nazionali rappresentative delle stazioni appaltanti possono possedere azioni di una SOA nel limite massimo complessivo del venti per cento del capitale sociale, ed ognuna delle associazioni nella misura massima del dieci per cento. Al fine di garantire il principio dell'uguale partecipazione delle parti interessate alla qualificazione, la partecipazione al capitale da parte delle predette associazioni di categoria è ammessa qualora nella medesima SOA vi sia partecipazione in uguale misura da parte di associazione di stazioni appaltanti e viceversa (art. 66, co. 2, regolamento).

Chiunque, a qualsiasi titolo, intenda acquisire o cedere, direttamente o indirettamente, una partecipazione azionaria in una SOA, deve manifestare tale intenzione alla SOA stessa, allegando la documentazione richiesta al fine del rilascio del nulla osta da parte dell'Autorità. La SOA, valutata l'esistenza dei presupposti di legittimità dell'operazione di cessione azionaria, invia all'Autorità la richiesta di nulla osta al trasferimento azionario. La richiesta di nulla osta è necessaria anche per i trasferimenti azionari all'interno della compagine sociale esistente. Si intendono acquisite o cedute indirettamente le partecipazioni azionarie trasferite tramite società controllate ai sensi dell'art. 2359, c.c., società fiduciarie, o comunque tramite interposta persona (art. 66, co. 3 regolamento).

L'Autorità, entro sessanta giorni dalla comunicazione, può vietare il trasferimento della partecipazione quando essa può influire sulla correttezza della gestione della SOA o può compromettere il requisito dell'indipendenza; il decorso del termine senza che l'Autorità adotti alcun provvedimento equivale a nulla osta all'operazione. In caso di richieste istruttorie il termine rimane sospeso per una sola volta fino al relativo adempimento (art. 66, co. 4 regolamento).

Il nulla osta si considera decaduto se le SOA non trasmettono copia del libro soci aggiornato ovvero la richiesta avanzata dal socio acquirente o alienante dell'iscrizione nel libro soci dell'avvenuta cessione di azioni, entro il termine di novanta giorni decorrenti dalla data di comunicazione del nulla osta ovvero, in caso di mancanza di nulla osta espresso, decorrenti dalla data di formazione del silenzio-assenso (art. 66, co. 4, regolamento).

Il trasferimento della partecipazione, una volta avvenuto, è comunicato all'Autorità e alla SOA entro quindici giorni (art. 66, co. 5, regolamento).

L'Autorità può negare l'autorizzazione alla partecipazione azionaria della SOA, nei confronti dei soggetti diversi da quelli per i quali già opera il divieto espresso, allorché il soggetto titolare della partecipazione possa influire sulla corretta gestione delle SOA o compromettere il requisito di indipendenza (art. 66, co. 6, regolamento).

3.3. I requisiti tecnici delle SOA in relazione al personale e alla dotazione informatica.

Oltre ai requisiti di carattere finanziario inerenti al capitale e al patrimonio netto, e ai requisiti generali di carattere morale, sono fissati requisiti tecnici, inerenti l'organico minimo e il possesso di adeguata dotazione informatica (art. 67, regolamento).

L'organico minimo delle SOA è costituito:

a) da un direttore tecnico laureato in ingegneria, o in architettura, abilitato all'esercizio della professione da almeno dieci anni, iscritto, al momento dell'attribuzione dell'incarico, al relativo albo professionale, assunto a tempo indeterminato e a tempo pieno, dotato di adeguata esperienza almeno quinquennale nel settore dei lavori pubblici maturata in posizione di responsabilità direttiva, nell'attività di controllo tecnico dei cantieri (organizzazione, qualità, avanzamento lavori, costi) o di valutazione della capacità economico - finanziaria delle imprese in relazione al loro portafoglio ordini, ovvero nell'attività di certificazione della qualità; il medesimo direttore tecnico deve dichiarare, nelle forme previste dalle vigenti leggi, di non svolgere analogo incarico presso altre SOA;

b) da tre laureati, di cui uno in ingegneria o architettura, uno in giurisprudenza ed uno in economia e commercio, assunti a tempo indeterminato e a tempo pieno, in possesso di esperienza professionale almeno triennale attinente al settore dei lavori pubblici;

c) da sei dipendenti, in possesso almeno del diploma di scuola media superiore, assunti a tempo indeterminato e a tempo pieno (art. 67, co. 1, regolamento).

Chiarendo un dubbio esegetico che si era posto in passato, il regolamento dispone che il personale delle SOA è assunto con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e a tempo pieno; si deve ritenere che questo valga per il personale che rientra nell'organico minimo, non anche per quello eccedente.

Per l'espletamento delle loro attività istituzionali le SOA non possono invece ricorrere a prestazioni di soggetti esterni alla loro organizzazione aziendale. Le SOA sono comunque responsabili di ogni attività espletata in maniera diretta e indiretta in nome e per conto delle stesse (art. 70, co. 3, regolamento).

Il divieto di prestazioni esterne riguarda solo le attività istituzionali, sicché sembra possibile, così dirimendosi un dubbio esegetico, l'utilizzo di prestazioni esterne per le attività di promozione pubblicitaria.

Su tale previsione vi sono state osservazioni critiche del Consiglio di Stato (parere n. 313/2010).

Infatti nella precedente versione dello schema di regolamento, era stabilito *“Per l'espletamento delle loro attività le SOA non possono ricorrere a prestazioni di soggetti esterni alla loro organizzazione aziendale. L'attività di promozione commerciale delle SOA è svolta unicamente dal proprio personale assunto con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e a tempo pieno”*. A sua volta, l'art. 12, co. 2, d.P.R. n. 34/2000, previgente, dispone che *“Per l'espletamento delle loro attività le SOA non possono ricorrere a prestazioni di soggetti esterni alla loro organizzazione aziendale”*.

Dal confronto tra il d.P.R. n. 34/2000 e le due versioni dello schema di regolamento, emerge che si è inteso dare soluzione alla questione se le SOA possano o meno farsi promozione commerciale mediante soggetti esterni. Tale possibilità sembrerebbe preclusa dall'art. 12, co. 2, d.P.R. n. 34/2000, testo vigente, perché esso vieta qualsivoglia possibilità di utilizzo di soggetti esterni, per qualsivoglia attività della SOA, sia essa o meno istituzionale.

In questa stessa direzione si muoveva anche, e più esplicitamente, la prima versione dello schema di regolamento.

La versione attualmente all'esame, invece, sembra *“aprire”* alla possibilità di attività di promozione commerciale tramite soggetti esterni, in quanto fissa il divieto di prestazioni esterne solo per le attività *“istituzionali”* delle SOA.

Tale soluzione dà luogo a perplessità, atteso che non sembra indispensabile né la promozione commerciale, per un soggetto deputato a svolgere compiti istituzionali e di rilievo pubblicistico, né la necessità di utilizzare allo scopo soggetti esterni, e che la promozione commerciale esterna potrebbe avvenire tramite soggetti la cui moralità rimane fuori controllo.

Secondo il Consiglio di Stato, in via principale, occorrerebbe ripristinare la precedente formulazione della norma, se del caso lasciando il riferimento alle attività istituzionali, ma ricomprendendo espressamente al loro interno la promozione commerciale. In tal modo, resterebbero fuori dal divieto di *outsourcing* altre attività strumentali non istituzionali di minore

rilievo, quali le forniture di materiali necessari all'attività, da acquisire necessariamente o ordinariamente all'esterno. In subordine, la proposta formulazione dovrebbe essere implementata con l'estensione dei requisiti morali di cui all'art. 64, co. 5, regolamento, anche ai soggetti non appartenenti all'organico delle SOA che svolgono attività, in maniera diretta o indiretta, in nome e per conto delle SOA stesse.

La versione definitiva del regolamento ha accolto la soluzione subordinata.

Si è infatti stabilito che tutto il personale, nonché i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nelle SOA, nonché i soggetti che svolgono attività in maniera diretta o indiretta in nome e per conto delle SOA, devono possedere i requisiti generali di carattere morale previsti per le SOA dall'art. 64, co. 6 (art. 67, co. 2, regolamento).

Il venir meno dei requisiti generali di carattere morale, determina la decadenza dalla carica per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nelle SOA; essa è dichiarata dagli organi sociali delle SOA entro quindici giorni dalla conoscenza del fatto; la SOA, nei successivi quindici giorni dalla dichiarazione di decadenza, informa l'Autorità (art. 67, co. 3, regolamento).

Il venir meno di detti requisiti, per il personale, determina l'avvio delle procedure di legge per la risoluzione del rapporto di lavoro subordinato. La SOA nei quindici giorni dall'avvio della procedura di risoluzione informa l'Autorità (art. 67, co. 4, regolamento).

Sul piano dei supporti tecnici, le SOA devono disporre di attrezzatura informatica per la comunicazione delle informazioni all'Osservatorio conforme al tipo definito dall'Autorità (art. 67, co. 5, regolamento).

3.4. L'autorizzazione all'esercizio dell'attività e l'elenco delle SOA autorizzate.

Secondo la versione originaria del codice, nel procedimento autorizzatorio l'Autorità doveva sentire una apposita commissione consultiva istituita presso l'Autorità medesima, da disciplinarsi in dettaglio nel regolamento. Con il terzo d.lgs. correttivo tale commissione è stata soppressa, in adeguamento al parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento, che aveva rilevato che tale commissione deve già considerarsi ghigliottinata a far data dal 15 maggio 2007, in virtù dell'art. 29, d.l. n. 223/2006, atteso che essa non ha formato oggetto di espresso riordino.

Secondo il regolamento la SOA presenta istanza di autorizzazione, corredata dai seguenti documenti:

- a) l'atto costitutivo e lo statuto sociale;
- b) l'elencazione della compagine sociale e la dichiarazione circa eventuali situazioni di controllo o di collegamento;
- c) l'organigramma della SOA, comprensivo dei *curricula* dei soggetti che ne fanno parte;
- d) la dichiarazione del legale rappresentante, nei modi e con le forme previsti dalle vigenti leggi, circa l'inesistenza delle situazioni di divieto, in capo alla SOA, ai suoi amministratori, legali rappresentanti o direttori tecnici e del personale della SOA;
- e) certificato del casellario giudiziale relativo agli amministratori, legali rappresentanti, direttori tecnici e del personale della SOA;
- f) un documento contenente la descrizione delle procedure che, conformemente a quanto stabilito dall'Autorità, saranno utilizzate per l'esercizio dell'attività di attestazione;
- g) una polizza assicurativa stipulata con impresa di assicurazione autorizzata alla copertura del rischio cui si riferisce l'obbligo, per la copertura delle responsabilità conseguenti all'attività svolta, avente massimale non inferiore a sei volte il volume di affari prevedibile (art. 68, co. 2, regolamento).

L'Autorità ai fini istruttori può chiedere ulteriori informazioni ed integrazioni alla documentazione fornita dalla SOA istante, e conclude il procedimento entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento dell'istanza. Il tempo necessario all'Autorità per acquisire le richieste integrazioni non si computa nel termine (art. 68, co. 3, regolamento).

Il diniego di autorizzazione non impedisce la presentazione di una nuova istanza (art. 68, co. 4, regolamento).

L'Autorità iscrive in apposito elenco le società autorizzate a svolgere l'attività di attestazione e ne assicura la pubblicità per il tramite dell'Osservatorio (art. 69, co. 1, regolamento).

4. Le tariffe per l'attività di attestazione.

Il codice demanda al regolamento la fissazione dei criteri per la determinazione delle tariffe applicabili all'attività di qualificazione (art. 40, co. 4, lett. e), codice).

Il regolamento dispone che ogni attestazione di qualificazione o di suo rinnovo nonché tutte le attività integrative di revisione o di variazione, sono soggette al pagamento di un corrispettivo determinato, in rapporto all'importo complessivo ed al numero delle categorie generali o specializzate cui si richiede di essere qualificati, secondo le formule di cui all'allegato C - parte I. Per i consorzi stabili il corrispettivo spettante alle SOA per ciascuna attività è ridotto del 50%; per le imprese qualificate fino alla classifica seconda il corrispettivo spettante alle SOA per ciascuna attività è ridotto del venti per cento (art. 70, co. 4, regolamento, rubricato <<Attività di qualificazione e organizzazione delle SOA –Tariffe>>).

La riduzione del corrispettivo per le imprese qualificate fino alla seconda classifica è stato inserito in ossequio al parere del Consiglio di Stato n. 313/2010 secondo cui nel testo originario non vi era alcuna misura incentivante volta ad attenuare i costi di qualificazione per le piccole e medie imprese, pur possibile ai sensi dell'art. 5, co. 5, lett. g), codice.

Gli importi così determinati sono considerati corrispettivo minimo della prestazione resa. Non può essere previsto il pagamento di un corrispettivo in misura maggiore del suo doppio. Ogni patto contrario è nullo (art. 70, co. 5, regolamento).

Viene così fissato un minimo tariffario inderogabile, su cui il Consiglio di Stato nel suo primo parere aveva espresso parere negativo, alla luce della liberalizzazione dei minimi tariffari da parte del c.d. d.l. Bersani. L'osservazione è stata tuttavia disattesa, e la norma mantenuta, perché si è ritenuto che l'attività delle SOA esuli dalle attività professionali a cui si applica il divieto di minimi tariffari inderogabili (secondo quanto si legge nelle premesse al regolamento).

L'osservazione non è stata reiterata nel secondo parere del Consiglio di Stato.

Il corrispettivo deve essere interamente pagato prima del rilascio dell'attestazione, revisione o variazione; sono ammesse dilazioni non superiori a sei mesi, ove, al momento del rilascio dell'attestazione, sia stata disposta e comunicata alla SOA l'autorizzazione di addebito in conto corrente bancario (r.i.d.) per l'intero corrispettivo (art. 70, co. 5, regolamento).

5. Il sistema sanzionatorio nei confronti delle SOA.

5.1. Profili generali e fonti.

Il codice demanda al regolamento la previsione di sanzioni pecuniarie e interdittive, fino alla declaratoria di decadenza dell'autorizzazione, nei confronti delle SOA, per un duplice ordine di violazioni:

- da un lato per le irregolarità, le illegittimità e le illegalità commesse dalle SOA nel rilascio delle attestazioni, secondo un criterio di proporzionalità e nel rispetto del principio del contraddittorio;
- dall'altro lato in caso di inerzia delle SOA a seguito di richiesta di informazioni e atti da parte dell'Autorità e attinenti all'esercizio della funzione di vigilanza (art. 40, co. 3, lett. g), codice).

Rispetto al sistema previgente, vi è una migliore graduazione delle sanzioni, atteso che tra quelle interdittive non vi è solo la decadenza, ma anche misure meno severe.

Inoltre, grazie al secondo d.lgs. correttivo che colma una lacuna del sistema anteriore, sono sanzionate non solo le violazioni inerenti l'attività di attestazione, ma anche le violazioni degli obblighi informativi imposti alle SOA nei confronti dell'Autorità.

In base al codice, le sanzioni nei confronti delle SOA sono:

- in parte fissate direttamente e autonomamente dal codice;

- in parte fissate dal codice mediante rinvio alla sanzione pecuniaria di cui all'art. 6, co. 11, codice;
- in parte demandate al regolamento.

Infatti, l'art. 40, co. 9-ter, codice, introdotto dal secondo d.lgs. correttivo, dispone che le SOA hanno l'obbligo di dichiarare decaduta l'attestazione di qualificazione se accertino che è stata rilasciata in difetto dei requisiti, o se questi sono venuti meno. Se la SOA resta inadempiente a tale obbligo, l'Autorità dichiara decaduta nei suoi confronti l'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione.

Ancora, l'art. 40, co. 9-bis, codice, introdotto dal secondo d.lgs. correttivo, dispone che se le SOA violano gli obblighi di conservazione della documentazione e di renderla disponibile, si applicano le sanzioni previste dall'art. 6, co. 11, codice.

Più in generale, l'art. 40, co. 4, lett. g), codice, demanda al regolamento la previsione di sanzioni pecuniarie e interdittive, fino alla decadenza dell'autorizzazione, per un doppio ordine di violazioni:

- da un lato le violazioni inerenti il rilascio delle attestazioni;
- dall'altro l'inerzia delle SOA in caso di richiesta di informazioni e di atti da parte dell'Autorità.

5.2. I principi del codice relativi alle sanzioni e al procedimento sanzionatorio nei confronti delle SOA.

Il codice demanda al regolamento generale il sistema sanzionatorio nei confronti delle SOA, stabilendo come principi quello di proporzionalità e quello del contraddittorio (art. 40, co. 4, lett. g), codice).

5.3. La disciplina regolamentare della tipologia delle infrazioni e delle sanzioni nei confronti delle SOA.

Il sistema sanzionatorio nei confronti delle SOA, disegnato nelle sue linee essenziali dall'art. 40, co. 4, lett. g), codice, ha completa attuazione con il nuovo regolamento generale, che contempla sanzioni pecuniarie e interdittive, e, tra queste, misure sospensive ed espulsive (art. 73, regolamento).

In relazione alla previgente disciplina contenuta nella l. Merloni, la giurisprudenza ha affermato la tassatività del sistema sanzionatorio, e dunque l'inapplicabilità di sanzioni per condotte diverse da quelle espressamente sanzionate⁸.

Le sanzioni pecuniarie sono modellate sulla falsariga dell'art. 6, co. 11, codice, e, come in questa norma, si distingue tra violazione pura e semplice di un obbligo informativo (mera inerzia) o conservativo, e violazioni informative connotate dal falso, nonché violazioni inerente l'attività di attestazione.

La prima categoria è costituita da violazioni meno gravi, punite con la sanzione pecuniaria fino ad un massimo di euro 25.822 (art. 73, co. 1, regolamento).

La seconda categoria di violazioni è punita con la sanzione pecuniaria fino ad un massimo di 51.545 euro (art. 73, co. 2, regolamento).

La recidiva e il concorso di violazioni può comportare (secondo la valutazione discrezionale dell'Autorità) l'irrogazione di sanzioni interdittive (sospensione con graduazione da 120 giorni a un anno e decadenza dell'autorizzazione) (art. 73, co. 3, regolamento).

La decadenza è inoltre prevista in via obbligatoria per ulteriori gravi violazioni (art. 73, co. 4, regolamento).

L'espressione <<decadenza>> è stata inserita dal terzo d.lgs. correttivo in sostituzione dell'espressione <<revoca>> in accoglimento di un suggerimento del Consiglio di Stato.

Come ha osservato il Consiglio di Stato nel parere sullo schema di regolamento, l'espressione <<revoca>> è impropria, in quanto per revoca si intende un atto di ritiro per motivi di opportunità originari o sopravvenuti, la cui adozione dà diritto ad un indennizzo a carico del revocante (ai sensi

⁸ Cons. St., sez. VI, 28 marzo 2008 n. 1273.

della l. n. 241/1990). Nel caso di specie, invece, la c.d. <<revoca>> è ancorata a situazioni oggettive o a inadempimenti, che non implicano valutazioni di opportunità, ma solo accertamenti di fatto. Si tratta, più propriamente, di <<decadenza>> (o <<accertativa>> o <<sanzionatoria>>), che non dà diritto ad indennizzo alcuno.

Inoltre, l'espressione <<decadenza>> induce a ritenere che il provvedimento opera *ex tunc*, con effetto dalla data in cui si sono verificate le cause oggettive che hanno dato luogo al provvedimento, e non *ex nunc*, dalla data di adozione o comunicazione.

In dettaglio, la sanzione pecuniaria fino a 25.822 euro si applica per la violazione dei seguenti obblighi informativi:

- mancata risposta alle richieste dell'Autorità nel termine indicato dall'Autorità stessa nei casi di richiesta di informazione riguardante i nominativi dei soci e le eventuali situazioni di controllo o di collegamento; e richieste istruttorie sul trasferimento di partecipazioni azionarie di SOA;

- mancata tempestiva comunicazione di atti, fatti, circostanze, documenti, quando la comunicazione è obbligatoria, nei termini ivi previsti;

c) violazione degli obblighi di comunicazione e trasmissione della documentazione di cui al co. 8 dell'art. 73, regolamento;

d) violazione degli obblighi di conservazione della documentazione, di cui all'art. 40, co. 9-bis, primo periodo, codice.

La sanzione pecuniaria fino a 51.545 euro si applica per le seguenti violazioni:

a) trasmissione di informazioni, dati ovvero atti non veritieri, compresi i documenti forniti dall'impresa in sede di attestazione;

b) svolgimento dell'attività della SOA in modo non conforme alle disposizioni regolamentari che indicano i doveri delle SOA in ordine all'attività di qualificazione, e alle procedure inerenti l'attività di qualificazione contenute nel documento di cui all'art. 68, co. 2, lett. f), regolamento;

c) mancato rispetto delle condizioni previste dall'art. 71, co. 1, regolamento, per lo svolgimento dell'attività di qualificazione;

d) invio di comunicazioni inesatte o non veritiere, ovvero trasmissione di documentazione inesatta o non veritiera, in relazione agli obblighi di comunicazione relativamente alla sospensione e la decadenza dell'autorizzazione, il fallimento e la cessazione dell'attività della SOA;

e) inadempimento a quanto previsto all'art. 77, co. 3, regolamento, in ordine a tempi e procedimento della verifica triennale dell'attestazione di qualificazione;

f) inadempimento a quanto previsto all'art. 83, co. 6 e 7, regolamento, circa la trasmissione di certificati di lavori da parte delle SOA;

g) inadempimento a quanto previsto dall'art. 8, co. 7, lett. d), g) e h), regolamento, in ordine agli obblighi di trasmissione delle SOA nei confronti del casellario informatico.

La recidiva e il cumulo possono comportare la sospensione o la decadenza.

In aggiunta alla sanzione pecuniaria, si applica la sanzione della sospensione:

a) per un periodo fino a centoventi giorni, in caso di più violazioni di cui al co. 1, o di nuova violazione di cui al co. 1 dopo una precedente sanzione;

b) per un periodo fino a duecentoquaranta giorni, in caso di più violazioni di cui ai co. 1 e 2, o di nuova violazione del co. 2 dopo una precedente sanzione per violazioni di cui al co. 1, o viceversa;

c) per un periodo fino ad un anno, in caso di più violazioni di cui al co. 2, o di nuova violazione di cui al co. 2 dopo una precedente sanzione.

Si applica la sanzione della in caso di nuova violazione dopo una precedente sospensione, se il periodo di sospensione da irrogare per la nuova violazione, cumulato con quella precedente, sia pari o superiore a trecentosessanta giorni, nonché nel caso di nuova violazione dopo quattro sanzioni che abbiano comportato la sospensione per un periodo complessivamente superiore a centoventi giorni.

La decadenza è prevista invece in via obbligatoria nei seguenti casi:

- a) venir meno dei requisiti e delle condizioni di cui alle norme regolamentari relative a requisiti generali e di indipendenza delle SOA; partecipazioni azionarie; requisiti tecnici; ricorso a prestazioni esterne;
- b) mancato inizio dell'attività sociale entro centottanta giorni dalla autorizzazione;
- c) interruzione dell'attività per più di centottanta giorni;
- d) inosservanza delle disposizioni regolamentari secondo cui la SOA deve comunicare la sospensione e la decadenza dell'autorizzazione, il fallimento e la cessazione dell'attività, alle imprese qualificate e a quelle in attesa di qualificazione entro quindici giorni dal loro verificarsi;
- e) inosservanza delle disposizioni impartite con il provvedimento di sospensione;
- f) inosservanza delle disposizioni regolamentari di cui all'art. 85, co. 1 e 2.

A tali casi previsti dal regolamento si aggiunge quello, direttamente previsto dal codice, di cui all'art. 40, co. 9-ter, codice (SOA che non ottempera all'obbligo di dichiarare la decadenza dell'attestazione di qualificazione in caso di difetto originario o sopravvenuto dei requisiti).

5.4. La disciplina regolamentare del procedimento sanzionatorio nei confronti delle SOA.

Per tutte le violazioni indicate nei co. 1, 2, 3, e 4 dell'art. 73, regolamento, commentate nel paragrafo che precede, il procedimento sanzionatorio è iniziato d'ufficio dall'Autorità, quando viene a conoscenza dell'esistenza, anche a seguito di denuncia di terzi interessati, del verificarsi di una delle circostanze rilevanti. A tal fine l'Autorità contesta alla SOA gli addebiti, invitandola a presentare le proprie controdeduzioni ed eventuale documentazione entro un termine perentorio non superiore a trenta giorni, e adotta il pertinente provvedimento entro i successivi novanta giorni (art. 73, co. 5, regolamento).

L'Autorità può disporre tutte le audizioni e le acquisizioni documentali necessarie; le audizioni sono svolte in contraddittorio con la SOA interessata e le acquisizioni documentali sono alla stessa comunicate, con l'assegnazione di un termine non inferiore a trenta e non superiore a sessanta giorni per controdeduzioni e documenti; il termine per le pronuncia da parte dell'Autorità rimane sospeso per il periodo necessario allo svolgimento dell'istruttoria (art. 73, co. 6, regolamento).

La giurisprudenza ritiene essenziale che nel procedimento sanzionatorio a carico di una SOA l'avviso di avvio del procedimento sia tempestivo, e non intervenga invece in uno stadio avanzato della procedura, ad istruttoria già compiuta, e che tutti i documenti utilizzati vengano portati a conoscenza della SOA inquisita⁹.

6. L'attestazione di qualificazione.

6.1. Profili generali: obbligatorietà e valenza probatoria. La questione dell'applicabilità in settori dove sono previsti speciali albi.

La qualificazione mediante attestato SOA è obbligatoria per chiunque esegua i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti, di importo superiore a 150.000 euro (art. 40, co. 2, codice; art. 60, co. 2, regolamento).

L'attestazione di qualificazione costituisce condizione necessaria e sufficiente, per gli operatori stabiliti in Italia, per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici (art. 60, co. 3, regolamento).

Pertanto, le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi dal regolamento e dal codice (art. 60, co. 4, regolamento).

Per gli appalti di importo a base di gara superiore a euro 20.658.000, l'impresa, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta

⁹ Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2008 n. 4363.

ed indiretta, non inferiore a 2,5 volte l'importo a base di gara; il requisito è soggetto a verifica da parte delle stazioni appaltanti (art. 61, co. 6, regolamento).

Per le imprese stabilite negli altri Stati di cui all'art. 47, co. 1, codice, non occorre qualificazione SOA, che è però facoltativa; dette imprese presentano la documentazione, richiesta per la qualificazione ai fini SOA ovvero per la qualificazione alla singola gara ai sensi dell'art. 47, co. 2, codice, conforme alle normative vigenti nei rispettivi Paesi, unitamente ai documenti tradotti in lingua italiana da traduttore ufficiale, che ne attesta la conformità al testo originale in lingua madre (art. 62, regolamento)..

La previsione codicistica è ad ambito generalizzato.

Si pone però la questione se l'attestazione SOA occorra o meno in settori, quale quello dei lavori forestali, dove l'art. 7, d.lgs. n. 227/2001, prevede che le regioni istituiscono elenchi o albi delle imprese per l'esecuzione di lavori, opere e servizi in ambito forestale.

Si tratta di previsione introdotta dopo la l. Merloni (che introdusse il sistema SOA) e il d.P.R. n. 34/2000, ma anteriormente al codice.

Il codice non abroga espressamente tale previsione, ma neppure la fa espressamente salva.

Si pone perciò un problema di successione nel tempo di leggi che regolamento la medesima materia, vale a dire la qualificazione per i lavori pubblici in un dato settore (quello forestale).

Secondo le regole sulla successione di leggi nel tempo, il codice, legge successiva e che ha regolato integralmente la materia, prevale sulla norma anteriore, che resta in vigore nei limiti di compatibilità.

Pertanto, per i lavori forestali, se di importo superiore a 150.000 euro, occorre l'attestazione SOA.

Resta ferma la possibilità di albi regionali, al fine degli affidamenti diretti di lavori in tale settore, nei limiti consentiti dall'ordinamento (v. art. 2, co. 134, l. n. 244/2007), ma l'iscrizione in tali albi non è sostitutiva dell'attestazione SOA per i lavori di importo superiore a 150.000 euro.

6.2. Il contenuto formale e sostanziale dell'attestazione di qualificazione.

Sul piano formale, il codice dispone che le attestazioni rilasciate dalle SOA devono indicare espressamente le referenze che ne hanno permesso il rilascio, e i dati da esse risultanti non possono essere contestati immotivatamente (art. 40, co. 9, codice).

Il regolamento non dà diretta attuazione a tale previsione, ma demanda all'Autorità il compito di individuare le informazioni che debbono essere riportate nelle attestazioni rilasciate dalle SOA, con riferimento ai requisiti di ordine generale e ai requisiti di ordine speciale, ribadendo poi la previsione già contenuta nel codice secondo cui le attestazioni devono indicare espressamente le referenze che hanno permesso il rilascio delle stesse (art. 89, regolamento).

Con tali prescrizioni formali, si vuole che l'attestazione non sia un semplice <<diploma>> privo di contenuto sostanziale, e che essa invece consenta alle stazioni appaltanti di percepire immediatamente il *curriculum* dell'impresa.

Sul piano sostanziale, le attestazioni qualificano le imprese per categorie e classifiche (art. 61, regolamento).

Le categorie attengono alle tipologie di opere generali e di opere specializzate, e distinguono le imprese a seconda che siano qualificate per prestazioni di sola costruzione e per prestazioni di progettazione e costruzione.

Le categorie sono elencate nell'allegato A al regolamento.

Il codice demanda al regolamento la possibilità di revisione periodica delle categorie di qualificazione con la possibilità di prevedere eventuali nuove categorie (art. 40, co. 2, codice, novellato), con indicazione del periodo di durata di validità delle categorie generali e speciali oggetto della revisione (art. 40, co. 4, lett. f), codice, come novellato).

Nell'ambito della categoria attribuita, l'impresa è classificata secondo gli importi indicati nel regolamento, che contempla dieci classifiche da I a VIII più la III-bis e la IV-bis.

L'importo della classifica VIII (illimitato) ai fini del rispetto dei requisiti di qualificazione è convenzionalmente stabilito pari a euro 20.658.000.

La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'art. 92, co. 2, regolamento (art. 61, co. 2, regolamento).

Gli attestati hanno un duplice contenuto:

- da un lato, e in via necessaria, l'accertamento del possesso dei requisiti di ordine generale, e di quelli di carattere economico – finanziario e tecnico – organizzativo, adeguati a categorie e classifiche;

- dall'altro lato, per le classifiche superiori alla II, l'attestazione del possesso da parte dell'impresa di una certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000.

E' infatti previsto che ai fini della qualificazione le imprese devono possedere il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, ad esclusione delle classifiche I e II (art. 63 regolamento).

Il possesso di questo secondo requisito è incentivato mediante il riconoscimento alle imprese che ne sono in possesso del beneficio della riduzione del 50% dell'importo della garanzia di mantenimento dell'offerta e della garanzia di esecuzione (artt. 40, co. 7, 75 e 113, codice).

6.3. La trasmissione delle attestazioni di qualificazione all'Autorità di vigilanza.

Le SOA trasmettono all'Autorità, entro quindici giorni dal loro rilascio, le attestazioni secondo le modalità stabilite dall'Autorità stessa (art. 70, co. 6, regolamento).

Si tratta, evidentemente della trasmissione di una copia autentica o di un secondo originale, atteso che un originale va rilasciato all'impresa richiedente.

Tale trasmissione assolve a svariati scopi:

- il controllo annuale a campione, a cura dell'Autorità;
- la formazione dell'elenco delle imprese qualificate.

6.4. Gli elenchi delle imprese qualificate.

Il codice demanda al regolamento di disciplinare la formazione di elenchi, su base regionale, dei soggetti che hanno conseguito la qualificazione.

Tali elenchi sono redatti e conservati presso l'Autorità, che ne assicura la pubblicità per il tramite dell'Osservatorio (art. 40, co. 4, lett. h), codice).

In attuazione, il regolamento prevede che l'Autorità, sulla base delle attestazioni trasmesse dalle SOA, cura la formazione su base regionale, con riferimento alla sede legale dei soggetti qualificati, di elenchi delle imprese che hanno conseguito la qualificazione, anche mediante avvalimento. Tali elenchi sono resi pubblici tramite l'Osservatorio (art. 69, co. 2, regolamento).

L'articolazione regionale degli elenchi avviene con riferimento alla sede legale dei soggetti qualificati, in ogni caso appare un inutile appesantimento burocratico di cui non vi è ragione, atteso che il sistema di qualificazione è nazionale e non vi sono limiti territoriali regionali alla partecipazione alle gare.

Si tratta tuttavia di articolazione imposta dalla norma primaria, che sul punto andrebbe rivista.

6.5. La durata dell'attestazione di qualificazione. La verifica infraquinquennale.

L'attestazione è efficace per cinque anni, ma è sottoposta a verifica entro il terzo anno, volta ad acclarare il perdurare dei requisiti. Il procedimento e le modalità della verifica infraquinquennale sono demandati al regolamento (art. 40, co. 4, lett. f), codice).

6.6. I controlli sull'attestazione e la decadenza dell'attestazione per difetto dei requisiti di qualificazione.

6.6.a) La revisione straordinaria una tantum.

Le attestazioni sono soggette a controllo attraverso svariati strumenti a regime, e anzitutto la revisione straordinaria e generalizzata *una tantum* ipotizzata dal codice.

6.6.b) Il controllo annuale a campione.

Ulteriore strumento è il controllo a campione.

L'Autorità provvede periodicamente alla verifica a campione di un numero di attestazioni rilasciate dalle SOA, di anno in anno fissato dalla stessa Autorità (art. 14, d.P.R. n. 34/2000; art. 71, co. 4, regolamento).

Si tratta di una verifica a campione che opera a regime, e che si aggiunge alla revisione straordinaria sulle attestazioni anteriori al codice.

6.6.c) Il controllo su denuncia di impresa concorrente, di una stazione appaltante o di una SOA.

In secondo luogo, qualunque impresa interessata può denunciare all'Autorità l'esistenza di attestazioni SOA viziate, e anche un'altra SOA o una stazione appaltante, facendo sorgere in capo all'Autorità un dovere di verifica.

In siffatta ipotesi, sul piano procedimentale, la decadenza o sospensione competono in prima battuta alla SOA che ha rilasciato l'attestazione e, in caso di inerzia, all'Autorità (art. 6, co. 7, lett. m), codice).

Vi è un procedimento in contraddittorio: l'Autorità, sentito il soggetto richiedente, la SOA e l'impresa della cui attestazione si tratta, acquisite le informazioni necessarie, provvede entro sessanta giorni ad indicare alla SOA le eventuali condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contratto stipulato, ovvero a chiedere alla SOA di sospendere o annullare l'attestazione, assegnando alla SOA un termine congruo, non inferiore a quindici giorni (art. 16, d.P.R. n. 34/2000; art. 71, co. 3, nuovo regolamento). L'inadempienza da parte della SOA alle indicazioni dell'Autorità costituisce comportamento valutabile ai fini sanzionatori. Ove la SOA non provveda alla sospensione o all'annullamento dell'attestazione nel termine assegnato, l'Autorità, previo avviso di avvio del procedimento alla SOA e all'impresa interessata ove non ostino ragioni di urgenza, provvede d'ufficio alla sospensione o all'annullamento, dandone tempestiva comunicazione alla SOA e all'impresa interessata.

6.6.d) Il controllo da parte della SOA su attestazioni rilasciate da altre SOA.

