

Maurizio Greco

LA QUALIFICAZIONE NEI LAVORI PUBBLICI

Seconda edizione riveduta e aggiornata
con richiami di giurisprudenza

Collana dossier

a cura di
Alessandro Massari



Maurizio Greco

LA QUALIFICAZIONE NEI LAVORI PUBBLICI
Seconda edizione riveduta e aggiornata con richiami di giurisprudenza



INDICE

1. I requisiti generali. Definizione. Non frazionabilità
2. Differenza tra idoneità statica e idoneità dinamica. Le novità della L. 166/2002 e il “miniregolamento Martinat”
3. I singoli requisiti generali. In particolare, il problema dei reati incidenti sulla moralità professionale. Indirizzi giurisprudenziali
4. Il venir meno dei requisiti soggettivi
5. Altri requisiti generali previsti dalla legislazione speciale
6. La documentazione dei requisiti generali
7. Altre questioni. Il problema delle situazioni di collegamento tra concorrenti
8. I requisiti speciali. La regola generale. La sufficienza della qualificazione nella prevalente
9. L’obbligo di subappalto
10. Il problema delle categorie a qualificazione obbligatoria
11. L’associazione con se stesso
12. L’obbligo di associazione in verticale
13. Il problema se il divieto di subappalto si estenda anche alle opere generali
14. La differenza tra qualificazione del subappaltatore e qualificazione del mandante in verticale
15. L’associazione orizzontale nella scorporabile. La legge 166/2002
16. Ancora sulla qualificazione nelle lavorazioni scorporabili degli appalti di importo compreso tra 150.000 euro e 1.500.000 euro
17. La qualificazione delle associazioni orizzontali. L’incremento del quinto
18. Contrasti giurisprudenziali sulla necessità di dichiarare la quota di partecipazione al raggruppamento
19. Il possesso del sistema di qualità o di elementi del sistema di qualità. Il caso delle associazioni d’imprese e dei consorzi stabili
20. La qualificazione nell’appalto integrato
21. Il caso della quota progettazione inferiore a 100.000 euro
22. Problemi relativi a singole categorie. La OG 11
23. La OS 2
24. Le OS 6, OS 7 e OS 8
25. La c.d. ‘cooptazione’
26. Cessione di ramo aziendale e requisiti di qualificazione
27. La qualificazione nei lavori accessori nelle forniture e servizi
28. Il valore delle pronunce dell’Autorità di vigilanza in tema di qualificazione
29. Il problema della normativa regionale in materia di qualificazione
30. La qualificazione negli appalti di importo pari o inferiore a 150.000 euro
31. In particolare, l’adeguata attrezzatura tecnica
32. Ancora sul problema dei lavori analoghi
33. La documentazione del possesso dei requisiti ed i relativi controlli
34. Segue. Le trattative private sotto i 100.000 euro ai sensi dell’art. 24, 1° comma, lett. 0a) della L. 109/1994

(tutte le massime sono tratte da Appalti&contratti - www.appaltiecontratti.it)

1. I requisiti generali. Definizione. Non frazionabilità

Si tratta, come ampiamente noto, di quei requisiti essenziali “di carattere morale e di affidabilità sotto il profilo dell'ordine pubblico”, che sono indefettibili e che pertanto anche in caso di raggruppamento di concorrenti debbono essere posseduti da ognuno dei componenti.

In caso di consorzi che si qualificano “in proprio” ma fanno eseguire l'appalto da imprese consorziate, analogamente, i requisiti debbono essere posseduti sia dal consorzio sia, almeno, dalla consorziata esecutrice.

Consiglio di Stato sez.V 5/9/2005 n. 4477

APPALTI DI SERVIZI - PARTECIPAZIONE DI CONSORZI - REQUISITI GENERALI DI IDONEITA' MORALE E CAPACITA' GIURIDICA - VANNO VERIFICATI IN CAPO AL CONSORZIO ED ALLE SINGOLE IMPRESE DESIGNATE QUALE ESECUTRICI - RAGIONI

1. Il possesso dei requisiti generali di partecipazione alla gara d'appalto, relativi alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico, quello economico, nonché della moralità, va verificato non solo in capo al consorzio, ma anche alle singole imprese designate quali esecutrici del servizio. La prevalente giurisprudenza di questo Consiglio ritiene cumulabili i soli requisiti di natura tecnica e non quelli di natura formale relativi alla regolarità della gestione delle imprese (Cons. Stato, VI, 11 dicembre 2001, n. 6218). Anche se il consorzio costituisce di per sé un soggetto autonomo, disciplinato da una normativa speciale di favore (in considerazione dello scopo mutualistico), sono sempre le singole società consorziate, non prive di autonoma personalità e soprattutto di distinta organizzazione d'impresa, ad assumere concretamente le opere (ed i servizi) in appalto attraverso il consorzio appositamente costituito.

Tribunale Amministrativo Regionale Veneto sez.I 17/2/2005 n. 690

1. APPALTI DI SERVIZI - PARTECIPAZIONE DI CONSORZI DI COOPERATIVE - REQUISITI DI QUALIFICAZIONE - REQUISITI TECNICO-ECONOMICI - DEVONO ESSERE POSSEDUTI DAL CONSORZIO - REQUISITI MORALI - VANNO VERIFICATI IN CAPO A CIASCUNA DELLE IMPRESE CONCRETAMENTE INCARICATE DELL'ESECUZIONE

1. I requisiti di natura economica e tecnica necessari per la partecipazione alla gara devono essere posseduti autonomamente dal Consorzio di Cooperative "quale unico soggetto che partecipa alla gara ed assume il vincolo contrattuale", laddove quelli relativi alla regolarità della gestione, sotto il profilo della moralità e dell'ordine pubblico, devono essere verificati in capo a ciascuna delle Imprese concretamente incaricate dell'esecuzione della prestazione.

Tribunale Amministrativo Regionale Puglia sez.I 22/3/2005 n. 1271

1. GARA D'APPALTO - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE - CONSORZI - REQUISITI MORALI - DEVONO ESSERE POSSEDUTI DALL'IMPRESA CONSORZIATA DESIGNATA QUALE ESECUTRICE DEI LAVORI

1. La giurisprudenza consolidata ha sempre distinto, fra i requisiti di partecipazione alla gara, quelli di ordine tecnico e di qualificazione da quelli di ordine morale, generale e di affidabilità sotto il profilo di ordine pubblico economico (fra cui pacificamente rientra anche quello attestato dalla dichiarazione ex art. 17 L. nr. 68/99 in ordine all'assunzione di soggetti disabili), precisando, quanto all'ipotesi di partecipazione alla gara di un consorzio, che i requisiti rientranti nella seconda categoria devono essere posseduti e specificamente documentati non dal consorzio in sé, ma dalla singola impresa consorziata indicata quale esecutrice dei lavori (cfr. ex plurimis Cons. Stato, Sez. VI, 29.4.2003, nr. 2183; Sez. V, 20.1.2002, nr. 507; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 24.3.2004, nr. 742; T.A.R. Veneto, Sez. I, 3.3.2004, nr. 467; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 14.6.2003, nr. 1008; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 3.2.2003, nr. 199).

Tribunale Amministrativo Regionale Veneto 3/3/2004 n. 467

1. GARA D'APPALTO - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE - REQUISITI DI CARATTERE MORALE E AFFIDABILITA' SOTTO IL PROFILO ORDINE PUBBLICO - CONSORZI - DEVONO ESSERE POSSEDUTI DAL CONSORZIO E DALLE SINGOLE IMPRESE CONSORZiate

1. I "requisiti di carattere morale e di affidabilità sotto il profilo dell'ordine pubblico" devono essere posseduti (e dimostrati) sia dal consorzio che partecipa ad una gara pubblica sia dalle singole consorziate, in particolare da quelle indicate quali esecutrici dell'appalto (si veda, a titolo di esempio e da ultimo: C.S., sez. VI, n. 2183 del 29.4.2003 e, specialmente, sez. V, n. 507 del 20.1.2002).

Le fattispecie che possono incidere sul possesso dei requisiti sono annotati sull'apposito casellario informatico ex art. 27 dpr 34/2000 istituito presso l'Autorità di vigilanza sui ll.pp.; tale annotazione, però, non è vincolante per la stazione appaltante.

Tribunale Amministrativo Regionale Basilicata 21/12/2005 n. 1050

APPALTI DI LL.PP. - ANNOTAZIONI SUL CASELLARIO INFORMATICO A CARICO IMPRESA CONCORRENTE - NON IMPONGONO ESCLUSIONE AUTOMATICA - VALUTAZIONE DA PARTE DELLA STAZIONE APPALTANTE - NECESSITA' - EFFETTO PRECLUSIVO ALLA PARTECIPAZIONE ALLA GARA - NON SUSSISTE

Le annotazioni riportate sul casellario informatico a carico di un'impresa, tranne che non si tratti di sospensione dalla partecipazione espressamente ed autonomamente disposta dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, non impongono affatto l'automatica esclusione delle imprese annotate da parte delle stazioni appaltanti, ma l'annotazione ha solo la finalità di rendere pubblicamente noto il fatto annotato, la cui valutazione ai fini dell'esclusione o meno dalla gara resta sempre demandata alla singola stazione appaltante: del resto, né l'art. 75 del d.p.r. n. 554 né l'art. 27 del d.p.r. n. 34/00 attribuiscono all'annotazione un automatico effetto preclusivo alla partecipazione alle gare per l'affidamento di concessioni o appalti di lavori pubblici (cfr. T.A.R. Marche, 12/4/05 n. 292).

Consiglio Giustizia Amm. Regione Siciliana Sezione giurisdizionale 17/10/2005 n. 674

1. APPALTI DI LL.PP. - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE - REQUISITI GENERALI EX ART.75 DPR 554/1999 - DEVONO RIGUARDARE TUTTI GLI AMMINISTRATORI E DIRETTORI TECNICI IN CARICA OVVERO CESSATI DURANTE L'INTERO TRIENNIO

2. APPALTI DI LL.PP. - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE - REQUISITI GENERALI EX ART.75 DPR 554/1999 - ESCLUSIONE DA UNA GARA - ANNOTAZIONE NEL CASELLARIO INFORMATICO - NON COMPORTA EX SE ESCLUSIONE DA ALTRE PROCEDURE DI GARA

1. In tema di requisiti morali e di produzione documentale per la partecipazione a gare di appalto, le certificazioni penali devono riguardare - in base al richiamato art. 75, comma 1, lett. c) del D.P.R. n. 554/99, come modificato dal D.P.R. 30 agosto 2000, n. 412 - tutti i soggetti, amministratori e direttori tecnici delle società partecipanti, in carica ovvero cessati, durante l'intero triennio antecedente la pubblicazione del bando; con ciò si pone a carico delle ditte stesse un onere di documentazione ossia la ricostruzione "storica" delle cariche sociali, nell'arco dell'ultimo triennio.

2. L'esclusione da una gara, annotata nel casellario informatico non comporta - ex se - automaticamente l'esclusione della ditta da altre procedure di gara. Tale effetto consegue, invece, all'esito negativo della verifica dei chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante.

Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Palermo sez.III 27/7/2005 n. 1319

APPALTI DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE - ANNOTAZIONI CASELLARIO INFORMATICO - EFFICACIA QUALE AUTOMATICA CAUSA DI ESCLUSIONE - VA ESCLUSA

La giurisprudenza esclude l'efficacia automatica dell'annotazione (TAR Roma, III, sentenza 12 agosto 2003, n. 7052), conformemente alla posizione dell'Autorità di Vigilanza secondo cui in ogni caso la annotazione non costituisce motivo di automatica esclusione da successive gare d'appalto a cui l'impresa annotata intenda partecipare.

Tribunale Amministrativo Regionale Piemonte sez.II 22/10/2005 n. 3261

APPALTI DI LL.PP. - FALSITA' DICHIARAZIONI CONCERNENTI POSSESSO REQUISITI DI QUALIFICAZIONE - PROVA IN POSSESSO DELLA STAZIONE APPALTANTE - MANCATO INSERIMENTO INFORMAZIONE NEL CASELLARIO EX ART.27 DPR 34/2000 - IRRILEVANZA

Se è vero che l'art. 27 del d.p.r. 34/2000 prevede la comunicazione all'Osservatorio dei Lavori Pubblici, ed il conseguente inserimento nel casellario informatico, quali conseguenze del procedimento di verifica di cui all'art. 10, comma 1 quater - ritiene il Collegio, tuttavia, che tali sanzioni debbano essere applicate anche nei casi in cui di tale procedimento non vi sia neppure bisogno, risultando già provata in atti la falsità delle dichiarazioni concernenti la capacità economica dell'impresa interessata:

non avrebbe senso, infatti, impedire l'applicazione della sanzione laddove si realizza la medesima situazione di fatto che l'anzidetto procedimento di verifica mira ad accertare.

2. Differenza tra idoneità statica e idoneità dinamica. Le novità della L. 166/2002 e il “miniregolamento Martinat”.

Sul punto, è intervenuta la pronuncia del Tribunale Amministrativo Regionale Marche 3/2/2004 n. 24.

Nella specie si dibatteva, tra l'altro, circa l'interpretazione della lett. g) dell'art. 75 del D.P.R. n.554/99.

Secondo il Tar, se ogni irregolarità fiscale, in qualsiasi tempo commessa, dovesse comunque comportare l'impossibilità di partecipare ad una gara per l'affidamento di un appalto di lavori pubblici, sussisterebbe una ingiustificabile e rilevante disparità di trattamento rispetto alle ipotesi della precedente lett. c) che, invece, anche quando incidono sull'affidabilità morale e professionale, tanto non consente se interviene un provvedimento di riabilitazione o di estinzione del reato; ed è noto principio di diritto che tra più interpretazioni astrattamente possibili di un atto regolamentare va preferita quella più conforme a legittimità e ragionevolezza.

E', quindi, senz'altro più consono alla *ratio* dell'art. 75 del D.P.R. n.554/99 che anche le irregolarità definitivamente accertate in materia tributaria, per poter validamente giustificare l'esclusione, debbano incidere sulla suddetta affidabilità; inoltre, anche per queste irregolarità, allorché la stazione appaltante ravvisa, nell'esercizio del suo potere discrezionale, che incidano sull'affidabilità morale e professionale, deve essere compiutamente esternato l'*iter* logico valutativo seguito.

In termini più generali, peraltro, il Collegio afferma che per gli appalti superiori all'importo di € 150.000,00 la Stazione appaltante non può disattendere l'attesto S.O.A., diversamente valutando i requisiti "generali" dell'aspirante contraente con la Pubblica Amministrazione.

Infatti – sostiene il Tar – anche se l'art. 75 del D.P.R. n.554/99 è stato introdotto nel relativo regolamento generale dall'art. 2 del D.P.R. 30 agosto 2000, n.12, cioè in epoca successiva al D.P.R. 25 gennaio 2000, n.34, il suo contenuto precettivo va coordinato con le disposizioni del secondo decreto presidenziale, relativo, appunto, al nuovo sistema di qualificazione delle imprese che, nel titolo III, ha stabilito in dettaglio i requisiti necessari per la qualificazione.

Infatti, tra quelli di ordine generale l'art. 17, I comma, lett. c) indica, in modo sostanzialmente identico, quelli della corrispondente lett. c) dell'art. 75, I comma, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n.554, mentre nella declaratoria successiva lett. e), formulata in modo identico, indica anche quelli indicati nella lett. g) dell'art. 75 citato.

Orbene, poiché l'art. 28, comma 3, del D.P.R. n.34/2000 demanda alla stazione appaltante l'accertamento dei requisiti stabiliti nel titolo III dello stesso decreto presidenziale solo per gli appalti di importo inferiore o pari a €150.000,00 - per i quali, appunto, non è richiesto l'attestato S.O.A. - deve dedursi che l'accertamento di che trattasi, per gli appalti di importo superiore, sono riservati agli organismi abilitati al rilascio dell'attestato.