Infine, il controllo è effettuato dalle stesse SOA; esse, qualora ritengano che possano sussistere attestazioni rilasciate da altre SOA in modo non conforme alle disposizioni del regolamento, richiedono a dette SOA la documentazione e gli atti utilizzati per comprovare il possesso dei requisiti di carattere generale e speciale (art. 75, regolamento).

I presupposti di questo controllo sono però più ristretti rispetto al controllo a campione dell'Autorità e al controllo su denuncia di una impresa o stazione appaltante o SOA terza.

Infatti l'art. 75, co. 1, regolamento, richiama espressamente l'art. 40, co. 3, quarto periodo, codice, a tenore del quale prima del rilascio dell'attestazione la SOA verifica tutti i requisiti dell'impresa richiedente. Dunque sembrerebbe che tale controllo possa essere effettuato dalla SOA solo in sede di accertamenti prodromici al rilascio dell'attestazione. Tuttavia la norma regolamentare lo

riferisce ad imprese in relazione alle quali la SOA “controllante” ha precedentemente rilasciato l’attestazione ovvero per le quali ha sottoscritto un contratto per la qualificazione, sicché si fa riferimento non solo ad un rapporto contrattuale in corso per il rilascio dell’attestazione, ma anche ad un pregresso rapporto contrattuale relativo ad attestazione già rilasciata in precedenza.

In ogni caso, il potere di controllo della SOA può essere attivato solo in relazione ad una impresa con la quale è in corso, o vi è stato, un rapporto contrattuale per il rilascio di attestazione.

Sicché è da escludere che una SOA possa arrogarsi un ruolo di pubblico ministero nei confronti di SOA concorrenti, in relazione ad imprese che non sono o non sono state proprie clienti.

La SOA, poi, non può esigere ex lege dalla SOA concorrente il rilascio di documentazione, potendo richiederla solo “previo nulla osta dell’Autorità”.

Acquisiti la documentazione e gli atti richiesti, la SOA, effettuate le proprie valutazioni in ordine alla sussistenza dei requisiti utilizzati per conseguire l’attestazione, ne informa l’Autorità ove riscontri il mancato rispetto delle disposizioni del regolamento.

L’Autorità, entro sessanta giorni, sentiti la SOA richiedente, nonché la SOA e l’impresa della cui attestazione si tratta, valutato quanto rappresentato dalla SOA richiedente, sanziona, ai sensi dell’art. 73, regolamento, la SOA che ha rilasciato l’attestazione in carenza dei requisiti prescritti e dispone l’annullamento dell’attestazione dell’impresa ai sensi dell’art. 6, co. 7, lett. m), codice.

Qualora l’impresa non risponda alle richieste della SOA di cui al co. 1, la stessa informa l’Autorità che procede alle sanzioni di cui al **paragrafo che segue**.

Rispetto alla versione precedente dello schema di regolamento, risulta più circoscritto il potere di “controllo” di una SOA su un’altra SOA.

Infatti la precedente versione consentiva un potere di controllo illimitato, ogni qualvolta la SOA ritenesse che possano sussistere attestazioni rilasciate da altre SOA in modo non conforme alle disposizioni del regolamento.

La versione attuale circoscrive il potere di controllo al caso in cui la SOA sospetti una violazione da parte di altra SOA “relativamente alle imprese alle quali ha precedentemente rilasciato l’attestazione ovvero per le quali ha sottoscritto un contratto per la qualificazione” e dunque in relazione a clienti attuali o pregressi della SOA denunciante.

Il potere di controllo è comunque subordinato, in entrambe le versioni, al previo nulla osta dell’Autorità di vigilanza, e sfocia in una denuncia all’Autorità, cui spetta l’esercizio del potere sanzionatorio.

La restrizione del potere di controllo privato appare condivisibile e la norma raggiunge il giusto equilibrio tra due contrapposte esigenze (quella di un controllo stringente sulle SOA, anche su iniziativa di SOA concorrenti, quella di evitare che il controllo privato diventi uno strumento emulativo con scopi anticoncorrenziali).

6.6.e) Il controllo da parte della SOA sulle attestazioni da essa rilasciate.

Secondo il codice, le SOA hanno l’obbligo di dichiarare la decadenza dell’attestazione di qualificazione qualora accertino che la stessa sia stata rilasciata in carenza dei requisiti prescritti ovvero che sia venuto meno il possesso dei predetti requisiti, e in caso di inadempienza l’Autorità dichiara la SOA decaduta dall’autorizzazione all’esercizio dell’attività di attestazione (art. 40, co. 9-ter, codice).

La presa conoscenza che mancavano *ab origine*, o sono in prosieguo venuti meno, i requisiti per il rilascio dell’attestazione, può avvenire o a seguito di uno dei procedimenti elencati nei paragrafi che precedono (revisione straordinaria, controllo a campione, segnalazione di impresa concorrente, segnalazione di altra SOA), o anche autonomamente.

6.6.f) La rilevanza della decadenza dall’attestazione SOA nella fase di esecuzione dei lavori.

Qualora l'attestazione di qualificazione sia dichiarata decaduta dalla SOA o dall'Autorità, la stessa Autorità, direttamente o previa segnalazione da parte della SOA provvede a darne pubblicità nel casellario informatico (art. 91, co. 1, regolamento).

Durante l'esecuzione dei lavori, le stazioni appaltanti verificano, attraverso il casellario informatico, che non sia intervenuta, nei confronti dell'esecutore o del subappaltatore, la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci (art. 91, co. 2, regolamento).

La decadenza dell'attestazione di qualificazione, motivata dalla circostanza che essa si fondava su falsi documenti o dichiarazioni mendaci, è causa di risoluzione dei contratti di appalto in corso, ai sensi dell'art. 135, codice, e causa di esclusione da qualsivoglia gara per contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (art. 38, co. 1, lett. *m-bis*), codice).

Ove sia intervenuta la decadenza dell'attestazione del subappaltatore, la stazione appaltante pronuncia la decadenza dell'autorizzazione al subappalto, dandone contestuale segnalazione all'Osservatorio per l'inserimento nel casellario informatico (art. 91, co. 2, regolamento).

6.7. Decadenza, sospensione dell'attestazione e sanzioni pecuniarie nei confronti delle imprese per violazione di obblighi informativi inerenti il sistema di qualificazione.

Il codice, nel testo introdotto dal terzo d.lgs. correttivo, demanda al regolamento la previsione delle sanzioni pecuniarie della tipologia e misura indicate nell'art. 6, co. 11, codice, e di sanzioni interdittive, fino alla decadenza dell'attestazione di qualificazione, nei confronti degli operatori economici che non rispondono a richieste di informazioni e atti formulate dall'Autorità nell'esercizio del potere di vigilanza sul sistema di qualificazione, ovvero forniscono informazioni o atti non veritieri (art. 40, co. 4, lett. *g-bis*, codice).

Le norme di dettaglio sono contenute nel regolamento, che prevede sanzioni graduate, che vanno da quella pecuniaria, a quella sospensiva, e fino alla decadenza dall'attestazione (art. 74, regolamento).

E', in particolare, previsto che la mancata risposta da parte delle imprese alle richieste dell'Autorità, ai sensi dell'art. 6, co. 9, codice, nel termine di trenta giorni, implica l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 6, co. 11, codice, fino ad un massimo di euro 25.822.

Trascorsi ulteriori sessanta giorni dalla scadenza del termine indicato e perdurando l'inadempimento, l'Autorità provvede a sospendere l'attestazione per un periodo di un anno. Decorso il termine della sospensione, qualora l'impresa continui ad essere inadempiente, l'Autorità procede alla decadenza dell'attestazione.

L'Autorità procede a revocare la sospensione qualora l'impresa abbia adempiuto a quanto richiesto dall'Autorità; resta in ogni caso l'obbligo del pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria.

Compete alla SOA verificare la veridicità e la sostanza delle dichiarazioni, delle certificazioni e delle documentazioni presentate dai soggetti cui rilasciare l'attestato, nonché il permanere del possesso dei requisiti (art. 70, co. 1, lett. *f*), regolamento). A tal fine, è stabilito che l'impresa adempie alle richieste della SOA attestante, nel termine indicato dalla SOA stessa e comunque non superiore a trenta giorni. Qualora l'impresa sia inadempiente, la SOA informa l'Autorità entro quindici giorni dalla scadenza del predetto termine; l'Autorità avvia la procedura di irrogazione delle sanzioni pecuniarie e interdittive della sospensione e decadenza dell'attestazione. E, invero, l'art. 6, co. 7, lett. *m*), codice, consente all'Autorità di dichiarare la decadenza o sospendere l'attestazione di qualificazione, ma solo in caso di inerzia della SOA. Invece, il regolamento sembra prevedere che intervenga in ogni caso l'Autorità (art. 74, co. 4, regolamento).

Qualora l'impresa sia stata sottoposta alla sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 6, co. 11, codice, fino ad un massimo di 51.545 euro, per aver fornito informazioni o esibito documenti non veritieri, l'Autorità informa la SOA, che procede ad accertare che l'attestazione non sia stata rilasciata in carenza dei requisiti prescritti dal regolamento; si applicano gli artt. 6, co. 7, lett. *m*), e 40, co. 9-*ter*, codice.

La sanzione pecuniaria di cui all'art. 6, co. 11, codice, fino ad un massimo di euro 25.822, si applica anche nel caso di mancata comunicazione da parte delle imprese qualificate per i lavori

all'Osservatorio delle variazioni relative ai requisiti di ordine generale necessari per l'attestazione SOA nel termine di trenta giorni dalla variazione, e delle variazioni della direzione tecnica. Il regolamento prescrive infatti che in ogni caso di variazione della direzione tecnica, l'impresa provvede a darne comunicazione alla SOA che l'ha qualificata e all'Osservatorio entro trenta giorni dalla data della avvenuta variazione (art. 87, co. 6, regolamento). Impone inoltre alle imprese qualificate per i lavori di comunicare all'Osservatorio le variazioni intervenute nei requisiti generali necessari per l'attestazione SOA ai sensi dell'art. 78, regolamento, entro trenta giorni dalla variazione (art. 8, co. 5, regolamento).

6.8. La sorte delle attestazioni di qualificazione e dei procedimenti di qualificazione pendenti in caso di SOA che interrompe o cessa l'attività.

Il regolamento risolve la delicata questione della sorte delle attestazioni di qualificazione e dei procedimenti di qualificazione pendenti (per il primo rilascio o per la verifica triennale), nel caso in cui la SOA interrompe o cessa l'attività.

Intanto, nelle ipotesi di sospensione o decadenza dell'autorizzazione, ovvero di fallimento o di cessazione dell'attività di una SOA, le attestazioni rilasciate ad imprese restano valide a tutti gli effetti (art. 73, co. 7, regolamento), a meno che non se ne accerti, per altra via, l'invalidità (perché p.es. rilasciate sulla base di falsi documenti).

Occorre, poi, che i clienti delle SOA sospese o cessate siano rese edotte di tali eventi, al fine di poter trasferire i propri attestati di qualificazione presso altra SOA.

Viene previsto un meccanismo in parte basato sull'iniziativa del cliente (il quale, se la SOA è solo sospesa, può decidere di aspettare che cessi la causa di sospensione), in parte basato su una supplenza d'ufficio, laddove il cliente sia inerte e la SOA abbia cessato definitivamente la sua attività. Infatti, gli attestati di qualificazione, per la loro valenza pubblicistica, devono essere custoditi da una SOA in attività, per cui vanno comunque trasferiti dalla SOA cessata ad altra.

Il regolamento dispone, anzitutto, che la SOA è tenuta a comunicare la sospensione e la decadenza dell'autorizzazione, il fallimento e la cessazione dell'attività, alle imprese qualificate e a quelle in attesa di qualificazione entro quindici giorni dal verificarsi di tali eventi (art. 73, co. 8, primo periodo, regolamento).

Nell'ipotesi di sospensione dell'autorizzazione, le imprese hanno facoltà e non obbligo, di indicare un'altra SOA cui va trasferita la documentazione. Potrebbero infatti optare per attendere che cessi la causa di sospensione.

Nel caso, invece, di decadenza dell'autorizzazione, fallimento, cessazione dell'attività, le imprese clienti hanno l'obbligo di indicare, nei trenta giorni successivi alla comunicazione ricevuta dalla SOA cessata, la SOA cui trasferire la documentazione.

Se l'impresa non provvede, l'Autorità nei successivi quarantacinque giorni designa la nuova SOA, secondo criteri oggettivi e predeterminati, dandone comunicazione alla SOA designata.

Non è chiaro, peraltro, come l'Autorità viene a conoscenza della circostanza che l'impresa cliente non ha designato la nuova SOA.

Il primo parere del Consiglio di Stato aveva allo scopo suggerito che fosse la SOA, in caso di inerzia del cliente, a informare l'Autorità, ma il suggerimento non è stato seguito.

Quanto alla necessità che la nuova SOA sia designata dall'Autorità secondo criteri oggettivi e predeterminati, il regolamento risolve in tal modo, in conformità al parere del Consiglio di Stato, una questione delicata circa il dovere di trasparenza e rotazione nell'indicazione della SOA sostituita. In precedenza, con la determina n. 17/2003 dell'Autorità di vigilanza, è stato indicato il criterio del sorteggio in pubblica seduta. Il criterio del sorteggio è tuttavia casuale e non assicura un'adeguata rotazione. Sicché è preferibile la soluzione secondo cui l'Autorità designa la SOA ad quem sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, stabiliti dall'Autorità medesima.

Le SOA sono tenute a trasferire la documentazione alla SOA indicata dall'impresa, o in caso di inerzia dall'Autorità, entro sessanta giorni dalla data di indicazione (art. 73, co. 8, regolamento).

Il contratto per l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione, sottoscritto dalla SOA e dall'impresa, prevede, in caso di sospensione dell'autorizzazione della SOA all'esercizio dell'attività di attestazione, la possibilità di risolvere detto contratto, su richiesta dell'impresa (art. 73, co. 8, regolamento).

Infine, in caso di sospensione o decadenza dell'autorizzazione SOA, l'Autorità non concede il nulla osta ad operazioni che comportino il trasferimento aziendale tra SOA (art. 73, co. 9, regolamento).

7. I requisiti e il procedimento per conseguire l'attestazione di qualificazione e la verifica triennale.

7.1. I requisiti di ordine generale.

Qualche che sia la categoria e la classifica, per conseguire l'attestazione di qualificazione occorre senz'altro il possesso di tutti i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, e di quelli professionali di cui all'art. 39, co. 1 e co. 2, codice (art. 78, co. 1, regolamento).

L'Autorità stabilisce mediante quale documentazione i soggetti che intendono qualificarsi dimostrano l'esistenza dei requisiti richiesti per la qualificazione. Di ciò è fatto espresso riferimento nel contratto da sottoscrivere fra SOA e impresa.

Le SOA nell'espletamento della propria attività richiedono il certificato integrale del casellario giudiziale nonché il d.u.r.c. (art. 78, co. 4, regolamento).

Viene specificato che per la qualificazione delle società commerciali, delle cooperative e dei loro consorzi, dei consorzi tra imprese artigiane e dei consorzi stabili, i requisiti di cui all'articolo 38, co. 1, lett. b) e c), codice, si riferiscono al direttore tecnico e a tutti i soci se si tratta di società in nome collettivo; al direttore tecnico e a tutti gli accomandatari se si tratta di società in accomandita semplice; al direttore tecnico e agli amministratori muniti di rappresentanza se si tratta di ogni altro tipo di società o di consorzio (art. 78, co. 3, regolamento).

Nel caso in cui al fine della qualificazione le imprese hanno presentato documentazione falsa in relazione ai requisiti di ordine generale, le SOA non rilasciano l'attestazione e ne danno segnalazione all'Autorità (art. 78, co. 4, regolamento).

Viene prevista un'ulteriore causa di iscrizione nel casellario informatico, per la durata di un anno, nel caso di falsa documentazione sui requisiti di ordine generale presentata ai fini della qualificazione, che tuttavia, secondo il dettato della norma regolamentare, non acquista rilievo ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto ai sensi dell'art. 38, lett. h), codice, ma solo ai fini dell'interdizione al conseguimento dell'attestazione di qualificazione (art. 78, co. 5, regolamento).

L'iscrizione dura un anno, decorso il quale essa va cancellata e perde comunque efficacia. Ove la falsità della documentazione sia rilevata in corso di validità dell'attestazione di qualificazione, essa comporta la pronuncia di decadenza dall'attestazione in corso, da parte della SOA, che ne dà comunicazione all'Autorità, ovvero da parte dell'Autorità in caso di inerzia della SOA; anche in tal caso l'Autorità ordina l'iscrizione nel casellario informatico, al solo fine dell'interdizione al conseguimento di una nuova attestazione di qualificazione, per un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia (art. 78, co. 5, regolamento).

7.2. Il possesso di sistema di qualità aziendale.

In tema di certificazione ISO 9000 il regolamento dispone quanto segue (art. 63, regolamento).

Ai fini della qualificazione, tranne che per le prime due classifiche, le imprese devono possedere il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000.

La certificazione del sistema di qualità aziendale è riferita agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso, con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche (art. 63, co. 2, regolamento).

Il possesso della certificazione di qualità aziendale, rilasciata da organismi di certificazione accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN ISO/ IEC 17000, al rilascio della

certificazione nel settore delle imprese di costruzione, è attestato dalle SOA (art. 63, co. 3, regolamento).

Gli organismi di certificazione accreditati hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità, entro cinque giorni, l'annullamento ovvero la decadenza della certificazione di qualità ai fini dell'inserimento nel casellario informatico. Nel medesimo termine, la stessa comunicazione è inviata alle SOA, che avvia il procedimento di accertamento del possesso dei requisiti (art. 63, co. 4, regolamento).

La regolarità dei certificati di qualità deve essere riscontrata dalle SOA mediante il collegamento informatico con gli elenchi ufficiali tenuti dagli enti partecipanti all'*European cooperation for accreditation* (EA) (art. 63, co. 5, regolamento).

7.3. I requisiti di ordine speciale.

7.3.1. In generale.

I requisiti di ordine speciale necessari per la qualificazione sono indicati in dettaglio nel regolamento (art. 79, regolamento).

Essi sono:

- a) adeguata capacità economica e finanziaria;
- b) adeguata idoneità tecnica e organizzativa;
- c) adeguata dotazione di attrezzature tecniche;
- d) adeguato organico medio annuo (art. 79, co. 1, regolamento).

Di ciascuno di tali elementi il regolamento indica il contenuto e i mezzi di prova (commi da 2 a 17 e da 19 a 21, art. 79, regolamento).

A determinate condizioni è riconosciuto l'incremento convenzionale premiante per la dimostrazione dei requisiti di ordine speciale (art. 80, regolamento).

Viene prevista una ulteriore causa di iscrizione nel casellario informatico, per la durata di un anno, nel caso di falsa documentazione sui requisiti di ordine speciale presentata ai fini della qualificazione, anche nell'ipotesi di certificati lavori ininfluenti per la specifica categoria richiesta. Tuttavia, tale causa di esclusione, secondo il dettato della norma regolamentare, non acquista rilievo ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto ai sensi dell'art. 38, lett. h), codice, ma solo ai fini dell'interdizione al conseguimento dell'attestazione di qualificazione (art. 79, co. 18, regolamento).

L'iscrizione dura un anno, decorso il quale essa va cancellata e perde comunque efficacia. Ove la falsità della documentazione sia rilevata in corso di validità dell'attestazione di qualificazione, essa, anche nell'ipotesi di certificati di lavori ininfluenti per la specifica categoria richiesta, comporta la pronuncia di decadenza dall'attestazione in corso, da parte della SOA, che ne dà comunicazione all'Autorità, ovvero da parte dell'Autorità in caso di inerzia della SOA; anche in tal caso l'Autorità ordina l'iscrizione nel casellario informatico, al solo fine dell'interdizione al conseguimento di una nuova attestazione di qualificazione, per un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia (art. 79, co. 18, regolamento).

Ulteriori requisiti di qualificazione sono previsti dall'art. 37, co. 11, codice, ai fini del rilascio da parte delle SOA dell'attestazione di qualificazione nelle categorie di cui all'art. 107, co. 2, regolamento, vale a dire per le opere c.d. superspeciali.

La versione originaria dello schema di regolamento prevedeva in dettaglio i requisiti tecnici necessari, nell'allegato A-1. Tale allegato ha suscitato molte perplessità per il suo eccessivo livello di dettaglio.

Il parere del Consiglio di Stato ne aveva chiesto un ridimensionamento volto a trovare il giusto punto di equilibrio tra tutela della specializzazione e apertura al mercato¹⁰.

¹⁰ Si legge infatti nel citato parere del Consiglio di Stato: *“In proposito occorre sottolineare che è la stessa norma primaria e, cioè, l'articolo 37, comma 11, del codice, che attribuisce al regolamento il compito di definire “l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i*

Nella versione finale, si era preferito sopprimere l'allegato A-1 e demandare la definizione dei requisiti di qualificazione ad un futuro d.P.C.M. Infatti l'art. 79, co. 21, del regolamento dispone che con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per i beni e le attività culturali, sono fissati i requisiti di specializzazione richiesti per l'esecuzione dei lavori relativi alle medesime categorie.

Si legge, sul punto, nella relazione di accompagnamento del regolamento, che *“Sulla scorta del parere del Consiglio di Stato, attesa la particolare complessità e rilevanza della questione rispetto all'intero sistema di funzionamento del mercato degli appalti, si è ritenuto opportuno demandare l'individuazione dei requisiti di specializzazione per la qualificazione nelle categorie cd. “superspecialistiche” ad un d.P.C.M., al fine di consentire un adeguato approfondimento di tutti gli aspetti relativi alla questione con i Ministeri interessati; si è infatti previsto che il d.P.C.M. sia emanato su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro*

requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione” e che possono essere periodicamente revisionati con lo stesso regolamento di tal che non appare percorribile la via suggerita dall'AGI di stralciare l'intero allegato A-1.

La corretta interpretazione dell'articolo 37, comma 11, del codice, induce a ritenere che detti requisiti di specializzazione, essendo prescritti per l'esecuzione, sono ovviamente, a monte, necessari per il conseguimento della qualificazione SOA.

La questione di diritto è quella di quale sia il livello di dettaglio e minuziosità che può essere raggiunto da parte del regolamento nell'indicare i requisiti, a fronte di una norma primaria che prescrive l'indicazione di peculiari requisiti di specializzazione.

Sotto tale profilo, l'articolo 37, comma 11, del codice, si coniuga, in un binomio inscindibile, con l'articolo 2 del codice, che, tra i principi generali che governano l'affidamento e l'esecuzione dei contratti, indica quelli di proporzionalità e non discriminazione.

La giurisprudenza amministrativa, con riferimento alla fissazione di requisiti di qualificazione da parte dei bandi, ha ribadito che le stazioni appaltanti devono rispettare il principio di proporzionalità, che impone di chiedere requisiti adeguati all'oggetto dell'appalto e non esorbitanti e quello di non discriminazione (Cons. St., sez V 19 novembre 2009 n. 7247; Cons. St. sez. V, 6 aprile 2009, n. 2138; Cons. St. sez. V, 5 giugno 2007 n. 2802, ord.).

I principi di proporzionalità e non discriminazione governano anche la fissazione dei requisiti con norme di rango regolamentare.

Fermo restando che la individuazione, in concreto, dei requisiti di specializzazione, rientra negli apprezzamenti di merito amministrativo riservati al Ministero proponente, tuttavia la scelta di merito deve essere effettuata sulla base di una corretta istruttoria volta ad acclarare quali siano le effettive esigenze di qualità per le stazioni appaltanti in relazione alle opere superspecialistiche, e quali siano i conseguenti requisiti di qualificazione necessari per garantire la qualità delle prestazioni e l'esecuzione di esse da parte dei soggetti in possesso delle necessarie abilitazioni.

In tale istruttoria e valutazione di merito, va poi considerato il principio comunitario e costituzionale di tutela della concorrenza, con i suoi corollari della proporzionalità e non discriminazione.

Occorre pertanto che i requisiti di specializzazione siano individuati in modo coerente e proporzionale con le esigenze di qualità delle prestazioni, ma garantendo il potenziale accesso al mercato delle opere superspecialistiche di tutti gli operatori in grado di eseguirle, tenendo presente che requisiti sproporzionati rischiano di restringere la concorrenza e di porsi in contrasto con il diritto comunitario e nazionale.

Si rimette pertanto alla prudente valutazione del Ministero una rilettura dell'allegato A-1 alla luce dei criteri suindicati, rilettura volta a valutare se i requisiti richiesti siano effettivamente e proporzionalmente rispondenti all'esigenza di garantire la qualità delle prestazioni, e ad eliminare, se del caso, i requisiti inutili o sproporzionati.”.

dello sviluppo economico, con il Ministro dell'economia e delle finanze nonché con il Ministro per i beni e le attività culturali per gli aspetti di competenza”.

Tuttavia la Corte dei conti non ha registrato la previsione che demanda ad un futuro d.P.C.M. la fissazione dei requisiti di qualificazione.

Rimane perciò un vuoto nel regolamento, che andrà colmato con norme di novella del regolamento medesimo.

7.3.2. Prova dell'adeguata capacità economica e finanziaria.

La adeguata capacità economica e finanziaria è dimostrata:

- a) da idonee referenze bancarie;
- b) dalla cifra di affari, determinata secondo quanto previsto all'art. 83, regolamento, realizzata con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta non inferiore al cento per cento degli importi delle qualificazioni richieste nelle varie categorie;
- c) limitatamente ai soggetti tenuti alla redazione del bilancio, dal patrimonio netto, costituito dal totale della lettera A) del passivo di cui all'art. 2424 cod. civ., riferito all'ultimo bilancio depositato, di valore positivo (art. 79, co. 2, regolamento).

La cifra di affari in lavori relativa all'attività diretta è comprovata: da parte delle ditte individuali, delle società di persone, dei consorzi di cooperative, dei consorzi tra imprese artigiane e dei consorzi stabili con le dichiarazioni annuali IVA e con le relative ricevute di presentazione da parte delle società di capitale con i bilanci riclassificati in conformità delle direttive europee e con le relative note di deposito (art. 79, co. 3, regolamento).

La cifra di affari in lavori relativa alla attività indiretta è attribuita in proporzione alle quote di partecipazione dell'impresa richiedente ai consorzi di cui all'art. 34, co. 1, lett. e) ed f), codice, e alle società fra imprese riunite dei quali l'impresa stessa fa parte, nel caso in cui questi abbiano fatturato direttamente alla stazione appaltante e non abbiano ricevuto fatture per lavori eseguiti da parte di soggetti consorziati. La cifra di affari in lavori relativa alla attività indiretta è comprovata con i bilanci riclassificati in conformità delle direttive europee e le relative note di deposito o con le dichiarazioni annuali IVA e relative ricevute di presentazione qualora i soggetti partecipati non siano obbligati alla redazione e deposito dei bilanci (art. 79, co. 4, regolamento).

7.3.3. Prova dell'adeguata idoneità tecnica e organizzativa.

La adeguata idoneità tecnica è dimostrata:

- a) con la presenza di idonea direzione tecnica secondo quanto previsto dall'art. 87, regolamento;
- b) dall'esecuzione di lavori, realizzati in ciascuna delle categorie oggetto della richiesta, di importo non inferiore al novanta per cento di quello della classifica richiesta; l'importo è determinato secondo quanto previsto dall'art. 82, regolamento;
- c) dall'esecuzione di un singolo lavoro, in ogni singola categoria oggetto della richiesta, di importo non inferiore al quaranta per cento dell'importo della qualificazione richiesta, ovvero, in alternativa, di due lavori, nella stessa singola categoria, di importo complessivo non inferiore al cinquantacinque per cento dell'importo della qualificazione richiesta, ovvero, in alternativa, di tre lavori, nella stessa singola categoria, di importo complessivo non inferiore al sessantacinque per cento dell'importo della qualificazione richiesta; gli importi sono determinati secondo quanto previsto dall'art. 83, regolamento (art. 79, co. 5, regolamento).

L'esecuzione dei lavori è documentata dai certificati di esecuzione dei lavori previsti dagli artt. 83, co. 4, e 84, regolamento, indicati dall'impresa e acquisiti dalla SOA ai sensi dell'art. 40, co. 3, lett. b), codice, nonché secondo quanto previsto dall'art. 86, regolamento (art. 79, co. 6, regolamento).

Per realizzare lavori pubblici affidati con i contratti di cui all'art. 53, co. 2, lett. b) e c), codice ovvero in concessione, è necessaria l'attestazione di qualificazione per progettazione e costruzione; fermi restando i requisiti previsti dall'art. 79 e quanto disposto dall'art. 92, co. 6, regolamento, il requisito dell'idoneità tecnica è altresì dimostrato dalla presenza di uno staff tecnico di progettazione composto da soggetti in possesso di laurea o di laurea breve abilitati all'esercizio della

professione di ingegnere ed architetto, ovvero geologo per le categorie in cui è prevista la sua competenza, iscritti all'albo professionale, e da diplomati, tutti assunti a tempo indeterminato e a tempo pieno. Il numero minimo dei componenti lo staff, dei quali almeno la metà laureati, è stabilito in due per le imprese qualificate fino alla classifica III-bis, in quattro per le imprese appartenenti alla IV, alla IV-bis ed alla V classifica, ed in sei per le imprese qualificate nelle classifiche successive (art. 79, co. 7, regolamento).

Per ottenere la qualificazione fino alla III classifica di importo, i requisiti di cui al co. 5, lett. b) e c), possono essere dimostrati dall'impresa anche mediante i lavori affidati ad altre imprese della cui condotta è stato responsabile uno dei propri direttori tecnici negli ultimi venti anni. Tale facoltà può essere esercitata solo nel caso in cui i soggetti designati hanno svolto funzioni di direttore tecnico, per conto di imprese già iscritte all'Albo nazionale dei costruttori ovvero già qualificate ai sensi del d.P.R. n. 34/2000 o qualificate in base al nuovo regolamento, per un periodo complessivo non inferiore a cinque anni, di cui almeno tre consecutivi nella stessa impresa. Lo svolgimento delle funzioni in questione è dimostrato con l'esibizione dei certificati di iscrizione all'Albo o dell'attestazione e dei certificati di esecuzione dei lavori della cui condotta uno dei direttori tecnici è stato responsabile. La valutazione dei lavori è effettuata abbattendo ad un decimo l'importo complessivo di essi e fino ad un massimo di 2.500.000 euro. Un direttore tecnico non può dimostrare i requisiti di cui al co. 5, lett. b) e c), qualora non siano trascorsi cinque anni da una eventuale precedente dimostrazione ed a tal fine deve produrre una apposita dichiarazione (art. 79, co. 14, regolamento).

7.3.4. Prova dell'adeguata dotazione di attrezzature tecniche.

L'adeguata attrezzatura tecnica consiste nella dotazione stabile di attrezzature, mezzi d'opera ed equipaggiamento tecnico riguardante esclusivamente il complesso di beni specificamente destinati alla esecuzione di lavori, in proprietà o in locazione finanziaria o in noleggio, dei quali sono fornite le essenziali indicazioni identificative. Detta dotazione contribuisce al valore della cifra di affari in lavori di cui al co. 2, lett. b), effettivamente realizzata, rapportata alla media annua dell'ultimo quinquennio, sotto forma di ammortamenti e canoni di locazione finanziaria o canoni di noleggio, per un valore non inferiore al due per cento, della predetta cifra di affari, costituito per almeno il quaranta per cento dagli ammortamenti e dai canoni di locazione finanziaria. L'attrezzatura tecnica per la quale è terminato il piano di ammortamento contribuisce al valore della cifra di affari sotto forma di ammortamenti figurativi, da evidenziarsi separatamente, calcolati proseguendo il piano di ammortamento precedentemente adottato per un periodo pari alla metà della sua durata. L'ammortamento figurativo è calcolato con applicazione del metodo a quote costanti con riferimento alla durata del piano di ammortamento concluso (art. 79, co. 8, regolamento).

L'ammortamento è comprovato: da parte delle ditte individuali e delle società di persone, con la dichiarazione dei redditi e con le relative ricevute di presentazione, nonché con il libro dei cespiti, corredate da autocertificazione circa la quota riferita alla attrezzatura tecnica; da parte dei consorzi di cooperative, dei consorzi tra imprese artigiane, dei consorzi stabili e delle società di capitale con la presentazione dei bilanci, riclassificati in conformità delle direttive europee, e con le relative note di deposito nonché con il libro dei cespiti (art. 79, co. 9, regolamento).

Alla determinazione delle percentuali di cui al citato co. 8 concorrono, in proporzione alle quote di competenza dell'impresa, anche l'attrezzatura dei consorzi e delle società di cui al co. 4 dell'art. 79 (art. 79, co. 12, regolamento).

I consorzi di cooperative, i consorzi tra imprese artigiane ed i consorzi stabili possono dimostrare il requisito relativo alle attrezzature tecniche mediante l'attrezzatura in dotazione stabile ai propri consorziati (art. 79, co. 13, regolamento).

Qualora la percentuale dell'attrezzatura tecnica di cui al co. 8 è inferiore alle percentuali indicate nel citato co. 8, la cifra di affari stessa è figurativamente e proporzionalmente ridotta in modo da ristabilire le percentuali richieste; la cifra di affari così figurativamente rideterminata vale per la dimostrazione del requisito di cui al co. 2, lett. b) (art. 79, co. 15, regolamento).

7.3.5. Prova dell'adeguato organico medio annuo.

L'adeguato organico medio annuo è dimostrato dal costo complessivo sostenuto per il personale dipendente, composto da retribuzione e stipendi, contributi sociali e accantonamenti ai fondi di quiescenza, non inferiore al quindici per cento della cifra di affari in lavori di cui al comma 2, lettera b), effettivamente realizzata, di cui almeno il quaranta per cento per personale operaio. In alternativa l'adeguato organico medio annuo può essere dimostrato dal costo complessivo sostenuto per il personale dipendente assunto a tempo indeterminato non inferiore al dieci per cento della cifra di affari in lavori, di cui almeno l'ottanta per cento per personale tecnico, titolare di laurea, o di laurea breve, o di diploma universitario, o di diploma. Per le imprese artigiane la retribuzione del titolare si intende compresa nella percentuale minima necessaria. Per le imprese individuali e per le società di persone il valore della retribuzione del titolare e dei soci è pari a cinque volte il valore della retribuzione convenzionale determinata ai fini della contribuzione INAIL (art. 79, co. 10, regolamento).

Il costo complessivo sostenuto per il personale dipendente, composto come sopra, è documentato con il bilancio corredato dalla relativa nota di deposito e riclassificato in conformità delle direttive europee dai soggetti tenuti alla sua redazione, e dagli altri soggetti con idonea documentazione, nonché da una dichiarazione sulla consistenza dell'organico, distinto nelle varie qualifiche, da cui desumere la corrispondenza con il costo indicato nei bilanci e dai modelli riepilogativi annuali attestanti i versamenti effettuati all'INPS e all'INAIL ed alle casse edili in ordine alle retribuzioni corrisposte ai dipendenti e ai relativi contributi (art. 79, co. 11, regolamento).

Alla determinazione delle percentuali di cui al co. 10 concorrono, in proporzione alle quote di competenza dell'impresa, anche il costo per il personale dipendente dei consorzi e delle società di cui al co. 4 dell'art. 79 (art. 79, co. 12, regolamento).

I consorzi di cooperative, i consorzi tra imprese artigiane ed i consorzi stabili possono dimostrare il requisito relativo all'organico medio annuo attraverso il costo del personale dipendente proprio e dei soggetti consorziati (art. 79, co. 13, regolamento).

Qualora i rapporti di cui al co. 10 fra il costo complessivo sostenuto per il personale dipendente e la cifra di affari di cui al co. 2, lett. b), sono inferiori alle percentuali indicate nel citato co. 10, la cifra di affari stessa è figurativamente e proporzionalmente ridotta in modo da ristabilire le percentuali richieste; la cifra di affari così figurativamente rideterminata vale per la dimostrazione del requisito di cui al co. 2, lett. b). Qualora la non congruità della cifra di affari dipenda da un costo eccessivamente modesto del personale dipendente rispetto alla cifra di affari in lavori, tenuto conto della natura di questi ultimi, la SOA informa dell'esito della procedura di verifica la direzione provinciale del lavoro - servizio ispezione del lavoro territorialmente competente (art. 79, co. 15, regolamento).

7.3.6. Ulteriori requisiti per alcune categorie di opere.

Per la qualificazione nella categoria OG 11 (impianti tecnologici), l'impresa deve dimostrare di possedere, per ciascuna delle categorie di opere specializzate individuate con l'acronimo OS 3, OS 28 e OS 30 (rispettivamente: impianti idrico-sanitario, cucine, lavanderie; impianti termici e di condizionamento; impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi) nella tabella di cui all'allegato A, almeno la percentuale di seguito indicata dei requisiti di ordine speciale previsti dal presente articolo per l'importo corrispondente alla classifica richiesta:

- categoria OS 3: 40%;
- categoria OS 28: 70%;
- categoria OS 30: 70%.

L'impresa qualificata nella categoria OG 11 può eseguire i lavori in ciascuna delle categorie OS 3, OS 28 e OS 30 per la classifica corrispondente a quella posseduta. I certificati di esecuzione dei lavori relativi alla categoria OG 11 indicano, oltre all'importo complessivo dei lavori riferito alla categoria OG 11, anche gli importi dei lavori riferiti a ciascuna delle suddette categorie di opere

specializzate e sono utilizzati unicamente per la qualificazione nella categoria OG 11. Ai fini dell'individuazione delle categorie nella fase di progetto e successivo bando o avviso di gara o lettera di invito, un insieme di lavorazioni è definito come appartenente alla categoria OG 11 qualora dette lavorazioni siano riferibili a ciascuna delle categorie specializzate OS 3, OS 28 e OS 30; l'importo di ciascuna di tali categorie di opere specializzate, così individuate, deve essere pari almeno alla percentuale di seguito indicata dell'importo globale delle lavorazioni attinenti alla categoria OG 11:

- categoria OS 3: 10%;
- categoria OS 28: 25%;
- categoria OS 30: 25% (art. 79, co. 16, regolamento).

Per i lavori della categoria OS 12-A (barriere stradali di sicurezza), ai fini del collaudo, l'esecutore presenta una certificazione del produttore dei beni oggetto della categoria attestante il corretto montaggio e la corretta installazione degli stessi (art. 79, co. 17, regolamento).

Per la qualificazione nelle categorie specializzate di cui all'art. 3, co. 1, lett. u), regolamento, relativamente alla I classifica di importo di cui all'art. 61, co. 4, regolamento, l'impresa deve dimostrare, con l'estratto autentico del libro unico del lavoro, che nel proprio organico sia presente almeno un operaio qualificato, assunto con contratto di lavoro subordinato e munito di patentino certificato. Per ogni successiva classifica e fino alla V inclusa il numero degli operai è incrementato di una unità rispetto alla precedente; dalla VI classifica è incrementato di due unità rispetto alla precedente. La disposizione di cui al presente comma si applica qualora i contratti collettivi nazionali di lavoro prevedano la figura dell'operaio qualificato con patentino certificato (art. 79, co. 19, regolamento).

Per ottenere la qualificazione nelle categorie OS 13, OS 18-A, OS 18-B e OS 32, l'impresa deve altresì dimostrare di disporre di un adeguato stabilimento industriale specificamente adibito alla produzione dei beni oggetto della categoria.

7.3.7. L'incremento convenzionale premiante.

L'incremento convenzionale premiante è un incremento figurativo, in base alla percentuale determinata secondo quanto previsto dall'allegato D, dei valori degli importi di cui all'art. 79, co. 2, lett. b), e co. 5, lett. b) e c), regolamento. Gli importi così figurativamente rideterminati valgono per la dimostrazione dei requisiti dei suddetti commi dell'art. 79 citato.

Tale beneficio è riconosciuto all'impresa, che, oltre al possesso del sistema di qualità di cui all'art. 59, regolamento, presenti almeno tre dei seguenti requisiti ed indici economico-finanziari:

- a) patrimonio netto, costituito dal totale della lettera A) del passivo dello stato patrimoniale di cui all'art. 2424 cod. civ. dell'ultimo bilancio approvato, pari o superiore al cinque per cento della cifra di affari media annuale richiesta ai fini di cui all'art. 79, co. 2, lett. b);
- b) indice di liquidità, costituito dal rapporto tra la somma delle liquidità e dei crediti correnti e la somma dei debiti correnti dell'ultimo bilancio approvato, pari o superiore a 0,5; le liquidità comprendono le rimanenze per lavori in corso alla fine dell'esercizio;
- c) indice di economicità, costituito dalla differenza tra il valore ed i costi della produzione di cui all'art. 2425 cod. civ., di valore positivo in almeno due esercizi tra gli ultimi tre;
- d) requisiti di cui all'art. 79, co. 1, lett. c) e d), di valore non inferiori ai minimi stabiliti al medesimo articolo, co. 8 e 10 (art. 80, co. 1, regolamento).

Per le ditte individuali e le società di persone, i requisiti per ottenere l'incremento convenzionale sono dimostrati mediante il libro degli inventari o il bilancio di verifica riclassificato e vidimato da un professionista abilitato (art. 80, co. 2, regolamento).

Qualora l'impresa, oltre al possesso del sistema di qualità di cui all'art. 59, presenti un patrimonio netto, costituito dal totale della lettera A) del passivo dello stato patrimoniale di cui all'art. 2424 cod. civ. dell'ultimo bilancio approvato, pari o superiore al dieci per cento della cifra di affari media annuale richiesta ai fini di cui all'art. 79, co. 2, lett. b), nonché i requisiti e gli indici economico-finanziari di cui al co. 1, lett. b), c) e d), del presente articolo, ottiene, anziché l'incremento

figurativo di cui al co. 1, un incremento figurativo dei valori degli importi di cui all'art. 79, co. 2, lett. b), e co. 5, lett. b) e c), in base alla percentuale determinata secondo quanto previsto dall'allegato D, sostituendo nelle formule C1 e C2 il valore trenta con il valore trentanove. Gli importi così figurativamente rideterminati valgono per la dimostrazione dei requisiti dei suddetti commi dell'art. 79 (art. 80, co. 3, regolamento).

L'incremento convenzionale premiante si applica anche nel caso di cessione o conferimento dell'intera azienda nel rispetto di quanto previsto dall'art. 76, co. 10, regolamento (art. 80, co. 4, regolamento).

7.4. I pregressi lavori eseguiti in Italia.

Al fine della valutazione dei pregressi lavori, anzitutto gli importi dei lavori ultimati vanno rivalutati sulla base delle variazioni accertate dall'ISTAT relative al costo di costruzione di un edificio residenziale, intervenute fra la data di ultimazione dei lavori, ovvero la data di emissione della documentazione attestante l'esecuzione parziale dei lavori, e la data di sottoscrizione del contratto di qualificazione con la SOA. Sono soggetti alla rivalutazione esclusivamente gli importi dei lavori eseguiti a seguito di contratti stipulati con stazioni appaltanti tenute all'osservanza del codice dei contratti (art. 82, regolamento).

Sono soggetti alla rivalutazione anzitutto gli importi dei lavori eseguiti a seguito di contratti stipulati con le stazioni appaltanti pubbliche come definite all'art. 3, co. 1, lett. b), regolamento.

Sono soggetti a rivalutazione anche gli importi dei lavori eseguiti per committenti privati o in proprio (di cui all'art. 86, co. 2 e 3, regolamento), tuttavia alla condizione della previa presentazione del certificato di regolare esecuzione dei lavori, rilasciato dal direttore dei lavori, che deve riportare la data di ultimazione dei lavori.

Quanto all'ambito temporale di riferimento per la valutazione di pregressi lavori, si fa riferimento a quelli realizzati nel quinquennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA (art. 83, co. 1, regolamento).

I lavori da valutare sono quelli eseguiti regolarmente e con buon esito iniziati ed ultimati nel periodo di riferimento, ovvero la parte di essi eseguita nel quinquennio, per il caso di lavori iniziati in epoca precedente o per il caso di lavori in corso di esecuzione alla data della sottoscrizione del contratto con la SOA, calcolata presumendo un avanzamento lineare degli stessi (art. 83, co. 2, regolamento).

L'importo dei lavori è costituito dall'importo contabilizzato al netto del ribasso d'asta, eventualmente aggiornato in forza degli atti diottomissione e degli atti aggiuntivi, ed incrementato dall'eventuale adeguamento dei prezzi e dalle risultanze definitive del contenzioso eventualmente insorto per riserve dell'appaltatore diverse da quelle riconosciute a titolo risarcitorio (art. 83, co. 3, regolamento).

I certificati di esecuzione dei lavori sono redatti in conformità allo schema di cui all'allegato B al regolamento e contengono l'espressa dichiarazione dei committenti che i lavori eseguiti sono stati realizzati regolarmente e con buon esito; se hanno dato luogo a vertenze in sede arbitrale o giudiziaria, ne viene indicato l'esito. Ai fini della qualificazione per lavori di ingegneria naturalistica o per lavori sui beni culturali, la certificazione deve contenere l'attestato dell'autorità preposta alla tutela del bene oggetto dei lavori, del buon esito degli interventi eseguiti (art. 83, co. 4, regolamento).

I certificati rilasciati alle imprese esecutrici dei lavori sono trasmessi in copia, a cura dei soggetti tenuti all'osservanza del codice, all'Osservatorio (art. 83, co. 5, regolamento).

Le SOA trasmettono all'Osservatorio, secondo le modalità stabilite dall'Autorità, entro quindici giorni dal rilascio delle attestazioni, i certificati e la documentazione a corredo, presentati dalle imprese per essere qualificate, relativi a lavori il cui committente non sia tenuto alla applicazione del codice e del regolamento, o eseguiti in proprio. L'Autorità provvede ai necessari riscontri a campione (art. 83, co. 6, regolamento).

Qualora le SOA nell'attività di attestazione rilevano l'esistenza di certificati di lavori non presenti nel casellario informatico, provvedono a darne comunicazione alle stazioni appaltanti e all'Autorità per gli eventuali provvedimenti sanzionatori. Tali certificati di lavori non sono utilizzabili fino al loro inserimento nel casellario informatico (art. 83, co. 7, regolamento).

La documentazione contabile dei lavori prodotta dall'impresa esecutrice non è utilizzabile dalle SOA, in sede di attestazione, in sostituzione dei certificati di esecuzione dei lavori rilasciati dalle stazioni appaltanti. La documentazione contabile non è altresì utilizzabile in caso di disconoscimento del certificato di esecuzione dei lavori da parte della stazione appaltante o del soggetto che si presume lo abbia emesso (art. 83, co. 8, regolamento).

7.5. I progressi lavori eseguiti all'estero.

Il regolamento reca la disciplina per la prova dei lavori eseguiti all'estero da imprese con sede legale in Italia (art. 84 rubricato <<Criteri di accertamento e di valutazione dei lavori eseguiti all'estero>>).

Non si distingue più, tra lavori eseguiti in Paesi comunitari e extracomunitari, ma tra lavori eseguiti per committenti pubblici e privati.

Per i lavori eseguiti all'estero da imprese con sede legale in Italia, il richiedente produce alla SOA la certificazione di esecuzione dei lavori, corredata dalla copia del contratto, da ogni documento comprovante i lavori eseguiti e, laddove emesso, dal certificato di collaudo.

Nel caso di lavori eseguiti su committenza pubblica, la certificazione è acquisita dall'interessato direttamente presso il committente; nel caso di lavori eseguiti su committenza privata, per i quali nel Paese di esecuzione degli stessi è prevista una certificazione da parte di organismi pubblici, la certificazione è acquisita dall'interessato direttamente presso l'organismo pubblico. In entrambi i casi l'interessato richiede la relativa legalizzazione, salvo il diverso regime previsto da convenzioni internazionali che sopprimono la legalizzazione, quando lo stato estero vi ha aderito. La legalizzazione è rilasciata dalle autorità consolari italiane all'estero. Nel caso di lavori eseguiti su committenza privata, per i quali nel Paese di esecuzione degli stessi non è prevista una certificazione da parte di organismi pubblici, la certificazione è rilasciata da un tecnico di fiducia del consolato, con spese a carico dell'impresa, dalla quale risultano i lavori eseguiti, il loro ammontare, i tempi di esecuzione nonché la dichiarazione che i lavori sono stati eseguiti regolarmente e con buon esito (art. 84, co. 2, regolamento).

Alla certificazione legalizzata dalla autorità consolare o non legalizzata, ed a quella proveniente da un tecnico di fiducia del consolato italiano è allegata una traduzione certificata conforme in lingua italiana rilasciata dalla rappresentanza diplomatica o consolare ovvero una traduzione in lingua italiana eseguita da un traduttore ufficiale; in tutti i casi, il consolato italiano all'estero, una volta conseguita la certificazione in uno dei modi indicati al co. 2, la trasmette alla competente struttura centrale del Ministero degli affari esteri che provvede ad inserirla nel casellario informatico, secondo le modalità stabilite dall'Autorità (art. 84, co. 3, regolamento).

7.6. Attribuzione di progressi lavori in caso di subappalto e di contraente generale.

Secondo il regolamento, ai fini della qualificazione delle imprese che hanno affidato lavorazioni in subappalto e delle imprese che hanno eseguito lavorazioni in regime di subappalto valgono i seguenti criteri:

- a) le lavorazioni assunte in regime di subappalto sono classificabili ai sensi delle tabelle di cui all'allegato A al regolamento; l'impresa subappaltatrice può utilizzare per la qualificazione il quantitativo delle lavorazioni eseguite aventi le caratteristiche predette;
- b) l'impresa affidataria può utilizzare:
 - b.1) l'importo complessivo dei lavori della categoria prevalente, se l'importo delle lavorazioni subappaltate non supera il 30% dell'importo complessivo;
 - b.2) i lavori di ciascuna delle categorie scorporabili previste nel bando o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, appartenenti alle categorie di cui all'allegato A, per le quali non è prescritta la

qualificazione obbligatoria, per l'intero importo in ciascuna delle categorie scorporabili se le lavorazioni sono subappaltate entro il limite del trenta per cento riferito a ciascuna categoria; l'importo dei lavori di ciascuna categoria scorporabile subappaltata oltre il predetto limite, è decurtato della quota eccedente il trenta per cento e può essere, così decurtato, utilizzato, in alternativa, per la qualificazione nella categoria prevalente ovvero ripartito tra la categoria prevalente e la categoria scorporabile, per una percentuale riferita a tale categoria scorporabile non superiore al dieci per cento;

b.3) i lavori di ciascuna delle categorie scorporabili previste nel bando o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, appartenenti alle categorie di cui all'allegato A, per le quali è prescritta la qualificazione obbligatoria, per l'intero importo in ciascuna delle categorie scorporabili se le lavorazioni sono subappaltate entro il limite del quaranta per cento riferito a ciascuna categoria; l'importo dei lavori di ciascuna categoria scorporabile subappaltata oltre il predetto limite, è decurtato della quota eccedente il quaranta per cento e può essere, così decurtato, utilizzato, in alternativa, per la qualificazione nella categoria prevalente ovvero ripartito tra la categoria prevalente e la categoria scorporabile, per una percentuale riferita a tale categoria scorporabile non superiore al dieci per cento (art. 85, co. 1, regolamento).

Rispetto alla versione originaria del testo, che aveva in tale parte superato favorevolmente i pareri degli organi consultivi, e rispetto all'art. 24, d.P.R. n. 34/2000, si introduce una novità. Secondo le norme oggi vigenti, quanto all'utilizzabilità dei lavori affidati in subappalto ai fini della qualificazione dell'appaltatore, l'appaltatore può utilizzare l'importo complessivo dei lavori se l'importo delle lavorazioni subappaltate non supera il 30% ovvero il 40% dell'importo complessivo, a seconda che si tratti di categoria a qualificazione non obbligatoria o a qualificazione obbligatoria; se il subappalto è avvenuto oltre i predetti limiti, l'ammontare complessivo dei lavori viene decurtato della quota eccedente le suddette quote del 30% o del 40% e l'importo dei lavori così determinato può essere utilizzato esclusivamente per la qualificazione nella categoria prevalente (art. 24, co. 1, d.P.R. n. 34/2000).

Nella stessa logica si muoveva la versione originaria dell'art. 85, co. 2, lett. b) e c) dello schema di regolamento.

Nella ultima versione, è invece previsto che:

l'appaltatore può utilizzare l'importo complessivo dei lavori se l'importo delle lavorazioni subappaltate non supera il 30% ovvero il 40% dell'importo complessivo, a seconda che si tratti di categoria a qualificazione non obbligatoria o a qualificazione obbligatoria;

se il subappalto è avvenuto oltre i predetti limiti, l'ammontare complessivo dei lavori viene decurtato della quota eccedente le suddette quote del 30% o del 40% e l'importo dei lavori così determinato può essere utilizzato non solo per la qualificazione nella categoria prevalente, ma anche, in alternativa, *ripartito tra la categoria prevalente e la categoria scorporabile, per una percentuale riferita a tale categoria scorporabile non superiore al dieci per cento*

Il regolamento, dunque, attribuisce all'impresa affidataria il diritto a conseguire la qualificazione anche per lavori eseguiti in regime di subappalto anche per categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria.

Tale nuova previsione appare fortemente in contrasto con i principi che hanno dato origine al sistema di qualificazione delle imprese: certificare le imprese in base alle lavorazioni effettivamente eseguite e quindi creare le condizioni affinché nel mercato operino solo quelle imprese che siano effettivamente in grado di garantire la migliore qualità delle opere da realizzare.

Il parere del Consiglio di Stato si era espresso in senso critico su tale previsione, ma il Governo ha ritenuto di non adeguarsi. Si legge nella relazione che accompagna il regolamento *“si ritiene che la formulazione attuale debba invece essere mantenuta in quanto produce l'effetto di ampliare il mercato nel settore dei contratti pubblici di lavori, senza peraltro produrre distorsioni della concorrenza, attesa la lieve entità della percentuale massima (limitata al 10%) delle lavorazioni subappaltate utilizzabile per la qualificazione nelle categorie specialistiche”*.

7.7. La direzione tecnica ai fini del conseguimento della qualificazione.

Secondo il regolamento la direzione tecnica è l'organo cui competono gli adempimenti di carattere tecnico-organizzativo necessari per la realizzazione dei lavori. La direzione tecnica può essere assunta da un singolo soggetto, eventualmente coincidente con il legale rappresentante dell'impresa, o da più soggetti (art. 87, regolamento).

I soggetti ai quali viene affidato l'incarico di direttore tecnico sono dotati, per la qualificazione in categorie con classifica di importo pari o superiore alla IV, di laurea ordinaria in ingegneria, in architettura, o altra equipollente, di laurea breve o di diploma universitario in ingegneria o in architettura o equipollente, di diploma di perito industriale edile o di geometra; per le classifiche inferiori è ammesso anche il possesso di titolo di studio tecnico equivalente al diploma di geometra e di perito industriale edile, ovvero il possesso del requisito professionale identificato nell'esperienza acquisita nel settore delle costruzioni quale direttore del cantiere per un periodo non inferiore a cinque anni da comprovare con idonei certificati di esecuzione dei lavori attestanti tale condizione.

I soggetti designati nell'incarico di direttore tecnico non possono rivestire analogo incarico per conto di altre imprese qualificate; essi producono una dichiarazione di unicità di incarico. Qualora il direttore tecnico sia persona diversa dal titolare dell'impresa, dal legale rappresentante, dall'amministratore e dal socio, deve essere dipendente dell'impresa stessa o in possesso di contratto d'opera professionale regolarmente registrato.

Per i lavori sui beni culturali sono dettate regole specifiche in ordine alla direzione tecnica:

- per i lavori rientranti nella categoria OG 2, la direzione tecnica è affidata a soggetto in possesso di laurea, in conservazione di beni culturali o in architettura;
- per quelli rientranti nelle categorie OS 2-A e OS 2-B ai restauratori di beni culturali in possesso dei requisiti di cui agli artt. 29 e 182, d.lgs. n. 42/2004;
- per quelli rientranti nella categoria OS 25 a soggetti in possesso dei titoli previsti dal decreto ministeriale di cui all'art. 95, co. 2, codice (art. 248, co. 5, regolamento).

La qualificazione è collegata al direttore tecnico che l'ha conseguita. La stessa qualificazione può essere confermata sulla base di autonoma e specifica valutazione se l'impresa provvede alla sostituzione del direttore tecnico o dei direttori tecnici uscenti con soggetti aventi analoga idoneità.

Se l'impresa non provvede alla sostituzione del o dei direttori tecnici uscenti, la SOA, o in caso di sua inerzia, l'Autorità dispone:

- a) la decadenza dall'attestazione di qualificazione nelle categorie ed importi corrispondenti, connessi alla presenza del o dei direttori tecnici uscenti;
- b) la conferma o la riduzione della qualificazione nelle categorie ed importi corrispondenti, nel caso in cui l'impresa dimostri di aver eseguito lavori rispettivamente di pari o di minore importo nelle categorie in precedenza connesse alla direzione tecnica.

In ogni caso di variazione della direzione tecnica, l'impresa provvede a darne comunicazione alla SOA che l'ha qualificata e all'Osservatorio entro trenta giorni dalla data dell'avvenuta variazione.

7.8. I requisiti per la verifica triennale.

La verifica triennale è disciplinata in dettaglio nel regolamento.

La verifica triennale ha per oggetto il mantenimento dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale indicati nel regolamento (artt. 76 e 77, r regolamento).

I requisiti di ordine generale necessari alla verifica triennale sono gli stessi necessari per conseguire l'attestazione (art. 76, regolamento).

I requisiti di capacità strutturale necessari alla verifica triennale sono quelli di certificazione di qualità aziendale e taluni dei requisiti speciali necessari per l'originaria qualificazione.

La verifica di congruità tra cifra d'affari in lavori, costo delle attrezzature tecniche e costo del personale dipendente, necessaria per l'originaria qualificazione, in sede di verifica triennale è effettuata con riferimento al rapporto tra costo medio del quinquennio fiscale precedente la

scadenza del termine triennale e importo medio annuale della cifra d'affari in lavori accertata in sede di attestazione originaria, come eventualmente rideterminata figurativamente ai sensi del regolamento, con una tolleranza del venticinque per cento. La cifra d'affari è ridotta in proporzione alla quota di scostamento superiore al venticinque per cento, con conseguente eventuale revisione dell'attestazione. Le categorie in cui deve essere effettuata la suddetta revisione sono indicate dall'impresa in sede di contratto di verifica triennale.

7.9. Il procedimento per conseguire l'attestazione di qualificazione.

Il procedimento per conseguire l'attestazione di qualificazione è disciplinato in dettaglio nel regolamento.

L'impresa che intende ottenere l'attestazione di qualificazione deve stipulare apposito contratto con una delle SOA autorizzate, con obbligo di produrre il certificato della camera di commercio, industria e artigianato, completo di attestazione antimafia, dal cui oggetto sociale risultino le attività riconducibili alle categorie di opere generali e specializzate richieste (art. 76, co. 2, regolamento).

La SOA svolge l'istruttoria e gli accertamenti necessari alla verifica dei requisiti di qualificazione, anche mediante accesso diretto alle strutture aziendali dell'impresa istante, e compie la procedura di rilascio dell'attestazione entro novanta giorni dalla stipula del contratto. La procedura può essere sospesa per chiarimenti o integrazioni documentali per un periodo complessivamente non superiore a novanta giorni; trascorso tale periodo di sospensione e comunque trascorso un periodo complessivo non superiore a centottanta giorni dalla stipula del contratto, la SOA è tenuta a rilasciare l'attestazione o comunque il diniego di rilascio della stessa (art. 76, co. 3, regolamento).

Della stipula del contratto, del rilascio o del diniego di rilascio dell'attestazione la SOA informa l'Autorità nei successivi trenta giorni (art. 76, co. 4, regolamento).

L'efficacia dell'attestazione è pari a cinque anni con verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale prescritti giorni (art. 76, co. 5, regolamento).

7.10. Il procedimento di rinnovo.

A prescindere dalla verifica triennale, può sorgere l'esigenza di conseguire il rinnovo dell'attestazione, ad es. per conseguire una modifica di categoria o classifica.

Il procedimento di rinnovo è disciplinato in dettaglio nel regolamento.

Il rinnovo dell'attestazione può essere richiesto sempre che siano decorsi novanta giorni dalla data del rilascio dell'attestazione originaria (art.76, co. 6, regolamento) .

Il rinnovo dell'attestazione avviene alle stesse condizioni e con le stesse modalità previste per il rilascio dell'attestazione; dalla data della nuova attestazione decorre il termine di efficacia quinquennale.

Non costituiscono rinnovo di attestazione e non producono conseguenze sulla durata di efficacia dell'attestazione le variazioni che non producono effetti diretti sulle categorie e classifiche oggetto della relativa qualificazione; dette variazioni sono soggette a procedure accelerate e semplificate nonché a tariffa ridotta secondo i criteri fissati dall'Autorità.

7.11. Il procedimento di verifica triennale.

Per la verifica triennale, in data non antecedente a novanta giorni prima della scadenza del termine triennale, l'impresa che intende conseguire il rinnovo dell'attestazione deve stipulare un nuovo contratto con la medesima SOA, per sottoposti alla verifica di mantenimento dei requisiti (art. 77, co. 1, regolamento).

L'impiego di SOA diversa da quella originaria è consentito quando quest'ultima sia sottoposta ad un provvedimento di sospensione ovvero di decadenza. La SOA che ha rilasciato l'attestazione originaria ha l'obbligo di trasferire la documentazione relativa all'impresa alla nuova SOA entro quindici giorni (art. 77, co. 2, regolamento).

Qualora l'impresa si sottoponga a verifica dopo la scadenza del triennio di validità dell'attestazione, la stessa non può partecipare alle gare nel periodo che intercorre tra la data di scadenza del triennio e la data di effettuazione della verifica con esito positivo.

La SOA nei quarantacinque giorni successivi alla stipula del contratto compie la procedura di verifica triennale. La procedura può essere sospesa per chiarimenti, per un periodo di tempo non superiore a quarantacinque giorni; trascorso tale periodo di sospensione e comunque trascorso un periodo complessivo non superiore a novanta giorni dalla stipula del contratto, la SOA è tenuta a dichiarare l'esito della procedura.

Dell'esito della procedura di verifica la SOA informa contestualmente l'impresa e l'Autorità, inviando all'Osservatorio l'attestato revisionato o comunicando all'impresa e all'Autorità l'eventuale esito negativo; in quest'ultimo caso l'attestato decade dalla data indicata nella comunicazione, comunque non successiva alla data di scadenza del triennio di rilascio dell'attestazione. L'efficacia della verifica decorre dalla data di scadenza del triennio dalla data di rilascio dell'attestazione; ove la verifica sia compiuta dopo la scadenza predetta, l'efficacia della stessa decorre dalla data di adozione della verifica.

8. Possibilità di ulteriori requisiti di qualificazione richiesti nel bando di gara.

L'art. 1, co. 4, d.P.R. n. 34/2000 dispone che le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal sistema SOA.

Negli stessi termini è il nuovo regolamento.

Sembra pertanto precluso che la stazione appaltante fissi requisiti ulteriori rispetto all'attestazione SOA. Al più si può ammettere la richiesta da parte del bando di qualificazione per categoria per lavori di importo maggiore rispetto alla categoria ordinariamente necessaria, ma sempre tramite sistema SOA, e nel rispetto del principio di proporzionalità¹¹.

Quando le SOA rilasciano la qualificazione verificano esattamente la capacità economico - finanziaria e tecnico - professionale, quest'ultima per categorie di lavori, sicché non sembra che requisiti ulteriori chiesti dalla stazione appaltante siano cosa diversa dalla prova della capacità tecnico - professionale.

Ammettere che i bandi di gara possano chiedere requisiti ulteriori fuori dal sistema SOA, va contro la lettera e lo spirito del sistema SOA, e dà ampio spazio al contenzioso sul rispetto o meno del criterio di proporzionalità dei requisiti fissati dal bando, contenzioso non a caso diffuso per gli appalti di servizi e forniture, in cui non essendoci il sistema SOA, i requisiti sono fissati dal bando¹².

Il discorso svolto vale ovviamente per i lavori nei settori ordinari, cui si applica il sistema SOA, nonché per i lavori nei settori speciali, laddove trovi applicazione il sistema SOA, non anche nei casi in cui la qualificazione per i lavori nei settori speciali prescinda dal sistema SOA¹³.

Sezione V – Le regole comuni alla qualificazione per lavori, servizi e forniture.

1. Le norme di garanzia della qualità.

Qualora richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità, le stazioni appaltanti fanno riferimento ai sistemi di assicurazione della qualità basati sulle serie di norme europee in materia e certificati da organismi conformi alle serie delle norme europee relative alla certificazione. Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi

¹¹ Cons. St., sez. VI, n. 2304/2007; Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 2010 n. 14.

¹² Cons. St., nn. 3103/07, 6967/04, 3093/08, 647/07.

¹³ Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 2010 n. 14.

stabiliti in altri Stati membri. Esse ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici (art. 43, codice).

2. Le norme di gestione ambientale.

Qualora, per gli appalti di lavori e di servizi, e unicamente nei casi appropriati, le stazioni appaltanti chiedano l'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante l'esecuzione del contratto, e allo scopo richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinate norme di gestione ambientale, esse fanno riferimento al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS) o a norme di gestione ambientale basate sulle pertinenti norme europee o internazionali certificate da organismi conformi alla legislazione comunitaria o alle norme europee o internazionali relative alla certificazione. Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti in materia rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse accettano parimenti altre prove relative a misure equivalenti in materia di gestione ambientale, prodotte dagli operatori economici (art. 44, codice).

Limitatamente agli appalti di servizi e forniture, il nuovo regolamento dispone che se la loro esecuzione può causare danni all'ambiente e che richiedono l'utilizzo di misure volte a proteggere l'ambiente, le stazioni appaltanti, nel richiedere l'applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale, nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali tengono conto di criteri diretti alla riduzione dell'uso delle risorse naturali, di produzione dei rifiuti, del risparmio energetico, delle emissioni inquinanti e dei rischi ambientali, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla normativa vigente (art. 281, regolamento).

3. La qualificazione di operatori non stabiliti in Italia.

Agli operatori economici stabiliti negli altri Stati aderenti all'Unione Europea, nonché a quelli stabiliti nei Paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, o in Paesi che, in base ad altre norme di diritto internazionale, o in base ad accordi bilaterali siglati con l'Unione Europea o con l'Italia che consentano la partecipazione ad appalti pubblici a condizioni di reciprocità, la qualificazione è consentita alle medesime condizioni richieste alle imprese italiane (art. 47, co. 1, codice).

Per tali operatori economici la qualificazione di cui al codice non è condizione obbligatoria per la partecipazione alla gara. Essi si qualificano alla singola gara producendo documentazione conforme alle normative vigenti nei rispettivi Paesi, idonea a dimostrare il possesso di tutti i requisiti prescritti per la qualificazione e la partecipazione degli operatori economici italiani alle gare (art. 47, co. 2, codice).

Se 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 (art. 38, co. 5 e art. 47, co. 2, codice).

4. Il controllo a campione sul possesso dei requisiti di qualificazione.

4.1. Profili generali.

L'accertamento del possesso dei requisiti di ordine generale deve essere effettuato su tutti i concorrenti.

Invece il possesso dei requisiti di qualificazione può formare oggetto di controllo <<a campione>> (art. 48, codice).

Il controllo a campione, in precedenza previsto dalla l. Merloni per gli appalti di lavori, è stato generalizzato ed esteso a servizi e forniture.

Lo scopo del controllo a campione è acceleratorio, consentendo alla stazione appaltante di non controllare tutte le offerte, ma solo un campione significativo, selezionato mediante sorteggio (art. 48, co. 1, codice).

Dopo l'aggiudicazione, vanno sottoposte a controllo l'aggiudicataria e la seconda classificata, se non già comprese tra le imprese sorteggiate in sede di controllo a campione (art. 48, co. 2, codice)¹⁴. In particolare, le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa, eventualmente richiesti dal bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti sanzionatori di cui all'art. 6, co. 11, codice. L'Autorità dispone anche la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

La suddetta richiesta è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.

La disposizione in commento ha dato luogo a svariati dubbi esegetici, che hanno formato oggetto sia di pronunce giurisprudenziali, sia di un atto di regolazione da parte dell'Autorità di vigilanza, nel vigore della l. Merloni¹⁵, seguito da linee guida da parte della medesima Autorità, nel vigore del codice¹⁶.

Secondo l'Autorità di vigilanza¹⁷ la finalità della norma è di consentire l'immediata esclusione delle imprese che non siano in possesso dei requisiti richiesti, sia per ragioni di speditezza del procedimento, sia per evitare che le relative offerte possano influenzare la successiva fase di determinazione della soglia di anomalia.

4.2. L'obbligatorietà del controllo a campione.

La norma in commento stabilisce che le stazioni appaltanti <<richiedono>> agli offerenti di comprovare il possesso dei requisiti tecnici ed economici.

La richiesta è indicata come oggetto di un vero e proprio adempimento obbligatorio imposto alle stazioni appaltanti, e non meramente facoltativo.

In tal senso si è espressa l'Autorità, con l'atto di regolazione n. 15/2000, e la determinazione n. 5/2009 e già, in precedenza, il Ministro dei lavori pubblici, con circolare 25 ottobre 1999 n. 1285/508/333.

Non vi è dunque spazio per la discrezionalità della stazione appaltante in ordine all'*an* dell'attivazione del procedimento di controllo.

L'unico margine di scelta che spetta ai soggetti aggiudicatori attiene al numero delle imprese da controllare che, tuttavia, come già visto, non può essere inferiore al 10% delle offerte ammesse.

¹⁴ Sul controllo a campione v, anche M. ANTONUCCI, *Le verifiche a campione e la natura dei termini nelle gare d'appalto di opere pubbliche*, in *Cons. Stato*, 2001, II, 1423 ss.; GIOVANNELLI, *La verifica a campione: problemi e prospettive*, in *Urb. e app.*, 2001, 825.

¹⁵ Autorità di vigilanza, atto di regolazione 30 marzo 2000 n. 15.

¹⁶ Autorità di vigilanza, determinazione 21 maggio – 15 luglio 2009 n. 5.

¹⁷ Atto di regolazione n. 15/2000.

Ne consegue che non occorre preventivamente indicare negli atti di gara, né l'attivazione della procedura di verifica, né il numero di soggetti che ne saranno interessati¹⁸

4.3. L'ambito oggettivo.

4.3.a) Settori, prestazioni, procedure.