Del resto, conclude la pronuncia, aderendo alla conclusione opposta si dovrebbe ammettere una inutile duplicazione di accertamento sugli stessi requisiti, per di più con possibili esiti diversi e, di fatto, verrebbe attribuita una inspiegabile, generale inefficacia all'attestato S.O.A., malgrado le dettagliate disposizioni che il D.P.R. n.34/2000 stabilisce per il suo rilascio e per gli organismi a tanto abilitati.

Si distingue (determinazione n. 16-23 del 5 dicembre 2001 dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici) tra idoneità di tipo "statico" (quella certificata dall'attestazione di qualificazione) e di tipo "dinamico" (quella effettuata nella singola gara).

La prima è la conformità ai requisiti stabiliti al primo comma dell'art. 17, d.p.r. n. 34/2000:

a) cittadinanza italiana o di altro Stato appartenente all'Unione europea, ovvero residenza in Italia per gli stranieri imprenditori ed amministratori di società commerciali legalmente costituite, se appartengono a Stati che concedono trattamento di reciprocità nei riguardi di cittadini italiani;

b) assenza di procedimento in corso per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575;

c) inesistenza di sentenze definitive di condanna passate in giudicato ovvero di sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale a carico del titolare, del legale rappresentante, dell'amministratore o del direttore tecnico per reati che incidono sulla moralità professionale;

d) inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contribuzione sociale secondo la legislazione italiana o del paese di residenza;

e) inesistenza di irregolarità, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione italiana o del paese di provenienza;

f) iscrizione al registro delle imprese presso le competenti camere di commercio, industria, agricoltura e artigianato, ovvero presso i registri professionali dello Stato di provenienza, con indicazione della specifica attività di impresa;

g) insussistenza dello stato di fallimento, di liquidazione o di cessazione dell'attività;

h) inesistenza di procedure di fallimento, di concordato preventivo, di amministrazione controllata e di amministrazione straordinaria;

i) inesistenza di errore grave nell'esecuzione di lavori pubblici;

l) inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, attinenti l'osservanza delle norme poste a tutela della prevenzione e della sicurezza sui luoghi di lavoro;

m) inesistenza di false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione.

La seconda è la conformità ai requisiti stabiliti dal primo comma dell'art. 75 d.p.r. 554/1999, che riguardano i concorrenti:

a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di amministrazione controllata o di concordato preventivo o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;

b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423; il divieto opera se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società;

c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale; il divieto opera se la sentenza è stata emessa nei confronti del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso il divieto opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data

di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata. (Seguivano alcune parole non ammesse al "Visto della Corte dei conti). Resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale;

d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55;

e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici;

f) che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara;

g) che abbiano commesso irregolarità, definitivamente accertate, rispetto gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;

h) che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici.

La prima teorizzazione è di Circolare Min. LL.PP. Prot. 182/400/93 del 1 marzo 2000, secondo cui il fatto che l'impresa sia in possesso di qualificazione rilasciata da SOA non significa che la stessa sia in possesso dei requisiti d'ordine generale, vuoi perché i requisiti soggettivi devono necessariamente sussistere nell'attualità rispetto alla data dell'attestazione, vuoi perché la sufficienza dell'attestazione di qualificazione è dalla norma espressamente limitata ai requisiti economico - finanziari e tecnico - organizzativi e non ad altre situazioni.

La successiva determinazione n. 7/2002 del 17 aprile 2002 dell'Autorità di Vigilanza ricorda la previsione relativa alla trasmissione di informazioni all'Osservatorio dei lavori pubblici da parte delle imprese qualificate (articolo 27, comma 3, del DPR 25 gennaio 2000 n. 34).

In particolare vengono in rilievo le informazioni relative alle variazioni dei requisiti di ordine generale, che sono trasmesse tramite invio all'Autorità, a cura delle imprese cui esse si riferiscono, di apposite comunicazioni.

L'istituto è connesso all'entrata a regime del Casellario informatico delle imprese qualificate, nel quale vanno inseriti dati e notizie concernenti le imprese e rilevanti al fine della ammissione alle gare e che sono a disposizione di tutte le stazioni appaltanti per l'individuazione delle imprese nei cui confronti sussistono cause di esclusione dalle procedure di affidamento di lavori pubblici (art. 27, comma 5, D.P.R. 34/2000).

E' noto che i requisiti di carattere generale, inerenti all'affidabilità del contraente, oltre a dover sussistere alla data di sottoscrizione del contratto per il rilascio dell'attestazione di qualificazione, devono permanere al momento della partecipazione alle specifiche procedure di affidamento e di stipulazione dei contratti.

E' l'art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, nel testo introdotto dall'art. 2 del D.P.R. 30 agosto 2000, n. 412, che prevede che vanno esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti le imprese che versano in una delle situazioni di incompatibilità previste da tale norma.

Viene perciò a distinguersi tra idoneità di tipo "statico" (quella certificata dall'attestazione di qualificazione) e di tipo "dinamico" (quella verificata nella singola gara).

Al momento della qualificazione delle imprese vi è, secondo tale impostazione, una certificazione di idoneità di tipo statico, implicante una generale capacità giuridica alla stipulazione dei contratti, sia pure limitata alla durata dell'efficacia dell'attestazione (Aut. Vig. LL.PP., det. 16-23/2001).

In occasione della singola gara vi sarebbe invece una verifica di tipo dinamico sulla perdurante attualità di detta idoneità e sulla legittimazione a contrarre del concorrente.

Il problema invece evidentemente non si pone per le imprese non attestate che sono soggette esclusivamente alla verifica ex art. 75 d.p.r. 554/1999.

Il sistema così ricostruito non si è sottratto alle puntuali critiche della più avvertita dottrina, che ha evidenziato da un lato l'inopportunità di una dualità di requisiti di ordine generale, dall'altro ha sottolineato che ragionevolezza e proporzionalità vorrebbero semmai che l'elencazione ex art. 75 fosse meno ampia e dettagliata di quella ex art. 17 d.p.r. 34/2000, dovendosi pretendere una maggiore garanzia del rispetto dei requisiti di ordine generale per le imprese che si sottopongono al procedimento di attestazione da parte di una SOA, atteso che saranno quelle che potranno aggiudicarsi gli appalti di valore più elevato (R. Damonte, Commento alla circolare LL.PP.22 giugno 2000, in "Urbanistica e Appalti", n. 1/2001, pagg. 28 ss.).

Vi è da chiedersi se tale ricostruzione, comprensibile quando il "Casellario" istituito presso l'osservatorio dei lavori pubblici non era ancora entrato in funzione, possa sopravvivere alla sopravvenuta effettività dell'obbligo di comunicare le variazioni dei requisiti di ordine generale e, più in generale, alla confluenza nel casellario stesso di tutte le notizie e comunicazioni previste tanto dal d.p.r. 34/2000 quanto dal regolamento generale.

L'Autorità ha affermato nella citata determinazione n. 16-23/2001 che dal confronto delle norme di cui agli indicati artt. 17 e 27 del D.P.R. 34/2000 e 75 del D.P.R. 554/1999 e successive modificazioni è dato rilevare che, pur non essendovi perfetta coincidenza tra le ivi descritte fattispecie, le stesse sono tutte relative a medesimi fatti e circostanze incidenti sull'affidabilità morale, economica e professionale del concorrente.

Tanto è vero che l'Autorità ha ritenuto che le stazioni appaltanti debbano procedere ad una immediata verifica circa il possesso dei requisiti generali dei concorrenti al fine della loro ammissione alla gara, sulla base dei riscontri rilevabili dai dati risultanti dal Casellario.

Allora, idoneità statica ed idoneità dinamica tendono a sovrapporsi.

Le tipologie sono tre:

- coincidenza tra requisito ex art. 75 e requisito ex art. 17 (es. inesistenza di false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione, nell'interpretazione data dalla stessa Autorità);
- requisito ex art. 75 assorbito o meno ampio del requisito ex art. 17 (es. l'amministrazione straordinaria è considerata causa di esclusione dalla qualificazione ma non dall'art. 75);
- requisito ex art. 75 ulteriore o più ampio del requisito ex art. 17 (es. non aver violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'art. 17, 3° comma della legge 19 marzo 1990, n. 55; infrazioni debitamente accertate ad ogni obbligo derivante dal rapporto di lavoro; grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara).

Pertanto il problema si pone esclusivamente per la terza tipologia di difformità tra requisiti ex art. 17 ed ex art. 75, stante l'obbligo istituito di comunicare ogni variazione rispetto al requisito ex art. 17, variazione che risulterà annotata nel casellario.

Per i requisiti ulteriori o più ampi rispetto all'art. 17 non si può invece non rilevare che, stante in particolare l'obbligo di comunicazione istituito in capo alle stazioni appaltanti di inoltrare relazioni dettagliate sul comportamento dell'impresa (oggetto anch'esso di richiami da parte dell'Autorità), le situazioni di che trattasi ordinariamente dovrebbero anch'esse risultare dai dati in possesso dell'osservatorio dei lavori pubblici.

Anche perché alcune situazioni (come ad es. quella relativa alla violazione degli obblighi inerenti il rapporto di lavoro) debbono per l'appunto ex art. 75 essere verificate mediante i dati in possesso dell'osservatorio (la presenza o meno presso lo stesso di tali informazioni viene pertanto a costituire una presunzione iuris rispetto all'idoneità in ordine a tale requisito).

In conclusione, già prima delle innovazioni introdotte dalla L. 166/2002 - tenuto anche conto che le verifiche effettuabili dalle stazioni appaltanti ex art. 10 comma 1-quater della legge non riguardano i requisiti generali - è apparsa sostenibile un'interpretazione sistematica della normativa in base alla quale, dopo l'attivazione del casellario informatico, le amministrazioni non siano, in realtà, più tenute ad alcuna verifica sul possesso dei requisiti d'ordine generale (com'è chiaro, sempre limitatamente alle imprese attestate).

Dell'accertamento di eventuali false dichiarazioni in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, dovrebbe infatti farsi carico lo stesso osservatorio, come desumibile dalla norma in base alla quale la falsità deve risultare dai dati in possesso di quest'ultimo.

L'osservatorio è, a sua volta, in possesso dei dati perché:

- le variazioni rispetto al requisito ex art. 17 coincidente con l'art. 75 devono essere comunicate a quest'ultimo (dalle imprese e non dalle stazioni appaltanti);
- il requisito ex art. 75 non assorbito nel requisito ex art. 17 e nelle sue successive variazioni (es. requisito inerte in senso lato il "comportamento" dell'impresa nel corso di esecuzione di appalti) deve comunque risultare dai dati in possesso dell'osservatorio (tramite relazioni dettagliate, ecc.).

Si può ritenere, pertanto, che l'Autorità con la determinazione n. 16/23-2001 abbia riversato sulle stazioni appaltanti un obbligo di verifica spettante a quest'ultima, tenuto conto che è compito dell'osservatorio dei lavori pubblici istituito presso l'Autorità mettere a disposizione di tutte le stazioni appaltanti dati e notizie per l'individuazione delle imprese nei cui confronti sussistono cause di esclusione dalle procedure di affidamento di lavori pubblici (art. 27, comma 5, D.P.R. 34/2000).

D'altro canto, non pare conforme ai generali canoni di semplificazione e non aggravamento del procedimento amministrativo sottoporre ad una ulteriore verifica documentale gara per gara imprese che hanno già subito uno "screening" in sede di rilascio dell'attestazione di qualificazione (continuando a subirlo, essendo ex lege obbligate a comunicare qualsiasi variazione), e che inoltre sono oggetto anche del monitoraggio sul proprio comportamento concretizzantesi nelle relazioni dettagliate inoltrate all'Autorità dalle stazioni appaltanti.

Certo non possono sottacersi dubbi sulla ragionevolezza della norma che costringe le imprese ad "autodenunciarsi" rispetto al venir meno dei requisiti generali di partecipazione, esponendole tra l'altro a consistenti rischi in caso di mancata comunicazione non dovuta a colpe specifiche, laddove il mutamento del requisito giuridico, in perfetta buona fede, può non essere di facile e immediata percepibilità.

Tali dubbi peraltro non fanno venire meno l'effettività della norma, che a sua volta fa insorgere per l'appunto la domanda per quale motivo le stazioni appaltanti dovrebbero provvedere a loro volta a comunicare le variazioni attraverso la verifica dei requisiti ex art. 75.

In tale contesto, la L. 166/2002, nel prolungare a cinque anni la validità dell'attestazione, introduce, tra l'altro, la verifica triennale (meglio, "entro il terzo anno") del mantenimento dei requisiti di ordine generale delle imprese attestata da parte delle SOA.

Se spetta alle SOA la verifica del mantenimento dei requisiti di ordine generale (in via di ulteriore canale di aggiornamento delle risultanze del Casellario rispetto ai dati nello stesso già presenti), non pare dubbio che tale compito potrebbe ritenersi esclusivo di queste ultime, come per tutte le attività espletate dalle medesime.

In tal senso può dirsi superato l'equivoco scaturito dal rilievo che il d.p.r. 34/2000 afferma esplicitamente soltanto che l'attestazione "copre" i requisiti speciali.

In realtà la norma già poteva leggersi nel senso che tale affermazione non esclude che l'attestazione riguardi anche i requisiti d'ordine generale (d'altronde esplicitamente oggetto di verifica da parte delle SOA).

A maggior ragione questo pare oggi sostenibile nel momento in cui la verifica è effettuata per legge dalla SOA in un momento diverso e successivo al rilascio dell'attestazione.

Con determinazione n. 27/2002, confermata dalla determinazione n. 31/2002, l'Autorità afferma la sussistenza di un nesso tra prolungamento della durata a cinque anni e emanazione del regolamento sulle modalità di verifica della permanenza dei requisiti al terzo anno.

L'Ance aveva contestato la posizione assunta da Palazzo Campanari in merito alla durata dell'attestazione.

In realtà la tesi espressa dall'Ance pareva condivisibile mancando, almeno sul piano testuale della norma, la suddetta connessione; né pareva decisivo al riguardo il rilievo riferito all'elaborazione, nelle more, di una bozza di regolamento da parte del governo (che vi ha provveduto proprio in forza della posizione assunta dall'Autorità).

Nel suddetto regolamento 93/2004 di modifica del d.p.r. 34/2000 si prevede quanto segue:

- all'art. 15, il comma 5 è sostituito dai seguenti commi:

"5. La durata dell'efficacia dell'attestazione è pari a cinque anni con verifica entro il terzo anno del mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché dei requisiti di capacità strutturale di cui al successivo art. 15 bis. La efficacia delle attestazioni già rilasciate alla data di entrata in vigore della L. 1 agosto 2002 n. 166 è prorogata a 5 anni. La validità dell'attestazione resta pari a tre anni in riferimento alla qualificazione relativa alla categoria dei lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti al Decreto 03/08/00 n. 294 come modificato dal D.M. 24/10/01 n. 420.

5-bis Almeno tre mesi prima della scadenza del termine, l'impresa che intende conseguire il rinnovo dell'attestazione deve stipulare un nuovo contratto con la medesima SOA o con un'altra autorizzata."

- dopo l'art. 15 è aggiunto il seguente articolo:

"Art. 15-bis (verifica triennale)

1. Almeno sessanta giorni prima della scadenza del previsto termine triennale, l'impresa deve sottoporsi alla verifica di mantenimento dei requisiti presso la stessa SOA che ha rilasciato l'attestazione oggetto della revisione; la SOA nei trenta giorni successivi compie l'istruttoria.

2. I requisiti di ordine generale necessari alla verifica triennale sono quelli previsti dall'art. 17.

3. I requisiti di capacità strutturale necessari alla verifica triennale sono quelli previsti dall'art. 4 e dall'art. 18 comma 2. lett. a), e c); comma 5. lett. a); comma 7; comma 8., 9., 10., 11., 12. e 13 .