Il controllo a campione riguarda, oltre che le procedure di affidamento di lavori, anche quelle di affidamento di servizi e forniture.

Si applica nei settori ordinari, sia sopra che sotto soglia comunitaria (il Titolo II del Codice non ne esclude, infatti, l'applicazione ai contratti sotto soglia).

Si applica anche alle concessioni di lavori, in ordine alla verifica dei requisiti del concessionario, e agli appalti di lavori del concessionario che è amministrazione aggiudicatrice.

Non si applica alle concessioni di servizi (art. 30, codice).

Si applica in qualsivoglia procedura, sia essa aperta, ristretta, negoziata, con o senza pubblicazione di un bando di gara, o con dialogo competitivo, sempre che sia stata richiesta ai concorrenti, per la partecipazione alla gara, una dichiarazione sostitutiva circa il possesso dei requisiti speciali, individuati nei loro livelli minimi¹⁹.

Quanto ai settori speciali, l'art. 206 codice non richiama l'art. 48, sicché il controllo a campione non è, in linea di principio, applicabile.

Vi sono tuttavia talune eccezioni.

Secondo l'art. 230, co. 2, codice, per l'accertamento dei requisiti di capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria gli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici, ove non abbiano istituito propri sistemi di qualificazione ai sensi dell'art. 232, applicano gli artt. da 39 a 48. In tale ultima ipotesi, agli appalti di lavori nei settori speciali si applica l'art. 48, limitatamente a quelli di importo inferiore o uguale a 150.000 euro ed a quelli di importo superiore a 20.658.276 di euro; tale articolo si applica, inoltre, a tutti gli appalti di servizi e forniture a prescindere dall'importo.

Altra eccezione è prevista dall'art. 230, co. 3, codice che dà tre opzioni agli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici (ossia, essenzialmente le imprese pubbliche): alternativamente, istituire propri sistemi di qualificazione ai sensi dell'art. 232, ovvero applicare gli artt. da 39 a 48, ovvero accertare i requisiti di capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria ai sensi dell'art. 233.

Di conseguenza, se tale ente aggiudicatore istituisce propri sistemi di qualificazione, valgono le stesse considerazioni prima riferite in analogo caso alle amministrazioni aggiudicatrici; se non istituisce propri sistemi di qualificazione, applica gli artt. da 39 a 48, e in tal caso valgono le precedenti considerazioni riferite alle amministrazioni aggiudicatrici; infine, se non istituisce propri sistemi di qualificazione, o non applica gli artt. da 39 a 48, individua propri criteri di selezione qualitativa, seppure nel rispetto dei principi desumibili dagli artt. da 39 a 50, non utilizzando la procedura prevista dall'art. 48 ma una procedura specifica stabilita per le proprie esigenze²⁰.

4.3.b) Requisiti generali e speciali.

Il controllo a campione si riferisce ai requisiti economico - finanziari e tecnico - organizzativi, e non anche ai requisiti di carattere generale, non contemplati dalla previsione legislativa²¹.

Il silenzio della norma non significa che la stazione appaltante non debba controllare tali requisiti di ordine generale, ma, invece, che:

- tale controllo riguarda tutte le imprese, e non solo il campione sorteggiato;

¹⁸ Così l'Autorità, citata determinazione n. 5/2009.

¹⁹ Autorità, determinazione n. 5/2009.

²⁰ Autorità, determinazione n. 5/2009.

²¹ Autorità di vigilanza, atto di regolazione n. 15/2000 e determinazione n. 5/2009.

- la conseguenza della mancanza dei requisiti di carattere generale è, di regola, solo l'esclusione dalla gara e la segnalazione al casellario informatico, e non anche l'applicazione delle altre specifiche sanzioni contemplate dalla norma in commento (incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza), e tanto <<per il principio della tassatività delle sanzioni>>, come ricorda la citata determinazione dell'Autorità.

Nel caso di carenza dei requisiti generali in capo all'aggiudicatario provvisorio, la stazione appaltante oltre alla revoca dell'aggiudicazione, procederà all'incameramento della cauzione, ma ciò non quale conseguenza dell'art. 48 ma dell'art. 75, co. 6, del codice che prevede tale sanzione per mancata stipula del contratto per fatto dell'affidatario.

Negli stessi termini la giurisprudenza ha affermato che stante il carattere tassativo delle norme sanzionatorie, le sanzioni previste dall'art. 10, co. 1-*quater*, l. n. 109/1994 (oggi art. 48, codice), non possono essere estese al mancato possesso o alla mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale; pertanto, per il mancato possesso dei requisiti di ordine generale può essere legittimamente irrogata la sanzione dell'esclusione dalla gara, ma non anche le ulteriori sanzioni dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di vigilanza²².

4.3.c) Qualificazione SOA e qualificazione in gara.

Il controllo a campione, anche per quel che riguarda i requisiti speciali, non riguarda i contratti per i quali la qualificazione avviene con il sistema SOA, che serve proprio ad attestare il possesso dei requisiti speciali²³.

Esso riguarda, pertanto, anzitutto gli appalti per i quali la qualificazione avviene in gara, cioè servizi e forniture, nonché lavori fino a 150.000 euro.

Ma riguarda anche lavori di importo superiore a 150.000 euro, per i quali la qualificazione è dimostrata con attestazione SOA, ove vengano richiesti requisiti ulteriori rispetto a quelli documentati dall'attestato SOA.

Si pensi al caso diviso dall'art. 3, co. 6, d.P.R. n. 34/2000, secondo cui per gli appalti di importo superiore ad euro 20.658.276, il concorrente, oltre a possedere l'attestazione SOA nella categoria richiesta con classifica VIII, (appalti di importo illimitato), deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a tre volte l'importo a base di gara; tale ultimo requisito è soggetto, in gara, alla verifica ex art. 48.

Nel caso di gare cui concorrono sia concorrenti muniti di attestazione SOA, sia concorrenti che si qualificano in gara, i concorrenti già qualificati sono direttamente ammessi alle operazioni di gara successive al sorteggio; il campione del 10% andrà pertanto calcolato sul numero dei partecipanti depurato di quelli già qualificati fuori gara²⁴.

Lo stesso è a dirsi anche quando:

- il concorrente, ancorché non qualificato SOA, in gara non presenti la dichiarazione sostitutiva, ma direttamente la documentazione probatoria del possesso dei requisiti;
- si tratti di gara di importo inferiore a 150.000 euro, cui partecipino concorrenti con qualifica SOA.

4.3.d) Inapplicabilità del controllo a campione nel caso di utilizzo della forcilla.

Con il terzo d.lgs. correttivo è stato precluso il controllo a campione nel caso di utilizzo del metodo della forcilla (art. 48, co. 1-*bis*, codice).

Infatti, quando le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, ai sensi dell'art. 62, co. 1, codice (forcilla), richiedono ai soggetti invitati di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando, in sede di offerta, la documentazione indicata in detto

²² Cons. St., sez. VI, 28 agosto 2006 n. 5009

²³ Autorità, determinazione n. 5/2009.

²⁴ Autorità, determinazione n. 5/2009.

bando o nella lettera di invito in originale o copia conforme ai sensi del d.P.R. n. 445/2000. Non si applica in tal caso il co. 1 primo periodo, dell'art. 48, relativo al controllo a campione.

Detto altrimenti, in caso di forcella, il controllo sul possesso dei requisiti va fatto su tutti i soggetti invitati, e non a campione.

Tale innovazione costituisce risposta alla contestazione comunitaria secondo cui il metodo italiano del controllo a campione si presta a distorsioni nel caso di forcella: infatti, se viene ristretto il numero di candidati da invitare e il controllo sul possesso dei requisiti si fa a campione, il rischio è di ammettere alla procedura soggetti privi dei requisiti e di escluderne soggetti che ne sono in possesso, e che sarebbero stati ammessi se i requisiti fossero stati verificati durante la fase di selezione.

In concreto, la stazione appaltante chiede nella lettera di invito a tutti i candidati la presentazione, in sede di offerta, della documentazione di comprova indicata nel bando o nella stessa lettera di invito.

In tal caso, non è previsto un termine perentorio di dieci giorni ma la scadenza è quella fissata per la presentazione dell'offerta, che, per le procedure ristrette, non può essere inferiore a quaranta giorni dalla data di invio dell'invito a presentare le offerte, secondo quanto previsto dall'art. 70, co. 4, codice.

Il candidato che, invitato, decida di non presentare offerta e, contestualmente, ritenga di non dovere documentare il possesso dei requisiti non va sanzionato.

Altra eventualità è che il candidato presenti l'offerta ma non la documentazione di comprova o questa sia inviata in un secondo tempo, in ritardo. In tal caso l'operatore economico va sanzionato con l'esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione e la segnalazione alla Autorità, per il mancato adempimento²⁵.

4.4. Il momento del controllo a campione.

Il controllo a campione deve seguire la fase di controllo dei requisiti di carattere generale, nonché di quelli di carattere formale attinenti alla tempestività delle offerte e alla integrità formale dei plichi, requisiti, questi, diversi da quelli di carattere tecnico ed economico oggetto del controllo a campione, e rispetto a questi pregiudiziali.

In definitiva, il controllo a campione riguarda le sole offerte previamente considerate ammissibili, e previa esclusione di quelle non ammissibili perché tardive, non formalmente integre, prive dei prescritti requisiti documentali, o provenienti da imprese prive dei requisiti di partecipazione di carattere generale²⁶.

Non si può invece sostenere che la verifica debba precedere nel tempo ogni altra operazione di gara, ivi compresa quella dell'accertamento della regolarità formale e della tempestività delle offerte, che come è noto condiziona l'ammissione stessa alla gara. Se è vero che l'art. 48, codice, testualmente si riferisce alle offerte "presentate" e non a quelle "ammesse", l'incertezza interpretativa deve risolversi nel senso che la verifica a campione non può che riguardare le sole offerte ammesse a concorrere: da un lato infatti la stessa norma impone che il controllo avvenga prima dell'apertura delle buste delle offerte presentate, e quindi la collocazione a ridosso della apertura delle offerte sembra presupporre esaurita la fase dei riscontri formali, dall'altro lato l'effettività stessa della verifica a campione sarebbe seriamente attenuata qualora si sottoponesse a verifica anche offerte destinate ad essere escluse comunque, ed inoltre con evidente spreco di attività amministrativa. Peraltro, non può trascurarsi che la procedura di verifica prevista dalla norma in esame non costituisce un quid distinto dalla fase di ammissione delle offerte, attenendovi invece essa stessa in quanto ha ad oggetto il controllo della veridicità di quanto l'impresa dichiara per essere ammessa a concorrere; quello che la distingue è solo la sua collocazione cronologica tra le operazioni di gara, logicamente successiva a quelle preposte a controlli formali circa la regolarità delle offerte; non si

²⁵ Autorità, determinazione n. 5/2009.

²⁶ Autorità di vigilanza, atto di regolazione n. 15/2000, cit.

ritiene, invece, possibile l'ammissione con riserva delle offerte da sottoporre successivamente alla verifica di cui all'art. 48²⁷.

Non è chiaro se il controllo a campione preceda a o segua l'aggiudicazione definitiva.

Infatti l'art. 11, co. 8, codice, dispone che l'aggiudicazione definitiva diviene efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti.

Questo indurrebbe a ritenere che il controllo a campione segua l'aggiudicazione definitiva.

E' però da ritenere che tale previsione si riferisca solo al controllo sull'aggiudicatario provvisorio e sul secondo classificato e non al controllo a campione.

Pertanto, sembra corretto ritenere che il controllo a campione vada effettuato prima dell'aggiudicazione, sia provvisoria che definitiva, e che debba precedere anche la fase di determinazione della soglia di anomalia, in modo tale che la soglia di anomalia venga determinata sulla base delle sole offerte ammesse, senza calcolare quelle escluse, per difetto di requisiti, in sede di controllo a campione.

Dunque la corretta sequenza procedimentale è:

apertura delle buste;

controllo dei requisiti di carattere formale, dei requisiti generali, del possesso delle attestazioni SOA;

controllo a campione sui requisiti di carattere speciale;

determinazione della soglia di anomalia;

graduatoria delle offerte;

verifica di anomalia ed esclusioni per anomalia;

aggiudicazione provvisoria;

aggiudicazione definitiva e controllo del possesso dei requisiti quanto a primo e secondo classificato.

Non si può poi escludere che il controllo del primo e secondo classificato avvenga, anziché dopo l'aggiudicazione definitiva, già dopo l'aggiudicazione provvisoria, e ciò sia perché tale soluzione consente, nel momento in cui ancora opera la commissione di gara, una più rapida procedura, sia perché la verifica prevista dall'art. 48, co. 2 appare logicamente propedeutica alla formulazione della graduatoria finale, soggetta alla approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, in base alle previsioni dell'art. 12, co. 1, codice²⁸.

4.5. Il numero delle imprese da controllare e il criterio selettivo.

Il numero delle imprese da controllare è determinato dalla norma in percentuale delle offerte presentate, e la percentuale è stabilita in misura non inferiore al 10% arrotondato all'unità superiore.

La base di calcolo è costituita dalle <<offerte presentate>>, ma la norma va interpretata nel senso di calcolare il dieci per cento sulle <<offerte ammesse>> (in tal senso anche l'Autorità, con la delibera n. 15/2000), cioè su quelle che hanno positivamente superato il preventivo vaglio volto ad escludere le offerte tardive, non formalmente integre, non supportate dalla prescritta documentazione, o provenienti da imprese prive dei prescritti requisiti di ordine generale.

Il numero delle offerte da controllare deve corrispondere ad una percentuale <<non inferiore>> al dieci per cento.

Il che significa che è in facoltà della stazione appaltante stabilire di controllare una percentuale superiore, o anche, in ipotesi, tutte le imprese ammesse.

Le imprese da sottoporre a controllo vanno prescelte con il criterio del <<sorteggio pubblico>>.

La norma non indica le modalità del sorteggio, che sono lasciate alla fantasia delle stazioni appaltanti, ma richiede che il sorteggio sia <<pubblico>>.

²⁷ IN questi termini Autorità, determinazione n. 5/2009.

²⁸ Autorità, determinazione n. 5/2009.

Lo stesso deve perciò svolgersi alla presenza delle imprese partecipanti, che andranno previamente avvertite di luogo, data e orario del sorteggio, affinché possano, se lo ritengono, presenziarvi.

4.6. Mezzi di prova per dimostrare il possesso dei requisiti.

La normativa di riferimento (art. 48 del d.lgs. n. 163/2006), non fornisce alcuna indicazione in ordine alla documentazione da presentare, ma si limita solo a prescrivere l'onere per i concorrenti di presentare "la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito".

In assenza di una esplicita indicazione nella *lex specialis* circa i documenti da presentare a riprova dei requisiti dichiarati con la domanda di partecipazione ad una gara, è ammissibile che il concorrente dimostri il possesso degli stessi con i documenti probatori da lui ritenuti più idonei.

4.7. Controllo a campione, semplificazione documentale e autocertificazione.

Si è posta all'attenzione della giurisprudenza e dell'Autorità la questione del coordinamento dell'art. 48 codice, che contempla una richiesta di documenti, con la normativa in tema di semplificazione documentale e autocertificazione.

L'art. 18, l. n. 241/1990, pone due regole basilari:

- il divieto per l'amministrazione di chiedere agli interessati documenti già in suo possesso, o in possesso di altra pubblica amministrazione, che vanno acquisiti d'ufficio, su indicazione dell'interessato;
- il principio dell'autocertificazione, già sancito dalla l. n. 15/1968, vale a dire della possibilità per l'interessato di comprovare fatti, stati e qualità, mediante dichiarazione sostitutiva dei certificati pubblici.

La soluzione corretta è quella di dare priorità alle norme in tema di semplificazione documentale e di autocertificazione, costituendo le stesse principi basilari del sistema.

Pertanto, anzitutto la stazione appaltante non può chiedere all'impresa partecipante documenti che quest'ultima indichi come già in possesso della stazione appaltante o di altra pubblica amministrazione; in tal caso, il responsabile del procedimento di gara dovrà provvedere d'ufficio alla relativa acquisizione.

Condizione per l'operatività della disposizione è che l'interessato manifesti l'intento di avvalersene, indicando se e quali documenti sono in possesso dell'amministrazione procedente o di altra amministrazione e chiedendone l'acquisizione d'ufficio.

Deve ovviamente trattarsi di documenti in corso di validità, tenendo conto dei termini di efficacia dei certificati pubblici (di regola sei mesi, salva la durata illimitata dei certificati attestanti stati, qualità personali e fatti non soggetti a modificazioni, art. 41, d.P.R. n. 445/2000).

A regime il nuovo sistema di qualificazione, il documento probatorio dei requisiti è l'attestato di qualificazione rilasciato da una SOA, e che ha validità triennale.

Inoltre il principio della semplificazione documentale mediante acquisizione d'ufficio dei documenti è soggettivamente applicabile solo quando stazione appaltante sia una pubblica amministrazione, ovvero un gestore di pubblici servizi (art. 43, co. 1, d.P.R. n. 445/2000) e non anche quando si tratti di un soggetto privato, che non è destinatario degli obblighi di cui all'art. 18, l. n. 241/1990 (ora 43, d.P.R. n. 445/2000).

La soluzione qui seguita non è condivisa in pieno dall'Autorità, secondo la quale (delibera n. 15/2000 e determinazione n. 5/2009), la stazione appaltante non può chiedere, su segnalazione dell'impresa, solo i documenti che sono già in suo possesso, mentre può chiedere i documenti in possesso di altre amministrazioni, o di separati uffici della medesima amministrazione.

L'Autorità a sostegno della sua tesi fa leva sull'art. 18, l. n. 241/1990, a norma del quale le singole amministrazioni non possono richiedere atti o certificati concernenti fatti, stati e qualità personali che risultino attestati in documenti già in loro possesso o che esse stesse siano tenute a certificare.

Tuttavia la disposizione in commento deve ritenersi in parte superata dal sopravvenuto art. 18, co. 2, l. n. 241/1990, a norma del quale qualora l'interessato dichiari che fatti, stati e qualità sono attestati in documenti già in possesso della stessa amministrazione procedente o di altra pubblica

amministrazione, il responsabile del procedimento provvede d'ufficio all'acquisizione dei documenti stessi o di copia di essi.

La norma sopravvenuta ipotizza un'ulteriore semplificazione a favore del privato, in quanto si riferisce non solo ai documenti in possesso dell'amministrazione procedente, ma anche a quelli in possesso di altre amministrazioni, che il responsabile del procedimento è tenuto ad acquisire su indicazione dell'interessato.

Di diverso avviso rispetto alla soluzione qui prospettata è anche una pronuncia secondo cui la disciplina sul controllo a campione sarebbe una disposizione speciale e successiva rispetto alla normativa sulla semplificazione documentale (l. n. 127/1997 e d.P.R. n. 403/1998), sicché sarebbe prevalente nel senso di imporre alle imprese un onere di documentazione in deroga alla disciplina della semplificazione documentale²⁹.

La tesi non è da condividere, in quanto la disciplina sul controllo a campione si limita a stabilire un onere documentale senza intaccare in alcun modo i principi generali in tema di semplificazione documentale, che sono del tutto compatibili con la norma in commento.

Quanto alla possibilità di documentare i requisiti tecnici ed economici mediante autocertificazione, l'autocertificazione consiste in una dichiarazione sostitutiva di certificati pubblici, e dunque presuppone stati, fatti e qualità che siano comprovabili mediante certificati pubblici (vedi in tal senso pure delibera dell'Autorità n. 15/2000 e determinazione n. 5/2009).

Inoltre, l'autocertificazione è utilizzabile:

- nei rapporti con le pubbliche amministrazioni e con i concessionari e gestori di pubblici servizi;
- nei rapporti con i privati è utilizzabile, a far data dell'entrata in vigore della l. di semplificazione 1999 (l. n. 340/2000), solo con il consenso dei privati medesimi: in particolare, dispone l'art. 2, l. n. 340/2000, rubricato <<ulteriori disposizioni in materia di dichiarazioni sostitutive>>, che le dichiarazioni sostitutive possono essere utilizzate anche nei rapporti tra privati che vi consentano; in tal caso l'amministrazione competente per il rilascio della relativa certificazione, previa definizione di appositi accordi, è tenuta a fornire, su richiesta del soggetto privato corredata dal consenso del dichiarante, conferma scritta, anche attraverso l'uso di strumenti informatici o telematici, della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei dati da essa custoditi (la norma è ora trasfusa nel d.P.R. n. 445/2000, agli artt. 2 e 71, co. 4).

Applicando tali coordinate ermeneutiche, consegue che l'autocertificazione in sede di controllo a campione è utilizzabile:

- per sostituire certificati rilasciati da pubbliche amministrazioni;
- nei confronti di stazioni appaltanti che siano pubbliche amministrazioni o concessionari o gestori di pubblici servizi, ovvero soggetti privati che prestino il loro consenso all'autocertificazione.

Nel vigore del vecchio sistema di documentazione dei requisiti, sono comprovabili con autocertificazione stati, fatti e qualità risultanti da certificati pubblici, quale, ad esempio, il certificato di iscrizione all'albo nazionale costruttori; con riferimento a quest'ultimo, la giurisprudenza ha osservato che la l. n. 15/1968 (oggi art. 18, l. n. 241/1990) ha valore di norma generale, applicabile ogni qualvolta non sia espressamente esclusa; pertanto, è illegittima l'esclusione dalla gara di appalto del concorrente che in luogo del certificato di iscrizione all'albo dei costruttori, abbia presentato la dichiarazione sostitutiva dell'iscrizione medesima, anche se non prevista dall'avviso di gara³⁰.

²⁹ Tar Toscana, sez. I, 6 novembre 2000 n. 2273, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 224.

³⁰ Cons. St., sez. IV, 3 luglio 1986 n. 456, in *Cons. Stato*, 1986, I, 807; in termini: Cons. St., sez. V, 16 aprile 1987 n. 246, in *Ammin. it.*, 1988, 673; *Arch. giur. oo. pp.*, 1987, 775; *Foro it.*, 1988, III, 288; *Giur. it.*, 1988, III, 1, 207; *Rass. giur. energia elettrica*, 1988, 208; *Rass. lav. pubbl.*, 1988, II, 100; Tar Sicilia – Catania, 18 febbraio 1997 n. 227, in *Trib. amm. reg.*, 1997, I, 1535, Tar Lazio – Roma, sez. II, 26 novembre 1997 n. 1881, in *Foro amm.*, 1998, 2187.

A regime il nuovo sistema di qualificazione, i requisiti tecnici ed economici sono certificati da organismi privati, le SOA, e non da pubbliche amministrazioni, sicché non pare possibile che lo specifico attestato di qualificazione sia surrogato da dichiarazione sostitutiva dell'interessato.

Un'articolata pronuncia del Consiglio di Stato³¹ ha escluso la possibilità di ricorrere all'autocertificazione in sede di controllo a campione.

E' opportuno riportare il percorso argomentativo seguito.

<<Lo strumento della dichiarazione di atto di notorietà non può essere validamente utilizzato nella peculiare fase procedimentale del controllo a sorteggio dei requisiti di partecipazione ai sensi dell'art. 10, co. 1-*quater*, l. n. 109/1994.

Devono, in proposito, distinguersi due fasi nei rapporti tra i concorrenti e l'amministrazione: quella iniziale, nella quale può farsi legittimamente uso della dichiarazione sostitutiva di atto notorio contestualmente alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara e quella, successiva, nella quale l'attestazione del possesso dei requisiti di partecipazione va compiuta per mezzo della documentazione pubblica certificativa della qualità o dello stato richiesti e non anche con le forme stabilite dall'art. 2 d.P.R. n. 403/1998.

(...)

L'art. 10, co. 1-*quater*, l. n. 109/1994, infatti, là dove impone ai soggetti di cui all'art. 2 di richiedere ad un numero di offerenti non inferiore al dieci per cento di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, prescrive, chiaramente, ai partecipanti sorteggiati di dimostrare le qualità richieste mediante la produzione delle relative certificazioni amministrative.

L'uso del verbo comprovare, invero, in quanto significativo della necessità dell'acquisizione di una documentazione più rigorosa di quella già fornita con la domanda di partecipazione, indica palesemente l'interesse pubblico, sotteso alla disposizione, a conseguire, nella fase della gara considerata, la definitiva dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione.

Se, infatti, il legislatore avesse inteso consentire la mera ripetizione delle dichiarazioni già acquisite con la domanda di partecipazione, non avrebbe certamente usato l'espressione "comprovare...il possesso dei requisiti...presentando la documentazione indicata nel bando di gara o nella lettera di invito", in quanto letteralmente incompatibile con l'interpretazione offerta dall'appellante e, di contro, significativa dell'opposta esigenza di conseguire una prova diversa, ulteriore e definitiva del possesso dei requisiti di partecipazione.

La compiuta esegesi letterale della norma rinvia, inoltre, ad un connesso argomento logico, da assumersi a sostegno dell'opzione ermeneutica prescelta.

Premesso che le imprese partecipanti a gare di appalto dichiarano il possesso dei requisiti di partecipazione contestualmente alla presentazione della domanda, la tesi dell'ammissibilità della presentazione di dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà in occasione della verifica a campione, ove accolta, condurrebbe all'inaccettabile conseguenza di vanificare completamente il subprocedimento previsto dalla disposizione in esame, che si risolverebbe nell'acquisizione delle medesime attestazioni già fornite dalle imprese sorteggiate e non potrebbe mai condurre, se non in esito ad un'ulteriore verifica (come si vedrà del tutto inattuabile), agli effetti sanzionatori ivi contemplati.

(...)

Sotto altro concorrente profilo, si osserva, inoltre, che la finalità precipua della disposizione in questione, agevolmente ravvisabile nell'esigenza di assicurare la serietà della partecipazione alle gare d'appalto, scongiurando, mediante l'efficacia preventiva tipica delle conseguenze sanzionatorie contestualmente contemplate, la presentazione di offerte da parte di soggetti privi dei requisiti di capacità economica o tecnica, esige, per la sua efficace realizzazione, che il controllo dei requisiti si estenda all'acquisizione della documentazione amministrativa certificativa delle qualità richieste e che all'omessa, tempestiva produzione di quella consegua l'applicazione delle sanzioni

³¹ Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2002 n. 6768, in *Cons. Stato*, 2002, I, 2703.

previste.

Non v'è dubbio, infatti, che l'ammissibilità della produzione di dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà impedirebbe il perseguimento dell'interesse pubblico sopra segnalato, con conseguente vanificazione del senso della disposizione, posto che la conseguente, ridotta minaccia dell'applicazione delle sanzioni renderebbe il deterrente alla partecipazione alla gara di soggetti sprovvisti dei necessari requisiti pressoché irrilevante.

Né vale, inoltre, sostenere che la disciplina dettata in tema di semplificazione delle certificazioni amministrative autorizza l'amministrazione al successivo controllo della veridicità delle dichiarazioni sostitutive, con conseguente realizzazione, ancorché differita ad una fase successiva ed eventuale, della finalità di documentazione dei requisiti sopra segnalata.

L'attività di verifica prevista dall'art. 2, co. 3, d.P.R. n. 403/1998, appare, infatti, radicalmente incompatibile con la fase procedimentale di cui all'art. 10, co. 1-*quater*, l. n. 109/1994.

Premesso, infatti, che il successivo controllo della veridicità delle dichiarazioni sostitutive comporta la richiesta da parte dell'amministrazione procedente al soggetto competente della necessaria documentazione e che, quindi, il definitivo conseguimento di questa comporta la collaborazione di altra autorità ed implica, di conseguenza, un incontrollabile differimento dei tempi occorrenti per l'accertamento conclusivo della corrispondenza al vero del contenuto dell'autocertificazione, deve rilevarsi che tale incerto rinvio del momento finale della verifica in questione risulta insanabilmente confliggente con le esigenze di certezze e celerità proprie dei procedimenti per l'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e, in particolare, della fase procedimentale nella quale si inserisce il controllo a campione.

La fissazione di un termine di dieci giorni, definito perentorio (...), per la documentazione del possesso dei requisiti indica, infatti, chiaramente l'esigenza di una rapida e certa definizione del subprocedimento in questione.

Il medesimo interesse ad una conclusione celere e certa del controllo a campione dei requisiti di partecipazione risulta, peraltro, ricavabile anche dalla sua collocazione in una fase immediatamente antecedente l'apertura delle buste contenenti le offerte.

Ammettendo l'utilizzabilità dello strumento dell'autocertificazione e la conseguente verifica della veridicità delle dichiarazioni sostitutive, si pregiudicherebbero, in definitiva, irrimediabilmente le segnalate esigenze di certezza nella successione delle fasi di una procedura competitiva, con grave nocumento del pubblico interesse alla rapida definizione delle gare per l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici e delle regole che presiedono al corretto svolgimento delle procedure selettive.

(...) La conclusione raggiunta non pare smentita od inficiata dal rilievo della portata generale dell'art. 2, d.P.R. n. 403/1998 che, secondo l'appellante, sarebbe radicalmente preclusiva di ogni lettura che ne limitasse l'applicazione in mancanza di un'esplicita deroga positiva.

L'argomento, ancorché suggestivo, appare destituito di fondamento.

Premesso, infatti, che l'art. 10, co. 1-*quater*, l. n. 109/1994, per come interpretato secondo il suo univoco significato logico e letterale, si pone in un rapporto apparentemente antinomico con l'art. 2, d.P.R. n. 403/1998, impedendo l'esercizio di una facoltà riconosciuta in via generale dalla seconda disposizione, il relativo contrasto va risolto in applicazione dei principi che presiedono alla definizione dei rapporti tra norme.

Coerentemente con tali criteri di giudizio, deve sicuramente accordarsi prevalenza all'art. 10, co. 1-*quater*, l. n. 109/1994, giudicando conseguentemente inapplicabile l'art. 2 d.P.R. n. 403/1998 alla peculiare fattispecie diversamente regolata dalla prima disposizione.

Tale conclusione si fonda sull'applicazione sia del noto criterio *lex specialis derogat generali*, non potendosi dubitare che la norma dettata in tema di procedure di aggiudicazione di lavori pubblici si pone in un rapporto di specialità, regolando una fattispecie singolare del genere dei rapporti tra privato e pubblica amministrazione, con quella sulla semplificazione della documentazione amministrativa, sia dell'altra regola generale *lex posterior derogat anteriori*>>.

4.8. Il termine per l'ottemperanza alla richiesta di documentazione e la sua natura giuridica.

Il maggior contenzioso giurisprudenziale nell'esegesi dell'art. 10, co. 1-*quater*, l. Merloni, trasfuso invariato nell'art. 48, codice, si è sviluppato in ordine alla natura, - se perentoria o derogabile -, del termine per produrre i documenti a seguito della richiesta formulata dalla stazione appaltante in sede di controllo a campione.

La norma fissa un termine di dieci giorni per rispondere, decorrente <<dalla data della richiesta>>.

Per <<data della richiesta>> deve intendersi la data in cui si verifica, secondo le norme civilistiche, la conoscenza legale in capo al destinatario, con la ricezione all'indirizzo indicato.

Il termine di dieci giorni non può invece decorrere dalla data del sorteggio delle offerte da verificare, sia perché la legge non fissa tale decorrenza, sia perché non vi è un obbligo, per le imprese, di assistere al sorteggio³².

La richiesta di comprovare i requisiti può essere inoltrata per posta, per raccomandata o per telegramma, o via telefax. Nel caso di invio sia per posta che per fax, nella nota va precisato che il termine di dieci giorni decorre dalla data di inoltro via fax o dalla data di acquisizione della raccomandata³³.

Per il computo dei termini previsti dall'art. 48 è legittimo fare riferimento alle disposizioni previste dal c.p.c. per gli atti processuali: pertanto, nel computo dei termini a giorni o ad ore, si escludono il giorno o l'ora iniziali; se la scadenza cade in un giorno festivo, viene automaticamente prorogata al primo giorno feriale utile.

Entro dieci giorni vanno <<comprovati>> i requisiti, vale a dire che entro dieci giorni la richiesta documentazione deve pervenire alla stazione appaltante, e non solo essere ad essa inviata.

Quanto alla natura del termine, la questione è se lo stesso sia o meno perentorio, e se sia o meno suscettibile di proroghe per impedimenti soggettivi o oggettivi del destinatario della richiesta ad osservarlo.

Sulla questione si sono registrate svariate e contrastanti soluzioni, da parte della giurisprudenza e dell'Autorità, che possono schematizzarsi in tre gruppi:

- 1) perentorietà e inderogabilità assoluta del termine;
- 2) derogabilità del termine;
- 3) derogabilità del termine solo nel caso di comprovati impedimenti oggettivi dell'impresa, ad essa non imputabili.

Secondo la soluzione più rigida, il termine è perentorio e assolutamente inderogabile³⁴, sicché il suo inutile decorso comporta l'applicazione delle sanzioni di legge, a nulla rilevando la produzione tardiva della prescritta documentazione.

Negli stessi termini, altra decisione ha osservato che il termine è da considerare perentorio perché è la legge a ricollegare specifiche sanzioni alla sua inosservanza³⁵.

Inoltre, la natura perentoria del termine, oltre ad essere coerente con la *ratio* acceleratoria della disciplina del controllo a campione, è idonea ad elidere in radice l'enucleazione di ambiti di discrezionalità in ordine alla qualificazione e quantificazione del <<grado>> della carenza documentale, che potrebbero condurre a sostanziali violazioni del principio di *par condicio*³⁶.

³² Tar Lazio – Roma, sez. III *ter*, 6 marzo 2001 n. 1760, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 1170.

³³ Autorità, determinazione n. 5/2009.

³⁴ Cons. St., sez. V, 17 aprile 2003 n. 2081, in *Cons. Stato*, 2003, I, 972; Cons. St., sez. V, 30 aprile 2002 n. 2295, in *Cons. Stato*, 2002, I, 907; Tar Lazio - Roma, sez. III, 23 maggio 2000 n. 4199; nello stesso senso M. GIOVANNELLI, *op. ult. cit.*, 827 s.; Tar Lazio – Roma, sez. III *bis*, 12 luglio 2001 n. 6437; Tar Campania – Napoli, sez. I, 28 marzo 2001 n. 1362, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 1859; Tar Campania – Napoli, sez. I, 18 aprile 2001 n. 1706, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 2402; Tar Piemonte, sez. II, 24 marzo 2001 n. 699, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 1644; Tar Emilia – Romagna, Bologna, sez. II, 30 luglio 2001 n. 602, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 3340; Tar Basilicata, 30 luglio 2001 n. 648, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 3481.

³⁵ Tar Toscana, sez. I, 6 novembre 2000 n. 2273, *cit.*

³⁶ Tar Puglia – Bari, sez. I, 23 novembre 2001 n. 5130, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 319.

La tesi della natura perentoria del termine è stata ribadita anche dopo l'entrata in vigore del codice appalti, alla luce dell'art. 48³⁷.

Secondo una soluzione mediatrice, che appare da preferire, il termine è perentorio, alla luce della *ratio* acceleratoria della norma e delle specifiche sanzioni correlate all'inosservanza del termine medesimo; tuttavia, deve ammettersi la derogabilità dello stesso nel caso di impedimenti oggettivi, non imputabili all'impresa, alla osservanza dello stesso³⁸.

Si possono ipotizzare o casi di errori meramente materiali contenuti nella documentazione prodotta, o casi in cui i documenti da esibire devono essere rilasciati da pubbliche amministrazioni, che non provvedono tempestivamente, impedendo così al concorrente il rispetto del termine.