4. [...].

5. Dell'esito della procedura di verifica la SOA informa contestualmente l'Impresa e l'Autorità, inviando copia del nuovo attestato revisionato o comunicando l'eventuale esito negativo; in quest'ultimo caso l'attestato perde validità dalla data di ricezione della comunicazione da parte dell'Impresa.

6. *L' Osservatorio per i Lavori Pubblici provvede a inserire l'esito della verifica nel casellario informatico."*

3. I singoli requisiti generali. In particolare, il problema dei reati incidenti sulla moralità professionale. Indirizzi giurisprudenziali.

Tutto ciò premesso, occorre a questo punto esaminare le singole cause di esclusione.

Si tratta del concorrente (2° comma dell'art. 45 dir. 2004/18/Ce):

a) che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione d'attività, di amministrazione controllata o di concordato preventivo o in ogni altra analoga situazione risultante da una procedura della stessa natura prevista da leggi e regolamenti nazionali;

b) a carico del quale sia in corso un procedimento per la dichiarazione di fallimento, di amministrazione controllata, di liquidazione, di concordato preventivo oppure ogni altro procedimento della stessa natura previsto da leggi e regolamenti nazionali;

Tribunale Amministrativo Regionale Lazio Roma sez.II 17/6/2005 n. 5085

1. GARA D'APPALTO - LEX SPECIALIS - DIMOSTRAZIONE ASSENZA PROCEDURE FALLIMENTARI O EQUIVALENTI IN CAPO ALL'IMPRESA CONCORRENTE - FINALITA'

La prescrizione della lex specialis, nel richiedere che l'impresa offerente dimostri di non trovarsi in stato di fallimento, di amministrazione controllata, di concordato preventivo, di liquidazione o in qualsiasi altra situazione equivalente, di non aver presentato domanda di concordato preventivo, e che non si siano verificate a suo carico procedimenti relativi ad una delle situazioni predette nell'ultimo quinquennio, non fa altro che fare applicazione della disposizione dell'art.11, d. lgs. 358/1992. La ratio della distinzione, come è stato a suo tempo riconosciuto (C. Stato, Sez. VI, 8 giugno 1999, n. 516; sez. V, 09-10-2000, n. 5367) è agevolmente rinvenibile nella esigenza di esonerare il pubblico contraente dai rischi derivanti, sotto il profilo della corretta e completa esecuzione del contratto, da una situazione di dissesto o difficoltà finanziaria messa in risalto dall'avvio della procedura fallimentare.

Tribunale Amministrativo Regionale Lazio Roma sez.II bis 9/6/2004 n. 5416

1. APPALTO DI SERVIZI - SERVIZIO DI TESORERIA - CAUSE DI ESCLUSIONE - LEX SPECIALIS - ASSIMILAZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA ALL'AMMINISTRAZIONE CONTROLLATA - ILLEGITTIMITA' - PREVISIONE NEL BANDO DI ANALOGA SITUAZIONE ALL'AMMINISTRAZIONE CONTROLLATA - INTERPRETAZIONE

1. La necessità di interpretare le clausole di esclusione in modo restrittivo, al fine di garantire la più larga partecipazione alle gare pubbliche, rende illegittima l'assimilazione dell'amministrazione straordinaria (bancaria) all'amministrazione controllata, atteso che quest'ultima è atta a risolvere problemi di solvibilità già presenti, mentre l'amministrazione straordinaria viene attivata per prevenire problemi futuri e prescinde da un crisi attuale dell'impresa. Con la conseguenza che la preclusione di partecipazione, per analogia con il primo istituto, alle gare fa sì che, di fatto, si colleghino conseguenze ultronee alla procedura, sulla attività della banca stessa, compromettendo in qualche modo le possibilità di regolare svolgimento dell'attività della stessa.

La previsione di "analoga situazione" nell'ambito della norma di cui alla lex specialis va interpretata in base alla normativa, richiamata dallo stesso bando (art. 12, lett.) D.Lvo n. 157 del 1995), che in materia di esclusione delle imprese non italiane, contiene una espressione di corrispondente significato (in qualsiasi altra situazione equivalente secondo la legislazione dello Stato in cui sono stabilite). Con la conseguenza che dovevano ritenersi esclusi anche i concorrenti che avessero in corso procedure analoghe a quelle menzionate proprie del nostro ordinamento, previste dall'ordinamento di altri Stati membri dell'Unione europea. In tal senso, trova giustificazione e significato la prescrizione del bando ed il ricorso alla dizione "analoga situazione".

Ulteriormente non può prendersi a riferimento la determinazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici menzionata dalla Commissione di gara a sostegno del provvedimento di esclusione impugnato, laddove fissa l'equivalenza tra procedura di amministrazione controllata e procedura di amministrazione straordinaria, poiché la determinazione riguardando il settore dei lavori pubblici, fa riferimento unicamente alla procedura di cui al d.lg. n. 270 del 1999, ipotesi limitata alla situazione della grande impresa insolvente.

c) nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato, per un reato che incida sulla sua moralità professionale;

Tribunale Amministrativo Regionale Veneto sez.I 6/12/2005 n. 4160

APPALTI DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE - FALSE DICHIARAZIONI - DISCIPLINA EX ART.75 LETT.C) DPR 554/1999 - INTERPRETAZIONE

1.L'esclusione ex art. 75 lett. c) del D.P.R. 554/99, presuppone non il mero aver reso falsa dichiarazione, bensì l'esito negativo per l'interessato del giudizio operato dalla stazione appaltante in ordine alla rilevanza delle condanne subite sull'affidabilità morale e professionale del partecipante. Pertanto se la P.A. intende escludere la ricorrente a tale titolo, una volta scoperta l'esistenza delle sentenze di condanna a pena patteggiata, deve effettuare la relativa valutazione. Ciò che non può fare e' limitarsi a prendere atto dell'esistenza delle (non importa se dolosamente taciute o non menzionate per errata interpretazione del bando) condanne non dichiarate e, perciò solo, senza valutazione alcuna, procedere alla esclusione ex art. 75 lett. c) del D.P.R. 455/99.

Tribunale Amministrativo Regionale Campania Salerno sez.I 20/5/2005 n. 813

APPALTI DI SERVIZI - CAUSE DI ESCLUSIONE - PROCEDIMENTI PENALI NON ANCORA DEFINITI - NON ASSUMONO RILIEVO QUALI CAUSE DI ESCLUSIONE - RICHIESTA CARICHI PENDENTI - INAMMISSIBILITA' AI FINI DELL'AMMISSIONE ALLA GARA

1. La normativa, come ribadito dalla prevalente (condivisibile) giurisprudenza, attribuisce rilievo ostativo alle sole condanne penali passate in giudicato, e non anche alla pendenza di procedimenti e giudizi penali non ancora definiti, sicché non consente la richiesta del certificato dei carichi pendenti ai fini dell'ammissione alle procedura per l'appalto pubblico di servizi.

Tribunale Amministrativo Regionale Campania Salerno sez.I 16/5/2003 n. 495

GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE EX ART.75 DPR 554/1999 - SENTENZE DI CONDANNA IDONEE A MINARE AFFIDABILITA' MORALE E PROFESSIONALE - VALUTAZIONE

DISCREZIONALE DELLA P.A. - NECESSITA' - ESISTENZA DI CONDANNA PASSATA IN GIUDICATO - NECESSITA' DELLA VALUTAZIONE

Perché vi possa essere compromissione dell'affidabilità morale e professionale necessita: a) che vi sia stata sentenza di condanna trascorsa in cosa giudicata; b) per un reato suscettibile di minare il rapporto di affidabilità. Ciò dimostra che è rimesso alla discrezionalità della P.A. valutare l'incidenza della sentenza di condanna e quindi della tipologia del reato commesso e della sua gravità e rilevanza ai fini dell'affidabilità morale e professionale, ma dimostra altresì che dall'esistenza di una condanna penale passata in giudicato non si possa assolutamente prescindere.

Consiglio di Stato sez.V 3/8/2004 n. 5434

APPALTI DI SERVIZI - CAUSE DI ESCLUSIONE EX ART.12 DLGS. 157/1995 - REGIME PREVIGENTE MODIFICA DLGS. 65/2000 - CONDANNA PATTEGGIATA EX ART.444 C.P.P. - REATO ANTERIORE AL QUINQUENNIO - DIFFERENZA CON REGIME EX ART.75 DPR 554/1999

1. L'art. 12 del d.lgs. n. 157 del 1995, nella sua prima formulazione, enunciava le cause di esclusione dalle gare per gli appalti di servizi mediante rinvio all'art. 11 del d.lgs. 24 luglio 1992 n. 358, di recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti di forniture. La norma, in ordine ai precedenti penali ostativi al rapporto contrattuale con le pubbliche amministrazioni, analogamente a quella vigente nel coevo art. 18 del d.lgs. 19 dicembre 1991 n. 406 in materia di appalti di lavori pubblici, non faceva alcuna menzione dell'applicazione di pena su richiesta. Il riferimento all'art. 444 c.p.p. fu introdotto nella materia degli appalti di lavori pubblici con il Regolamento di cui al d.P.R. n. 559 del 1999 (art. 75) e nella materia degli appalti di servizi con il nuovo testo dell'art. 12 del d.lgs. n. 157, introdotto dal d.lgs. 25 febbraio 2000 n. 65. Ma nel primo caso è stato fatto salvo l'effetto dell'art. 445, comma 2, c.p.p., per cui il reato anteriore al quinquennio si intende estinto, nel secondo tale richiamo non è stato introdotto.

Considerata la contemporaneità del mutamento della disciplina di materie molto affini tra loro, oltre tutto mediante fonti governative, appare arduo sostenere che la evidente diversificazione della disciplina sia stata il frutto di una dimenticanza, tanto più che un diverso regime tra i due tipi di appalti risulta tutt'altro che illogico. Si deve infatti considerare che, come accennato anche dai primi giudici, mentre nell'appalto di lavori pubblici l'adempimento si realizza e si conclude con l'esecuzione dell'opera, l'appalto di servizi è per sua natura caratterizzato da una durata nel tempo e dal conseguente prolungato reiterarsi delle prestazioni destinate a soddisfare bisogni permanenti della collettività. Ne consegue la ragionevolezza di una disciplina più severa del requisito della moralità professionale dell'impresa che aspira alla gestione del servizio pubblico.

Tribunale Amministrativo Regionale Lombardia Milano sez.III 7/6/2004 n. 2360

1.GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE - REATI CHE INCIDONO SULLA MORALITA' PROFESSIONALE - VALUTAZIONE DELLA STAZIONE APPALTANTE - MODALITA'

2.GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE - REATI CHE INCIDONO SULLA MORALITA' PROFESSIONALE - REVOCA DELL'AGGIUDICAZIONE - DIFETTO DI MOTIVAZIONE - ILLEGITTIMITA' - FATTISPECIE

3. GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE - REATI CHE INCIDONO SULLA MORALITA' PROFESSIONALE - AVVENUTA ESTINZIONE DEL REATO EX ART. 445 C.P.P. - POSSIBILITA' PER LA STAZIONE APPALTANTE DI VALUTARE I FATTI MATERIALI IN RELAZIONE

**ALL'INCIDENZA SULLA MORALITA' PROFESSIONALE DELL'IMPRESA - SUSSISTE -
MOTIVAZIONE - NECESSITA'**

1. Il concetto di moralità professionale presuppone la realizzazione di un reato pienamente idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione coi principi deontologici della professione, tenendo presente che la valutazione de qua non deve cristallizzarsi in criteri astratti e automatici, dovendosi invece essa adattare alle peculiarità del caso concreto, riferite tanto alle caratteristiche dell'appalto, quanto al tipo di condanna ed alle concrete modalità di commissione del reato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2003, n. 1145 e 25 novembre 2002, n. 6482).

2. E' illegittimo il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione con riferimento al profilo della mancata motivazione circa l'incidenza della fattispecie di reato, in relazione ai suoi connotati materiali, sull'affidabilità morale e professionale della aggiudicataria. I margini di insindacabilità attribuiti all'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione appaltante di valutare una condanna penale ai fini dell'esclusione da una gara d'appalto non consentono, infatti, al pubblico committente di prescindere dal dare contezza di aver effettuato la suddetta disamina e dal rendere conoscibili gli elementi posti alla base della eventuale definitiva determinazione espulsiva.

3. Non si può dare particolare rilievo all'avvenuta estinzione del reato di cui alla pena patteggiata per decorso del termine quinquennale ex art. 445, comma 2, c.p.p. anche perché, secondo un pronunciamento della Suprema Corte in sede penale, l'estinzione di ogni effetto penale non trova applicazione in relazione all'eliminazione dell'iscrizione della sentenza nel casellario giudiziale, dal momento che tale iscrizione non rientra tra gli effetti penali della condanna (cfr. Cons. St., sez. V, 25 gennaio 2003, n. 352). In conseguenza, anche a fronte di una pronuncia di estinzione, la Pubblica Amministrazione è in grado di venire a conoscenza delle sentenze di condanna intervenute nei confronti del soggetto interessato e, pertanto, il problema che si pone all'interprete è quello di stabilire quale valore la stazione appaltante può attribuire a tale risultanza soprattutto quando, come nel caso di specie, la dichiarazione giudiziale di estinzione è intervenuta prima del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione disposto dalla stazione appaltante. L'art. 75, comma 2, del DPR n. 554/99, configura, in via generale, una causa di esclusione automatica dalle procedure di affidamento degli appalti nei confronti di coloro che sono stati condannati, anche con una sentenza ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per un reato che incida sull'affidabilità morale e professionale. La clausola di salvezza rappresentata dal richiamo all'art. 445, comma 2, c.p.p. sembra quindi doversi intendere nel senso di escludere ogni forma di automatismo in presenza di una causa di estinzione del reato senza che ciò precluda, tuttavia, la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice (o perché richiesto dal bando di gara di indicare anche tali reati ovvero perché risultante dal certificato del casellario giudiziario) di valutare comunque gli stessi fatti materiali al fine di accertare l'affidabilità morale e professionale dell'impresa.

Consiglio di Stato sez. V 28/5/2004 n. 3466

1. GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE - REATI CHE INCIDONO SULLA MORALITÀ PROFESSIONALE - FATTISPECIE EX ART.12 LETT. B) DLGS. 157/1995 - VA RIFERITA ALLA PERSONA FISICA TITOLARE DELL'IMPRESA O LEGALE RAPPRESENTANTE - RATIO DELLA NORMA - ESTENSIONE DELLA VERIFICA AL PROCURATORE AD NEGOTIA - E' INSITA NELLA NORMA - NECESSITA' DI APPOSITA PREVISIONE NEL BANDO - NON SUSSISTE

2. GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE - DICHIARAZIONE NON VERITIERA - OMESSA INDICAZIONE CONDANNA A SEGUITO SENTENZA PATTEGGIATA EX ART. 444 C.P. -

CONFIGURA CAUSA DI ESCLUSIONE - VERIFICA INCIDENZA DELLA CONDANNA SULL'AFFIDABILITÀ DEL CONCORRENTE - NECESSITÀ

1. Non vi è dubbio che, essendo il venir meno della moralità professionale collegato dall'art. 12, comma 1, lett. b), del d. lgs. n. 157 del 1995, alla commissione dei reati relativi all'esercizio dell'impresa e di quelli finanziari e tenuto, altresì, presente che la responsabilità penale è personale, tale requisito, il cui possesso è dalla norma richiesto genericamente ai "concorrenti", deve intendersi riferito, in via immediata e diretta, alla persona fisica titolare dell'impresa personale e, nell'ipotesi di impresa in forma di persona giuridica, alla persona fisica che di questa ha la rappresentanza legale; ma che evidente finalità della disposizione è, però, quella di evitare che soggetti i quali, per la commissione di determinati reati, abbiano dato prova di scarsa affidabilità morale e professionale, possano partecipare alle procedure di evidenza pubblica e che, in tal modo, possano perseguire, o nella fase di formazione del contratto o nel corso dell'eventuale successivo rapporto con la pubblica Amministrazione, risultati confliggenti con l'interesse pubblico (cfr. la decisione di questa Sezione 9 giugno 2003, V, n. 3241). La causa di esclusione dalle gare di cui si discute si configura, pertanto, quale misura a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, volta ad impedire, in concreto, che l'Amministrazione entri in rapporto con i soggetti in questione e, più in generale, con tutti quelli che, per i poteri loro conferiti, siano, oggettivamente, in grado, mediante l'adozione di atti giuridici di rilevanza esterna, di vincolare la società verso i terzi e, in particolare, con la pubblica Amministrazione; deve convenirsi, allora, che una corretta lettura della norma imponga di estendere l'accertamento del possesso del requisito in capo a qualsiasi persona fisica che sia presente nel procedimento in luogo del "concorrente" e sia dotata di poteri che le consentano di obbligarsi validamente in nome e per conto di questo, anche se diversa da quelle sopra indicate (cfr. anche sul punto la citata decisione n. 3241/2003). Per ciò stesso, neppure occorre precisazione alcuna, in seno alla *lex specialis*, volta a segnalare l'estensione della verifica, circa il possesso dei requisiti nella specifica gara, anche a soggetti diversi dal rappresentante legale; e ciò in quanto siffatta estensione è insita nella norma primaria dianzi richiamata.