Si può consentire all'impresa, in particolare, di sanare oltre i dieci giorni le mere irregolarità formali della documentazione tempestivamente prodotta.

Si è in giurisprudenza osservato che l'art. 10, co. 1-*quater*, l. Merloni (ora art. 48, codice) in quanto introduce sanzioni di particolare gravità, è di stretta interpretazione, e può applicarsi solo nel caso di mancata presentazione della documentazione o di inidoneità sostanziale della stessa, ma non anche nel caso di <<irregolarità formale della documentazione prodotta, peraltro sanabile mediante integrazione>>³⁹, e tanto <<in un'ottica di reale tutela degli obiettivi perseguiti e di contemperamento con l'esigenza di garanzia della più ampia partecipazione delle imprese alla gara, essendo del tutto irrazionale e ingiustificata, nella prospettiva della finalità normativa, una misura sanzionatoria quale l'incameramento della cauzione in un momento in cui l'amministrazione è comunque in possesso di dati sufficienti a comprovare il possesso dei richiesti requisiti>>⁴⁰.

Altra attenuazione è quella secondo cui se i documenti pervengono nei dieci giorni, la stazione appaltante può chiedere ulteriori chiarimenti, in tal modo superando il termine iniziale di dieci giorni⁴¹.

Ancora, il ritardo non comporta le sanzioni se è imputabile ad errori della stazione appaltante, o risulti provocato da forza maggiore⁴², ovvero da ritardo nel rilascio dei documenti da parte degli uffici competenti⁴³.

Sono invece inidonei a giustificare il ritardo impedimenti meramente soggettivi dell'impresa, attinenti, ad esempio alla propria sfera organizzativa interna.

In particolare, si è ritenuto che l'insufficienza della documentazione prodotta nel termine non è causa di esclusione dalla gara se l'inidoneità della documentazione risulti oggettivamente imputabile ad un mero errore materiale o formale risultante tale *ictu oculi* al solo esame degli atti⁴⁴.

Ancora, si è affermato che, ferma la perentorietà del termine, le sanzioni conseguenti alla sua inosservanza non vanno applicate solo in caso di comprovata impossibilità per l'impresa di produrre documentazione non rientrante nella sua disponibilità⁴⁵.

³⁷ Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 8 novembre 2007 n. 720, in *Urb. e app.*, 2008, 489, con nota di D. PONTE, *Verifica a campione: natura del termine e conseguenze* (491 – 495).

³⁸ Tar Calabria – Catanzaro, sez. II, 14 novembre 2002 n. 2925, in *Trib. amm. reg.*, 2003, I, 467; Tar Emilia Romagna – Bologna, sez. I, 29 novembre 2002 n. 1845, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 310.

³⁹ Tar Sicilia – Catania, sez. I, 21 febbraio 2001 n. 392, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 1506; Tar Calabria – Reggio Calabria, sez. I, 29 gennaio 2001 n. 1084, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 1084; Tar Piemonte, sez. II, 26 gennaio 2001 n. 164, *ivi*, 848.

⁴⁰ Tar Sicilia – Catania, sez. I, 16 maggio 2001 n. 1079, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 2608.

⁴¹ Tar Campania – Napoli, sez. I, 5 marzo 2001 n. 1011, in *Trib. amm. reg.*, 2001, II, 253, con nota di M. ANTONUCCI, *L'istituto delle verifiche a campione nell'appalto delle opere pubbliche*.

⁴² Tar Sardegna, 13 febbraio 2001 n. 80, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 1517.

⁴³ Tar Sicilia – Palermo, sez. II, 11 febbraio 2002 n. 464, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 1636.

⁴⁴ Tar Piemonte, sez. II, 22 gennaio 2000 n. 69, in *Trib. amm. reg.*, 2000, I, 1313.

⁴⁵ Cons. St., sez. VI, 13 febbraio 2001 n. 1020, ord.; Tar Sicilia – Palermo, sez. II, 4 ottobre 2001 n. 1380, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 4243. V. in termini Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2002 n. 5786, in *Cons. Stato*, 2002, I, 2292.

Approfondendo tale statuizione, altra decisione⁴⁶ ha osservato che il termine di dieci giorni è suscettibile di proroga con atto motivato della stazione appaltante ove l'impresa richiedente compri un impedimento a rispettare il termine, impedimento che non deve tuttavia essere meramente soggettivo (p. es. evitabili disfunzioni organizzative interne all'impresa), bensì evidenziare una oggettiva impossibilità a rispettare il termine medesimo (p. es. diniego o ritardo nel rilascio della richiesta documentazione da parte dell'ufficio competente). Nel caso deciso, si è escluso che fosse giustificabile l'impedimento addotto dall'impresa, consistente nella malattia dell'amministratore della società, trattandosi di una disfunzione organizzativa interna, - evitabile con la nomina di un sostituto - , e che come tale non può essere fatta gravare sulla stazione appaltante.

Anche altre pronunce hanno affermato la perentorietà del termine, salva la deroga nel caso in cui a istanza dell'impresa sia comprovata la non imputabilità dell'omissione o del ritardo nella produzione dei documenti⁴⁷.

Inoltre, la perentorietà del termine di dieci giorni non impedisce la concessione dell'errore scusabile, e dunque la rimessione in termini, ove ricorrano situazioni di oggettiva incertezza, provocate da comportamenti ambigui della stazione appaltante⁴⁸.

Neppure l'impresa potrebbe dolersi dell'eccessiva brevità del termine di dieci giorni per procurarsi tutta la documentazione necessaria, in quanto rientra nella normale diligenza di ciascuna impresa partecipante l'onere di provvedere sin dal momento della lettura del bando di gara a procurarsi tutti gli opportuni documenti, per poterli poi esibire per tempo ove, dopo il sorteggio, sopravvenga la richiesta in tal senso dell'ente aggiudicatore⁴⁹.

In questa stessa ottica si colloca la tesi dell'Autorità di vigilanza (atto di regolazione n. 15/2000; determinazione n. 5/2009), secondo cui il termine di dieci giorni è da considerare perentorio ed improrogabile, nel senso che il suo obiettivo decorso, senza che il sorteggiato abbia fatto pervenire alla stazione appaltante la necessaria documentazione, implica l'automatico effetto dell'esclusione dalla gara, dell'incameramento della cauzione provvisoria, e della segnalazione all'Autorità. Né, per l'Autorità, assume rilievo l'effettivo possesso dei requisiti da parte dell'impresa, ovvero la documentazione degli stessi successivamente al decorso dei dieci giorni assegnati, dato che, per come è formulata la norma, rileva, al fine della produzione degli effetti indicati, il solo dato obiettivo e formale dell'inadempimento nel termine prescritto.

Tuttavia, secondo l'Autorità (atto di regolazione n. 15/2000 e determinazione n. 5/2009), l'automatismo delle sanzioni non preclude la prospettazione di una duplice attenuazione degli effetti connessi all'inutile decorso del termine.

La prima attenuazione riguarda, secondo l'Autorità, l'ipotesi che a istanza dell'impresa sia comprovata la non imputabilità alla stessa dell'omissione o del ritardo. In questa ipotesi viene meno la stessa riferibilità all'impresa del comportamento materiale che è a presupposto della sanzione. Equiparabile, per l'Autorità, è il caso in cui non sussistano gli estremi della fattispecie prevista dalla legge: così, nell'ipotesi in cui si tratti di mancata prova del possesso dei requisiti generali o di errore della stazione appaltante di ritenere non provato il possesso dei requisiti richiesti. E' allora da ritenere ammissibile in sede amministrativa, nei limiti in cui si è verificata una situazione di impossibilità non imputabile all'impresa, comunque da valutare con estremo rigore sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, l'esercizio dei poteri di autotutela con restituzione della cauzione già incamerata.

⁴⁶ Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2001 n. 2714, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1151.

⁴⁷ Cons. St., sez. IV, 6 giugno 2001 n. 3066, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1239; Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2001 n. 2780, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1161.

⁴⁸ Cons. St., sez. VI, 16 ottobre 2001, ord.

⁴⁹ In tal senso Cons. St., sez. IV, 6 giugno 2001 n. 3066, cit.; Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2001 n. 2780, cit.; Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2001 n. 2714, cit.

Siffatta attenuazione della perentorietà del termine, ipotizzata dall'Autorità, coincide con la soluzione intermedia seguita dalla giurisprudenza sopra citata.

L'Autorità ipotizza poi una seconda attenuazione, configurabile nel momento successivo della concreta irrogazione della sanzione pecuniaria, da parte dell'Autorità di vigilanza, assumendo rilevanza in tal caso, oltre all'inadempimento, la mancanza di <<giustificati motivi>>.

L'Autorità vuole cioè dire che per l'applicazione della sanzione occorre un inadempimento dell'obbligo di documentazione senza giustificato motivo. Ove l'inadempimento sia retto da un giustificato motivo, non consegue la sanzione. Sembra sostenibile che i giustificati motivi possono attenersi anche ad impedimenti soggettivi, la cui sussistenza esclude la volontarietà dell'inadempimento.

L'Autorità ritiene inoltre che in merito alla interpretazione da dare all'art. 46, codice, in relazione alla perentorietà del termine previsto dall'art. 48, l'espressione "chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati", sia in fase di ammissibilità delle domande o delle offerte, con riferimento anche alle dichiarazioni sostitutive relative al possesso dei requisiti ex artt. 41 e 42, che in fase di comprova ex art. 48, sui certificati e sui documenti presentati in sede di verifica a campione, la stazione appaltante prima di decidere l'applicazione delle sanzioni ex art. 48, può richiedere, con ciò differendo il termine di dieci giorni previsto dal co. 1, senza che con ciò venga menomata la par condicio dei concorrenti, gli opportuni completamenti o chiarimenti. In altri termini, l'accertamento della conferma di quanto dichiarato non va condotto in termini formalistici ma, in determinate situazioni, occorre concedere una proroga. E', quindi, onere della stazione appaltante valutare e contemperare gli interessi della p.a. alla perfetta e regolare esecuzione dell'appalto, con quelli del privato relativi alla partecipazione dei concorrenti alle gare, in condizioni di parità, ed alla corretta verifica della documentazione rilevante per la dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti⁵⁰.

4.9. Le conseguenze dell'inosservanza del termine.

4.9.a) Provvedimenti adottati dalla stazione appaltante.

Quali automatiche conseguenze dell'inosservanza del termine, il codice prevede:

- l'esclusione dalla gara;
- l'incameramento della cauzione provvisoria;
- la segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza per i provvedimenti sanzionatori e per la sospensione della partecipazione alle procedure di affidamento da uno a dodici mesi.

Le misure in questione conseguono sia al caso di mancata produzione della documentazione richiesta, sia al caso di produzione tardiva, sia al caso di produzione di documenti inidonei, incompleti, o addirittura falsi.

Tutte tale ipotesi integrano la fattispecie che si denomina, unitariamente e omnicomprensivamente, come inosservanza dell'obbligo documentale sancito dall'art. 48, codice.

Non è consentita all'amministrazione una graduazione o una scelta tra le tre misure, a seconda della gravità della violazione e del tipo di violazione (inosservanza pura e semplice dell'obbligo, risposta tardiva, risposta incompleta o falsa).

In particolare, l'incameramento della cauzione prescinde dall'eventuale falsità delle dichiarazioni rese dall'impresa, e dunque dalla necessità di indagini sull'elemento psicologico del concorrente per verificare se abbia o meno falsamente e coscientemente dichiarato il possesso di requisiti invece mancanti⁵¹.

⁵⁰ Autorità, determinazione n. 5/2009.

⁵¹ Cons. St., sez. V, 17 aprile 2003 n. 2081, cit.; Tar Basilicata, 12 marzo 2001 n. 157, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 2131.

In ogni caso, consegue in via automatica l'esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione, e la segnalazione del fatto all'Autorità⁵², a prescindere dalla natura della violazione, sia essa formale o sostanziale⁵³.

Ciò in quanto:

- da un lato, la previsione dell'incameramento della cauzione assume una funzione di garanzia della serietà e affidabilità dell'offerta, per cui la sanzione è correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza nella fase delle trattative⁵⁴;

- dall'altro lato, l'escussione della cauzione è provvedimento che non ha alcun contenuto discrezionale ed è, anzi, strettamente vincolato alla verifica dell'inadempimento⁵⁵.

La conseguenza di tali presupposti è che l'incameramento della cauzione che prescinde dalla falsità delle dichiarazioni rese e dunque dalla necessità di indagini sull'elemento psicologico del concorrente⁵⁶.

La possibile diversa gravità dei fatti - omissione, ritardo, documentazione incompleta o falsa - è suscettibile di apprezzamento solo in sede di irrogazione delle sanzioni da parte dell'Autorità di vigilanza.

In quella sede, in funzione della maggiore o minore gravità del fatto, potrà essere comminata una sanzione pecuniaria di importo più o meno elevato, e una sanzione interdittiva di maggiore o minore durata.

In taluni giudizi è stata dall'impresa ricorrente prospettata questione di legittimità costituzionale della disciplina sul controllo a campione, per asserita irragionevole disparità di trattamento, in quanto contemplerebbe misure identiche per fatti di diversa gravità (la pura e semplice omissione, l'adempimento tardivo, la produzione di atti falsi o incompleti).

In giurisprudenza, da un lato si è esclusa l'incostituzionalità della norma che prevede in ogni caso l'escussione della cauzione, osservandosi sia che non si tratta di misura sanzionatoria, bensì indennitaria⁵⁷, sia che si tratta di una misura deterrente la cui funzione è congrua con riferimento ad ogni tipo di comportamento violativo dell'obbligo documentale, a prescindere dalla maggiore o minore gravità dello stesso⁵⁸, sia che le sanzioni sono poste in funzione del prevalente interesse ad assicurare un celere svolgimento delle gare di appalto⁵⁹.

Inoltre, si è esclusa più in generale l'incostituzionalità di tutte le sanzioni conseguenti all'inosservanza dell'obbligo documentale, dedotta per asserita violazione dell'art. 3 Cost., sul presupposto che la legge non considera la diversità di comportamenti tra l'ipotesi in cui non sia data la prova del possesso dei requisiti di capacità richiesti nel bando, e l'ipotesi in cui la documentazione offerta dalla ditta partecipante non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione, atteso che la disposizione si limita a prendere atto che in entrambi i casi quanto dichiarato nella domanda di partecipazione non ha ricevuto riscontro vuoi per mancanza di

⁵² Tar Basilicata, 12 marzo 2001 n. 157, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 498; *Urb. e app.*, 2001, 565; Tar Valle d'Aosta, 15 maggio 2001 n. 26, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 2246; Tar Lazio – Roma, sez. III bis, 12 luglio 2001 n. 6437, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 2715; Tar Valle d'Aosta, 18 luglio 2001 n. 86, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 86; Tar Campania – Napoli, sez. I, 4 ottobre 2001 n. 4477, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 4135; Tar Campania – Salerno, sez. I, 25 ottobre 2001 n. 1306, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 4184.

⁵³ Cons. St., sez. V, 8 maggio 2002 n. 2482, in *Cons. Stato*, 2002, I, 1073.

⁵⁴ Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2002 n. 7047, in *Cons. Stato*, 2002, I, 2763.

⁵⁵ Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2002 n. 6768, cit.

⁵⁶ Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2002 n. 6768, cit.; Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2002 n. 7047, cit.

⁵⁷ Tar Lazio - Roma, sez. III, 23 maggio 2000 n. 4199.

⁵⁸ Tar Toscana, sez. I, 6 novembre 2000 n. 2973.

⁵⁹ Tar Valle d'Aosta, 18 luglio 2001 n. 86, cit.

prova, vuoi a causa di prova inadeguata⁶⁰, e atteso che <<i concorrenti sono tutti posti su un piano di perfetta eguaglianza e conoscono in anticipo le conseguenze ricollegabili ai loro comportamenti erronei o intempestivi>>⁶¹.

Si deve sulla questione conclusivamente osservare che:

- l'identità di conseguenze per comportamenti diversi appare logica e ragionevole in quanto in ogni caso si verifica un attentato alle esigenze di celerità della gara, cui è strumentale il subprocedimento del controllo a campione;

- l'identità di conseguenze è in ogni caso limitata alle misure dell'esclusione, dell'escussione della cauzione provvisoria, e della segnalazione del fatto all'Autorità, mentre la diversità dei comportamenti concreti, e la maggiore o minore gravità degli stessi, è suscettibile di valutazione differenziata in sede di irrogazione e commisurazione della sanzione pecuniaria e interdittiva.

Per una tesi diversa, mentre l'esclusione consegue al difetto dei requisiti, le altre due sanzioni, dell'incameramento della cauzione e della comunicazione del fatto all'Autorità di vigilanza, non possono trovare applicazione nel caso di buona fede dell'impresa, nel caso, cioè, in cui l'impresa ritenga, per erronea interpretazione del bando, di possedere il requisito in realtà insussistente⁶².

In particolare, tali sanzioni conseguirebbero solo all'accertata falsità dei documenti, e non al solo mancato rispetto dei termini⁶³.

Per altra tesi non sarebbe ragionevole prevedere l'automatico incameramento della cauzione perché stante la natura sanzionatoria del provvedimento, lo stesso non potrebbe essere emesso anche nei confronti di chi si sia correttamente comportato e non abbia potuto provvedere nel termine prescritto per forza maggiore o comunque solo perché oggettivamente impedito da un fatto del tutto estraneo alla sua volontà⁶⁴; più in generale, per applicare le sanzioni diverse dall'esclusione, occorrerebbe considerare l'effettiva sussistenza, caso per caso, dei presupposti oggettivi e soggettivi per l'irrogazione delle sanzioni medesime⁶⁵.

Quanto al provvedimento di esclusione, si è in giurisprudenza ritenuto che conseguendo lo stesso automaticamente alla mancata produzione dei documenti, o all'insufficienza degli stessi, ed essendo eccezionale l'eventualità che l'amministrazione riconosca la non imputabilità del ritardo, non occorre una specifica motivazione dello stesso⁶⁶.

Sempre in ordine al provvedimento di esclusione dalla gara, l'Autorità ha osservato (delibera n. 15/2000 e determinazione n. 5/2009) che non deve ritenersi possibile un'ammissione con riserva alla gara dell'impresa che non abbia documentato i requisiti nel termine, in quanto la soglia di anomalia non può essere determinata tenendo conto di offerte di cui non è certa la possibilità di essere ammesse, con il rischio di dover rideterminare una seconda volta la soglia di anomalia una volta sciolta la riserva in senso negativo per l'impresa.

Quanto all'escussione della cauzione provvisoria, l'Autorità ha osservato (delibera n. 15/2000) che prima dell'entrata in vigore della l. Merloni, si riteneva che la cauzione provvisoria avesse per l'amministrazione una funzione di garanzia da parte dell'aggiudicatario dell'obbligazione relativa alla sottoscrizione del contratto.

Il suo incameramento, in caso di inadempimento di detta obbligazione, dava luogo ad un risarcimento forfetizzato del pregiudizio che si riteneva presuntivamente derivato alla stazione appaltante.

⁶⁰ Cons. St., sez. V, 7 marzo 2001 n. 1344, in *Cons. Stato*, 2001, I, 635; Tar Sicilia – Palermo, sez. II, 4 ottobre 2001 n. 1380, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 4243.

⁶¹ Tar Valle d'Aosta, 15 maggio 2001 n. 26, cit.

⁶² Tar Campania – Napoli, sez. I, 10 novembre 2000 n. 4171, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 296; Tar Campania – Napoli, sez. I, 28 marzo 2001 n. 1361, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 1859.

⁶³ Tar Marche, 23 marzo 2001 n. 302, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 1802.

⁶⁴ Tar Lombardia – Milano, sez. III, 18 ottobre 2001 n. 6919, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 2664.

⁶⁵ Tar Sicilia – Palermo, sez. II, 11 febbraio 2002 n. 464, cit.

⁶⁶ Cons. St., sez. IV, 6 giugno 2001 n. 3066, cit.

La previsione dell'incameramento della cauzione provvisoria è stata estesa anche ai partecipanti alla gara diversi dall'aggiudicatario, assumendo in tal modo una funzione di garanzia non più e non solo relativamente alla stipula del contratto, ma anche con riferimento alla serietà e stabilità dell'offerta⁶⁷.

Secondo una pronuncia, l'atto di incameramento della cauzione non ha natura sanzionatoria, ma meramente indennitaria, mirando a compensare la stazione appaltante del danno subito a causa dell'inutile decorso del termine⁶⁸.

Per altra tesi, la sanzione in commento è correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza nelle trattative precontrattuali⁶⁹.

La norma in commento non lascia alla stazione appaltante alcuna discrezionalità, sicché la stessa è obbligata, nel ricorrere dei presupposti di legge, a disporre, oltre all'esclusione, anche l'escussione della cauzione.

Tale tesi è stata rimessa in discussione, sostenendosi che se la violazione è lieve, la cauzione potrebbe non essere incamerata⁷⁰, ma l'assunto non è condivisibile, a fronte del chiaro dettato normativo.

L'Autorità ha osservato (delibera n. 15/2000), che i proventi derivanti dall'incameramento della cauzione provvisoria vanno qualificati come entrata *una tantum* con le relative conseguenze di legge in ordine all'iscrizione in bilancio.

4.9.b) Le sanzioni irrogate dall'Autorità.

La segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza non è una sanzione in sé, ma un atto dovuto strumentale all'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità, che può esitare in due tipologie di sanzioni.

Prima di esaminare le due sanzioni nei dettagli, giova osservare che il codice non contempla la segnalazione all'Autorità al fine solo <<eventuale>> dell'applicazione delle sanzioni, ma impone senz'altro l'avvio del procedimento sanzionatorio quale conseguenza dell'inosservanza dell'obbligo documentale.

Ciò induce a ritenere che il combinato disposto dell'art. 48 e delle norme sanzionatorie dia luogo ad un autonomo tipo di illecito amministrativo, quello dell'inosservanza della richiesta documentale in sede di controllo a campione, colpito da due specifiche sanzioni, una pecuniaria e una interdittiva.

Il potere sanzionatorio viene esercitato dall'Autorità, la quale ha il potere di vagliare la sussistenza o meno di giustificati motivi dell'inadempimento, e ha il potere di graduare la sanzione tra il minimo e il massimo edittali, tenendo conto dei criteri legali di commisurazione.

In sede di commisurazione della sanzione l'Autorità potrà altresì tenere conto della maggiore o minore gravità del fatto, a seconda che si tratti di omissione pura e semplice, di mero ritardo, di produzione di atti incompleti, o addirittura falsi.

La seconda sanzione a cui è strumentale la segnalazione all'Autorità è quella della sospensione dalle gare pubbliche per un periodo da uno a dodici mesi.

Nel vigore della l. Merloni, la sospensione dalle gare veniva disposta direttamente da parte delle stazioni appaltanti, ma la norma dava luogo a difficoltà pratiche, non essendo agevole l'applicazione di tale sanzione da parte di una singola stazione appaltante con effetto su tutto il territorio nazionale. Opportunamente il codice ha concentrato la competenza sanzionatoria in capo all'Autorità.

La formulazione dell'art. 48 consente alla Autorità di operare anche una ulteriore graduazione, consistente nell'irrogare la sola sanzione pecuniaria e non quella interdittiva, in presenza di casi di

⁶⁷ In tal senso anche Tar Basilicata, 12 marzo 2001 n. 157, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 2131.

⁶⁸ Tar Lazio - Roma, sez. III, 23 maggio 2000 n. 4199.

⁶⁹ Tar Campania - Napoli, sez. I, 11 febbraio 2002 n. 785, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 60.

⁷⁰ Cons. St., sez. VI, 9 dicembre 2008 n. 6101.

non particolare gravità, quale ad esempio quello di un semplice ritardo in cui l'inadempimento sia conseguenza del fatto che l'operatore non si è premunito tempestivamente, preparando in anticipo la documentazione utile per la comprova, ma che, una volta sorteggiato, dimostri di essersi adoperato al fine di adempiere alla richiesta della stazione appaltante, non riuscendovi solo a causa del ritardo da parte dei soggetti certificatori⁷¹.

Con riferimento ai casi di prova non fornita dall'operatore economico nei termini prescritti, l'Autorità di vigilanza (determinazione n. 5/2009) ritiene, basandosi sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 2482/2002, laddove, nell'affermare la perentorietà del termine di 10 giorni, precisa che: "né il termine può essere ritenuto irrazionalmente troppo breve perché i partecipanti alla gara ben conoscono le regole del gioco laddove queste prevedono un controllo preventivo a campione e quindi sono posti in grado di premunirsi tempestivamente per il caso che vengano sorteggiati", che vada considerato negligente il comportamento dell'operatore economico che ritardi nella comprova, non essendosi premunito per il caso di sorteggio, e richieda i certificati di regolare esecuzione ai soggetti committenti successivamente alla comunicazione della stazione appaltante e li ottenga ad avvenuto decorso del suddetto termine.

Negligenza, da cui deriva un semplice ritardo, che l'Autorità può sanzionare, ai sensi dell'art. 6, co. 11, secondo periodo, prima parte, esclusivamente con sanzione pecuniaria, senza sanzione interdittiva. Va, invece considerato omissivo, o gravemente negligente, il comportamento dell'operatore economico che, pur possedendo i requisiti dichiarati, o non corrisponda per niente alla richiesta della stazione appaltante, ovvero richieda o, comunque, prepari la documentazione comprovativa in tempi successivi al decorrere dei dieci giorni.

Poiché la norma in argomento è destinata ad applicarsi a tutti i settori degli appalti e l'art. 48 prevede che l'Autorità disponga la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento, non limitata quindi ad un particolare settore, la suddetta sospensione opera indifferentemente nei settori di lavori, di servizi e di forniture, nel senso che l'operatore economico, resosi responsabile di inadempimento ex art. 48, codice, ad esempio in una procedura per l'affidamento di un servizio, laddove il proprio oggetto sociale gli consenta anche di eseguire lavori o di fornire beni, sarà escluso parimenti dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti di lavori e di forniture, per tutto il periodo dell'interdizione disposta dalla Autorità.

La decorrenza della disposta sospensione, "graduata" da uno a dodici mesi, viene precisata dal Consiglio della Autorità nel provvedimento sanzionatorio e, di norma, coincide con la data di inserimento della relativa annotazione nel casellario informatico; la data che la stazione appaltante deve confrontare con quella di pubblicazione nel casellario, per verificare se la sospensione ex art. 48 è ancora in vigore, coincide con la data di pubblicazione del bando di gara. Per le procedure negoziate per le quali non sia prevista la pubblicazione del bando di gara, rileva la data della lettera d'invito.

Secondo l'Autorità (determinazione n. 5/2009) l'art. 48 è una norma a carattere sanzionatorio, di stretta interpretazione, che prevede letteralmente la sola sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento e non anche l'inibizione alla stipula dei contratti.

4.10. Destinatari delle sanzioni in caso di appalti di progettazione ed esecuzione.

In caso di appalto misto di progettazione ed esecuzione, si pone la questione di chi sia il destinatario delle sanzioni, se l'impresa edile o il progettista, in caso di difetto di requisiti speciali in capo al progettista.

Occorre anzitutto verificare se il progettista assuma la veste di partecipante alla gara, come componente di raggruppamento temporaneo, o se invece partecipante alla gara sia solo l'impresa edile, che indichi il progettista incaricato della progettazione.

Nel primo caso, essendo il progettista partecipante alla gara, esso risponde in proprio del difetto dei requisiti.

⁷¹ Autorità, determinazione n. 5/2009.

Nel secondo caso, non essendo il progettista partecipante alla gara, del difetto dei suoi requisiti risponde l'impresa partecipante quanto alle sanzioni dell'esclusione dalla gara e dell'incameramento della cauzione. Invece, quanto alle sanzioni irrogate dall'Autorità, esse si applicano al <<dichiarante>> anche se non <<partecipante>> formalmente⁷².

Dunque, in virtù della *ratio* stessa dell'art. 48, tesa ad escludere dalle procedure selettive soggetti non idonei, si deve concludere per l'applicazione delle sanzioni (compresa quella interdittiva) ivi previste sia nei confronti del progettista partecipante come mandante all'interno di un raggruppamento (e quindi concorrente), sia del progettista indicato dall'impresa, qualora abbiano reso dichiarazioni circa il possesso di requisiti successivamente non dimostrate. Si deve tenere conto, poi, che, in caso di progettista indicato dall'impresa, benché questi non assuma la qualità di concorrente, né quella di titolare del rapporto contrattuale con l'amministrazione in caso di eventuale aggiudicazione, essendo un semplice collaboratore esterno dell'impresa partecipante alla gara, pur tuttavia lo stesso rilascia una auto-dichiarazione in merito al possesso dei requisiti di partecipazione, sia generali che speciali. Infatti, per il caso di impresa che si avvalga (art. 53, co. 3, codice) " ... di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, ...", questa stessa norma va interpretata nel senso che la stazione appaltante è tenuta a richiedere nel bando, per siffatta eventualità, la dichiarazione sostitutiva di detti progettisti sia in merito ai requisiti generali che a quelli tecnico - economici relativi alla progettazione, in quanto l'espressione "progettisti qualificati" può interpretarsi solo in tal senso. Conseguentemente, essendo stata rilasciata una dichiarazione sostitutiva sui requisiti speciali, laddove il progettista esterno all'impresa, e non partecipante quale mandante, non riesca a comprovare l'auto-dichiarazione del possesso dei requisiti richiesti dal bando, sussistono i presupposti per l'applicazione delle sanzioni ex art. 48, da parte della Autorità (sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 6, co. 11, codice e sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento).

Quanto alla possibilità di applicare le sanzioni di cui all'art. 48, da parte dell'Autorità, anche nei confronti del raggruppamento nonché nei confronti dell'appaltatore che abbia conferito l'incarico progettuale ad un professionista privo dei necessari requisiti, l'Autorità ritiene di poter valutare in concreto, caso per caso, le responsabilità attribuibili all'interno del raggruppamento o all'appaltatore unitamente al progettista incaricato, in relazione all'inadempimento segnalato dalla stazione appaltante in fase di gara, in virtù del rilievo della condotta della singola impresa.

4.11. La non necessità dell'avviso di avvio del procedimento di esclusione.

In sede giurisprudenziale è sorta questione in ordine alla necessità o meno di avvisare, ai sensi dell'art. 7, l. n. 241/1990, le imprese sottoposte a controllo, prima di disporre nei loro confronti l'esclusione, per inosservanza del termine o difetto dei requisiti.

In termini generali, la giurisprudenza è divisa in ordine alla necessità o meno dell'avviso di avvio del procedimento, ai sensi del citato art. 7, l. n. 241/1990, in presenza di atti vincolati.

Secondo una tesi, in tal caso non occorre l'avviso del procedimento, atteso che l'interessato non può influire sull'adozione e sul contenuto dell'atto vincolato, sicché vengono meno le esigenze di garanzia e trasparenza sottese all'avviso di avvio del procedimento⁷³.

Per altra tesi, invece, che ha l'autorevole sostegno delle sezioni unite della Cassazione, anche in caso di atti vincolati va dato l'avviso di avvio del procedimento, non essendo ciò escluso dalla

⁷² Autorità, determinazione n. 5/2009.

⁷³ Cons. St., sez. V, 24 novembre 1997 n. 1365, in *Ammin. it.*, 1998, 990; *Foro amm.*, 1997, 3053; *Giust. civ.*, 1998, I, 2052; in termini Cons. St., sez. V, 11 ottobre 1996 n. 1223, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1501; Cons. St., comm. spec., 12 gennaio 1998 n. 1407/1997, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1073; Cons. St., sez. IV, 26 ottobre 1999 n. 1625, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1577.

norma, e potendo l'interessato, previamente avvisato, contestare la sussistenza dei presupposti per l'adozione dell'atto, ancorché vincolato⁷⁴.

Con specifico riferimento all'esclusione disposta per esito negativo del controllo a campione, si è affermata la non necessità di avviso di avvio del procedimento, per la natura vincolata dell'atto⁷⁵.

La non necessità di avviso dell'avvio del procedimento è stata meglio argomentata da altre pronunce in base al rilievo che il procedimento di verifica dei requisiti tecnici ed economici costituisce una fase subprocedimentale dell'intero contesto della procedura ad evidenza pubblica, adeguatamente assistita da prescrizioni che ne scandiscono i momenti, sicché nessun obbligo di previa notizia di avvio del procedimento di verifica può gravare sull'amministrazione⁷⁶, non trattandosi di un autonomo procedimento di secondo grado⁷⁷, ed essendo il concorrente già a conoscenza della procedura in corso⁷⁸.

Per altra decisione, la non necessità di avviso di avvio del procedimento si correla all'automaticità dell'esclusione e alla sussistenza di esigenze di particolare celerità del procedimento di gara⁷⁹.

La soluzione che sembra più corretta è ritenere che nessun avviso va dato, non per l'argomento che l'atto di esclusione è atto vincolato, e nemmeno per l'argomento che si è in presenza di un subprocedimento del più ampio procedimento di evidenza pubblica, bensì perché già la richiesta diretta dalla stazione appaltante all'impresa di comprovare il possesso dei requisiti tecnici ed economici costituisce di per sé anche avviso dell'avvio del procedimento di verifica, che può concludersi con l'ammissione o con l'esclusione, sicché già con tale richiesta l'impresa è resa edotta del procedimento in corso e ha la possibilità di interloquire.

Né si può ragionevolmente sostenere che all'interno del procedimento di controllo dei requisiti si innesta un altro procedimento di esclusione per difetto degli stessi, con conseguente necessità di ulteriore e autonomo avviso.

4.12. Il controllo dell'impresa aggiudicataria e del secondo classificato.

La norma in commento prescrive che il controllo dei requisiti venga effettuato anche nei confronti del primo e del secondo classificato, qualora gli stessi non siano già stati compresi tra i concorrenti sorteggiati.

Anche in tale ipotesi trovano applicazione le tre sanzioni già viste⁸⁰.

Quanto al termine per il controllo, il codice dispone che la richiesta di comprovare i requisiti <<è inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria>>.

Viene stabilito un termine di dieci giorni a carico dell'amministrazione, per la richiesta dei documenti.

Il termine decorre dalla conclusione delle operazioni di gara.

La conclusione delle operazioni di gara deve essere intesa come il momento dell'aggiudicazione, che pone fine alla gara.

⁷⁴ V. Cass., sez. un., 1 aprile 2000 n. 82; Cons. St., sez. V, 13 novembre 1995 n. 1562, in *Foro amm.*, 1995, 2604; *Foro it.*, 1996, III, 260; *Giust. civ.*, 1996, I, 1500; *Giur. it.*, 1996, III, 1, 289; *Riv. amm.*, 1996, 529, con nota di TESSARO; *Riv. giur. edilizia*, 1996, I, 345; in termini, Cons. St., sez. V, 9 ottobre 1997 n. 1131, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1389; *Foro amm.*, 1997, 2724, con nota di RUSSO; Cons. St., sez. V, 23 aprile 1998 n. 474, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2363; *Giur. it.*, 1998, 1941.

⁷⁵ Tar Toscana, sez. I, 6 novembre 2000 n. 2973.

⁷⁶ Cons. St., sez. V, 7 marzo 2001 n. 1344, cit.; Tar Lazio – Roma, sez. III, 15 gennaio 2002 n. 270, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 3604.

⁷⁷ Tar Campania – Salerno, sez. I, 23 novembre 2001 n. 1437, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 301.

⁷⁸ Tar Campania – Napoli, sez. I, 27 marzo 2002 n. 1653, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 2027.

⁷⁹ Cons. St., sez. IV, 6 giugno 2001 n. 3066, cit.

⁸⁰ Tar Lazio – Roma, sez. III, 15 novembre 2001 n. 9454, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 3987.

Il termine di dieci giorni imposto all'amministrazione deve intendersi, in difetto di espressa comminatoria di decadenza, come meramente acceleratorio⁸¹, e non come perentorio (in tal senso anche l'Autorità, con la delibera n. 15/2000), essendo riferito ad attività di esercizio di pubblico potere e non essendo comminata per la sua inosservanza alcuna sanzione⁸², sicché decorsi i dieci giorni la stazione appaltante non decade dal potere di chiedere la documentazione, né la richiesta è illegittima solo perché tardiva.

E' da stabilire quale sia poi il termine entro cui aggiudicatario e secondo graduato devono rispondere alla richiesta di documenti.

Ad una prima lettura della norma, sembrerebbe che non è stabilito alcun termine dalla legge, a differenza che per il controllo a campione fatto prima dell'apertura delle buste delle offerte.

Tuttavia, deve osservarsi, ad una lettura più attenta, che la norma statuisce: <<la richiesta di cui al co. 1>> è inoltrata anche all'aggiudicatario e al secondo graduato.

La richiesta è dunque quella stessa fatta in fase di controllo a campione, con il medesimo contenuto, fissato dalla norma, che è quello di comprovare il possesso dei requisiti entro dieci giorni.

Così letta la norma, si deve perciò concludere che aggiudicatario e secondo graduato devono ottemperare alla richiesta entro dieci giorni, e detto termine ha la stessa natura perentoria di quello previsto in fase di controllo a campione, sicché la relativa inosservanza comporta le medesime sanzioni.

In tal senso si segnala anche una parte della giurisprudenza, che annette natura perentoria al termine di dieci giorni, sia nel caso di controllo a campione sui partecipanti, sia nel caso di controllo nei confronti dell'aggiudicatario e del secondo classificato⁸³.

In tale filone, si colloca anche l'ulteriore elaborazione secondo cui, posto che la richiesta di documentazione viene rivolta non solo al primo, ma anche al secondo classificato, il primo classificato non può produrre la documentazione in ritardo, o regolarizzare la documentazione carente, ove il secondo sia stato invece solerte nel comprovare i propri requisiti⁸⁴.

Deve segnalarsi tuttavia che la norma in commento si è prestata ad una diversa interpretazione da parte dell'Autorità (delibera n. 15/2000 e determinazione n. 5/2009) e di taluna giurisprudenza.

Secondo l'Autorità, la norma non fissa un termine entro cui aggiudicatario e secondo graduato devono rispondere. Il termine andrà allora fissato di volta in volta dalla stazione appaltante nella richiesta di documenti, tenendo conto della sussistenza o meno di ragioni di urgenza. Secondo l'Autorità, la scadenza del termine fissato nella richiesta, senza che la stessa sia ottemperata, porterà all'applicazione delle sanzioni stabilite dalla legge. Tuttavia, secondo l'Autorità il termine fissato dall'amministrazione potrebbe subire deroghe o proroghe sulla base di valutazioni discrezionali della stazione appaltante. Dice l'Autorità, che, non essendo fissato per legge un tempo massimo e non superabile ed avendo quello determinato dall'amministrazione funzione di tutela degli interessi dell'amministrazione stessa, questa può valutare anche la coerenza con questi interessi stessi di iniziative di correzione od integrazione di documenti e la stessa possibilità di addivenire ugualmente alla stipulazione del contratto con il primo o, in subordine, con il secondo graduato, la cui offerta sia la più vantaggiosa, qualora sia stata dagli stessi, sia pur tardivamente, fornita la prova relativa al possesso dei requisiti in esame.

Secondo una parte della giurisprudenza, del pari, il termine di dieci giorni è perentorio solo per la verifica *ex ante*, ma non anche per la verifica *ex post* nei confronti dell'impresa aggiudicataria⁸⁵.

⁸¹ Tar Lombardia – Brescia, 4 giugno 2002 n. 933, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 2923.

⁸² In tal senso Tar Sicilia – Catania, sez. I, 6 giugno 2001 n. 1187, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 3087.

⁸³ Cons. St., sez. V, 17 aprile 2003 n. 2081, cit.; Cons. St., sez. V, 24 aprile 2002 n. 2207, in *Cons. Stato*, 2002, I, 883; Tar Puglia – Bari, sez. I, 14 agosto 2008 n. 1971, in *Urb. e app.*, 2008, 1343.

⁸⁴ Tar Molise, 31 gennaio 2002 n. 45, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 1143.

⁸⁵ Cons. St., sez. V, 22 aprile 2002 n. 2197, in *Cons. Stato*, 2002, I, 855; Tar Sicilia – Catania, sez. I, 6 giugno 2001 n. 1187, cit.; Tar Lombardia – Brescia, 4 giugno 2002 n. 933, cit.

Si è in particolare osservato che il termine in questione non è senz'altro perentorio, salva rimanendo la facoltà da parte della stazione appaltante di conferirvi discrezionalmente tele natura⁸⁶.

Secondo un'altra prospettazione, per il primo e secondo aggiudicatario il termine di dieci giorni vale solo per l'inoltro della richiesta dei documenti, mentre il termine per la risposta è quello assegnato dalla stazione appaltante⁸⁷.

Siffatta soluzione non è da condividere, sia perché smentita dal tenore testuale della norma, che impone di inoltrare a primo e secondo graduato una richiesta di documenti del medesimo contenuto di quella rivolta agli altri partecipanti alla gara, sia perché in contrasto con le esigenze di trasparenza e di tutela della *par condicio* dei partecipanti ad una procedura concorsuale. Non si comprende perché il vincitore e il secondo classificato dovrebbero ricevere un trattamento migliore rispetto agli altri concorrenti, solo perché non sono stati sorteggiati già nella fase del controllo a campione, mentre, se lo fossero stati, avrebbero dovuto rispettare il termine di dieci giorni.

Quanto alla questione della nuova aggiudicazione, dispone la norma che dopo l'esclusione del primo e secondo classificato, si procede a nuova determinazione della soglia di anomalia e alla conseguente <<eventuale>> nuova aggiudicazione.

L'eventualità della nuova aggiudicazione va intesa anzitutto nel senso che a seguito dell'esclusione del primo e secondo classificato, potrebbero non esserci più offerte in gara, o offerte congrue, o offerte di imprese in possesso di tutti i requisiti necessari.

L'Autorità di vigilanza (delibera n. 15/2000) intende l'eventualità anche nel senso che in tutti i casi in cui venga rideterminata la soglia di anomalia, rimarrebbe all'amministrazione la facoltà di scegliere tra procedere all'aggiudicazione oppure dichiarare deserta la gara, alla luce degli elementi economici desumibili dalla nuova media come rideterminata.

Non è del tutto chiaro come vada intesa la <<facoltà di dichiarare deserta la gara>>.

Unico significato plausibile è che:

- non vi siano offerte;
- non vi siano offerte non anomale;
- non vi siano offerte di imprese in possesso di requisiti;
- vi sia una sola offerta idonea e l'amministrazione abbia preventivamente stabilito di non aggiudicare l'appalto in presenza di una sola offerta idonea.

Non sembra invece ipotizzabile una facoltà di dichiarare la gara deserta in presenza di più di una offerta idonea.

4.13. La rideterminazione della soglia di anomalia.

Relativamente alla rideterminazione della soglia d'anomalia dell'offerta e alla conseguente nuova aggiudicazione, nel caso i primi due classificati non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni, secondo una tesi la riformulazione della graduatoria avviene solo nel caso in cui sia il primo che il secondo classificato debbano essere esclusi, e non anche quando debba essere escluso solo uno dei due⁸⁸.

Siffatta interpretazione appare coerente con il tenore letterale della norma e con la portata sistematica della stessa, che, se consente di determinare *ex ante* la soglia di anomalia tenendo conto di offerte di imprese non controllate e anche in ipotesi prive di requisiti, deve coerentemente anche consentire che l'appalto resti aggiudicato al primo graduato, o sia aggiudicato al secondo, anche dopo l'esclusione di uno dei due, senza rideterminazione, in tal caso, della soglia di anomalia.

Secondo una diversa ricostruzione, invece, si procede a rideterminazione della soglia di anomalia anche quando a seguito del controllo debba essere escluso solo uno dei due primi classificati; in

⁸⁶ Cons. St., sez. V, 16 giugno 2003 n. 3358, in *Cons. Stato*, 2003, I, 1328; Cons. St., sez. V, 29 novembre 2004 n. 7758, in *Cons. Stato*, 2004, I, 2481, con nota di M. AUDITORE, *Brevi riflessioni sulla natura del termine ex art. 10 co. 1-quater legge n. 109/1994* (2487 – 2491).

⁸⁷ Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2003 n. 4133, in *Cons. Stato*, 2003, I, 1574.

⁸⁸ Cons. St., sez. IV, 17 settembre 2007 n. 4840; Autorità, determinazione n. 5/2009.

particolare, se il controllo dà esito negativo in ordine al secondo classificato, si ricalcola la soglia di anomalia senza tenere conto della sua offerta; se dal ricalcolo deriva l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario provvisorio, non si provvede all'aggiudicazione definitiva in suo favore⁸⁹. Del pari, se va escluso il primo classificato, l'amministrazione non potrebbe aggiudicare direttamente la gara al secondo, dovendo invece previamente rideterminare la soglia di anomalia⁹⁰.

4.14. Il controllo delle imprese non sorteggiate.

L'Autorità di vigilanza nella sua determinazione n. 15/2000 ha ritenuto che deve ritenersi preclusa la possibilità di sottoporre a verifica soggetti non sorteggiati, a meno che poi non risultino primo e secondo classificato.

La soluzione dell'Autorità è smentita dal Consiglio di Stato⁹¹, secondo cui la regola del controllo a campione assicura una soglia di controllo minimo preventivo, ma non impedisce controlli successivi su tutte le imprese, quanto meno ove vi siano situazioni di fatto particolari che ingenerino ragionevoli sospetti (nel caso di specie, vi era il ragionevole dubbio che non rispondessero al vero le dichiarazioni sostitutive presentate dalle imprese in ordine alla regolarità contributiva).

Ha osservato il Consiglio di Stato che l'istituto in commento si inquadra nell'ambito degli strumenti normativi di attuazione del controllo ordinario sull'attendibilità delle dichiarazioni, prevedendo una verifica <<a campione>>, attuata mediante sorteggio, ed obbligando l'amministrazione a svolgere gli stessi accertamenti nei confronti dell'aggiudicatario e del secondo classificato. Il significato sistematico della disciplina non può essere frainteso. La normativa individua il livello minimo del controllo <<ordinario>> che le amministrazioni sono tenute comunque a svolgere nelle procedure di appalto. La disposizione non contiene affatto un divieto, radicale e totale, di procedere ad ulteriori verifiche ed accertamenti. Ne deriva che tale potere compete alla stazione appaltante, quanto meno nei limiti ed alle condizioni previste dalla normativa generale in materia di semplificazione documentale.

Né, secondo la decisione in commento, si potrebbe ritenere che la norma abbia anche lo scopo di definire un limite temporale al potere di verifica delle dichiarazioni rese dalle imprese, sicché, intervenuta l'aggiudicazione, il controllo potrebbe riguardare solo le concorrenti collocate al primo ed al secondo posto della graduatoria, senza estendersi alle altre partecipanti. Ciò in quanto occorre considerare, nella giusta prospettiva, il rapporto tra le regole espressamente dedicate alla semplificazione documentale ed i principi generali in materia di autotutela nei contratti pubblici. Al riguardo, in una prospettiva di ordine generale, occorre considerare che anche nell'ambito dell'attività diretta alla conclusione degli appalti pubblici trova ingresso il principio dell'autotutela decisoria, secondo il quale l'amministrazione può riesaminare, annullare e rettificare gli atti invalidi. Infatti, il complesso delle regole sull'autotutela ha portata generale, rappresentando una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica. Nel settore degli appalti pubblici, poi, assume particolare rilievo l'esigenza di assicurare il puntuale rispetto delle regole della concorrenza tra le imprese, nell'interesse generale alla corretta ed efficace gestione delle risorse pubbliche. Inoltre, tutto il sistema del procedimento contrattuale di evidenza pubblica mira ad attuare una ampia ed efficace rete di controlli, per garantire la legittimità dell'azione amministrativa. Ne consegue che, se nella serie procedimentale ordinaria sono presenti alcuni atti tipici (l'approvazione degli atti di gara e l'eventuale controllo), aventi come scopo essenziale la verifica della legittimità dell'*iter* di formazione del contratto, tuttavia la presenza di strumenti tipici di verifica immediata dell'attività compiuta dall'amministrazione non costituisce, di per sé, un ostacolo all'esercizio del generale potere di riesame, in un momento successivo alla conclusione del procedimento.

⁸⁹ TAR Campania, Salerno, sez. I, 18 giugno 2002 n. 520, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 3118.

⁹⁰ Cons. St., sez. VI, 5 settembre 2005 n. 4512, in *Cons. St.*, 2005, I, 1473; *Urb. e app.*, 2005, 1355.

⁹¹ Cons. St., sez. V, 11 giugno 2001 n. 3130, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1275.

In tali eventualità, l'autotutela decisoria resta comunque subordinata alle comuni e rigorose regole elaborate dalla giurisprudenza, concernenti, fra l'altro:

- a) l'obbligo della motivazione;
- b) la presenza di concrete ragioni di pubblico interesse, non riducibili alla mera esigenza di ripristino della legalità;
- c) la valutazione dell'affidamento delle parti private destinatarie del provvedimento oggetto di riesame, tenendo conto del tempo trascorso dalla sua adozione;
- d) il rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale;
- e) l'adeguata istruttoria.

In un caso pratico di una pluralità di gare distinte per lotti simili che si svolgevano in unico contesto, con facoltà per i concorrenti di produrre documentazione per una sola gara, con effetto anche per le altre, si è ritenuta legittima l'esclusione di concorrente non sorteggiato in una data gara, ma in un'altra, nella quale era risultato inadempiente⁹².

La successiva giurisprudenza ha ritenuto che la norma indica solo un <<numero minimo>> di imprese da controllare, ma non preclude alla stazione appaltante di estendere la verifica anche alla totalità dei partecipanti, senza con ciò violare il principio di buona amministrazione, né provocare un aggravio del procedimento⁹³.

Sezione VI - Le regole comuni ai requisiti di ordine generale e ai requisiti di qualificazione. L'avvalimento.

1. Il principio di proporzionalità dei requisiti di ordine generale e di qualificazione.

La stazione appaltante può fissare discrezionalmente i requisiti di qualificazione, e può meglio dettagliare i requisiti di ordine generale, ma deve rispettare il principio di proporzionalità, che impone di chiedere requisiti adeguati all'oggetto dell'appalto e non esorbitanti⁹⁴ e quello di non discriminazione.

Il punto di equilibrio tra discrezionalità della stazione appaltante e rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione è di estrema delicatezza e richiede accertamenti caso per caso.

Il tema risulta affrontato sia dalla giurisprudenza comunitaria che da quella nazionale.

Per quanto riguarda la giurisprudenza comunitaria si ricordano, in questa sede:

- a) la decisione che ha ritenuto illegittima la disciplina italiana che prevedeva l'automatica esclusione dalle gare delle imprese in rapporto di controllo formale; in questa occasione la Corte pur riconoscendo la possibilità per gli Stati membri e le stazioni appaltanti di prevedere requisiti di partecipazione più rigorosi di quelli previsti dal diritto comunitario, ha prescritto che essi devono rispondere a oggettive esigenze di una migliore tutela della concorrenza, della trasparenza e della *par condicio*, e rispettare il principio di proporzionalità⁹⁵;
- b) la decisione che si è occupata della disposizione (contenuta nella Costituzione ellenica) che preveda un'incompatibilità generale tra lo status di proprietario, socio, azionista principale o dirigente di un'impresa di mezzi di informazione e lo status di proprietario, socio, azionista principale o dirigente di un'impresa cui viene affidato dallo Stato o da una persona giuridica del settore pubblico in senso lato l'appalto di lavori, forniture o servizi, non rispetta il principio di

⁹² Tar Lazio – Roma, sez. III, 15 gennaio 2002 n. 270, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 3604.

⁹³ Tar Sicilia – Palermo, sez. II, 11 febbraio 2002 n. 423, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 1633.

⁹⁴ Cons. St., sez. V, 19 novembre 2009 n. 7247; Cons. St., sez. V, 6 aprile 2009 n. 2138; Cons. St., sez. V, 5 giugno 2007 n. 2802, ord., in *Urb. e app.*, 2007, 1308.

⁹⁵ C. giust. CE, sez. IV, 19 maggio 2009 C-538/07.

proporzionalità; anche in questa occasione la Corte ha affermato che la disciplina comunitaria deve essere interpretata nel senso che elenca, in modo tassativo, le cause fondate su considerazioni oggettive di natura professionale, che possono giustificare l'esclusione di un imprenditore dalla partecipazione ad un appalto pubblico. Tuttavia, tale direttiva non osta a che uno Stato membro preveda altre misure di esclusione dirette a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, purché siffatte misure non eccedano quanto necessario per raggiungere tale obiettivo⁹⁶.

Nella giurisprudenza nazionale si è osservato che la stazione appaltante ha il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge, e può pertanto pretendere l'attestazione di requisiti di capacità diversi ed ulteriori dalla semplice iscrizione nell'elenco, le previsioni indicate nelle accennate disposizioni normative limitandosi a stabilire una semplice presunzione di possesso dei requisiti minimi per la partecipazione alla gara, che pertanto ben possono essere derogati (o meglio incrementati, sotto l'aspetto qualitativo e quantitativo) dall'amministrazione in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare.

L'esercizio di detto potere discrezionale costituisce attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 Cost., e si sostanzia quindi nel potere – dovere assegnato all'amministrazione di apprestare (proprio attraverso la specifica individuazione degli specifici requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare: le scelte così operate da un'amministrazione aggiudicatrice, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie, sproporzionate, illogiche e contraddittorie⁹⁷.

Ove il bando di gara preveda requisiti di partecipazione più rigorosi rispetto a quelli previsti dalla legge, occorre che gli stessi non siano discriminanti, illogici o sproporzionati rispetto alla specificità dell'oggetto dell'appalto. In altri termini i requisiti ulteriori devono essere congrui e proporzionati⁹⁸, in modo da non restringere oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti e da non precostituire situazioni di privilegio⁹⁹.

Nella casistica, è stato ritenuto illegittimo un bando che per il servizio sostitutivo di mensa preveda l'attribuzione di fino a 50 punti a favore delle imprese con il maggior numero di esercizi convenzionati attivi nella provincia, clausola che è stata ritenuta in contrasto con il principio di non discriminazione¹⁰⁰.

Ancora si è ritenuto illegittimo un bando di gara che per la prova della capacità tecnico-professionale equipara all'aver svolto pregressi lavori di un certo importo l'aver in corso di esecuzione lavori del medesimo importo, per difetto di ragionevolezza, atteso che se la pregressa esperienza può essere comprovata da lavori già eseguiti, non altrettanto può essere comprovata da lavori solo in corso di esecuzione, per i quali potrebbe esservi stata solo l'aggiudicazione o solo un principio di esecuzione, per un importo nettamente inferiore a quello richiesto¹⁰¹.

⁹⁶ C. giust. CE, grande sezione, 16 dicembre 2008 C-213/07.

⁹⁷ Cons. St., sez. IV, 12 giugno 2007 n. 3103, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, I, 921; Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2004, nn. 6967 – 6972.

⁹⁸ Cons. St., sez. V, 23 giugno 2008 n. 3093, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, I, 831; Cons. St., sez. VI, 11 maggio 2007 n. 2304, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, I, 684; Cons. St., sez. V, 14 novembre 2006 n. 5682, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, I, 1583.

⁹⁹ Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2007 n. 647, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, I, 233.

¹⁰⁰ Tar Lazio – Roma, sez. III *ter*, 13 dicembre 2006 n. 14329, in *Urb. e app.*, 2007, 770, con nota di M. DIDONNA, *Buoni pasto e diritto comunitario* (773 - 777).

¹⁰¹ Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 2010 n. 14.

Anche l'Autorità di vigilanza¹⁰², ha espresso il proprio avviso in ordine alla problematica della proporzionalità dei requisiti di capacità economico-finanziaria e, in particolare, del requisito concernente il fatturato, in materia di appalto di servizi.

In dette deliberazioni, l'Autorità ha evidenziato, da un lato, che l'amministrazione ha il potere dovere di apprestare gli strumenti ritenuti più congrui ed adeguati per il perseguimento dell'interesse pubblico all'affidamento dell'appalto al miglior contraente possibile, dall'altro, che l'operato delle stazioni appaltanti si deve conformare al rispetto del principio della concorrenza e rivestire carattere di ragionevolezza e proporzione, conformità che deve essere valutata in concreto in correlazione al valore dell'appalto.

Tenendo anche conto dell'orientamento espresso in materia dalla giurisprudenza amministrativa, l'Autorità ha ritenuto che la richiesta di un fatturato, nel triennio antecedente il bando, pari ad un importo superiore al doppio o addirittura al triplo del valore dell'appalto, si manifesti come non proporzionato e restrittivo della concorrenza.

Infatti, l'esigenza di superare le criticità riscontrate nella conduzione del precedente contratto, non può essere superata ponendo uno sbarramento alla partecipazione alla gara, ma occorre stilare il capitolato speciale di appalto, ponendo particolare attenzione alla definizione del rapporto mq/ore di lavoro, al rispetto dei parametri di produttività in relazione al costo del lavoro, e soprattutto alle verifiche dei disservizi e delle inadempienze.

2. Il potere di soccorso della stazione appaltante.

L'art. 46, codice, mutuando una regola già contenuta nell'art. 16, d.lgs. n. 157/1995 e nell'art. 15, d.lgs. n. 358/1992, rubricato <<documenti e informazioni complementari>>, dispone che nei limiti previsti dagli artt. da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

La norma contempla il c.d. potere di soccorso della stazione appaltante, che si articola in una duplice possibilità che può essere accordata ai concorrenti:

- il completamento della documentazione;
- il chiarimento in ordine al contenuto della documentazione già presentata.

La norma è considerata di stretta interpretazione quanto all'ambito dell'integrazione documentale, in quanto, pur essendo essa ispirata al principio della massima partecipazione, tale principio va coordinato con quello di *par condicio* tra i concorrenti e con le esigenze di celerità dell'azione amministrativa.

Pertanto non è consentita la produzione, dopo la scadenza dei termini fissati dal bando, di documenti essenziali, richiesti a pena di esclusione: la stazione appaltante non può formulare una richiesta di integrazione documentale, qualora si tratti di documenti univocamente previsti dal bando o dalla lettera d'invito a pena di esclusione¹⁰³.

La regolarizzazione deve dunque riferirsi a carenze puramente formali od imputabili ad errori solo materiali¹⁰⁴.

Un ulteriore limite al potere di soccorso è costituito dagli elementi essenziali (ovvero i profili sostanziali), nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda¹⁰⁵.

Tuttavia alcune decisioni ammettono comunque l'integrazione quando gli atti tempestivamente

¹⁰² Autorità di vigilanza, deliberazioni 24 gennaio 2007 n. 20, 6 febbraio 2007 n. 33, 27 febbraio 2007 n. 62, rese in sede di precontenzioso.

¹⁰³ Cons. St., sez. V, 16 luglio 2007 n. 4027; Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2007 n. 2254, in *Foro it.*, 2007, III, 643, con nota di L. GALBUSERA; Cons. St., sez. V, 30 maggio 2006 n. 3280, in *Urb. e app.*, 2006, 1185, con nota di PAGANI.

¹⁰⁴ Cons. St., sez. IV, 19 giugno 2006 n. 3660, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2006, 444.

¹⁰⁵ Cons. St., sez. V, 16 luglio 2007 n. 4027.

prodotti e già in possesso dell'amministrazione integrino un ragionevole indizio (c.d. principio di prova) del possesso dei requisiti di partecipazione, non espressamente o univocamente documentati¹⁰⁶.

Inoltre, si ritiene consentita l'integrazione documentale quando si tratta di porre rimedio a incertezze o equivoci generati dall'ambiguità delle clausole del bando e della lettera d'invito o comunque presenti nella normativa applicabile alla concreta fattispecie¹⁰⁷.

Anzi, secondo una tesi, ai fini dell'esercizio del potere dell'amministrazione di invito dei concorrenti alla regolarizzazione della documentazione dei requisiti di partecipazione ad una gara, è condizione necessaria l'equivocità della clausola del bando relativa alla dichiarazione od alla documentazione da integrare o da chiarire; pertanto, in presenza di una prescrizione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un'impresa concorrente, l'invito alla regolarizzazione costituisce violazione del predetto principio¹⁰⁸. E, invero, quando la *lex specialis* della gara sia univoca nel richiedere un determinato adempimento a pena di esclusione, non può invocarsi il principio di favorire la più ampia partecipazione, risolvendosi, altrimenti, in una violazione della parità di condizioni tra i concorrenti; pertanto, in tali ipotesi non è applicabile l'art. 6, l. n. 241/1990, secondo cui l'amministrazione può invitare i privati alla regolarizzazione della documentazione prodotta¹⁰⁹.

Quanto all'ambito dei <<chiarimenti>>, in forza del principio di favore per la massima partecipazione alla gara, qualora il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto un chiarimento ovvero un aggiornamento, non si discute circa il possesso del requisito, ma soltanto di una precisazione dello stesso. In quanto fatto meramente integrativo da un punto di vista formale di una situazione sostanzialmente già verificata, simile precisazione rende necessaria l'attività di integrazione documentale da parte dell'amministrazione indirizzata alla precisa caratterizzazione del requisito, già comunque acquisito¹¹⁰.

Secondo un orientamento minoritario, al contrario, il potere di integrazione non subirebbe limitazioni per effetto di previsioni sanzionate con l'esclusione, in quanto la facoltà ora prevista dall'art. 46, codice costituirebbe concreta applicazione del principio del giusto procedimento *ex art.* 3, l. n. 241/1990¹¹¹.

Dubbio è se sia una facoltà, e non un obbligo della stazione appaltante, consentire il completamento e i chiarimenti.

Nel senso della facoltà, anche nel caso in cui il bando presenti ambiguità o incompletezze, è una parte della giurisprudenza¹¹².

Per altra tesi, la norma, laddove afferma "invitano, se necessario" assegna alle amministrazioni aggiudicatrici non una semplice facoltà ma un ordinario *modus procedendi* volto a superare ogni formalismo giuridico in nome del principio della massima partecipazione¹¹³.

Anzi, la norma rappresenterebbe concreta applicazione e completamento del criterio del giusto procedimento introdotto dall'art. 3, l. n. 241/1990, criterio la cui violazione ben può essere riconosciuta sintomatica di un comportamento dell'amministrazione che, in luogo di valutare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni del bando di gara, ritenga di fermarsi al contenuto estrinseco e formale del documento senza valutare la possibilità di ammettere

¹⁰⁶ Cons. St., sez. V, 16 luglio 2007 n. 4027; Cons. St., sez. V, 6 marzo 2006 n. 1068, in *Foro it.*, 2006, III, 634, con nota di A. TRAVI.

¹⁰⁷ Cons. St., sez. V, 16 luglio 2007 n. 4027; Cons. St., sez. V, 6 marzo 2006 n. 1068, cit.

¹⁰⁸ Cons. St., sez. V, 6 marzo 2006 n. 1068, cit.

¹⁰⁹ Cons. St., sez. V, 6 marzo 2006 n. 1072, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2006, 313.

¹¹⁰ Cons. St., sez. IV, 6 settembre 2005 n. 4559, in *Nuova rass.*, 2005, 1703.

¹¹¹ Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006 n. 5064, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 1237.

¹¹² Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2007 n. 2254, cit.

¹¹³ Cons. St., sez. V, 24 marzo 2006 n. 1521, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 883; Cons. St., sez. V, 6 marzo 2006 n. 1068, cit.

la concorrente alla gara, in ossequio alla regola di maggiore concorrenzialità¹¹⁴.

Secondo una tesi mediatrice, al fine della facoltatività o doverosità del potere di soccorso della stazione appaltante, occorre distinguere tra integrazione e regolarizzazione documentale: il delicato bilanciamento fra il dovere dell'amministrazione di provvedere alla regolarizzazione dei documenti presentati dai candidati ed il principio della *par condicio* tra i partecipanti ad una selezione concorsuale va ricercato nella distinzione del concetto di regolarizzazione da quello di integrazione documentale, tenendo presente che quest'ultima, relativa a documenti mancanti, non è consentita risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento, a differenza della regolarizzazione, che si riferisce a documenti già presentati, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione, alla quale sempre è tenuta la pubblica amministrazione in virtù del principio generale affermato dalla giurisprudenza in tema di concorsi pubblici ed oggi ricavabile dall'art. 6, co. 1, lett. b), l. n. 241/1990¹¹⁵.

Sezione VII - L'avvalimento nelle singole gare e ai fini della qualificazione.

1. Osservazioni generali.

Gli artt. 49 e 50, codice recepiscono le previsioni comunitarie in tema di avvalimento, sia nelle singole gare, sia ai fini dell'attestazione SOA¹¹⁶.

L'avvalimento, già previsto dalle precedenti direttive per servizi e forniture, non era stato finora recepito, tuttavia dalla giurisprudenza era ritenuto applicabile in via diretta nell'ordinamento italiano, trattandosi di previsioni vincolanti e dettagliate¹¹⁷.

¹¹⁴ Cons. St., sez. V, 4 maggio 2004 n. 2725, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 1417.

¹¹⁵ Cons. giust. sic., 27 dicembre 2006 n. 802, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, I, 1790; Cons. St., sez. IV, 25 marzo 2005 n. 1284, in *Foro amm. -Cons. Stato*, 2005, 783; Cons. giust. sic., 26 maggio 2006 n. 252, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, I, 834.

¹¹⁶ In tema di avvalimento, oltre alle opere che saranno specificamente citate v.: A. PERROTTA, *Riforma comunitaria degli appalti pubblici: il principio dell'avvalimento dei requisiti di gara di altra impresa*, in *Giur. merito*, 2005, 2809; G. BALOCCO, *L'assegnazione al consorzio è riconducibile all'istituto dell'avvalimento?*, in *Urb. e app.*, 2006, 1467 – 1471; N. BICCHIERI, *Avvalimento: origine, evoluzione e nuovi profili di disciplina*, in *Riv. amm. appalti*, 2006, 125; A. COSTANTINI e R. STENDARDI, *L'avvalimento nel codice degli appalti pubblici*, in *Giust. amm.*, 2006, 651; I. FILIPPETTI, *Via all'avvalimento: snellisce le gare - Ma dalle pieghe può spuntare la mafia - Il pericolo è un sistema di scatole cinesi utile per il riciclaggio*, in *Dir. e giustizia*, 2006, fasc. 21, 111; G. FISCHIONE, *L'avvalimento nel codice dei contratti pubblici*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2006, 1585; F. LILLI, *L'avvalimento dei requisiti speciali di gara alla luce della direttiva Ce 31 marzo 2004 n. 18*, in *Comuni d'Italia*, 2006, fasc. 5, 32; A. PONTI, *L'avvalimento dei requisiti per la partecipazione alle gare d'appalto: uno degli istituti più interessanti e problematici del codice sugli appalti*, in *Nuova rass.*, 2006, 2265; S. VINTI, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 1177; M. ATELLI, *Il contratto di avvalimento negli appalti pubblici*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 82; A. COSTANTINI, *L'avvalimento nel codice degli appalti pubblici alla luce del d.leg. 26 gennaio 2007 n. 6*, in *Appalti & Contratti*, 2007, fasc. 4, 29; E. D'ARPE, *Requisiti, certificazioni e avvalimento negli appalti pubblici*, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, IV, 347-357; M. FRACANZANI, *L'avvalimento: questioni sostanziali e profili processuali*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2007, 5; R. PAPANIA, *La partecipazione trasversale alle gare d'appalto: l'avvalimento delle capacità di imprese «terze»*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2007, 1961; C.M. SARACINO, *L'istituto dell'avvalimento tra schemi preesistenti e caratteri peculiari*, in *Foro amm.-Tar*, 2007, 344 ss.; C. ZUCHELLI, *L'avvalimento*, in AA.VV., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, I (a cura di R. DE NICTOLIS), Giuffré, Milano, 2007, 561-649.

- Secondo quanto si evince dalla direttiva 2004/18, l'avvalimento si connota per i seguenti caratteri:
- è consentito sia nei settori ordinari che in quelli speciali, sia per i lavori, che per i servizi e le forniture;
 - ne può formare oggetto qualsiasi requisito di natura tecnica - organizzativa o economico - finanziaria;
 - non è prescritto che il requisito oggetto di avvalimento debba essere posseduto, almeno in una data misura minima, anche dal concorrente stesso: pertanto quest'ultimo può avvalersi per intero di un requisito non posseduto;
 - non è consentito limitare l'avvalimento solo a determinati requisiti o a determinate quantità di un requisito, con obbligo del concorrente di possedere almeno una quota del requisito oggetto di avvalimento;
 - il concorrente deve dimostrare di possedere i requisiti, per avvalimento, il che implica che dimostri che l'impresa che presta i requisiti (c.d. impresa ausiliaria) abbia assunto uno specifico obbligo di porre a disposizione del concorrente le risorse correlate alla dichiarazione di avvalimento;
 - il vincolo fra concorrente e impresa ausiliaria può essere di più varia natura, ma deve comunque essere un vincolo giuridico che sia idoneo allo scopo;
 - l'accordo di avvalimento deve riguardare una determinata gara;
 - l'accordo di avvalimento può essere utilizzato al fine di dimostrare i requisiti necessari per l'iscrizione in un sistema di qualificazione, ma solo a condizione che l'accordo di avvalimento intervenga tra imprese che fanno parte dello stesso gruppo societario; tale limitazione al rapporto infragruppo non opera, peraltro, nei settori speciali.

Rispetto alla direttiva 2004/18 e alla direttiva 2004/17, nel codice vengono fissati dei limiti volti a ridurre l'impatto dell'istituto con la realtà italiana, per impedire il rischio di inquinamento delle gare da parte di organizzazioni criminali.

In via esegetica, si è ritenuto che l'avvalimento va ritenuto ammissibile anche ove il soggetto ausiliario sia uno studio professionale e non un imprenditore¹¹⁸.

L'avvalimento non è invece ammissibile ove la legge prescriva in capo al concorrente il possesso di autorizzazioni di polizia (quale è l'autorizzazione ad esercitare attività di vigilanza privata), sicché correttamente in tale ipotesi esso viene escluso¹¹⁹.

2. L'avvalimento nelle singole gare.

L'art. 49, codice, disciplina l'avvalimento nelle singole gare.

In puntuale attuazione delle previsioni della direttiva, l'avvalimento è consentito in relazione ad una <<specifica gara di lavori, servizi, forniture>> e attiene alla dimostrazione del possesso dei <<requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo>>.

L'avvalimento costituisce un istituto operante *ex lege*, anche se nulla preveda il bando di gara¹²⁰.

Non può essere utilizzato l'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti di carattere generale e di idoneità morale, di cui all'art. 38, codice.