2. In sede di procedura di gara d'appalto di opere pubbliche costituisce dichiarazione non veritiera, e quindi legittima causa di esclusione dalla gara e non aggiudicazione dell'appalto, quella nella quale l'impresa concorrente omette di indicare, in sede di dichiarazione concernente le eventuali sentenze penali riportate, una sentenza patteggiata ai sensi dell'art. 444 c.p.p. (cfr. 25 gennaio 2003, n. 352; 6 giugno 2002, n. 3183). In base all'art. 29, prg. 1, lett. c), della Direttiva 92/50/CEE, può essere escluso dalla partecipazione ad un appalto qualunque prestatore di servizi che sia stato condannato per un reato relativo alla condotta professionale di prestatore di servizi, con sentenza passata in giudicato. Ebbene, il legislatore nazionale, nell'esercizio di una legittima facoltà di scelta accordatagli dal legislatore comunitario e frutto di valutazioni di lata discrezionalità legislativa, ha ritenuto (non diversamente da quanto previsto, per gli appalti di lavori pubblici, dall'art. 75 del d.p.r. n. 554 del 1999) di comminare l'esclusione dalle gare nei confronti dei concorrenti nei cui confronti sia stata emessa "sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per qualsiasi reato che incide sulla loro moralità professionale o per delitti finanziari"; si tratta di una potestà che, peraltro, va sempre correlata ad una accurata indagine, da parte della P.A. volta a verificare la sussistenza di una condanna per reati oggettivamente incidenti sulla moralità professionale e, in ultima analisi, sull'affidabilità stessa del concorrente.

1. GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE - VENIR MENO DELLA MORALITA' PROFESSIONALE EX ART.12, C.1, LETT.B) DLGS.157/1995 - RATIO DELLA DISCIPLINA - ACCERTAMENTO DEL REQUISITO - VA RIFERITO ALLE PERSONE FISICHE TITOLARI DELL'IMPRESA O DELLA LEGALE RAPPRESENTANZA DELLA SOCIETA' - AMBITO DI ESTENSIONE DELL'ACCERTAMENTO - FATTISPECIE RIFERITA A PROCURATORE SPECIALE
2. GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE - REQUISITO DELLA MORALITA' PROFESSIONALE EX ART.12, C.1, LETT.B) DLGS.157/1995 - REATI COMMESSI DAL SOGGETTO IN ALTRA SOCIETA' - RILEVANZA

1. Essendo il venir meno della moralità professionale collegato dall'art.12, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n. 157 del 1995 alla commissione dei reati relativi all'esercizio dell'impresa e di quelli finanziari e tenuto, altresì, presente che la responsabilità penale è personale, tale requisito, il cui possesso è dalla norma richiesto genericamente ai "concorrenti", deve intendersi riferito, in via immediata e diretta, alla persona fisica titolare dell'impresa personale e, nell'ipotesi di impresa in forma di persona giuridica, alla persona fisica che di questa ha la rappresentanza legale. Evidente finalità della disposizione è, tuttavia, quella di evitare che soggetti i quali, per la commissione di determinati reati, abbiano dato prova di scarsa affidabilità morale e professionale possano partecipare alle procedure di evidenza pubblica e che, in tal modo, possano perseguire, o nella fase di formazione del contratto o nel corso dell'eventuale successivo rapporto con la pubblica Amministrazione, risultati confliggenti con l'interesse pubblico. La causa di esclusione dalle gare di cui si discute si configura, pertanto, quale misura a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, volta ad impedire in concreto che l'Amministrazione entri in rapporto con i soggetti in questione. Deve convenirsi, allora, che una corretta lettura della norma imponga di estendere l'accertamento del possesso del requisito in capo a qualsiasi persona fisica che sia presente nel procedimento in luogo del concorrente e sia dotata di poteri che le consentano di obbligarsi validamente in nome e per conto di questo, anche se diversa da quelle sopra indicate (Nel caso di specie, è risultato carente del requisito in argomento un soggetto che ha agito in rappresentanza della società giusta procura speciale, in virtù della quale gli era consentito di stipulare "contratti d'appalto in rappresentanza della Società limitatamente ad enti pubblici o privati e altri per la ristorazione collettiva, e ogni attività complementare al settore stesso, aventi sede sul territorio nazionale con facoltà di seguire tutto l'iter delle procedure ed in particolare a presentare offerte, presenziare all'apertura delle offerte stesse, a sottoscrivere ogni specie di documento necessario o connesso".).

2. A nulla può rilevare la circostanza che il soggetto in questione abbia commesso i reati ascrittigli e patteggiato la relativa pena quando operava per conto di una società diversa, dovendosi aver riguardo, piuttosto, all'attualità della rappresentanza; pena la facile elusione delle finalità della norma come sopra evidenziate, a discapito della correttezza dell'azione amministrativa.

Tribunale Amministrativo Regionale Basilicata Potenza 1/12/2004 n. 806

APPALTI DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE EX ART.75 DPR 554/1999 - CONDANNA CHE INCIDE SULLA MORALITA' PROFESSIONALE - SENTENZA EX ART.444 C.P.P. PER REATO DI CUI ART.51 DLGS. 22/1997 - NON INCIDE SULLA MORALITA' PROFESSIONALE - ESCLUSIONE - ILLEGITTIMITA'

La condanna con sentenza ex art. 444 cod. proc. pen. per il reato di cui all'art. 51, primo comma, lett. a), D.L.vo 5 febbraio 1997 n. 22 (per aver raccolto e trasportato rifiuti di materiali inerti da demolizione edile su terreno di proprietà di soggetto committente di lavori edilizi) non configura una

fattispecie che incide in modo evidente sulla moralità professionale dell'aggiudicatario. Nella sua ampiezza ed elasticità il concetto di moralità professionale presuppone infatti la realizzazione di un reato pienamente idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione coi principi deontologici della professione, tenendo presente che la valutazione de qua non deve cristallizzarsi in criteri astratti e automatici ma si deve invece adattare alle peculiarità del caso concreto, riferite tanto alle caratteristiche dell'appalto, quanto al tipo di condanna ed alle concrete modalità di commissione del reato (cfr. Cons. Stato, V Sez., 1 marzo 2003 n. 1145, 25 novembre 2002 n. 6482 e 18 ottobre 2001 n. 5517). La condanna del rappresentante dell'impresa concorrente con sentenza ex art. 444 cod. proc. pen. per il reato di cui all'art. 51, primo comma, lett. a), D.L.vo 5 febbraio 1997 n. 22 non è motivo ex se giustificativo dell'esclusione della concorrente dalla gara, dovendo la stazione appaltante motivare in ordine all'incidenza o meno della stessa sulla moralità professionale dell'impresa (1).

(1) Ha osservato il Collegio, come, "Nella specie la stazione appaltante non ha proceduto ad alcuna disamina di alcuni pur rilevanti connotati concreti della fattispecie penale chiamata in causa, quali, ad esempio, la natura dei fatti addebitati, la natura contravvenzionale del reato, l'irrogazione di una pena solo pecuniaria di importo non particolarmente elevato, le vicende relative al soggetto condannato, non da ultimo la rilevanza concreta del precedente penale sull'affidabilità del servizio del svolgere. In considerazione delle peculiari connotazioni della fattispecie in esame non risulta quindi ammissibile, perché non conforme a principi di diritto e a regole di buona amministrazione, un'esclusione dalla gara basata solamente su un semplice richiamo al tipo di reato e alla sua attinenza alla materia dell'appalto, senza che sia stata data adeguata contezza di un previo prudente apprezzamento delle ragioni che, nel concreto, precludevano l'eventuale affidamento del servizio in ragione del "precedente penale" stesso. L'esclusione della ricorrente poteva essere disposta a conclusione di una autonoma valutazione del giudicato penale a carico e non essere considerata effetto automatico della sua esistenza. Infatti, i margini di insindacabilità attribuiti all'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione appaltante di valutare una condanna penale ai fini dell'esclusione da una gara d'appalto, evidentemente ampliati dal mancato rinvenimento nella normativa vigente di parametri fissi e predeterminati ai quali attenersi ai fini di detta valutazione (Cons. Stato, VI Sez., 30 gennaio 1998 n. 125), non consentono comunque alla stazione appaltante di prescindere dal dare contezza di aver effettuato la suddetta disamina e dal rendere conoscibili gli elementi posti alla base della eventuale definitiva determinazione espulsiva. Diversamente opinando, soggetti come l'attuale ricorrente, ad esempio, vedrebbero automaticamente e definitivamente precluso, a causa di una pregressa infrazione formale non particolarmente grave, l'esercizio di attività contrattuale con la Pubblica amministrazione, con conseguente compromissione della libera esplicazione della propria iniziativa economica".

Tribunale Amministrativo Regionale Marche 4/2/2005 n. 114

1. APPALTI DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE - SENTENZE DI CONDANNA PENALI - VALUTAZIONE IN CONCRETO - NECESSITA' - PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE - PREVENTIVO CONTRADDITTORIO - NECESSITA' - OBBLIGO DI ADEGUATA MOTIVAZIONE - NECESSITA'

2. APPALTI DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE - DISCIPLINA EX ART.75 LETT.C) DPR 554/1999 - PRODUZIONE CERTIFICATI CASELLARIO GIUDIZIALE - SENTENZE DI CONDANNA PER LE QUALI E' STATO CONCESSO BENEFICIO DELLA NON MENZIONE - OBBLIGO DI DICHIARAZIONE - NON SUSSISTE

1. Anche ammettendo che la stazione appaltante abbia sempre e comunque la possibilità di valutare i reati eventualmente commessi malgrado l'avvenuto rilascio dell'attestato S.O.A., proprio perché l'art.75 del D.P.R. n.554/1999 non elenca quali siano i reati che incidono negativamente sull'affidabilità morale e professionale, questo accertamento non può che essere effettuato in concreto e, quindi, considerando di volta in volta, in relazione alla natura e dell'entità dei lavori da aggiudicare, la gravità dei reati in base ad una pluralità di elementi, quali, ad esempio, le modalità ed il tempo in cui sono stati commessi, nonché la natura e l'entità della pena inflitta. Si tratta, quindi, di accertamento che presuppone valutazioni chiaramente di natura discrezionale così che la conseguente decisione finale non può prescindere, soprattutto quando negativa per il soggetto interessato, da una specifica ed adeguata motivazione e dal preventivo contraddittorio.

2.L'art.75, II comma, del D.P.R. n.554/1999 non ha affatto previsto una dichiarazione sostitutiva per dimostrare il possesso del requisito della lett. c), ma l'esibizione del certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti e questa specifica previsione della norma regolamentare è coerente con il contenuto della dichiarazione stessa, dal momento che, come in precedenza accennato, non sono affatto elencati quali siano, in concreto, i reati che incidono sull'affidabilità e sulla professionalità dell'aspirante concorrente che, quindi, neppure è in grado di poterli validamente individuare in modo autonomo: del resto, non a caso a questo accertamento può, invece, direttamente provvedere la stazione appaltante. L'obbligo del partecipante alla gara si limita, dunque, all'invio dei certificati del casellario giudiziario e dei carichi eventualmente pendenti e concretamente ottenibili dalla competente Autorità e se da questi certificati non risultano i reati per i quali sia stata disposta la non menzione delle relative condanne, non sussiste alcun obbligo di dichiararle ugualmente.

d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice;

Consiglio di Stato sez.V 12/10/2004 n. 6541

GARA D'APPALTO - ESCLUSIONE PER GRAVE ERRORE PROFESSIONALE - PRESUPPOSTI - FATTISPECIE COMPRESE - INDIVIDUAZIONE - PROVA DELL'ERRORE MEDIANTE SENTENZA PASSATA IN GIUDICATO - NON E' NECESSARIA

Il potere di non consentire la partecipazione ad una o più procedure di scelta del contraente trova il suo presupposto nella responsabilità di una violazione dei doveri professionali nell'esecuzione delle obbligazioni rivenienti da precedenti rapporti contrattuali, che sia tanto grave da escludere l'affidabilità tecnico-professionale del potenziale aggiudicatario. A tal fine, il concetto normativo di "violazione dei doveri professionali" abbraccia un'ampia gamma di ipotesi, riconducibili alla negligenza, all'errore ed alla malafede, purché tutte qualificabili "gravi". Si richiede, in ogni caso, che la responsabilità risulti accertata e provata, ma è sufficiente all'uopo "qualsiasi mezzo di prova", senza la necessità di una sentenza passata in giudicato.

Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Catania sez.I 18/4/2005 n. 677

1. APPALTO DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE - ESCLUSIONE PER GRAVE NEGLIGENZA O MALAFEDE EX ART.75, LETT.F) DPR 554/1999 - RAPPORTO CON LA DISCIPLINA COMUNITARIA

1. Ai sensi dell'art.75 c.1 lett.f) d.p.r. 554/99, l'esclusione dalla gara è riferita a casi di inadempienza dell'impresa in pregressi rapporti intervenuti con la medesima stazione appaltante, con evidente scelta

del legislatore di ricondurre le ipotesi di esclusione a situazioni di compromissione del rapporto fiduciario con la stazione appaltante. La disposizione non appare incompatibile con la Direttiva lavori, che demanda al legislatore la individuazione delle cause di esclusione ivi calendate, com'è fatto palese dall'utilizzo del verbo "può". A riprova, si confronti l'art.45, comma 1, della Dir.2004/18/CE del 31.3.2004, che prevede l'obbligo di esclusione in ipotesi di condanne per particolari reati, quali frode, corruzione, riciclaggio, con il comma 2 della stessa disposizione, che prevede invece la facoltà di esclusione.

Tribunale Amministrativo Regionale Lazio Latina 11/6/2004 n. 407

GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE - ESCLUSIONE PER GRAVE ERRORE PROFESSIONALE - DISCIPLINA EX ART.11 LETT. C) DLGS. 358/1992 - FINALITA' - VALUTAZIONE DI ERRORI COMMESSI IN ALTRE AMMINISTRAZIONI - LEGITTIMITA'

La lett.c) del primo comma dell'art.11 del DLgs n.368 del 1992, nel prevedere l'esclusione dalla partecipazione alle gare dell'impresa che abbia commesso un errore grave, ha l'evidente finalità di garantire l'Amministrazione aggiudicatrice circa la qualità professionale dell'impresa con la quale instaurare un rapporto. Cosicché non può che essere irrilevante la circostanza che l'impresa partecipante alla gara abbia commesso errore del genere verso l'Amministrazione precedente o verso altra Amministrazione, dato che la qualità professionale di un soggetto non si misura tenendosi conto della controparte, bensì del modo con cui il soggetto ottempera ai propri obblighi contrattualmente assunti. Non si rinviene ragione, del resto, per cui l'Amministrazione aggiudicatrice potrebbe tenere conto di errori gravi commessi dall'impresa nei suoi confronti in un precedente rapporto e dovrebbe invece trascurare errori altrettanto gravi, o, eventualmente, ancora più gravi, commessi dalla stessa impresa in un rapporto intercorso con altra Amministrazione; in entrambi i casi, invero, viene meno l'affidabilità dell'impresa, e in entrambi i casi la conseguenza non potrebbe che essere la stessa.

Consiglio di Stato sez.V 22/8/2003 n. 4750

GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE - ERRORE GRAVE EX ART.12 LETT.C) DLGS.157/1995 - INTERPRETAZIONE - ADOZIONE DI PROVVEDIMENTI DELL'AGCM INERENTI A COMPORTAMENTO ANTICONCORRENZIALE DELL'IMPRESA - RILEVANZA - VA ESCLUSA

Nell'interpretazione dell'art. 12, lett. c), del DPR 157/95 secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di servizi i concorrenti "che nell'esercizio della propria attività professionale hanno commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice" deve ritenersi che la formulazione della norma non consente di ricomprendere tra le fattispecie dalla norma stessa disciplinate quali errori gravi anche il caso della adozione di provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che abbiano accertato un comportamento anticoncorrenziale dell'impresa partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un servizio.

Consiglio di Stato sez.V 11/6/2003 n. 3301

GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE EX ART.12 DLGS. 157/1995 - COMMISSIONE DI ERRORE GRAVE NELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITA' PROFESSIONALE - INTERPRETAZIONE

L'art. 12, comma 1, lett. c), del d.lg. 157/95 prevede l'esclusione dalla partecipazione alle gare d'appalto pubblico di servizi dei concorrenti che nell'esercizio della loro attività professionale abbiano commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice. In questo modo si è voluto dare attuazione all'art. 29 della direttiva 92/50/CE, che a sua volta prevedeva l'esclusione di chi si fosse reso responsabile di gravi violazioni dei doveri professionali, provate con qualsiasi elemento documentabile dall'amministrazione. Tanto premesso, il citato art. 12 non permette valutazioni di opportunità. Sussiste infatti un'alternativa secca: o l'errore professionale esiste, o non esiste. Nel primo caso la conseguenza è l'esclusione, altrimenti, nel secondo caso, il concorrente deve rimanere in gara.

e) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice;

Tribunale Amministrativo Regionale Puglia Lecce sez.II 8/2/2006 n. 821

1. APPALTI DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE EX ART.75 DPR 554/1999 - LEX SPECIALIS - DISTINZIONE TRA VIOLAZIONI GRAVI NORME SICUREZZA E OBBLIGHI DERIVANTI DA RAPPORTI DI LAVORO E VIOLAZIONI OBBLIGHI CONTRIBUTIVI - LEGITTIMITA'

2. APPALTI DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE EX ART.75 DPR 554/1999 - ASSENZA FALSE DICHIARAZIONI ANNO - DECORRENZA TERMINE ANNUALE - DALLA DATA DI PUBBLICAZIONE BANDO - ASSENZA DI ANNOTAZIONE NEL CASELLARIO

1. Il fatto che il Comune nel bando abbia "sdoppiato", nell'ambito della previsione di cui all'art. 75, lettera e), le irregolarità inerenti alle norme sulla sicurezza ed agli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro (che devono essere "gravi" per causare l'esclusione) e quelle, sempre derivanti dai rapporti di lavoro, relative alla violazione degli obblighi contributivi non è di per sé illegittimo, in quanto le stazioni appaltanti ben possono integrare le cause tipiche di esclusione previste dalle legge, purché ciò risponda a legittime esigenze pubblicistiche e non dia luogo a violazione dei principi della par condicio e del favor participationis (così, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 4/5/2004, n. 2721).

2. In ordine al requisito relativo a non aver reso, nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, false dichiarazioni in merito all'esistenza dei requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio, vanno condivise le conclusioni a cui è giunta l'Autorità di Vigilanza nella determinazione 2/3/2005, n. 1, a proposito della decorrenza del predetto termine annuale. Il termine di esclusione annuale non può che decorrere a ritroso dalla data di pubblicazione del bando; la causa di esclusione si concreta in ragione della collocazione all'interno dell'anno non delle dichiarazioni false, ma dell'annotazione nel Casellario Informatico dell'esclusione conseguente a falsa dichiarazione. Infatti, l'annotazione nel Casellario assicura la pubblicità dei dati e quindi l'utilizzabilità degli stessi da parte di tutte le stazioni appaltanti.

3. L'art. 10, comma 1-quater, della L. n. 109/1994 prevede che l'escussione della cauzione provvisoria deve essere disposta dalla stazione appaltante nel caso in cui l'impresa sottoposta a controllo non comprovi il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dichiarati nella domanda di partecipazione; nel caso in cui l'impresa non è in possesso di un requisito di ordine generale, trovandosi, al momento della partecipazione alla gara in argomento, in una situazione che si potrebbe qualificare come di incapacità temporanea e speciale di contrarre con la P.A., pertanto, non sussiste il potere del Comune di applicare tale sanzione accessoria.

1. GARA D'APPALTO - REQUISITO DELLA REGOLARITA' CONTRIBUTIVA - NATURA - CARATTERI

2. GARA D'APPALTO - REQUISITO DELLA REGOLARITA' CONTRIBUTIVA - CERTIFICATI DI REGOLARITA' CONTRIBUTIVA - D.U.R.C. EX ART.2,C.2, D.L.210/2002 - NATURA GIURIDICA - INDIVIDUAZIONE

3. GARA D'APPALTO - REQUISITO DELLA REGOLARITA' CONTRIBUTIVA - CERTIFICATI DI REGOLARITA' CONTRIBUTIVA - NATURA NON PROVVEDIMENTALE - VALUTAZIONE DISCREZIONALE DEL CONTENUTO - VA ESCLUSA - EFFICACIA VINCOLANTE - CONTROVERSIE INERENTI RISULTANZE CERTIFICATORIE - COMPETENZA G.A. - VA ESCLUSA - CONTROVERSIA CIRCA ESISTENZA DEBITO TRIBUTARIO - COSTITUISCE CAUSA PREGIUDIZIALE

1. Il legislatore nazionale, opportunamente e secondo una valutazione di discrezionalità che gli era senz'altro consentita dalla direttiva comunitaria, ha inteso mettere in rilievo più e oltre che la condizione "statica" dell'impresa ad un certo momento temporale anche la sua posizione "dinamica" nel rapporto giuridico previdenziale e assistenziale, (che com'è ovvio comprende, in quanto estensiva, la prima), coerente alla natura di durata del rapporto e ai flussi di debiti (ed eventuali crediti) che si generano nel medesimo (ed in tal senso deve convenirsi senz'altro su quanto osservato, da ultimo, da Cons. Stato, Sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8215 circa l'inesistenza di qualsivoglia contrasto tra la disposizione comunitaria e quella nazionale, tale da escludere ogni remissione alla Corte di Giustizia della questione di legittimità comunitaria dell'art. 12 comma 1 lettere d) ed e) del d.lgs. n. 157 del 1995). Con questa precisazione appare corretta l'espressione, invalsa nell'uso comune, di "correntezza contributiva", che sta ad indicare appunto l'essere in regola, o al "passo", con le periodiche scadenze delle obbligazioni previdenziali e assistenziali quanto al loro pagamento (in modo efficace è stato osservato che "la correntezza contributiva non costituisce un dato che possa essere temporaneamente frazionato in quanto attiene alla diligente condotta dell'impresa" in riferimento a tutte le obbligazioni contributive relative a periodi precedenti e non solo, quindi, a quelle maturate nel periodo in cui è stata espletata la gara (e) deve, pertanto, poter essere apprezzata in relazione ai periodi (anche pregressi) durante i quali l'impresa stessa era tenuta ad effettuare i relativi versamenti": cfr. T.A.R. Basilicata, 27 agosto 2001, n. 667).

2. Così delineata la nozione di regolarità contributiva, è evidente che i c.d. certificati di regolarità (o correntezza) contributiva rilasciati dagli istituti che gestiscono le assicurazioni sociali (I.N.P.S. e I.N.A.I.L.) - ora confluiti nel documento unico di regolarità contributiva o d.u.r.c., rilasciato in base a convenzioni tra i due istituti ai sensi dell'art. 2 comma 2 del d.l. 25 settembre 2002, n. 210 (recante "Disposizioni urgenti in materia di emersione del lavoro sommerso e di rapporti di lavoro a tempo parziale" e convertito nella legge 22 novembre 2002, n. 266), il cui comma 1 ha peraltro ribadito l'obbligo delle imprese affidatarie di appalti pubblici di presentare certificazione relativa alla regolarità contributiva a pena di "revoca dell'affidamento" - vanno qualificati tra le dichiarazioni di scienza, ancorché non sia chiaro se esse, secondo una nota distinzione dottrina, producano piena certezza legale in ordine ai fatti ivi rappresentati (così qualificandosi come certificazioni in senso proprio), rivestendo quindi fede pubblica privilegiata sotto il profilo probatorio (infirmabile soltanto attraverso querela di falso: cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 1 febbraio 2000, n.307), oppure siano frutto di meri accertamenti, e quindi facciano bensì fede sino a prova contraria.

3. *Le certificazioni di regolarità (o correntezza) contributiva non hanno contenuti ed effetti provvedimenti, non rappresentano manifestazioni di volontà né di giudizio (cfr. a proposito della natura non provvedimento Cass., Sez. lav., 27 luglio 1995, n. 8211), non costituiscono atti preparatori in senso stretto né rispetto all'aggiudicazione né al suo annullamento o revoca poiché la stazione appaltante li riceve quali atti di certezza da cui non può comunque discostarsi, non avendo alcun autonomo potere di valutazione ed apprezzamento del loro contenuto (si veda, a proposito dell'omologa documentazione relativa alla regolarità fiscale, Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2002, n.3061, che puntualizza come l'amministrazione appaltante non abbia alcuna possibilità né i mezzi per procedere ad autonoma verifica del requisito soggettivo e debba attenersi a quanto certificato dall'amministrazione competente; nella stessa scia si colloca l'ordinanza cautelare della Sez. VI, 1 dicembre 2000, n. 6231); esse sono dichiarazioni di scienza, incontestabili in sé e per sé e la cui efficacia vincolante rispetto all'amministrazione appaltante può essere superata soltanto dal positivo accertamento dell'inesistenza della posizione debitoria tributaria; la contestazione delle risultanze delle certificazioni di regolarità contributiva e previdenziale, meglio la dimostrazione della loro inidoneità a revocare il requisito soggettivo, può discendere soltanto dall'esito positivo e vittorioso di eventuale azione di accertamento negativo sul contenuto del rapporto previdenziale, la cui cognizione spetta ovviamente all'A.G.O., in funzione di giudice del rapporto previdenziale ai sensi dell'art.442 c.p.c., ed in particolare, proprio per "le controversie relative agli obblighi dei datori di lavoro e all'applicazione delle sanzioni civili per l'inadempimento di tali obblighi", ai sensi del successivo art. 444 comma 3 c.p.c., al Tribunale, "del luogo in cui ha sede l'ufficio dell'ente" (previdenziale o assistenziale); ovvero, e a tutto concedere, dall'esistenza ed efficacia di eventuali opportuni rimedi cautelari esperiti dinanzi al giudice competente come dianzi indicato. Dalle osservazioni che precedono discende la conclusione che le c.d. certificazioni di regolarità contributiva non rientrano nel novero degli atti amministrativi in senso stretto e proprio, nemmeno quali atti preparatori, e come tali non sono impugnabili dinanzi al G.A., ponendosi la eventuale controversia attinente all'esistenza del debito contributivo, da instaurare dinanzi ad altra giurisdizione, non già come semplice questione pregiudiziale, sebbene quale causa pregiudiziale.*

In questa chiave, tra l'altro, se deve escludersi, secondo quanto già evidenziato, che la stessa amministrazione appaltante possa valutare in modo autonomo la posizione di regolarità contributiva in contrasto con la certezza creata dalla certificazione, non può ammettersi, nemmeno per altra via, che tale sindacato possa riconoscersi al giudice amministrativo siccome sfornito di ogni giurisdizione sul rapporto previdenziale.

Tribunale Amministrativo Regionale Basilicata 12/7/2004 n. 716

1. GARA D'APPALTO - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE - ACCERTAMENTO REGOLARITA' CONTRIBUTIVA - CERTIFICAZIONE RILASCIATA DALL'INPS - CONTESTAZIONE - PROPOSIZIONE QUERELA DI FALSO - NECESSITA'

1. Essendo l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale il solo Ente deputato alla valutazione della sussistenza o meno della regolarità della situazione contributiva di una ditta soggetta al versamento dei relativi contributi, conseguentemente la contestazione della certificazione positiva, in ordine all'adempimento degli obblighi contributivi, può essere proposta solo a mezzo di una querela di falso (v. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 1° febbraio 2000, n. 307).

Tribunale Amministrativo Regionale Puglia Lecce 12/2/2004 n. 1114

1. GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE EX ART.12 DLGS. 157/1995 - REGOLARITA' OBBLIGHI CONTRIBUTIVI - MANCATO O RITARDATO PAGAMENTO DEI CONTRIBUTI - INTEGRA LA FATTISPECIE EX ART.12, C.1 LETT. D) - RAGIONI

2. GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE EX ART.12 DLGS. 157/1995 - REGOLARITA' OBBLIGHI CONTRIBUTIVI - IPOTESI NELLE QUALI E' RAVVISABILE - INDIVIDUAZIONE

1. Non risulta condivisibile la tesi interpretativa dell'art. 12 D.Lg.vo n. 157/1995, secondo cui possono ritenersi in regola "con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali" anche le ditte che non hanno adempiuto al puntuale pagamento degli obblighi contributivi (mancato o ritardato pagamento), mentre non risulterebbero in regola con gli obblighi contributivi soltanto le ditte che hanno violato gli obblighi di denuncia, cioè quegli obblighi sanciti dalla normativa previdenziale, strumentali all'esatta determinazione dell'ammontare dell'obbligazione contributiva, e più in generale che hanno assunto comportamenti di evasione contributiva (cioè quei datori di lavoro che hanno occultato i rapporti di lavoro e/o le retribuzioni pagate, al fine di evadere i contributi, sempre che tale evasione sia stata accertata in modo definitivo). Ciò per i seguenti motivi:

a) sia l'uso del plurale "obblighi", sia l'uso dell'aggettivo "relativi", contenuti nella Direttiva Comunitaria n. 50/1992 e nella normativa nazionale di recepimento, non denotano la volontà del legislatore comunitario e nazionale di escludere il mancato o ritardato pagamento dei contributi previdenziali dall'ambito dei casi di esclusione dagli appalti pubblici;

b) la diversa disposizione normativa in materia di lotta all'evasione contributiva (art. 1, comma 217, lett. a) e b) della Legge n. 662/1996) costituisce una norma eccezionale, non applicabile in via analogica, contraddistinta dalla applicazione di una sanzione e dalla rinuncia alla applicazione di altra sanzione, in presenza di determinate condizioni;

c) dal principio di automaticità delle prestazioni previdenziali in favore dei lavoratori, cioè a prescindere dal pagamento dei contributi da parte dei datori di lavoro, non può dedursi automaticamente la possibilità di partecipare ai procedimenti di evidenza pubblica;

d) al contrario la ratio legis della disposizione normativa in commento è quella di non consentire la partecipazione alle gare di appalto pubblico non soltanto delle imprese che evadono gli obblighi contributivi, ma anche delle imprese che non versano i contributi, e ciò non costituisce violazione del principio della par condicio tra i concorrenti ad un pubblico appalto, dal momento che la posizione delle ditte, che non hanno adempiuto agli obblighi contributivi, non può essere messa sullo stesso piano delle ditte che versano in modo puntuale i contributi previdenziali.