¹¹⁷ Sull'avvalimento prima dell'entrata in vigore del codice appalti v. G. BALOCCO, *L'istituto dell'avvalimento e i contrasti con la disciplina comunitaria*, in *Urb. e app.*, 2005, 973; M. NAPOLI, *Il principio comunitario di avvalimento dei requisiti di gara (Nota a Cons. St., sez. VI, 20 dicembre 2004 n. 8145)*, in *Urb. e app.*, 2005, 677; C. ZUCHELLI, *Avvalimento dei requisiti da altre imprese nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Cons. Stato*, 2005, II, 403.

¹¹⁸ Autorità di vigilanza, deliberazione 12 luglio 2007 n. 238 resa in sede di precontenzioso.

¹¹⁹ Autorità di vigilanza, deliberazione 27 giugno 2007 n. 209 resa in sede di precontenzioso.

¹²⁰ Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2008 n. 1856, in *Urb. e app.*, 2008, 990, con nota di M. RAGAZZO, *Avvalimento: ancora limiti e precisazioni* (991-1000); Tar Campania – Napoli, sez. VIII, 30 ottobre 2007 n. 10271, in *Urb. e app.*, 2008, 496, con nota di C. LENOCI; *Avvalimento: ammissibile anche se non previsto dalla lex specialis* (496-509).

Come è stato correttamente osservato, tra i requisiti di ordine soggettivo, non suscettibili di avvalimento, vi è quello che il concorrente sia legittimato ad operare stabilmente e in via principale nel settore economico al quale è riconducibile l'oggetto del contratto posto in gara¹²¹.

Al concorrente che si avvale sono imposti oneri documentali, in particolare l'allegazione di:

- l'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria;
- una dichiarazione verificabile ai sensi dell'art. 48, codice (cioè con il controllo a campione), attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria;
- una dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'art. 38, codice;
- una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38, codice;
- una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui 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 associata o consorziata né si trova in una situazione di controllo con una delle altre imprese che partecipano alla gara;
- in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

Secondo il regolamento, il contratto di avvalimento in gara deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente:

- a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico;
- b) durata;
- c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento (art. 88, co. 1, regolamento).

Nel caso di avvalimento nei confronti di un'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.

Secondo la giurisprudenza, il contratto di avvalimento è a forma libera e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo; costituisce prova idonea la compresenza, nella busta contenente i documenti del concorrente, della dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria e della dichiarazione dell'impresa ausiliata; in presenza di tale circostanza può ritenersi soddisfatto il requisito della verifica della volontà contrattuale di avvalimento tra impresa concorrente e impresa ausiliaria senza che sia necessaria documentazione ulteriore¹²². Tuttavia in mancanza di prova idonea, l'avvalimento non è consentito¹²³.

Secondo una impostazione più rigorosa, se è vero che la legge non richiede una particolare forma del contratto di avvalimento, comunque occorre fornire la prova dell'intervenuto accordo tra le parti ai sensi dell'art. 1321 c.c.

Si è esclusa la formazione dell'accordo se la società ausiliaria si limiti a dichiarare di impegnarsi a mettere a disposizione del "concorrente" (senza precisarne le generalità) i propri requisiti. Una tale dichiarazione, in mancanza dell'indicazione nel suo contesto dello specifico concorrente a cui favore si intende prestare ausilio, non può ritenersi univoca nel senso dell'assunzione di un impegno specifico. Né tale univocità può essere desunta dal semplice fatto che una dichiarazione del genere è stata inserita nella busta contenente i documenti dell'impresa concorrente, atteso che ciò non fornisce elementi di prova sul fatto che un tale inserimento sia avvenuto con l'assenso dell'impresa

¹²¹ G. FISCHIONE, *L'avvalimento: quid iuris? (prime note)*, in *www.giustamm.it*, 2006.

¹²² Tar Lazio – Roma, sez. II *ter*, 30 aprile 2008 n. 3637, in *Urb. e app.*, 2008, 990, con nota di M. RAGAZZO, *Avvalimento: ancora limiti e precisazioni* (991-1000).

¹²³ Tar Piemonte, sez. II, 17 marzo 2008 n. 430.

ausiliaria, la quale ultima risulti aver a sua volta presentato istanza per partecipare alla gara in qualità di mandante di un futuro raggruppamento con la società concorrente.

Né la previsione normativa italiana di allegare il contratto di avvilimento costituisce limitazione per l'operatore economico del diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti in contrasto con le direttive comunitarie, trattandosi soltanto di un onere probatorio che può essere assolto facilmente e tendente ad eliminare incertezze in ordine all'individuazione dei soggetti responsabili per le prestazioni oggetto del contratto di appalto¹²⁴.

Sono previste sanzioni nel caso di dichiarazioni mendaci: ferma restando l'applicazione dell'art. 38, lett. h), codice, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Trasmette inoltre gli atti all'Autorità, per le sanzioni di cui all'art. 6, co. 11, codice (art. 49, co. 3, codice).

E' previsto un regime di responsabilità solidale: il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 49, co. 4, codice).

E' sancita l'estensione degli obblighi previsti dalla normativa antimafia anche nei confronti del soggetto ausiliario (art. 49, co. 5, codice).

Nella versione originaria del codice, era imposto per legge il limite all'avvalimento, per ciascuna gara, di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria. Il bando di gara poteva tuttavia ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni; ma in tale ipotesi, per i lavori non era comunque ammesso il cumulo tra attestazioni di qualificazione SOA relative alla stessa categoria (art. 49, co. 6, codice, versione originaria).

Il co. 6 dell'art. 49, codice, è stato novellato dal terzo d.lgs. correttivo nel senso che solo per i lavori si applica il divieto legale di avvalersi di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'art. 40, co. 3, lett. b), codice, che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria.

Nella versione originaria del codice si consentiva che i bandi di gara, caso per caso, fissassero ulteriori limiti all'avvalimento: potevano infatti prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso (art. 49, co. 7, codice).

Con il terzo d.lgs. correttivo l'art. 49, co. 7, codice, viene integralmente abrogato, perché contestato dalla Commissione europea; anche la giurisprudenza nazionale ne aveva stigmatizzato la dubbia compatibilità comunitaria¹²⁵.

In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti (art. 49, co. 8, codice).

Tale limite è derogabile da parte del bando, che può prevedere 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 ad un massimo indicato nel bando stesso,

¹²⁴ Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2009 n. 743, in *Urb. e app.*, 2009, 564, con nota di L. MASI, *Avvalimento: il contratto è necessario* (567-571), che ha in parte qua riformato Tar Lazio n. 3637/2008 sopra citata.

¹²⁵ Così, incidentalmente, Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2008 n. 1856, cit.

impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario (art. 49, co. 9, codice).

Il limite dettato dall'art. 49, co. 8, codice, ha formato oggetto di interpretazione restrittiva da parte della giurisprudenza nazionale, nel senso che il divieto di partecipazione contemporanea dell'impresa avvalente e dell'impresa ausiliaria opera se le due imprese sono in concorrenza, ma non se fanno parte di un unico centro di interessi, sicché l'avvalimento è possibile per i soggetti facenti parte di un'a.t.i. non ancora costituita, sia utilizzando soggetti esterni, sia utilizzando soggetti interni all'a.t.i. medesima¹²⁶.

Per quanto attiene all'esecuzione del contratto, è disposto che lo stesso è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione (art. 49, co. 10, codice).

La versione originaria del codice aveva stabilito che l'impresa ausiliaria non può assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore, o di subappaltatore (art. 49, co. 10, codice).

La norma del codice che vieta l'affidamento in subappalto in favore dell'impresa ausiliaria (quella che ha prestato i requisiti) aveva suscitato perplessità nei primi commenti: si era infatti osservato che deve ammettersi la possibilità, per il concorrente, di qualificarsi con i requisiti di altra impresa alla quale affidare in subappalto le prestazioni correlate alle qualifiche non possedute: in sostanza il subappalto può rappresentare uno strumento attraverso il quale attuare l'avvalimento e la cooperazione tra imprese, o, in altri termini, il mezzo che dà conto dell'effettiva disponibilità delle risorse dell'impresa ausiliaria¹²⁷.

Tale previsione era stata peraltro sospesa dalla l. n. 228/2006, fino al 1° febbraio 2007.

Il primo d.lgs. correttivo ha modificato la norma nel senso propugnato dalla dottrina, stabilendo che <<l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati>>. La previsione originaria dell'art. 49, co. 10, codice, sospesa fino al 1° febbraio 2007, è stata pertanto dal 1° febbraio 2007 sostituita con la nuova formulazione dell'art. 49, co. 10.

E' assicurata la vigilanza dell'Autorità sugli avvalimenti, in quanto in relazione a ciascuna gara, la stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la pubblicità sul sito informatico presso l'Osservatorio (art. 49, co. 11, codice).

3. L'avvalimento infragruppo nell'ambito di sistemi di qualificazione.

Il codice disciplina anche l'avvalimento nell'ambito di sistemi di qualificazione (art. 50, codice).

Per i lavori, si demanda al regolamento la possibilità di conseguire l'attestazione SOA nel rispetto delle disposizioni previste dall'art. 49, codice, sempreché compatibili con i seguenti principi:

- a) tra l'impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliaria deve esistere un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359, co. 1 e 2, c.c.; oppure entrambe le imprese devono essere controllate da una stessa impresa ai sensi dell'art. 2359, co. 1 e 2, c.c.;
- b) l'impresa ausiliaria deve rilasciare una dichiarazione con la quale assume l'obbligo, anche nei confronti delle stazioni appaltanti, di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa ausiliata per tutto il periodo di validità dell'attestazione SOA;
- c) l'impresa ausiliata e l'impresa ausiliaria hanno l'obbligo di comunicare le circostanze che fanno venir meno la messa a disposizione delle risorse;
- d) in relazione a ciascuna gara si osservano comunque i co. 8 e 9 dell'art. 49, codice.

In definitiva, ai fini della qualificazione tramite sistemi legali è consentito avvalersi di requisiti altrui solo nell'ambito di rapporti infragruppo.

L'omessa o non veritiera comunicazione delle circostanze di cui al co. 1, lett. c), comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 6, co. 11, nonché la sospensione dell'attestazione SOA,

¹²⁶ Tar Lazio – Roma, sez. I, 22 maggio 2008 n. 4820, in *Urb. e app.*, 2008, 990, con nota di M. RAGAZZO, *Avvalimento: ancora limiti e precisazioni* (991-1000).

¹²⁷ G. FISCHIONE, *op. ult. cit.*

da parte dell'Autorità, sia nei confronti dell'impresa ausiliaria sia dell'impresa ausiliata, per un periodo da sei mesi a tre anni (art. 50, co. 2, codice).

L'attestazione di qualificazione SOA mediante avvalimento determina la responsabilità solidale dell'impresa concorrente e dell'impresa ausiliaria verso la stazione appaltante (art. 50, co. 3, codice).

Per quanto riguarda i servizi e le forniture, per i quali non opera il sistema SOA, è stabilito che le disposizioni dell'art. 50 si applicano, in quanto compatibili, ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei diversi servizi (art. 50, co. 4, codice, come novellato dal terzo d.lgs. correttivo).

Sempre in tema di avvalimento ai fini della qualificazione, con il terzo d.lgs. correttivo sono stati novellati l'art. 230, co. 4, e 232, co. 6, codice, che nel testo originario richiama integralmente gli artt. 49 e 50, codice, pure per i settori speciali. Viene ora esclusa l'applicazione dell'art. 50, co. 1, lett. a), che per l'avvalimento ai fini della qualificazione richiede un rapporto di controllo tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata. Infatti tale requisito è prescritto dalla direttiva 2004/18 (art. 52) per i settori ordinari, ma non dalla direttiva 2004/17 (art. 53) per i settori speciali.

Il regolamento dispone, per i lavori, che l'impresa ausiliata, per l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione, presenta alla SOA la dichiarazione con la quale l'impresa ausiliaria assume l'obbligo di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa ausiliata per tutto il periodo di validità dell'attestazione SOA rilasciata mediante avvalimento (art. 88, regolamento).

L'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata hanno l'obbligo di documentare alla SOA il rapporto di controllo tra le imprese ai sensi dell'art. 2359, co. 1 e 2 c.c., e di comunicare alla SOA e all'Autorità entro 15 giorni il venir meno di tale rapporto di controllo, ovvero le circostanze che fanno venir meno la messa a disposizione delle risorse.

Entro il successivo termine di quindici giorni, la SOA provvede a comunicare all'Autorità le informazioni ricevute e dispone la decadenza, entro lo stesso termine, dell'attestazione dell'impresa ausiliata.

L'impresa ausiliata, per conseguire la qualificazione, deve possedere:

- a) i requisiti di ordine generale in proprio;
- b) i requisiti di ordine speciale anche mediante i requisiti resi disponibili dall'impresa ausiliaria.

L'impresa ausiliata è sottoposta a tutti gli obblighi previsti, per le imprese attestate dalle SOA, secondo le disposizioni del regolamento.

Le SOA attestano le imprese ausiliate utilizzando uno specifico modello di attestazione predisposto e approvato dall'Autorità che richiama espressamente l'avvalimento ai sensi dell'art. 50, codice.

4. I dubbi di compatibilità comunitaria.

Il Tar del Lazio¹²⁸ ha indicato i gravi problemi sottesi all'impatto dell'istituto dell'avvalimento in Italia.

Il Tar non ha affrontato direttamente, perché non rilevante, la questione della compatibilità comunitaria dell'art. 49, codice.

Tuttavia la sentenza contiene un interessante *obiter dictum* su tale punto, laddove osserva che non può negarsi <<che l'applicazione dell'avvalimento nel nostro ordinamento susciti una serie di problematiche - posto che la disciplina nazionale dei contratti pubblici, oltre che la tutela della concorrenza e del mercato, considera gli interessi pubblici all'effettività del controllo, da parte delle stazioni appaltanti, sulla corretta esecuzione del contratto, ed al contrasto all'infiltrazione della criminalità organizzata>>.

¹²⁸ Tar Lazio – Roma, sez. I bis, 2 luglio 2007 n. 5896, in *Giurisprud. amm.*, 2007, II, 1624; *Urb. e app.*, 2007, 1547, con nota di M. GENTILE, *Avvalimento di impresa cinese: primi dubbi sull'istituto*.

E, invero, il codice ha dato un recepimento dell'avvalimento più restrittivo, rispetto al diritto comunitario, proprio in considerazione di alcuni interessi pubblici ritenuti preminenti su quello della concorrenza e del mercato, e in particolare l'interesse a prevenire infiltrazioni criminali nella fase di aggiudicazione dei contratti pubblici, infiltrazioni che sarebbero senza dubbio agevolate dal ricorso, da parte del concorrente, a imprese ausiliarie, divenendo più complessi e lunghi i controlli da parte delle stazioni appaltanti.

Si è visto nel paragrafo che precede come gli artt. 49, 50, 230 e 232, codice, sono stati novellati, in tema di avvalimento, per scongiurare la procedura di infrazione comunitaria.

5. L'avvalimento di requisiti di imprese extracomunitarie.

Il Tar del Lazio¹²⁹ ha fissato alcuni confini all'istituto dell'avvalimento e alla partecipazione ai pubblici appalti di imprese extracomunitarie, nella specie cinesi.

Nella specie si trattava di un appalto di fornitura di materiali di vestiario, equipaggiamento e casermaggio per l'esercito, indetto dal Ministero della difesa, il cui bando di gara circoscriveva la possibilità di avvalimento ai soli requisiti economico – finanziari, non consentendolo per quelli di carattere tecnico.

La società ricorrente veniva esclusa perché dichiarava di volersi avvalere, per i requisiti tecnici, di impresa avente sede in Cina.

In giudizio la ricorrente chiedeva la disapplicazione sia del bando, sia dell'art. 49, codice dei contratti pubblici, per contrasto con la direttiva 2004/18 che consente l'avvalimento per tutti i tipi di requisiti, compresi quelli tecnici.

Il Tar non ha affrontato direttamente tale questione, che pure è di rilevante importanza, ritenendola non rilevante nel caso specifico.

Infatti il Tar ha ritenuto assorbente la considerazione che l'impresa ausiliaria, che prestava i requisiti, non ha sede in ambito comunitario, bensì in Cina, dunque un Paese che esula dall'ambito applicativo dell'art. 47, co. 1, codice.

Infatti, pur avendo la Cina aderito al W.T.O., la decisione osserva che per gli Stati membri dell'U.E. l'applicazione delle disposizioni della direttiva 2004/18 non ha carattere vincolante nei confronti delle ditte appartenenti a Paesi firmatari dell'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del Commercio (W.T.O.); e ciò in quanto tale Accordo, come inequivocamente si evince dal settimo "considerando" della direttiva n. 2004/18, non ha effetti diretti nell'ordinamento comunitario essendone demandata alle amministrazioni aggiudicatrici che si conformano alla direttiva la sola opportunità e non l'obbligo di applicarne le relative disposizioni anche agli operatori economici dei Paesi firmatari dell'Accordo istitutivo del W.T.O.

Ulteriore argomento la sentenza trae dall'art. 47, codice, che ammette la partecipazione ad appalti pubblici delle ditte extracomunitarie stabilite in Paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, o in Paesi che, in base ad altre norme di diritto internazionale, o in base ad accordi bilaterali siglati con l'Unione Europea o con l'Italia, consentano la partecipazione ad appalti pubblici a condizioni di reciprocità.

Il predetto Accordo (che incorpora i risultati dei negoziati commerciali multilaterali dell'Uruguay Round sanciti nell'Accordo di Marrakech del 15 aprile 1994; prevede che tutti i membri del W.T.O. sono tenuti a garantire nei confronti di tutti gli altri membri dell'Organizzazione lo status di *most favourite nation*; comprende un elenco di accordi multilaterali e plurilaterali, solo i primi vincolanti per tutti i membri dell'O.M.C. del quale costituiscono parte integrante mentre i secondi, pur facendo parte dell'O.M.C. non comportano obblighi né diritti per i membri che non li hanno accettati) si compone di quattro allegati, l'ultimo dei quali, che include l'accordo sugli appalti pubblici, concerne accordi commerciali plurilaterali che risultano firmati solo da alcuni dei Paesi aderenti all'Organizzazione mondiale del commercio;

¹²⁹ Tar Lazio – Roma, sez. I *bis*, 2 luglio 2007 n. 5896, cit.

La decisione ha acclarato che la Repubblica popolare cinese, pur avendo aderito nel 2001 al W.T.O., non ha, a tutt'oggi, sottoscritto anche l'accordo sugli appalti pubblici che risulta nell'allegato 4 del citato Accordo istitutivo del W.T.O. Invero tale Stato – il cui mercato degli appalti pubblici rimane chiuso o con requisiti inaccettabili per le imprese comunitarie – si è impegnato ad avviare solo nel 2008 negoziati di adesione (peraltro attualmente tale accordo plurilaterale è in fase di rinegoziazione; e ciò anche al fine di eliminare il trattamento disparitario tra le piccole e medie imprese comunitarie e le analoghe imprese di quattro grandi Paesi firmatari dell'Accordo: Canada, Giappone, Usa e Corea che, pur potendo partecipare senza restrizioni agli appalti comunitari, hanno riservato un accesso preferenziale alle imprese nazionali negli appalti pubblici banditi nei relativi Paesi: cfr. il testo – reperibile sul sito [www.Europarl. Europa.eu.](http://www.Europarl.europa.eu) - delle interrogazioni presso la competente Commissione CE effettuate da alcuni europarlamentari nella giornata dell'1 febbraio 2007);

Secondo il Tar, mentre esiste per lo Stato comunitario un vincolo giuridicamente necessitato di conformazione alla direttiva CE sopra citata ed esiste, nei riguardi dell'operatore comunitario, un diritto di avvalersi della norma (*self executing*) che una facoltà gli conferisce (e di pretenderne l'applicazione), tale diritto (che si concreta, di fatto, nella pretesa della disapplicazione della normativa nazionale contrastante con quella comunitaria e nella pretesa dell'applicazione diretta della norma comunitaria *self executing*) certamente non sussiste (né se ne può pretendere l'applicazione) nei confronti di impresa non destinataria del co. 1 dell'art. 47, codice, la quale, peraltro, non detiene titolo alcuno che gli consenta di pretendere la partecipazione agli appalti comunitari.

Tale regola vale, secondo la sentenza, sia nelle ipotesi di partecipazione diretta dell'impresa extracomunitaria ad appalti comunitari che nell'ipotesi di partecipazione indiretta che, chiaramente, si realizza col ricorso all'istituto dell'avvalimento: e ciò in quanto l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto al contratto d'appalto, dovendosi essa impegnare, non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata, ma anche verso l'amministrazione aggiudicatrice a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente (l'ausiliario è infatti tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante), e tale impegno costituisce presupposto di legittimità del provvedimento di aggiudicazione.

In definitiva, sia in base alla direttiva comunitaria, sia in base all'art. 47, codice, le imprese cinesi non hanno titolo a partecipare agli appalti pubblici in Italia, in quanto la Cina, pur avendo aderito al W.T.O., non ha sottoscritto l'allegato accordo sugli appalti pubblici. Tale regola vale sia quando l'impresa cinese partecipi alla gara come concorrente, sia quanto si limiti a operare come impresa ausiliaria di concorrente italiano.

Tale conclusione non trova ostacolo nel principio comunitario di libera concorrenza, atteso che il diritto comunitario si prefigge una concorrenza <<sostenibile>>, che impone la *par condicio* degli operatori economici e viceversa non consente un allargamento acritico della base di partecipazione a favore di ditte i cui costi di gestione ambientale, operativi e tecnici sono imparagonabili a quelli delle imprese comunitarie, non essendo tenute al rispetto di norme (di derivazione comunitaria) a tutela del lavoro e dell'ambiente.

Sezione VIII – La qualificazione per i servizi inerenti l'ingegneria e l'architettura.

1. Profili generali.

I soggetti esterni cui possono essere affidati gli incarichi di progettazione, e gli altri servizi elencati nell'art. 90, co. 1, codice, sono:

- i liberi professionisti singoli od associati nelle forme di cui alla l. n. 1815/1939, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa;

- le società di professionisti;
- le società di ingegneria;
- i prestatori di servizi di ingegneria ed architettura di cui alla categoria 12 dell'allegato II A stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi;
- i raggruppamenti temporanei costituiti da liberi professionisti, società di professionisti, società di ingegneria, ai quali si applicano le disposizioni di cui all'art. 37, codice (in tema di a.t.i.) in quanto compatibili;
- i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria (art. 90, co. 1, lett. d), e), f), f-bis, g), h).

Il codice demanda al regolamento la fissazione dei requisiti organizzativi e tecnici che devono possedere le società di professionisti e le società di ingegneria (art. 90, co. 3, codice).

Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario dell'incarico, lo stesso deve essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali. Deve inoltre essere indicata, sempre nell'offerta, la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche. All'atto dell'affidamento dell'incarico deve essere dimostrata la regolarità contributiva del soggetto affidatario (art. 90, co. 7, codice).

In attuazione della previsione legale relativa al necessario espletamento dell'incarico da parte di professionista iscritto all'albo, il regolamento dispone che:

i raggruppamenti temporanei devono prevedere quale progettista la presenza di almeno un professionista laureato, abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello stato membro dell'Unione Europea di residenza. Ferma restando l'iscrizione al relativo albo professionale il progettista presente nel raggruppamento può essere:

- con riferimento ai soggetti di cui all'art. 90, co. 1, lett. d), codice, un libero professionista singolo o associato;
- con riferimento ai soggetti di cui all'art. 90, co. 1, lett. e), f), e f-bis, codice, un amministratore, un socio, un dipendente, un consulente su base annua con rapporto esclusivo con la società (art. 253, co. 5 regolamento).

2. Le società di professionisti.

Si intendono per società di professionisti le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai capi II, III e IV, titolo V, libro quinto, c.c., ovvero nella forma di società cooperativa di cui al capo I, titolo VI, libro quinto, c.c., che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale. I soci delle società agli effetti previdenziali sono assimilati ai professionisti che svolgono l'attività in forma associata ai sensi dell'art. 1, l. n. 1815/1939. Ai corrispettivi delle società si applica il contributo integrativo previsto dalle norme che disciplinano le rispettive Casse di previdenza di categoria cui ciascun firmatario del progetto fa riferimento in forza dell'iscrizione obbligatoria al relativo albo professionale. Detto contributo dovrà essere versato pro quota alle rispettive Casse secondo gli ordinamenti statutari e i regolamenti vigenti (art. 90, co. 2, lett. a), codice).

Secondo il regolamento le società di professionisti predispongono ed aggiornano l'organigramma comprendente i soggetti direttamente impiegati nello svolgimento di funzioni professionali e tecniche, nonché di controllo della qualità e in particolare:

- i soci;
- gli amministratori;
- i dipendenti;
- i consulenti su base annua, muniti di partiva IVA e che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell'ufficio di direzione lavori e che abbiano

fatturato nei confronti della società una quota superiore al 50 per cento del proprio fatturato annuo risultante dall'ultima dichiarazione IVA;

- i collaboratori a progetto in caso di soggetti non esercenti arti e professioni (art. 255, regolamento,. L'organigramma riporta altresì, l'indicazione delle specifiche competenze e responsabilità. Le società di professionisti sono tenute agli obblighi di comunicazione imposti dal regolamento.

3. Le società di ingegneria.

Si intendono per società di ingegneria le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII, titolo V, libro quinto, c.c., ovvero nella forma di società cooperative di cui al capo I, titolo VI, libro quinto, c.c., che non abbiano i requisiti di cui alla lett. a), che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale. Ai corrispettivi relativi alle predette attività professionali si applica il contributo integrativo qualora previsto dalle norme legislative che regolano la Cassa di previdenza di categoria cui ciascun firmatario del progetto fa riferimento in forza dell'iscrizione obbligatoria al relativo albo professionale. Detto contributo dovrà essere versato *pro quota* alle rispettive Casse secondo gli ordinamenti statutari e i regolamenti vigenti (art. 90, co. 2, lett. b), codice).

Secondo il regolamento al fine dell'affidamento dei servizi inerenti l'ingegneria e l'architettura, le società di ingegneria sono tenute a disporre di almeno un direttore tecnico, con funzioni di collaborazione alla definizione degli indirizzi strategici della società e di collaborazione e controllo sulle prestazioni svolte dai tecnici incaricati delle progettazioni, che sia dotato di laurea in ingegneria o architettura o in una disciplina tecnica attinente all'attività prevalente svolta dalla società, abilitato all'esercizio della professione da almeno dieci anni nonché iscritto, al momento dell'assunzione dell'incarico, al relativo albo professionale previsto dai vigenti ordinamenti ovvero abilitato all'esercizio della professione secondo le norme dei paesi dell'Unione Europea cui appartiene il soggetto. Al direttore tecnico o ad altro ingegnere o architetto da lui dipendente, laureato e abilitato all'esercizio della professione, ed iscritto al relativo albo professionale, la società delega il compito di approvare e controfirmare gli elaborati tecnici inerenti alle prestazioni oggetto dell'affidamento; l'approvazione e la firma degli elaborati comportano la solidale responsabilità civile del direttore tecnico o del delegato con la società di ingegneria nei confronti della stazione appaltante (art. 254, regolamento).

Sempre secondo il regolamento, il direttore tecnico è formalmente consultato dall'organo di amministrazione della società ogniqualvolta sono definiti gli indirizzi relativi all'attività di progettazione, si decidono le partecipazioni a gare per affidamento di incarichi o a concorsi di idee o di progettazione, e comunque quando si trattano in generale questioni relative allo svolgimento di studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni, direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica e studi di impatto ambientale.

Le società di ingegneria predispongono e aggiornano l'organigramma comprendente i soggetti direttamente impiegati nello svolgimento di funzioni professionali e tecniche, nonché di controllo della qualità e in particolare:

- i soci;
- gli amministratori;
- i dipendenti;
- i consulenti su base annua, muniti di partita IVA e che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell'ufficio di direzione lavori e che abbiano fatturato nei confronti della società una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo risultante dall'ultima dichiarazione IVA;
- i collaboratori a progetto in caso di soggetti non esercenti arti e professioni.

L'organigramma riporta, altresì, l'indicazione delle specifiche competenze e responsabilità. Se la società svolge anche attività diverse dalle prestazioni di servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, nell'organigramma sono indicate la struttura organizzativa e le capacità professionali espressamente dedicate alla suddetta prestazione di servizi. I relativi costi sono

evidenziati in apposito allegato al conto economico. L'organigramma e le informazioni di cui sopra, nonché ogni loro successiva variazione, sono comunicati all'Autorità entro trenta giorni dall'approvazione dei bilanci. La verifica delle capacità economiche finanziarie e tecnico-organizzative della società ai fini della partecipazione alle gare per gli affidamenti di servizi si riferisce alla sola parte della struttura dedicata alla progettazione. L'indicazione delle attività diverse da quelle appartenenti ai servizi di natura tecnica sono comunicate all'Autorità di vigilanza.

L'Autorità di vigilanza, su istanza delle società di ingegneria, chiede al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai direttori tecnici, i certificati del casellario giudiziale di cui all'art. 21, d.P.R. n. 313/2002, oppure le visure di cui all'art. 33, co. 1, del medesimo d.lgs. n. 313/2002.

4. I consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria.

I consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, devono essere formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nel settore dei servizi di ingegneria e architettura, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, e che abbiano deciso di operare in modo congiunto secondo le previsioni del co. 1 dell'art. 36, codice. È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile. Ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse, il fatturato globale in servizi di ingegneria e architettura realizzato da ciascuna società consorziata nel quinquennio o nel decennio precedente è incrementato secondo quanto stabilito dall'art. 36, co. 6, codice; ai consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria si applicano altresì le disposizioni di cui all'art. 36, co. 4 e 5 e di cui all'art. 253, co. 8, codice (art. 90, co. 1, lett. h), codice).

Secondo il regolamento al fine della partecipazione alle gare per l'affidamento dei servizi inerenti l'ingegneria e l'architettura, tali consorzi si qualificano, per la dimostrazione dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi prescritti, attraverso i requisiti dei consorziati; possono avvalersi anche dei requisiti maturati dalle singole società che partecipano al consorzio stabile nei cinque anni precedenti alla costituzione del consorzio stabile e comunque entro il limite di dieci anni precedenti la pubblicazione del bando di gara. I consorzi stabili sono tenuti agli obblighi di comunicazione imposti dal regolamento (art. 256, regolamento).

5. Gli incentivi per i giovani professionisti.

Il codice demanda al regolamento di definire le modalità per promuovere la presenza anche di giovani professionisti nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione, concorsi di idee (art. 90, co. 7, codice).

Il regolamento dispone che i raggruppamenti devono prevedere quale progettista la presenza di almeno un professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione (art. 253, co. 5, regolamento).

6. Le incompatibilità per i soggetti esterni.

Esistono due tipi di incompatibilità, di tipo interno alla gara di affidamento del servizio inerente l'ingegneria e l'architettura, e di tipo esterno, per l'affidatario di tale servizio.

L'incompatibilità <<interna>> è sancita dal regolamento, secondo cui è fatto anzitutto divieto ai concorrenti di partecipare alla medesima gara per l'affidamento di un appalto di servizi relativi all'ingegneria o all'architettura in più di un raggruppamento temporaneo ovvero di partecipare singolarmente e quali componenti di un raggruppamento temporaneo o di un consorzio stabile (art. 253, co. 1, regolamento).

Il medesimo divieto sussiste per i liberi professionisti qualora partecipi alla stessa gara, sotto qualsiasi forma, una società di professionisti o una società di ingegneria delle quali il professionista è amministratore, socio, dipendente, consulente o collaboratore (art. 253, co. 2, regolamento).

La violazione di tali divieti comporta l'esclusione dalla gara di entrambi i concorrenti.

L'incompatibilità <<esterna>> è sancita dal codice, secondo cui gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'art. 2359 c.c. I divieti di cui al presente co. sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti (art. 90, co. 8, codice).

Sezione IX – La qualificazione del contraente generale.

1. Le fonti normative.

La qualificazione del contraente generale è stata disciplinata con il d.lgs. n. 9/2005 che ha novellato il d.lgs. n. 190/2002. La relativa disciplina è stata ora trasfusa nel codice, negli artt. da 186 a 193. La disciplina primaria rinvia, per i profili attuativi al regolamento. Nelle more del regolamento, i profili attuativi sono stati disciplinati con d.m. 27 maggio 2005, il cui contenuto è stato ora trasfuso nel nuovo regolamento generale, che disciplina in dettaglio la qualificazione del contraente generale.

Inoltre l'art. 192, co. 5 e co. 6, codice, demandavano ad un d.m. l'istituzione di apposita commissione per l'esame dei ricorsi amministrativi in materia di qualificazione, e ad altro d.m. l'istituzione di una commissione consultiva. E' poi previsto un regolamento ministeriale per la disciplina delle spese della commissione ricorsi.

Tali due co. sono stati soppressi dal terzo d.lgs. correttivo del codice, in quanto tali due commissioni ministeriali erano da ritenere già ghigliottinate con effetto dal 15 maggio 2007 in virtù dell'art. 29, d.l. n. 223/2006, non avendo formato oggetto né del d.P.R. né del d.P.C.M. che hanno proceduto al riordino degli organismi e commissioni esistenti presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

2. Caratteristiche del sistema di qualificazione del contraente generale.

Il sistema di qualificazione del contraente generale viene tenuto distinto da quello comune, e viene gestito non dalle SOA, ma dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, a cui compete il rilascio dell'attestazione del possesso dei requisiti (art. 192, co 1., codice).

La qualificazione può essere chiesta da imprese singole in forma di società cooperative o commerciali, da consorzi di cooperative di produzione e lavoro, da consorzi stabili (art. 186, co. 1).

Non sono dunque previste le imprese artigiane e i concorsi di imprese artigiane (v. invece art. 34 codice).

Secondo il regolamento, possono chiedere la qualificazione di contraente generale anche le società a totale capitale pubblico, controllate e/o partecipate da capitale pubblico, anche in forma di agenzia, società pubbliche di progetto e simili (art. 97, regolamento).

Le classifiche di qualificazione sono tre (art. 186, codice), anziché otto, per importi ben più elevati rispetto a quelli previsti nel sistema ordinario: la prima classifica fino a 350 milioni di euro; la seconda fino a 700 milioni; la terza oltre settecento milioni (art. 186, co. 3, codice). L'importo della classifica III ai fini del rispetto dei requisiti di qualificazione è convenzionalmente stabilito pari a novecento milioni di euro (art. 186, co. 4, codice).

I contraenti generali non possono concorrere ad affidamenti di importo lordo superiore a quella della classifica di iscrizione, salva la facoltà di associarsi in a.t.i. (art. 186, co. 2, codice), mentre nel sistema ordinario la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto (art. 61, regolamento).

I requisiti di ordine speciale sono più rigorosi rispetto a quelli previsti per la qualificazione ordinaria (v. art. 189, codice).

E' necessario per la qualificazione il possesso di un sistema di qualità aziendale UNI EN ISO 9001, mentre per la qualificazione ordinaria non occorre il possesso di un sistema di qualità aziendale per le prime due classifiche, e occorre quello UNI EN ISO 9000 per le classifiche dalla sesta all'ottava. Non è contemplato l'avvalimento al fine del conseguimento della qualificazione (v. invece art. 50, codice).

L'attestazione dura tre anni, anziché cinque come quella rilasciata da SOA (art. 192, co. 2, codice).