2. Ai sensi della norma in commento vanno invece considerate in regola le imprese che:

a) hanno in corso procedimenti di regolarizzazione contributiva mediante dilazioni o pagamenti rateali, se tali opportunità sono consentite dalla normativa vigente (ma è necessario rispettare i termini di scadenza concordati, per cui se al momento della redazione dell'autodichiarazione l'interessato ha lasciato scadere una rata, senza ancora aver provveduto al pagamento, tale soggetto non può considerarsi in regola con il pagamento dei contributi previdenziali;

b) hanno proposto ricorsi in via amministrativa o in via giurisdizionale, in quanto in tali situazioni non vi è stato ancora un accertamento definitivo sullo stato di regolarità contributiva del soggetto interessato, definitività che può conseguire soltanto ad una decisione giurisdizionale passata in giudicato o ad un accertamento non impugnato e perciò divenuto incontestabile (chiaramente se dopo l'accertamento definitivo il datore di lavoro provvede ad estinguere il credito previdenziale, dopo tale pagamento deve essere considerato nuovamente in regola con l'adempimento degli obblighi in materia di sicurezza sociale): in ordine a quest'ultima considerazione va fatto presente che una diversa interpretazione contrasterebbe con il diritto di difesa, tutelato dall'art. 24 della Costituzione, nonché con l'art. 3 della Costituzione, cioè con l'esigenza della disciplina in modo uniforme di situazioni

omogenee; va rilevato infatti che l'art. 75 comma 1 lett. e) e g) del DPR n. 554/1999 ricollega l'esclusione dalle gare d'appalto per l'esecuzione di lavori pubblici, rispettivamente alle "gravi infrazioni debitamente accertate...a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro" e alle "irregolarità definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse".

Tribunale Amministrativo Regionale Lombardia Milano sez.III 15/1/2004 n. 43

GARA D'APPALTO - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE - REGOLARITA' CONTRIBUTIVA INPS - VERIFICA D'UFFICIO - ACQUISIZIONE IN CORSO DI GARA DI CERTIFICATO ATTESTANTE LA NON REGOLARITA' CONTRIBUTIVA - ESCLUSIONE - LEGITTIMITA' - RIAMMISSIONE A SEGUITO PRESENTAZIONE SUCCESSIVO CERTIFICATO DI REGOLARITA' A GARA CONCLUSA - VA ESCLUSA - VALENZA RETROATTIVA DELLA CERTIFICAZIONE - VA ESCLUSA - FATTISPECIE

Legittimamente la stazione appaltante procede all'esclusione qualora, nel corso dei controlli sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive rese dal concorrente, ha acquisito dall'INPS il certificato dal quale si evinceva che l'impresa non era in regola con gli obblighi previdenziali e nessuna rettifica perveniva dal predetto ente quanto alla posizione contributiva della interessata nelle more della seduta di gara. Né all'uopo vale invocare la diversa situazione contributiva emergente dal successivo certificato INPS prodotto – a gara conclusa – dall'interessata ai fini della propria riammissione. A tutta evidenza il secondo certificato non poteva che far riferimento alla situazione esistente al momento del suo rilascio, e non a quella pregressa in funzione di integrazione o rettifica del primo; il certificato prodotto successivamente ai fini della riammissione, dunque, poteva valere per il futuro, e non per il passato, dovendosi escludere – in mancanza di espressioni puntuali in tal senso – alcuna valenza retroattiva o retrospettiva dello stesso. E come detto certificato non poteva invalidare ex post l'esclusione dalla gara della ricorrente, così lo stesso certificato non poteva legittimarne la riammissione.

Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Catania sez.I 3/2/2004 n. 120

1. APPALTO DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE - GRAVI INFRAZIONI AD OGNI ALTRO OBBLIGO DERIVANTE DAI RAPPORTI DI LAVORO - COMPRENDE INOSSERVANZA OBBLIGHI SOCIALI CASSE EDILI - RIFERIMENTO DLGS. 276/2003

2.APPALTO DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE - GRAVI INFRAZIONI AD OGNI ALTRO OBBLIGO DERIVANTE DAI RAPPORTI DI LAVORO - REQUISITO DELLA GRAVITA' DELL'INFRAZIONE - NECESSITA'

1. Il bando di gara che prescrive la polizza fideiussoria prestata da un costituendo RTI riporti a pena di esclusione come contraenti tutte le imprese facenti parte della riunione di imprese e sia da tutte sottoscritta non è legittimo: da un canto la fideiussione rilasciata in favore dell'impresa mandataria è sufficiente al fine di soddisfare l'interesse della stazione appaltante che ben può, nell'ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto, incamerare la cauzione; d'altra parte, poiché nell'ipotesi di partecipazione a gara in forma associata le dichiarazioni negoziali, inclusi impegni e promesse, devono essere resi dalla sola capogruppo, unica interlocutrice dell'amministrazione appaltante, la fideiussione costituente cauzione provvisoria ben può essere rilasciata solo in favore della mandataria, non essendovi necessità di riferimenti agli obblighi delle future mandanti (Cons. Stato, V, 17.3.2003 n. 1384; T.A.R. Sicilia Sez. III di Catania 9.9.2003 n.1377).

2. L'art.75 d.p.r. 554/1999 nel disciplinare le cause di esclusione stabilendo alla lettera e) la commissione di gravi infrazioni ad "ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro" rende palese l'intento del Legislatore di includere tra le cause di esclusione la inosservanza degli obblighi sociali nei riguardi delle Casse Edili. Ulteriore conferma dell'intenzione del Legislatore si ricava anche dalla introduzione del cd. DURC (dichiarazione unica di regolarità contributiva) ad opera del D.Lvo 10.9.2003 n.276 (che attua la cd. riforma Biagi), il quale, modificando l'art. 3 D. L.vo 494/1996, stabilisce che il certificato di regolarità contributiva (da esibirsi al committente) potrà essere rilasciato dall'INPS o dall'INAIL ovvero dalle Casse Edili. Ne consegue quindi che a seguito dell'entrata in vigore del d.p.r. 554/1999 non può dubitarsi della irregolarità della posizione nei riguardi delle Casse Edili quale fatto ostativo ai fini della dimostrazione della correntezza contributiva nell'osservanza di istituti contrattuali.

f) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice;

Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Palermo sez.III 16/2/2006 n. 406

APPALTI DI LL.PP. - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE - DEVONO ESSERE POSSEDUTI ALL'INIZIO DELLA PROCEDURA DI GARA - CAUSE OSTATIVE ALLA STIPULA DEL CONTRATTO - POSSONO ESSERE RIMOSSE NEL CORSO DELLA PROCEDURA - FATTISPECIE IN MATERIA DI IRREGOLARITA' FISCALI - ESCLUSIONE DALLA GARA - PRESUPPOSTO - DEFINITIVO ACCERTAMENTO DELL'IRREGOLARITA'

E' bensì vero che i requisiti di partecipazione alla gara devono essere posseduti all'atto dell'inizio del relativo procedimento: ma tale argomentazione confonde i requisiti di partecipazione con le cause ostative alla stipula del contratto (disciplinate all' art. 75, d.P.R. 554/1999), che invece ben possono essere rimosse nel corso del procedimento (fattispecie in materia di irregolarità fiscali in relazione alle quali, su una prima posta, debito t.a.r.s.u., la ricorrente aveva dimostrato di avere eseguito il pagamento nel corso del procedimento di aggiudicazione - il che, aggiunge il Tar, esclude l'attivabilità del potere di esclusione e comunque soddisfa l'interesse pubblico sotteso all'attuazione della disposizione richiamata - ; su una seconda relativa a debito i.c.i., all'atto della emanazione dei provvedimenti impugnati la società ricorrente risultava ancora in termini sia per il pagamento delle imposte, sia per proporre ricorso avverso i relativi avvisi di liquidazione: mancava, pertanto, il presupposto del "definitivo accertamento" delle irregolarità fiscali legittimante l'esercizio del potere di esclusione dalla gara).

Tribunale Amministrativo Regionale Lombardia Milano sez.III 20/12/2005 n. 5636

APPALTI DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE - REGOLARITA' CONTRIBUTIVA - OMESSA O FALSA DICHIARAZIONE - RILEVANZA OGGETTIVA - ESCLUSIONE DALLA GARA - VA DISPOSTA - REGOLARIZZAZIONE POSTUMA OBBLIGHI CONTRIBUTIVI - IRRILEVANZA - RAGIONI

1. Il pagamento postumo degli obblighi contributivi, sebbene regolarizzi il rapporto tra la società interessata e l'istituto previdenziale (INPS), non ha gli stessi effetti sananti nell'ambito delle gare pubbliche, per partecipare alle quali è richiesto che tale adempimento sia stato effettuato prima di presentare l'offerta. Come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa che si è pronunciata sul punto

(cfr. TAR Sicilia, sez. II, n. 1590/2004), in caso di autodichiarazione relativa alla regolarità contributiva “è imprescindibile che il cittadino sia anche responsabile (e responsabilizzato) delle dichiarazioni che rilascia e ciò all’evidente scopo di evitare che un importante strumento di civiltà giuridico-amministrativa, come l’autocertificazione, possa finire con l’essere comodo mezzo per aggirare ben precisi precetti di legge (cfr., anche, T.A.R. Lazio n. 1259/2005). Da ciò si ricava che le imprese, le quali intendono partecipare alle pubbliche gare d’appalto, hanno l’onere, allorché rendono le autodichiarazioni previste dalla legge eo dal bando, di rendersi particolarmente diligenti nel verificare preliminarmente (attraverso la documentazione in loro possesso o anche accedendo ai dati dei competenti uffici) che tali autodichiarazioni siano veritiere. In applicazione dei riferiti principi, la giurisprudenza ha ripetutamente avuto modo di affermare che:

- in sede di gara d’appalto, la falsa dichiarazione sul possesso di requisiti di partecipazione o su elementi dell’offerta non può condurre all’approvazione dell’aggiudicazione provvisoria (cfr. Cons. St., sez. VI, 7 maggio 2004, n. 2825);

- l’omessa attestazione dei requisiti di partecipazione ha rilevanza oggettiva, sicché il relativo inadempimento non tollera ulteriori indagini da parte dell’Amministrazione in ordine all’elemento psicologico (se questo, cioè, sia dovuto a dolo o colpa dell’impresa) e alla gravità della violazione (cfr. Cons. St., sez. V, 17 aprile 2003, n. 2081 e 9 dicembre 2002, n. 6768).

Irrilevante è, pertanto, il fatto che la ricorrente abbia successivamente regolarizzato la propria posizione debitoria verso l’INPS; trattasi, invero, di evento sanante successivo allo svolgimento della gara e quindi non incidente sulla regolarità della stessa ed in particolare sulla legittimità dell’aggiudicazione della gara all’impresa deducente. Con riferimento, invero, alla regolarizzazione postuma degli obblighi contributivi, il Consiglio di Stato ha di recente affermato (cfr. sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8215), riguardo ad una situazione analoga, che deve negarsi, al fine della valida partecipazione alle gare, che la regolarizzazione successiva degli obblighi previdenziali possa avere efficacia retroattiva. Una tale possibilità, sebbene sia in grado di raggiungere il suo tipico scopo nell’ambito dell’ordinamento previdenziale (sanare la posizione nei confronti dell’INPS), non può allo stesso modo essere ritenuta idonea a posteriori a restituire quel requisito di regolarità con gli adempimenti previsti in sede di gara (soprattutto, nel caso di specie, dove l’impresa ricorrente ha dichiarato espressamente, nella fase iniziale, di essere in regola con gli obblighi contributivi, nonostante poi sia risultato il contrario). La definizione postuma di tali rapporti non ha infatti valore di rilevanza extra-previdenziale e, soprattutto, non è in grado di eliminare dal mondo del diritto fatti (la avvenuta situazione di irregolarità, il mancato adempimento) già storicamente avvenuti.

Tribunale Amministrativo Regionale Lazio Roma sez.I bis 3/5/2004 n. 3667

1. GARA D’APPALTO - ESCLUSIONE PER MALAFEDE NEGLIGENZA O FRODE NELL’ESECUZIONE DEL CONTRATTO EX ART. 68 R.D. 827/1924 - ESCLUSIONE PER IRREGOLARITA’ FISCALE - ILLEGITTIMITA’

1. Le disposizioni di cui agli artt. 37 del D.M. 14 aprile 2000 (Capitolato generale d’oneri per i contratti stipulati dal Ministero della Difesa) e 68 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827 riconducono l’esclusione dalla partecipazione a pubbliche gare all’emersione di una condotta - connotata da "negligenza", "malafede" o "frode" - che il privato contraente abbia osservato nel corso dell’esecuzione di un (precedente) contratto. Nel caso in cui la predetta misura è disposta in relazione ad una situazione di "irregolarità" di carattere fiscale suscettibile, ai sensi dell’art. 12 del D. Lgs. 17 marzo 1995 n. 157, di determinarne unicamente l’esclusione dalla gara in questione, l’applicazione del complesso normativo integrato dagli artt. 37 del D.M. 14 aprile 2000 e 68 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827 non può venire legittimamente in considerazione al di fuori delle ipotesi dalle disposizioni

anzidette espressamente disciplinate, al di fuori cioè, del caso in cui un soggetto, nell'esecuzione di un contratto, si sia reso responsabile di "negligenza", "malafede" o "frode". A tale ipotesi non può, con ogni evidenza, essere assimilata la (pur accertata) "irregolarità" fiscale la quale, quand'anche positivamente acclarata, se pur può consentire l'esclusione dalla singola gara (nel corso del cui iter venga, per l'appunto, riscontrata), non può costituire presupposto per l'irrogazione di una misura interdittiva destinata a produrre effetti di carattere permanente nell'arco temporale (biennale) di durata dell'inibizione a partecipare alle pubbliche procedure di selezione.

Tribunale Amministrativo Regionale Lazio Roma sez.I bis 28/4/2004 n. 3606

APPALTI DI SERVIZI - CAUSE DI ESCLUSIONE - INOSSERVANZA OBBLIGHI CONTRIBUTIVI E FISCALI - DISCIPLINA EX ART.12, LETT. D) ED E) DLGS. 157/1995 - DIFFICOLTA' INTERPRETATIVE - RIMESSIONE QUESTIONI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA EX ART.234 TRATTATO

Le difficoltà interpretative che circondano l'individuazione dell'esatta portata applicativa della disposizione rappresentata dall'art. 12, lett. d) ed e), del D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157 impongono al Collegio di rimettere alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 234 (già 177) del Trattato, la questione di interpretazione delle disposizioni di cui alle lett. e) ed f) dell'art. 29, I comma della Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992.