La partecipazione di un'a.t.i. alla gara è consentita se tutti i componenti dell'a.t.i. hanno conseguito la qualificazione come contraente generale e se almeno un componente dell'a.t.i. abbia già da solo l'adeguata e competente classifica di qualificazione (artt. 186, co 2 e 191, co. 9, codice).

Tuttavia queste previsioni sono state ritenute illegittime per contrasto con il principio di proporzionalità e non discriminazione, nonché con gli artt. 47 e 48, direttiva 2004/18. Il giudice nazionale ha disapplicato tali previsioni, stante la prevalenza della normativa comunitaria sulla contrastante normativa nazionale¹³⁰.

Secondo il giudice nazionale con tale disciplina viene impedito a contraenti generali di minori dimensioni (e con correlati requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi) di allearsi, unendo tali requisiti, per concorrere all'affidamento di contratti di rilevanti dimensioni e dai quali altrimenti sarebbero inesorabilmente esclusi.

La predetta normativa nazionale vanifica dunque la *ratio* stessa dell'istituto dell'a.t.i. ed anzi, poiché non impedisce che tutte le imprese associate siano in possesso anche da sole delle competenti classifiche di partecipazione, rende addirittura possibile l'utilizzo della veste esteriore dell'a.t.i. per il perseguimento di scopi anticoncorrenziali ed oligopolistici.

Si tratta di un risultato paradossale, particolarmente rilevante in gare di più elevato importo in cui già non sono numerose le imprese singolarmente in possesso della relativa classifica di qualificazione.

Inoltre, il combinato disposto dei suddetti articoli appare al giudice nazionale anche in contrasto con i principi di proporzionalità e non discriminazione, dal momento che per i contraenti generali partecipanti alla gara in a.t.i. viene sostanzialmente richiesto un requisito di qualificazione (determinato dalla sommatoria delle classifiche dei singoli associati) che per le ragioni predette viene comunque a risultare superiore a quello dei partecipanti a titolo individuale.

Gli articoli in questione conducono dunque alla restrizione della concorrenza, in totale distonia con le finalità perseguite dal legislatore comunitario.

3. Requisiti per l'iscrizione.

Per conseguire l'attestazione di qualificazione come contraente generale occorre essere in possesso di:

1) un sistema di qualità aziendale UNI EN ISO 9001;

2) i requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38, codice; il che significa che i requisiti generali sono comuni al contraente generale e a tutti i concorrenti a pubbliche gare; tuttavia la dimostrazione dei requisiti di ordine generale non è necessaria se il richiedente è già in possesso di qualificazione SOA in corso di validità (art. 188, co. 2, codice; *art. 98, regolamento*).

Per la prova dei requisiti di ordine generale, il regolamento richiede quanto segue (art. 100, regolamento):

1) documenti relativi alla società:

- certificato di iscrizione dell'impresa al registro unico delle imprese, di cui agli artt. 2188 e ss., c.c., istituito presso le Camere di commercio, completo di attestazione antimafia.

¹³⁰ Tar Lazio – Roma, sez. III, 2 ottobre 2007 n. 9630, in *Guida al diritto*, 2007, fasc. 41, 83; *Urb. e app.*, 2008, 379, con nota di L. LOMBARDI, *General contractor: disapplicato il codice de Lise* (382-387).

- certificato della cancelleria fallimentare, attestante l'insussistenza dello stato di fallimento, di liquidazione o di cessazione dell'attività e l'inesistenza di procedure di fallimento, di concordato preventivo, di amministrazione controllata e di amministrazione straordinaria.
- dichiarazione sostitutiva rilasciata dal legale rappresentante circa l'inesistenza di irregolarità, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione italiana, di inesistenza di irregolarità in materia di contribuzioni sociali, di inesistenza di errore grave nell'esecuzione di lavori pubblici, nonché di false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione, di cui all'art. 38, co. 1, lett. e), f), g), h) ed i), codice.

2) documenti relativi ai soggetti (legali rappresentanti, amministratori muniti di rappresentanza, direttori tecnici, responsabili di cantiere e responsabili di progetto):

- certificato di cittadinanza italiana, o di altro Stato appartenente all'Unione europea, o dichiarazione sostitutiva. Nel caso di soggetti che abbiano cittadinanza di altro Stato appartenente all'Unione europea, al certificato deve essere unita, a cura del soggetto interessato, la traduzione in lingua italiana. Nel caso di soggetti che abbiano la cittadinanza di Stati non appartenenti all'Unione europea, il soggetto interessato deve provvedere in modo analogo, unendo inoltre copia della documentazione comprovante la regolarità della presenza nel territorio nazionale ai fini della prestazione lavorativa;
- dichiarazione sostitutiva concernente l'assenza di procedimento in corso per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3, l. n. 1423/1956, o di una delle cause ostative previste dall'art. 10, l. n. 575/1965;
- dichiarazione sostitutiva concernente l'inesistenza a proprio carico di sentenze definitive di condanna passate in giudicato, ovvero di sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., o di sentenze definitive di condanna passate in giudicato, anche nel caso di sussistenza del beneficio della non menzione. In ogni caso vanno indicate le eventuali condanne riportate, la data della sentenza e l'Autorità giudiziaria che le ha emesse, segnalando se è stata concessa amnistia, condono giudiziale, indulto, non menzione, anche se nulla risulta sul casellario giudiziario. Nel caso di soggetti aventi cittadinanza di altro Stato, la dichiarazione deve concernere anche l'inesistenza o l'eventuale esistenza di analoghe delibazioni da parte della locale giurisdizione penale, o autorità corrispondente.

Per la qualificazione delle società commerciali, delle cooperative e dei loro consorzi, dei consorzi tra imprese artigiane e dei consorzi stabili, i requisiti di cui al co. 1, lett. b.2), si riferiscono al direttore tecnico, ai responsabili di cantiere, ai responsabili di progetto e a tutti i soci se si tratta di società in nome collettivo; al direttore tecnico ai responsabili di cantiere, ai responsabili di progetto e a tutti gli accomandatari se si tratta di società in accomandita semplice; al direttore tecnico ai responsabili di cantiere, ai responsabili di progetto ed agli amministratori muniti di rappresentanza se si tratta di ogni altro tipo di società o di consorzio.

In caso di possesso, da parte del richiedente, dell'attestazione SOA per qualsiasi categoria e classifica, rilasciata da meno di cinque anni dalla data della domanda, la dimostrazione del possesso dei requisiti generali può essere soddisfatta tramite la produzione di copia conforme di detta attestazione SOA, nei limiti indicati dall'art. 98, co. 1, rubricato <<Procedimento e rilascio dell'attestazione, ad esclusione dei requisiti di ordine generale riferiti ai responsabili di cantiere ed ai responsabili di progetto, per i quali deve essere prodotta la documentazione di cui al co. 1, lett. b.2).

3) i requisiti di ordine speciale di cui all'art. 189, codice.

I requisiti di ordine speciale occorrenti per la qualificazione sono:

- a) adeguata capacità economica e finanziaria;
- b) adeguata idoneità tecnica e organizzativa;
- c) adeguato organico tecnico e dirigenziale (art. 189, co. 1, codice).

Per ognuno di questi requisiti sono indicati i presupposti e i criteri di dimostrazione nel regolamento.

L'adeguata capacità economica e finanziaria è dimostrata:

a) dal rapporto, risultante dai bilanci consolidati dell'ultimo triennio, tra patrimonio netto dell'ultimo bilancio consolidato, costituito dal totale della lett. a) del passivo di cui all'art. 2424 c.c., e cifra di affari annuale media consolidata in lavori relativa all'attività diretta e indiretta di cui alla lett. b). Tale rapporto non deve essere inferiore al dieci per cento, il patrimonio netto consolidato può essere integrato da dotazioni o risorse finanziarie addizionali irrevocabili, a medio e lungo periodo, messe a disposizione anche dall'eventuale società controllante. Ove il rapporto sia inferiore al dieci per cento, viene convenzionalmente ridotta alla stessa proporzione la cifra d'affari; ove superiore, la cifra di affari in lavori di cui alla lett. b) è incrementata convenzionalmente di tanti punti quanto è l'eccedenza rispetto al minimo richiesto, con il limite massimo di incremento del cinquanta per cento. Per le iscrizioni richieste o rinnovate a decorrere dal 1° gennaio 2006 il rapporto medio non deve essere inferiore al quindici per cento e continuano ad applicarsi gli incrementi convenzionali per valori superiori. Per le iscrizioni richieste o rinnovate a decorrere dal 1° gennaio 2009, il rapporto medio non deve essere inferiore al venti per cento, e continuano ad applicarsi gli incrementi convenzionali per valori superiori. Ove il rapporto sia inferiore ai minimi suindicati viene convenzionalmente ridotta alle stesse proporzioni la cifra d'affari;

b) dalla cifra di affari consolidata in lavori, svolti nel triennio precedente la domanda di iscrizione mediante attività diretta e indiretta, non inferiore a cinquecento milioni di euro per la classifica I, mille milioni di euro per la classifica II e milletrecento milioni di euro per la classifica III, comprovata con le modalità fissate dal regolamento. Nella cifra d'affari in lavori consolidata possono essere ricomprese le attività di progettazione e fornitura di impianti e manufatti compiute nell'ambito della realizzazione di un'opera affidata all'impresa (art. 189, co. 2, codice).

Secondo il regolamento, la prova della adeguata capacità economica e finanziaria avviene mediante i bilanci consolidati relativi agli ultimi tre anni, in copia autentica. Ai bilanci deve essere unita una relazione di analisi e di commento, rilasciata nella forma di cui all'art. 47, d.P.R. n. 445/2000, da società di revisione contabile, autorizzata ai sensi delle vigenti disposizioni, o da commercialista iscritto all'albo professionale, che assumono responsabilità solidale con il legale rappresentante dell'impresa, in ordine alla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 189, co. 2, lett. a) e b), codice (art. 100, regolamento).

L'adeguata idoneità tecnica e organizzativa è dimostrata dall'esecuzione con qualsiasi mezzo di un lavoro non inferiore al quaranta per cento dell'importo della classifica richiesta, ovvero, in alternativa, di due lavori di importo complessivo non inferiore al cinquantacinque per cento della classifica richiesta, ovvero, in alternativa, di tre lavori di importo complessivo non inferiore al sessantacinque per cento della classifica richiesta. I lavori valutati sono quelli eseguiti regolarmente e con buon esito e ultimati nel quinquennio precedente la richiesta di qualificazione, ovvero la parte di essi eseguita nello stesso quinquennio. Per i lavori iniziati prima del quinquennio o in corso alla data della richiesta, si presume un andamento lineare. L'importo dei lavori è costituito dall'importo contabilizzato al netto del ribasso d'asta, incrementato dall'eventuale revisione prezzi e dalle risultanze definitive del contenzioso eventualmente insorto per riserve dell'appaltatore diverse da quelle riconosciute a titolo risarcitorio. Per la valutazione e rivalutazione dei lavori eseguiti e per i lavori eseguiti all'estero si applicano le disposizioni dettate dal regolamento. Per lavori eseguiti con qualsiasi mezzo si intendono, in conformità all'art. 3, co. 7, codice, quelli aventi ad oggetto la realizzazione di un'opera rispondente ai bisogni del committente, con piena libertà di organizzazione del processo realizzativo, ivi compresa la facoltà di affidare a terzi anche la totalità dei lavori stessi, nonché di eseguire gli stessi, direttamente o attraverso società controllate. Possono essere altresì valutati i lavori oggetto di una concessione di costruzione e gestione aggiudicata ai sensi della legge quadro e delle altre leggi regionali vigenti. I certificati dei lavori indicano l'importo, il periodo e il luogo di esecuzione e precisano se questi siano stati effettuati a regola

d'arte e con buon esito. Detti certificati riguardano l'importo globale dei lavori oggetto del contratto, ivi compresi quelli affidati a terzi o realizzati da imprese controllate o interamente possedute, e recano l'indicazione dei responsabili di progetto o di cantiere; i certificati sono redatti in conformità al modello di cui all'allegato XXII (art. 189, co. 3, codice).

Per le iscrizioni richieste o rinnovate fino al 31 dicembre 2013, il possesso dei requisiti di adeguata idoneità tecnica e organizzativa può essere sostituito dal possesso di attestazioni SOA ai sensi del regolamento, per importo illimitato in non meno di tre categorie di opere generali per la classifica I, in non meno di sei categorie, di cui almeno quattro di opere generali per la classifica II e per la classifica III, in nove categorie, di cui almeno cinque di opere generali (art. 189, co. 5, codice).

Secondo il regolamento, l'adeguata idoneità tecnica ed organizzativa è dimostrata sino alla copertura del requisito richiesto dall'art. 189, co. 3, codice, dalla presentazione di certificati lavori di cui all'allegato XXII al codice, indicati dal contraente generale e acquisiti dal Ministero tramite il casellario informatico o tramite le stazioni appaltanti (art. 100, regolamento).

Sino al 31 dicembre 2013, i soggetti in possesso di attestazioni SOA per classifica illimitata, possono documentare l'esistenza del requisito a mezzo copia conforme delle attestazioni possedute, nei limiti di validità di cui all'art. 98, co. 1, regolamento, secondo quanto prescritto dall'art. 189, co. 5, codice (art. 357, co. 27, regolamento).

L'adeguato organico tecnico e dirigenziale è dimostrato:

a) dalla presenza in organico di dirigenti dell'impresa in numero non inferiore a quindici unità per la classifica I, venticinque unità per la classifica II e quaranta unità per la classifica III;

b) dalla presenza in organico di direttori tecnici con qualifica di dipendenti o dirigenti, di responsabili di cantiere o di progetto, ai sensi delle norme UNI-ISO 10006, dotati di adeguata professionalità tecnica e di esperienza acquisita in qualità di responsabile di cantiere o di progetto di un lavoro non inferiore a trenta milioni di euro per la classifica I, cinquanta milioni di euro per la classifica II e sessanta milioni di euro per la classifica III, in numero non inferiore a tre unità per la classifica I, sei unità per la classifica II e nove unità per la classifica III; gli stessi soggetti non possono rivestire analogo incarico per altra impresa e producono a tale fine una dichiarazione di unicità di incarico. L'impresa assicura il mantenimento del numero minimo di unità necessarie per la qualificazione nella propria classifica, provvedendo alla sostituzione del dirigente, direttore tecnico o responsabile di progetto o cantiere uscente con soggetto di analoga idoneità; in mancanza si dispone la decadenza della qualificazione o la riduzione della classifica (art. 189, co. 4, codice).

Secondo il regolamento, l'adeguato organico tecnico e dirigenziale è dimostrato mediante:

a) estratto autentico del libro unico del lavoro, comprensivo della copia dei contratti di collaborazione ivi registrati, attestante la presenza in organico, con riferimento alla qualificazione richiesta, dei dirigenti dell'impresa, dei direttori tecnici e dei responsabili di cantiere o di progetto.

Per i responsabili di cantiere o di progetto non presenti in organico, deve essere esibita copia autentica del contratto di incarico professionale in atto;

b) per la dimostrazione dell'esperienza e professionalità tecnica acquisita dai soggetti interessati (direttori tecnici, responsabili di cantiere e responsabili di progetto), certificati lavori attestanti il soggetto preposto, ovvero, in mancanza, dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà resa dagli interessati, attestante le esperienze acquisite in qualità di responsabile di cantiere o di progetto, come da modello in allegato F;

c) certificato del titolo di studio dei direttori tecnici in conformità all'art. 87, co. 2. Nel caso di titolo di studio conseguito in stati non appartenenti all'Unione Europea, deve essere unita la documentazione comprovante il possesso del titolo abilitativo richiesto dalla normativa vigente nella Repubblica italiana;

d) dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà resa dai direttori tecnici, responsabili di cantiere o di progetto attestante l'unicità dell'incarico, come da modello di cui all'allegato F (art. 100, regolamento).

4. Qualificazione dei consorzi stabili.

I consorzi stabili sono qualificati sulla base della somma dei requisiti di qualificazione posseduti dalle singole imprese consorziate. Ai fini della qualificazione del contraente generale é richiesto che la qualificazione sia raggiunta sommando i requisiti di non più di cinque consorziati per la classifica I e non più di quattro consorziati per la classifica II e III. I consorziati assumono responsabilità solidale per la realizzazione dei lavori affidati al consorzio in regime di contraente generale (art. 190, co. 1, codice).

Per i consorzi stabili:

- a) i requisiti di ordine generale devono essere posseduti da ciascun consorziato e dal consorzio;
- b) il requisito di cui all'art. 187, lett. a), codice, sistema di qualità aziendale, qualora non posseduto dal consorzio, deve essere posseduto da ciascuno dei consorziati che concorrono ai requisiti per la qualificazione;
- c) il requisito di cui all'art. 189, co. 2, lett. b), codice, cifra d'affari in lavori, è convenzionalmente incrementato del venti per cento nel primo anno di vita del consorzio, del quindici per cento nel secondo anno e del dieci per cento nel terzo, quarto e quinto anno. Per i consorzi già costituiti, il termine per l'aumento convenzionale decorre dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 9/2005;
- d) il requisito di cui all'art. 189, co. 3, codice, lavoro di punta, può essere dimostrato tenendo conto di singoli lavori eseguiti da consorziati diversi. Tale requisito può essere conseguito alternativamente, con il più consistente lavoro realizzato da uno dei consorziati, con i due più consistenti lavori realizzati da non più di due consorziati, con i tre più consistenti lavori realizzati compiuti da non più di tre consorziati;
- e) all'aggiudicazione del primo affidamento, il consorzio stabile costituisce un fondo consortile non inferiore a dieci milioni di euro per la classifica I, a quindici milioni di euro per la classifica II, a trenta milioni di euro per la classifica III di qualificazione. Tale importo sarà ridotto del trenta per cento, qualora il requisito di cui all'art. 189, co. 2, lett. a), codice, sia pari ad un valore compreso tra il quindici e il venti per cento, ovvero del cinquanta per cento qualora il suddetto requisito sia superiore al venti per cento. A decorrere dal 1° gennaio 2009, l'importo è ridotto del trenta per cento qualora il requisito sia superiore al trenta per cento ovvero del cinquanta per cento qualora il requisito sia superiore al quaranta per cento;
- f) il consorzio stabile ha facoltà di costituire una società di progetto, alla quale si applica, tra l'altro, il regime di responsabilità previsto dal presente capo. Ove non si avvalga di tale facoltà il consorzio stabile deve comunque adeguare il proprio fondo consortile al capitale richiesto dal bando, ove superiore a quello di cui alla lett. e) (art. 190, co. 3, codice).

Il regolamento, per la qualificazione del consorzio stabile, richiede la seguente documentazione (art. 101, regolamento):

- a) certificazione di qualità di cui all'art. 187, co. 1, lett. a), codice, conforme alle norme UNI EN ISO 9001; qualora non posseduta dal consorzio, deve essere posseduta da ciascuno dei consorziati che concorrono ai requisiti per la qualificazione;
- b) il possesso dei requisiti di ordine generale deve essere dimostrato sia dal consorzio che da ciascuna delle consorziate mediante la presentazione dei documenti di cui all'art. 100, co. 1 e 2;
- c) il possesso dei requisiti di ordine speciale deve essere dimostrato mediante la presentazione da parte del consorzio e/o delle consorziate dei documenti previsti dal regolamento per le imprese singole.

In caso di possesso, da parte del consorzio e da parte delle imprese consorziate, dell'attestazione SOA per qualsiasi categoria e classifica, rilasciata da meno di cinque anni dalla data della domanda, la documentazione del possesso dei requisiti di ordine generale può essere soddisfatta tramite la produzione di copia conforme di detta attestazione SOA, nei limiti di validità di cui all'art. 98, co. 1, secondo e terzo periodo, regolamento ad esclusione dei requisiti di ordine generale riferiti ai responsabili di cantiere ed ai responsabili di progetto, per i quali deve essere prodotta la documentazione di cui al co. 1, lett. b.2).

5. Qualificazione dei consorzi di cooperative.

I consorzi di cooperative di produzione e lavoro previsti dalla l. n. 422/1909, e dal d.lgs.C.P.S. n. 1577/1947, sono qualificati sulla base dei propri requisiti, determinati con le modalità previste dal regolamento (art. 190, co. 2, codice).

I consorzi di cooperative possono conferire le attività di contraente generale di cui siano aggiudicatari, esclusivamente a propri consorziati ammessi al sistema di qualificazione, per qualunque classifica. In tale caso:

- a) la prevista assegnazione delle attività deve essere comunicata dal consorzio in sede di qualifica e, per le procedure aperte, in sede di offerta;
- b) le imprese assegnatarie non possono partecipare alla gara;
- c) i requisiti delle imprese assegnatarie possono essere fatti valere dal consorzio per la qualifica alla gara, ai sensi dell'art. 191, codice;
- d) il consorzio, per effetto dell'aggiudicazione, resta solidalmente responsabile con la cooperativa assegnataria nei confronti del soggetto aggiudicatore per la buona esecuzione del contratto. Ove l'assegnazione sia effettuata in favore di più di una cooperativa, si procede alla costituzione di una società di progetto ai sensi del presente capo. Nel caso in cui il consorzio non partecipi alla società di progetto, rimane comunque responsabile in solido con le cooperative assegnatarie e con la società di progetto, ovvero con la sola società di progetto ove siano state prestate le garanzie sostitutive di cui al codice (art. 190, co. 4, codice).

Il regolamento, per la qualificazione dei consorzi di cooperative, richiede la seguente documentazione (art. 102, regolamento):

- a) certificazione di qualità conforme alle norme UNI EN ISO 9001;
- b) il possesso dei requisiti di ordine generale, di cui all'art. 188, codice, deve essere dimostrato dal consorzio mediante la presentazione dei documenti di cui all'art. 100, co. 1, lett. b), e 2;
- c) il possesso dei requisiti di ordine speciale deve essere dimostrato mediante la presentazione da parte del consorzio dei documenti di cui all'art. 100, co. 1, lett. c.1) e c.2), e da parte del consorzio e/o delle consorziate dei documenti di cui all'art. 100, co. 1, lett. c.3).

In caso di possesso, da parte del consorzio, di attestazione SOA per qualsiasi categoria e classifica, rilasciata da meno di cinque anni dalla data della domanda, la documentazione del possesso dei requisiti di ordine generale può essere soddisfatta tramite la produzione di copia conforme di detta attestazione SOA, nei limiti di validità di cui all'art. 98, co. 1, secondo e terzo periodo, regolamento, ad esclusione dei requisiti di ordine generale riferiti ai responsabili di cantiere ed ai responsabili di progetto, per i quali deve essere prodotta la documentazione di cui al co. 1, lett. b.2).

6. Imprese stabilite in Stati diversi dall'Italia

Le imprese, stabilite negli altri Stati di cui all'art. 47, co. 1, codice, che intendano richiedere la qualificazione di contraente generale secondo l'ordinamento italiano, attestata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, devono presentare la domanda nelle forme prescritte dall'art. 97, regolamento ed allegare la documentazione conforme alle normative vigenti nei rispettivi Paesi, unitamente ai documenti tradotti in lingua italiana da traduttore ufficiale, che ne attesta la conformità al testo originale in lingua madre (art. 103, regolamento).

Qualora dette imprese intendano qualificarsi alla singola gara, producono la documentazione, di cui all'art. 47, co. 2, codice, unitamente ai documenti tradotti in lingua italiana da traduttore ufficiale, che ne attesta la conformità al testo originale in lingua madre.

7. Procedimento di qualificazione.

Le attività del Sistema di qualificazione dei contraenti generali di cui all'art. 186, co. 1, codice, riferite al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sono svolte dalla competente struttura individuata nel regolamento di organizzazione del Ministero (art. 97, co. 1, regolamento).

Le imprese che intendono ottenere la qualificazione a contraente generale presentano la relativa domanda inviandola, unitamente alla documentazione dei requisiti necessari per la classifica di qualificazione richiesta, e all'attestato del versamento degli oneri previsti, e a mezzo posta raccomandata con avviso di ricevimento del servizio postale, ovvero mediante agenzia di recapito autorizzate, ovvero recapitata a mano, ovvero mediante posta certificata, al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. La domanda deve essere compilata su modello conforme all'allegato E. La domanda deve essere datata e recare la sottoscrizione del legale rappresentante dell'impresa in ciascuna pagina. Parimenti, il legale rappresentante deve dichiarare sotto la propria responsabilità i documenti allegati, specificando per ciascuno di essi il numero delle pagine costituenti il documento, ciascuna delle quali deve recare, in calce, la sigla del legale rappresentante e l'indicazione della data in cui detta sigla è stata apposta. Alla domanda, pena il non rilascio dell'attestazione, l'impresa allega la copia su supporto informatico della documentazione presentata, autenticata con firma digitale, con formati di memorizzazione stabiliti dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e resi noti sul sito informatico istituzionale del Ministero (art. 97, co. 2, regolamento).

Il Ministero effettua i controlli di cui all'art. 71, d.P.R. n. 445/2000, e provvede, nel caso di dichiarazioni mendaci, agli adempimenti di cui all'art. 76 del medesimo decreto.

Ricevuta la domanda, viene verificata la completezza della medesima, e della documentazione allegata. Nel caso di verifica positiva dei contenuti della domanda e della allegata documentazione, all'impresa viene data comunicazione dell'apertura del procedimento amministrativo, con indicazione del nominativo del responsabile del procedimento e dei dati di riferimento dello stesso (dislocazione dell'ufficio, numero telefonico, numero di telefax e indirizzo di posta elettronica). Il termine di tre mesi di cui all'art. 192, co. 2, codice, decorre, in caso di verifica positiva, dalla data di ricevimento della domanda di qualificazione, fatta salva l'ipotesi di incompletezza.

Nel caso di incompletezza della domanda e/o della documentazione ne viene data comunicazione all'impresa, ai fini dell'integrazione. In tal caso, il termine di tre mesi decorre dalla data di ricevimento delle integrazioni richieste (art. 97, co. 3, regolamento). La richiesta interrompe, dunque, sino alla ricezione dei chiarimenti, delle precisazioni e/o della documentazione integrativa, la decorrenza del termine di tre mesi.

I dati sensibili acquisiti nell'ambito del procedimento di qualificazione del contraente generale sono trattati esclusivamente nell'ambito dell'ufficio, e conservati nel rispetto del diritto alla protezione dei dati, adottando idonee misure di sicurezza per prevenire eventi lesivi della riservatezza (art. 97, co. 4, regolamento).

L'attestazione va rilasciata o negata entro tre mesi dalla ricezione di tutta la documentazione necessaria (art. 192, co. 2, codice), e dunque dalla data di ricevimento della domanda, fatta salva l'ipotesi di incompletezza della stessa, nel qual caso il termine di tre mesi decorre dalla data di ricevimento delle integrazioni richieste (art. 97, co. 3, regolamento).

Quanto agli oneri, ai sensi dell'art. 40, co. 4, lett. e), codice, l'allegato C – parte II, regolamento, definisce i criteri per la determinazione degli oneri per la procedura di attestazione della qualificazione a contraente generale (art. 97, co. 5, regolamento).

Il Ministero, conclusa la fase istruttoria, in un termine comunque non superiore a due mesi dall'avvio del procedimento e fatta salva l'eventuale interruzione del termine, trasmette gli atti assunti, corredati di relazione, ai fini di riscontro tecnico, al Consiglio superiore dei lavori pubblici, che provvede nel termine improrogabile di quindici giorni. Acquisito il detto riscontro, il Ministero procede, nei quindici giorni successivi, all'adozione del provvedimento di attestazione, ovvero di motivato diniego, del possesso della qualifica di "contraente generale" da parte dell'impresa. Ove, a seguito del suddetto riscontro da parte del Consiglio superiore, sia necessario richiedere all'impresa ulteriore documentazione integrativa, il termine di quindici giorni, assegnato al Ministero, decorre dall'acquisizione della documentazione richiesta.

Il provvedimento di attestazione, o di diniego della stessa, è comunicato all'impresa interessata ed all'Autorità di vigilanza. Del rilascio dell'attestazione viene altresì dato avviso sul sito informatico Ministero (art. 98, co. 3, regolamento).

Il Ministero provvede successivamente, ai fini di monitoraggio, a verifiche, a campione, del mantenimento del possesso dei requisiti richiesti da parte delle imprese attestata, acquisendo le informazioni necessarie dalle imprese medesime, o d'ufficio. In assenza di riscontro da parte delle imprese alle richieste di informazione nel termine di trenta giorni, procede a formale diffida per lettera raccomandata, imponendo all'impresa attestata l'ulteriore termine perentorio di quindici giorni per fornire le informazioni richieste. Trascorso inutilmente anche il detto termine, l'attestazione rilasciata cessa di avere validità. L'attestazione, rilasciata dal Ministero, cessa comunque di avere validità ove l'impresa cui è stata rilasciata venga a perdere anche uno soltanto dei requisiti richiesti e documentati per la qualificazione. Il Ministero cura le conseguenti comunicazioni all'impresa interessata, all'Autorità di vigilanza, e assicura, altresì, che venga dato avviso sul sito informatico del Ministero (art. 98, co. 4, regolamento).

8. Variazione della classifica, cessazione e decadenza dell'attestazione.

Nel caso l'impresa già qualificata intenda richiedere la variazione della classifica attestata, la medesima può presentare la relativa domanda intesa ad attivare un nuovo procedimento di rilascio dell'attestazione per la nuova classifica (art. 98, co. 5, regolamento) .

Nei casi di cessazione automatica della validità dell'attestazione, l'impresa interessata può attivare un nuovo procedimento di rilascio, anche per la diversa classificazione per la quale sia in possesso dei requisiti richiesti (art. 98, co. 6, regolamento) .

Le imprese attestata sono tenute a comunicare al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, entro trenta giorni dal suo verificarsi, ogni variazione relativa ai requisiti di ordine generale (art. 98, co. 7, regolamento) .

Qualora il Ministero disponga la decadenza dell'attestazione di qualificazione, lo stesso provvede a darne pubblicità sul proprio sito informatico. Durante l'esecuzione dei lavori, i soggetti aggiudicatori verificano, attraverso il sito informatico del Ministero, che non sia intervenuta, nei confronti dell'esecutore e del subappaltatore, la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci. Ove sia intervenuta la decadenza dell'attestazione dell'esecutore, si procede alla risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 135, co. 1-*bis*, codice; ove sia intervenuta la decadenza dell'attestazione del subappaltatore, il soggetto aggiudicatore pronuncia la decadenza dell'autorizzazione al subappalto, dandone contestuale segnalazione all'Osservatorio per l'inserimento nel casellario informatico (art. 98, co. 8, regolamento).

9. Rinnovo della qualificazione.

L'attestazione ha un'efficacia triennale (art. 192, co. 2, codice).

Entro il terzo mese precedente alla data di scadenza dell'attestazione il contraente generale trasmette al Ministero tutta la documentazione necessaria ad ottenere il rinnovo. Il rinnovo dell'attestazione è rilasciato ovvero motivatamente negato entro tre mesi dalla ricezione di tutta la documentazione necessaria. In caso di ritardo nel rinnovo, imputabile all'amministrazione, l'attestazione scaduta resta valida, ai fini della partecipazione alle gare e per la sottoscrizione dei contratti, fino al momento del rilascio di quella rinnovata (art. 192, co. 2, codice).

Secondo il regolamento, il procedimento di rinnovo richiede la stessa documentazione necessaria per il primo rilascio, e si svolge con le stesse modalità (art. 99 regolamento).

10. Tutela.

Contro i provvedimenti in materia di qualificazione (diniego, ritardo, diniego di rinnovo) è ammesso ricorso amministrativo all'apposita commissione istituita con d.m. infrastrutture (art. 192, codice).

Si tratta di un ricorso gerarchico improprio.

In difetto di regole procedurali specifiche, si applica la disciplina generale sui ricorsi amministrativi recata dal d.lgs. n. 1199/1971.

Sezione X – La qualificazione nei settori speciali.

1. La qualificazione nei settori speciali.

L'art. 230, codice stabilisce un regime unitario per tutti gli enti aggiudicatori.

Devono tutti applicare l'art. 38 per i requisiti di carattere generale.

Per l'accertamento dei requisiti di capacità tecnico – professionale ed economico – finanziaria, alla luce degli artt. 15 e 22, d.lgs. n. 158/1995, si stabilisce che:

- gli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici, o istituiscono un proprio sistema di qualificazione, o applicano gli artt. da 39 a 48 (vale a dire le regole dettate per i settori ordinari);
- gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, possono: o istituire propri sistemi di qualificazione; o applicare gli artt. da 39 a 48; o accertare i requisiti di capacità tecnico – professionale ed economico – finanziaria secondo criteri oggettivi e non discriminatori in conformità ai criteri desumibili dagli artt. da 39 a 48.

Viene richiamata la disciplina dettata per i settori ordinari in tema di avvalimento, agli artt. 49 e 50 (art. 230, co. 4, codice).

Viene poi previsto che il regolamento di cui all'art. 5 detta le disposizioni attuative dell'art. 230, stabilendo gli eventuali ulteriori requisiti di capacità tecnico – professionale ed economico – finanziaria per i lavori, servizi, forniture, nei settori speciali, anche al fine dell'attestazione e certificazione SOA.

Viene precisato che i sistemi di qualificazione istituiti dagli enti aggiudicatori ai sensi dei co. 2 e 3 dell'art. 230 si applicano esclusivamente ai contratti relativi alle attività di cui alla parte III del codice.

Il regolamento in tema di qualificazione nei settori speciali, prevede che:

- 1) i requisiti di qualificazione di cui agli artt. 232, co. 1, 3 e 4 e 233, co. 1, codice sono stabiliti dagli enti aggiudicatori in relazione alla normativa tecnica, alle regole dell'arte, alle omologazioni e alle esigenze di sicurezza e continuità del servizio reso dagli enti aggiudicatori, che caratterizzano le attività rientranti nei settori di cui agli artt. da 208 a 213, codice (art. 340, co. 1, regolamento);
- 2) gli enti aggiudicatori possono stabilire una maggiore o minore estensione temporale del periodo, rilevante ai fini della dimostrazione dei requisiti di idoneità richiesti, fissato dagli artt. 41 e 42, codice (art. 340, co. 2, regolamento);
- 3) a titolo esemplificativo, i requisiti di qualificazione possono riguardare:
 - a) la soglia minima di fatturato specifico riferita al settore nel quale opera l'ente aggiudicatore;
 - b) la esecuzione di contratti analoghi a quelli oggetto di affidamento nello specifico settore in cui opera l'ente aggiudicatore e per un importo complessivo minimo definito da quest'ultimo;
 - c) la disponibilità di stabilimenti, impianti, attrezzature e mezzi tecnici efficienti ed adeguati, in relazione alle specificità delle prestazioni contrattuali oggetto di affidamento e alle garanzie di sicurezza e continuità del servizio pubblico che deve rendere l'ente aggiudicatore;
 - d) idonea struttura organizzativa con disponibilità in organico di ruoli professionali e risorse adeguate, in relazione alle specificità delle prestazioni contrattuali oggetto di affidamento e alle garanzie di sicurezza e continuità del servizio pubblico che deve rendere l'ente aggiudicatore;
 - e) requisiti relativi alla organizzazione aziendale per la qualità (art. 340, co. 3, regolamento);
- 4) in ogni caso, i requisiti e la durata del periodo rilevante per la loro dimostrazione, sono fissati nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza, comunque in modo da escludere ingiustificate o abusive limitazioni della concorrenza (art. 340, co. 4, regolamento).