Si chiede alla Corte, in particolare:

1. se la Direttiva in discorso, limitatamente alle previsioni sopra indicate, debba interpretarsi nel senso che, laddove il legislatore comunitario impiega le locuzioni "non abbia adempiuto obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale conformante alle disposizioni legislative del Paese in cui è stabilito o di quello dell'amministrazione", ovvero "non abbia adempiuto obblighi tributari conformemente alle disposizioni legislative del Paese dell'amministrazione", questi abbia inteso riferirsi – solo ed esclusivamente – alla circostanza che il soggetto stesso abbia – alla data di scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione ad una pubblica gara (ovvero, in epoca comunque anteriore all'aggiudicazione della gara, secondo quanto indicato al precedente punto IV.4) – assolto, mediante integrale e tempestivo pagamento, gli obblighi stessi;

2. se, conseguentemente, la norma nazionale italiana attuativa (art. 12, lett. d) ed e), del D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157) – laddove, diversamente dalla norma comunitaria precedentemente citata, consente l'esclusione dalle gare per i soggetti che "non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali a favore dei lavoratori, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti", ovvero che "non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti" – debba necessariamente essere interpretata con esclusivo riferimento al mancato adempimento – verificabile alla data di cui sopra (scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione; ovvero, momento immediatamente precedente l'aggiudicazione, anche provvisoria, della gara) – degli oneri rivenienti da tali obblighi, con esclusa rilevanza di ogni successiva "regolarizzazione" della propria posizione;

3. ovvero se, diversamente (e laddove, alla luce di quanto indicato al precedente punto 2., dovesse la norma nazionale essere ritenuta non aderente alla ratio ed alla funzione della norma comunitaria), possa ritenersi consentita al legislatore nazionale, alla luce dei vincoli al medesimo rivenienti in sede

di attuazione della normativa comunitaria integrata dalla Direttiva in discorso, l'introduzione di ipotesi di consentita ammissibilità alle gare anche di soggetti che, pur non essendo "in regola" al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara, dimostrino tuttavia di poter regolarizzare la propria posizione (e di aver intrapreso positive azioni al riguardo) prima dell'aggiudicazione;

4. e, ancora, laddove dovesse ritenersi praticabile l'interpretazione di cui al precedente punto 3. – e, per l'effetto, consentita l'introduzione di ipotesi normative maggiormente flessibili rispetto ad una più rigorosa accezione della nozione di "adempimento" espressa dal legislatore comunitario – se tale disciplina normativa non si ponga in contrasto con fondamentali principi di carattere comunitario, quali quelli di trattamento paritario riservato a tutti i soggetti dell'Unione, ovvero – limitatamente alla materia delle pubbliche gare – di garanzia della par condicio in favore di tutti i soggetti che ad esse abbiano richiesto di essere ammessi.

Corte di Giustizia Europea sez.I 9/2/2006 n. C-226/04

APPALTI PUBBLICI – DIRITTO COMUNITARIO – REQUISITI DI PARTECIPAZIONE – DISCIPLINA EX ART.29,C.1, LETT. E) F) DIRETTIVA 92/50/CE - REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA – MANCATO ADEMPIMENTO AL MOMENTO DELLA PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA – POSSIBILITÀ DI REGOLARIZZAZIONE SUCCESSIVA IN FORZA DI SANATORIA O CONDONO FISCALE – VA AMMESSA – CONDIZIONI - INDIVIDUAZIONE

L'art. 29, primo comma, lett. e) e f), della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non si oppone ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionali in base alle quali un prestatore di servizi che, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non ha adempiuto, effettuando integralmente il pagamento corrispondente, i suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse, può regolarizzare la sua situazione successivamente - in forza di misure di condono fiscale o di sanatoria adottate dallo Stato, o - in forza di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti, o - mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale, a condizione che provi, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali, di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia presentato un tale ricorso entro questo termine.

Tribunale Amministrativo Regionale Campania Salerno sez.I 13/12/2005 n. 2830

APPALTI DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE - MANCATO PAGAMENTO PREMI ASSICURAZIONE INAIL –

Il mancato pagamento dei premi di assicurazione INAIL costituisce una causa di esclusione, tanto più nel caso in cui i concorrenti, a norma del bando, dovevano presentare a pena di esclusione la dichiarazione di “non trovarsi nelle condizioni previste nell’art. 75, lett. e) del DPR. n. 554/1999”.

g) che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni.

Tribunale Amministrativo Regionale Piemonte sez.II 22/10/2005 n. 3261

APPALTI DI LL.PP. - FALSITA' DICHIARAZIONI CONCERNENTI POSSESSO REQUISITI DI QUALIFICAZIONE - PROVA IN POSSESSO DELLA STAZIONE APPALTANTE - MANCATO INSERIMENTO INFORMAZIONE NEL CASELLARIO EX ART.27 DPR 34/2000 - IRRILEVANZA

Se è vero che l'art. 27 del d.p.r. 34/2000 prevede la comunicazione all'Osservatorio dei Lavori Pubblici, ed il conseguente inserimento nel casellario informatico, quali conseguenze del procedimento di verifica di cui all'art. 10, comma 1 quater - ritiene il Collegio, tuttavia, che tali sanzioni debbano essere applicate anche nei casi in cui di tale procedimento non vi sia neppure bisogno, risultando già provata in atti la falsità delle dichiarazioni concernenti la capacità economica dell'impresa interessata: non avrebbe senso, infatti, impedire l'applicazione della sanzione laddove si realizza la medesima situazione di fatto che l'anzidetto procedimento di verifica mira ad accertare.

Tribunale Amministrativo Regionale Sardegna sez.I 3/8/2004 n. 1305

APPALTI DI LL.PP. - FALSITA' NELLE DICHIARAZIONI RESE IN MERITO AI REQUISITI - ISCRIZIONE NEL CASELLARIO - DISCIPLINA EX ART.27, LETT.S) DPR 34/2000 - INTERPRETAZIONE

La lett. s) dell'art. 27 del D.P.R. n°34/2000 prescrive che siano iscritte nel casellario le "eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara", senza porre limitazioni in ordine al tipo di requisiti e condizioni richiesti per l'ammissione alla selezione che possono essere oggetto di dichiarazioni non veritiere ai fini dell'annotazione nel casellario. Del resto "il richiamo all'articolo 10, contenuto nella norma in commento (citato art. 27 lett. s), deve essere inteso come estensione della disposizione ivi contenuta all'ipotesi in cui la falsa dichiarazione sia stata riscontrata con il relativo procedimento, mentre è ovvio che l'iscrizione deve essere effettuata quando l'evidenza della non veridicità della dichiarazione ha consentito il suo accertamento con procedura più semplice" (T.A.R. Sardegna, I sez., 14/6/2004 n°807).

§§§

Una trattazione particolare merita la problematica dei reati incidenti sulla moralità professionale.

Consiglio di Stato sez.V 31/1/2006 n. 349

APPALTI DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE - REATI CHE INCIDONO SULL'AFFIDABILITÀ MORALE E PROFESSIONALE - RAPPORTO CON DISCIPLINA EX ART.17, COMMA 1, LETT.C), DEL D.P.R. 34/2000 - VALUTAZIONE DISCREZIONALE DELLA STAZIONE APPALTANTE - MOTIVAZIONE - NECESSITÀ

L'articolo 75 (Cause di esclusione dalle gare di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici) del Decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 - Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni - prevede che (comma 1) <<sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: [...] c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale; il divieto opera se la sentenza è stata emessa nei confronti del titolare o del direttore

tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso il divieto opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata [...]>>>.

Tale disposizione, come correttamente osservato dall'Autorità per la Vigilanza sui lavori Pubblici nella Determinazione n.16/23 del 5 dicembre 2001, è molto più articolata e complessa di quella utilizzata ai fini della qualificazione delle imprese, che fa riferimento soltanto ad <<inesistenza di sentenze definitive di condanna passate in giudicato ovvero di sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale a carico del titolare, del legale rappresentante, dell'amministratore o del direttore tecnico per reati che incidono sulla moralità professionale>> (art. 17, comma 1, lett.c), del D.P.R. 34/2000). Questo Consesso ha di recente chiarito (Consiglio di Stato, IV, 18 maggio 2004 n. 3185), con riferimento all'art. 12 D.L.vo 17 marzo 1995 n. 157, ma con argomentazioni estensibili al disposto dell'art.75 D.P.R. n. 554/1999, che la lett. b) di detto art. 12 - secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alla gara i concorrenti nei cui confronti sia stata emessa sentenza di condanna passata in giudicato ovvero sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., per qualsiasi reato che incide sulla loro moralità professionale o per delitti finanziari - per il modo in cui è formulata, che collega l'esclusione alla generalità delle trasgressioni che incidono sulla moralità professionale o ai delitti finanziari, sta a significare che nella considerazione del Legislatore è qualificante la commissione di reati di una certa natura sotto l'aspetto sostanziale, nel senso che si è voluto evitare l'affidamento del servizio a coloro che abbiano commesso reati lesivi degli stessi interessi collettivi che, nelle veste di aggiudicatari, sarebbero chiamati a tutelare (cfr. altresì Cons. Stato, sez. V, 27/03/2000, n. 1770).

Orbene, la mancanza di parametri fissi e predeterminati e la genericità della prescrizione normativa lascia un ampio spazio di valutazione discrezionale alla stazione appaltante, e consente alla stessa margini di flessibilità operativa al fine di un equo apprezzamento delle singole concrete fattispecie, con considerazione di tutti gli elementi delle stesse che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali, a titolo esemplificativo, l'elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive et similia. E' chiaro, infatti, che la norma attribuisce, in mancanza di apposita specificazione delle norme incriminatrici di parte speciale, un ampio margine di apprezzamento alle amministrazioni appaltanti, cui spetta decidere quali imprese escludere dalle procedure di affidamento degli appalti, in conseguenza di fatti costituenti reato (anche di non rilevante entità, come dimostra il richiamo all'istituto dell'applicazione della pena su richiesta) che siano da esse ritenuti indici di inaffidabilità morale o professionale; deve essere condiviso, infatti, il rilievo in base al quale il concetto di (im)moralità professionale presuppone la realizzazione di un fatto di reato idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione coi principi deontologici della professione (Cons. Stato, sez. V, 01/03/2003, n. 1145; Cons. Stato, sez. V, 25/11/2002, n. 6482; Cons. Stato, sez. V, 18/10/2001, n. 5517, che ha ritenuto legittima la scelta dell'amministrazione appaltante di non escludere da una gara d'appalto il concorrente condannato con decreto penale per un reato contravvenzionale omissivo e di pericolo, a struttura normalmente colposa, quale quello previsto dall'art. 677 c.p. - omissioni di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina - ove dalla condotta per la quale è stato condannato non emergano elementi particolarmente sintomatici di una scarsa moralità professionale).

Invero, la stessa indeterminatezza dei concetti di affidabilità morale e professionale a cui è legato l'effetto espulsivo comporta necessariamente l'esercizio, da parte dell'Amministrazione aggiudicante, di un potere discrezionale di valutazione dei reati ascritti agli interessati. Ciò tanto più se si considera che, nell'ipotesi di cui all'art. 444 c.p.p., l'applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d.

patteggiamento) non comporta necessariamente l'affermazione della responsabilità del reo. Nello stesso senso deve essere interpretato l'art. 24, comma 1, lett. c) della Direttiva 93/37/CEE il quale fa riferimento a "qualsiasi reato che incida sulla sua moralità professionale". Da ciò consegue, altresì, che non è sufficiente l'accertamento in capo al soggetto interessato di una condanna penale, giacché il dettato normativo richiede una concreta valutazione da parte dell'amministrazione rivolta alla verifica, attraverso un apprezzamento discrezionale che deve essere adeguatamente motivato, dell'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario da instaurare attraverso il contratto con l'Amministrazione stessa, senza che tale apprezzamento possa ritenersi compiuto per implicito attraverso la semplice enunciazione delle fattispecie di reato alle quali si riferisce la condanna. Inoltre, quando si deve valutare l'affidabilità o la moralità professionale di un soggetto non può prescindere anche dalla considerazione della sua professionalità per come nel tempo si è manifestata.

Ne discende, pertanto, che i margini di insindacabilità attribuiti all'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione appaltante di valutare una condanna penale, ai fini dell'esclusione di un concorrente da una gara d'appalto, non consentono, comunque, al pubblico committente di prescindere dal dare contezza di avere effettuato la suddetta disamina e dal rendere conoscibili gli elementi posti alla base dell'eventuale definitiva determinazione espulsiva (Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2003, n. 2129). E', peraltro, corretto sostenere che ciò debba avvenire avendo riguardo al tipo di rapporto che con un determinato soggetto deve essere instaurato, alla gravità del reato in relazione alla tipologia del rapporto ed alle condizioni che in concreto inducono a ritenere che un vincolo contrattuale con quel soggetto non debba essere costituito. Detto diversamente, l'esercizio della predetta potestà dev'essere motivato e, siccome la motivazione, ai sensi dell'art. 3 della Legge 7.8.1990, n. 241, è fondata sulle risultanze dell'istruttoria, cioè su un accertamento di fatto concreto, dette valutazioni non andranno espresse su categorie astratte di reati, ma tenendo conto delle circostanze in cui un reato è stato commesso, per dedurne un giudizio di affidabilità o inaffidabilità. La norma perciò non richiede apprezzamenti assoluti del tipo "la commissione di tale reato è (o non è) indice di inaffidabilità morale o professionale", ma un'accurata indagine sul singolo fatto, giudicato come costituente reato, su cui si fonderà il giudizio, richiesto all'amministrazione.

Tribunale Amministrativo Regionale Toscana Firenze sez.II 12/10/2005 n. 4671

1. APPALTI DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE - DISCIPLINA EX ART.75 DPR 554/1999 - REATI CHE INCIDONO SULL'IDONEITÀ MORALE E PROFESSIONALE - ONERE POSTO DEI CONCORRENTI - INTERPRETAZIONE

2. APPALTI DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE - DISCIPLINA EX ART.75 DPR 554/1999 - REATI CHE INCIDONO SULL'IDONEITÀ MORALE E PROFESSIONALE - AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DELL'AMMINISTRATORE O DEL DIRETTORE TECNICO CONDANNATO PER REATI CHE INCIDONO SULL'AFFIDABILITÀ MORALE E PROFESSIONALE - COSTITUISCE INDICE DELLA DISSOCIAZIONE DALLA CONDOTTA PENALMENTE SANZIONATA – PRESENZA DI ULTERIORI ELEMENTI DI SEGNO CONTRARIO – ESCLUSIONE - LEGITTIMITÀ

1. L'art. 75 comma 2, dispone che "I concorrenti dichiarano ai sensi delle vigenti leggi l'inesistenza delle situazioni di cui al comma 1 lett. a), d), e), f), g) e h) e dimostrano mediante la produzione di certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti che non ricorrono le condizioni prescritte al medesimo comma 1 lett. b) e c)". Da tale norma si evince che per provare il requisito dell'assenza di reati incidenti sulla idoneità morale e professionale (art. 75 comma 1 lett. c), l'unico onere posto a carico dei concorrenti è la produzione del certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti. Una volta che i concorrenti producano un regolare e autentico certificato penale, nessun altro onere

devono adempiere, e la valutazione della incidenza dei reati sulla idoneità morale e professionale è rimessa alle stazioni appaltanti.

La dichiarazione deve riguardare tutti gli amministratori ed i tecnici che della società concorrente abbiano fatto parte nel triennio precedente la gara. Infatti, l'inesistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 75, comma 1, lett. c), del D.P.R. n. 554 del 1999 è intesa ad evitare che la Pubblica amministrazione abbia a contrarre con soggetto di cui risulti accertata l'inaffidabilità sotto il profilo della moralità professionale, esigenza, per soddisfare la quale, nell'ipotesi di società diverse da quelle in nome collettivo o in accomandita semplice, il Legislatore ha ritenuto necessario estendere l'indagine sui precedenti penali con riguardo a tutti gli amministratori e tecnici che della società hanno fatto parte nel triennio precedente la gara, e il giudizio d'inidoneità morale degli imprenditori persone giuridiche poggia sulla convinzione che vi sia la presunzione che la condotta penalmente riprovevole di quelle persone fisiche che svolgono od abbiano svolto di recente un ruolo rilevante all'interno dell'impresa abbia inquinato l'organizzazione aziendale, presunzione che è assoluta nel caso in cui il soggetto ancora svolga un ruolo all'interno dell'organizzazione di impresa e relativa (consentendo così all'impresa di fornire la prova contraria) nel caso in cui egli sia cessato dalla carica e non sia ancora trascorso quel lasso di tempo che ragionevolmente consente di ritenere il venir meno dell'influenza negativa recata dal soggetto medesimo.

2. Se è vero che l'esercizio di una azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore o del direttore tecnico di una società, condannato in via definitiva per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale, dopo la sua cessazione dalla carica, costituisce indice della serietà della dichiarazione, da parte della società stessa, di dissociazione completa dalla condotta penalmente sanzionata ed, in tal senso, tale comportamento è suscettibile di impedire l'esclusione della società medesima da una gara d'appalto di opere pubbliche, ai sensi dell'art. 75 del D.P.R. n. 554 del 1999 (cfr., in tal senso, T.A.R. Toscana, Sez. II, 22 dicembre 2003 n. 6205 e T.A.R. Milano, Sez. III, 21 dicembre 1996 n. 1718) indubbiamente, in presenza di ulteriori elementi di segno contrario, essa non è da sola sufficiente ad attribuire fondatezza a siffatta presunzione dissociativa.

Tribunale Amministrativo Regionale Toscana sez.II 7/12/2005 n. 8265

1. APPALTI DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE - REATI INCIDENTI SULLA MORALITA' PROFESSIONALE - AUTOMATICITA' DELL'ESCLUSIONE - NON SUSSISTE - VALUTAZIONE SPECIFICA DELLA FATTISPECIE DI REATO IMPUTATO - NECESSITA' - DISCREZIONALITA' DELLA STAZIONE APPALTANTE

2. APPALTI DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE - REATI INCIDENTI SULLA MORALITA' PROFESSIONALE - DISCREZIONALITA' DELLA STAZIONE APPALTANTE - MOTIVAZIONE - NECESSITA'

1. Non esiste nel caso previsto dalla lettera c) dell'art. 75 dpr 554/99 relativamente ai reati incidenti sulla moralità professionale alcuna automaticità nella esclusione del concorrente, ma occorre necessariamente una valutazione specifica della fattispecie di reato imputato. La discrezionalità della stazione appaltante si manifesta attraverso il necessario apprezzamento della condotta del concorrente che ha portato alla condanna o all'applicazione della pena su richiesta affermando che la valutazione non deve essere compiuta in astratto in relazione al tipo di reato ma alla concreta incidenza che quel comportamento può implicare avuto riguardo all'oggetto, alla durata del rapporto da instaurarsi con la PA (Tar Sicilia PaII n.6062004)

2. La discrezionalità della stazione appaltante nella esclusione di soggetti che abbiano riportato condanne pur non direttamente collegate all'attività specificamente richiesta dal contratto impone la

motivazione sulla incisione sostanziale circa l'affidabilità del soggetto, in relazione agli interessi collettivi coinvolti nel contratto o per la gravità oggettiva del reato, pur estraneo all'attività considerata (CdS V n.53212003; Tar Campania Na, I n.21942002; Tar Emilia Romagna, Bo I 18 .2312003.

Tar Campania, Napoli, Sez. I, 18 aprile 2002, n. 2194 ha ritenuto che reati quali l'omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali, la falsità materiale commessa dal privato in atti pubblici, la truffa continuata e la contraffazione di sigilli sono sicuramente incidenti, senza alcuna esigenza di espressa motivazione sul punto, sulla moralità professionale e sono perciò sicuramente rilevanti ai fini della partecipazione alla gara.

La sentenza del Tar campano pone il problema della sussistenza di un ambito discrezionale di valutazione e quindi la necessità di una motivazione in termini di rilevanza del reato.

Secondo Tar Piemonte, 13 novembre 2002, n. 1857 l'espressione moralità professionale si riferisce non alle competenze professionali, ma ad una nozione ampia comprendente la condotta e la gestione di tutta la attività professionale. Ne possono quindi esulare quei fatti, estranei allo svolgimento dell'attività professionale, che riguardino esclusivamente la condotta personale del soggetto che partecipi alla gara.

La conferma che la nozione di moralità professionale debba essere così intesa deriva anche dalla previsione, nella disciplina legislativa, dei delitti finanziari; tali delitti certo non riguardano le competenze professionali nella esecuzione di un appalto, ma il complessivo comportamento tenuto nell'esercizio di una attività economica o professionale. Inoltre l'espressione reato che "incide" sulla moralità professionale evidenzia come si debbano considerare tutti i reati che possano offuscare la condotta tenuta nello svolgimento di una attività professionale.

Sono così confermati gli orientamenti che escludono tanto la tassatività delle tipologie di reato quanto l'efficacia precludente rispetto alla contrattazione con la p.a..

Non si è in presenza di un effetto legale scaturente dalla condanna, ma di un parametro di affidabilità che deve essere quindi prudentemente apprezzato dalla stazione appaltante.

Secondo la prima circolare ministeriale sul sistema di qualificazione (182/400/93 in data 1.3.2000), la definizione, pure se generica, mira ad escludere dagli appalti il concorrente che si sia reso colpevole di comportamenti penalmente rilevanti per fatti la cui natura e contenuto sono idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante per l'inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto.

A tale riguardo il ministero assume l'indicazione delle tipologie di reato contenuta nell'art. 27, comma 2 lett. Q) del dpr 34/2000, avvertendo tuttavia che tale elencazione non è da ritenersi esaustiva.

Altra notazione del ministero, volta ad escludere automatismi, è che la stazione appaltante debba comunque compiere un apprezzamento discrezionale circa l'incidenza della condanna sull'elemento fiduciario, traendo elementi di valutazione ponderata dalla gravità del fatto, dal tempo trascorso dalla condanna, e da eventuali recidive.

Su tale avviso concorda sinteticamente la determinazione n. 56 in data 13.12.2000 dell'Autorità di Vigilanza.

La successiva determinazione n. 16-23 in data 5.12.2001 sottolinea che la mancanza di parametri fissi e predeterminati e la genericità della prescrizione normativa lascia un ampio spazio di valutazione discrezionale per la stazione appaltante, che consente alla stessa margini di flessibilità operativa al fine di un equo apprezzamento delle singole concrete fattispecie, con considerazione di tutti gli elementi delle stesse che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali ad es. l'elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive.

La discrezionalità è inoltre limitata dall'intervenuta riabilitazione del condannato o l'estinzione del reato per decorso del tempo nel caso di applicazione della pena patteggiata.

In tali casi infatti alla stazione appaltante resta preclusa la possibilità di valutare negativamente, ai fini dell'ammissione alla specifica gara, i fatti di cui alla inflitta sentenza di condanna.

Viceversa non è ammessa alcuna valutazione discrezionale e deve automaticamente escludersi il concorrente nel caso di ricorrenza delle ipotesi di cui all'art. 32 quater del codice penale implicante una incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione, nonché di irrogazione di sanzione interdittiva nei confronti della persona giuridica emessa ai sensi del D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231 per reati contro la pubblica amministrazione o il patrimonio commessi nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica medesima, trattandosi di effetto legale di tali tipologie di sanzioni.

4. Il venir meno dei requisiti soggettivi.

Tribunale Amministrativo Regionale Puglia Bari sez.I 4/4/2005 n. 1355

APPALTI DI LL.PP. - QUALIFICAZIONE IMPRESE - ATTESTAZIONE SOA - PER L'ESECUZIONE DI LAVORI DI IMPORTO SUPERIORE AD EURO 150.000 - NECESSITA' - INVALIDITA' ATTESTAZIONE - ESCLUSIONE - VA DISPOSTA

1. L'attestazione SOA costituisce un imprescindibile titolo abilitante per chi voglia eseguire lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro per cui l'invalidità di detta attestazione obbliga la p.a. a disporre l'esclusione del concorrente privo di detto requisito non potendosi consentire la partecipazione alla gara influente per la aggiudicazione della stessa; alla stessa conclusione si perviene quando l'annullamento intervenga dopo l'aggiudicazione purchè effettuata la prova della resistenza risulti che l'esclusione del ribasso offerto dall'impresa priva di attestazione comporti la individuazione di diverso aggiudicatario (Tar Catania Sez. I 25.11.2002 n. 2234).

La determinazione n. 19/2002 effettua un'ampia disamina degli effetti del venir meno di taluni dei requisiti di cui all'art. 75 (ed anche delle conseguenze dell'annullamento dell'attestazione di qualificazione) nelle varie fasi del procedimento contrattuale.

Più precisamente, per l'Autorità, i casi sono i seguenti:

a) qualora l'annullamento dell'attestazione SOA, oppure il venire in evidenza di un caso di applicazione dell'art. 75, comma 1, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, intervengano prima della pubblicazione del bando di gara per l'affidamento di un appalto o di una concessione di lavori pubblici, oppure dopo la pubblicazione del bando ma prima che scada il termine per la presentazione delle offerte, l'impresa non potrà partecipare alla gara;

b) qualora l'annullamento dell'attestazione SOA, oppure il venire in evidenza di un caso di applicazione dell'art. 75, comma 1, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, intervengano dopo che sia scaduto il termine per la presentazione delle offerte, ma prima dell'aggiudicazione, si esclude il concorrente dalla gara e si escute la relativa cauzione provvisoria e si segnala il fatto all'Autorità per le valutazioni di sua competenza;

c) qualora l'offerta dell'impresa cui sia stata annullata l'attestazione SOA, o per la quale sia venuta in evidenza uno dei casi di applicazione dell'art. 75, comma 1, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, abbia già contribuito a determinare la media per il calcolo della soglia di anomalia, si procederà al calcolo della nuova soglia e si procederà ad aggiudicare l'appalto al concorrente che ha presentato la migliore offerta non anomala o al concorrente che abbia presentato la migliore offerta ritenuta congrua;

d) qualora l'annullamento dell'attestazione SOA, oppure il venire in evidenza di uno dei casi di applicazione dell'art. 75, comma 1, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, intervengano dopo l'aggiudicazione, ma prima della stipula del contratto:

1) se si tratta dell'attestazione del concorrente-aggiudicatario, non si potrà sottoscrivere il verbale di cui all'art. 71, comma 3, del D.P.R. 554/1999 e si dovrà escludere dalla gara l'aggiudicatario nonché

escutere la relativa cauzione provvisoria e segnalare il fatto all'Autorità per le valutazioni di sua competenza; verrà quindi determinata la nuova soglia di anomalia per procedere ad una nuova aggiudicazione;

2) se si tratta dell'attestazione di un concorrente non aggiudicatario, occorrerà effettuare la c.d. prova di resistenza per valutare se l'esclusione del ribasso offerto da quell'impresa dal calcolo della media impiegata per la determinazione della soglia di anomalia, comporti una diversa indicazione dell'aggiudicatario; in caso affermativo, si dovrà procedere ad una nuova aggiudicazione; in caso negativo, si confermerà la precedente aggiudicazione; la stessa soluzione (prova di resistenza, eventuale rinnovazione delle procedure) si seguirà nel caso di consegna anticipata dei lavori ex art. 129, comma 1, D.P.R. 554/1999, anche se i lavori, anticipatamente consegnati, siano già in corso;

e) qualora l'annullamento dell'attestazione SOA, oppure il venire in evidenza di uno dei casi di applicazione dell'art. 75, comma 1, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, intervengano dopo la stipula del contratto ed eventualmente a lavori in corso:

1) se si tratta dell'attestazione dell'aggiudicatario, si dovrà annullare l'aggiudicazione e sciogliere il contratto con l'impresa esecutrice, rinnovando la procedura di gara;

2) se si tratta dell'attestazione di un concorrente non aggiudicatario, si effettuerà la medesima prova di resistenza di cui sopra; in caso di esito positivo di tale prova (diversa individuazione dell'aggiudicatario), specie se i lavori siano già in corso, si valuteranno attentamente i provvedimenti da adottare, tenendo conto dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e dell'interesse al mantenimento dell'affidamento dell'impresa aggiudicataria;

f) qualora l'attestazione SOA venga ridimensionata per categorie e/o classifiche si adotteranno le medesime soluzioni di cui ai precedenti punti, fatta salva l'ipotesi che l'attestazione anche dopo la modifica è idonea per i lavori da affidare o affidati;

g) qualora in una gara d'appalto di importo inferiore a 150.000 Euro, l'impresa abbia speso in gara l'attestazione SOA e questa sia stata annullata, si adotteranno le stesse soluzioni sopra illustrate;

h) qualora in una gara d'appalto di importo inferiore a 150.000 Euro, venga in evidenza di uno dei casi di applicazione dell'art. 75, comma 1, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, si adotteranno le stesse soluzioni sopra illustrate;

i) qualora l'annullamento dell'attestazione SOA o il venire in evidenza di una delle condizioni di cui all'articolo 75, comma 1, del d.P.R. 554/1999 riguardi la mandataria o una mandante di una associazione temporanea di imprese si applicano le disposizioni di cui all'articolo 94 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

L'Autorità ha modo in particolare di affermare che, nel caso delle associazioni temporanee di imprese, siccome l'articolo 94 del d.P.R. 554/1999 stabilisce gli effetti del venir meno di taluni dei requisiti di cui all'art. 75 dello stesso regolamento, non vi è ragione per non far riferimento ai precetti in questo contenuti al fine di individuare i provvedimenti da adottare dalle stazioni appaltanti nell'ipotesi in esame.

Pertanto, qualora il venire in evidenza di una delle condizioni di cui all'articolo 75, comma 1, del d.P.R. 554/1999 (o l'annullamento dell'attestazione SOA) riguardi la mandataria o una mandante di una associazione temporanea di imprese, si applicano - secondo l'Autorità - le disposizioni di cui all'articolo 94 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

La disposizione di cui all'articolo 94 del D.P.R. n. 554/1999 consente di proseguire il rapporto con altro imprenditore nel caso di fallimento dell'impresa mandataria o di un'impresa mandante e, qualora la mandataria o la mandante sia una impresa individuale, anche in casi di morte, interdizione, inabilitazione del suo titolare.

Nell'interpretazione dell'Autorità, sarà pertanto possibile la prosecuzione del rapporto anche nel caso di annullamento dell'attestazione di qualificazione o del venire in evidenza di una delle condizioni di cui all'articolo 75, comma 1, del d.P.R. 554/1999 (ovviamente diverse dall'intervenuto fallimento dell'imprenditore).

La pronuncia è condivisibile ed interessante in quanto con precedente determinazione n. 15/2001 l'Autorità di Vigilanza aveva affermato il contrario, propendendo per la non applicabilità analogica dell'art. 94 dpr 554.

Infatti in tale sede era stato detto:

- che il divieto di qualsiasi modificazione alla composizione delle associazioni temporanee di imprese rispetto a quelle risultanti dall'impegno presentato in sede di offerta costituisce principio generale;
- che la disposizione di cui all'articolo 94 del D.P.R. n. 554/1999 ha carattere eccezionale rispetto a tale principio.

Tale affermazione aveva dato luogo ad alcune perplessità. Infatti il complesso normativo legge - regolamento sulla qualificazione contiene altre ipotesi che fanno pensare che l'art. 94, lungi dal costituire una norma eccezionale, sia espressivo di un più generale orientamento volto a focalizzare l'attenzione sul possesso dei requisiti di qualificazione "in senso oggettivo" e a rendere sempre meno rilevante la soggettività dell'appaltatore, sia in fase di qualificazione, sia in fase di esecuzione dell'appalto.

Inoltre non si rinviene alcuna particolare ragione per ritenere che tale norma (che tra l'altro ha derivazione comunitaria, riprendendo analoga disposizione del D.Lgs. 406/91) abbia un carattere "eccezionale" e pertanto non sia suscettibile di applicazione analogica (o quanto meno estensiva) secondo le normali regole di interpretazione della legge.

Si pensi:

- all'art. 15, comma 9 del D.P.R. n. 34/2000, in base al quale in caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine;
- all'art. 18, comma 14 dello stesso D.P.R., in base al quale per la qualificazione fino alla III classifica di importo i requisiti di idoneità tecnica possono essere dimostrati dall'impresa mediante i lavori affidati ad altre imprese della cui condotta è stato responsabile uno dei propri direttori tecnici;

- all'art. 35 della L. 109/1994, in base al quale le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ad imprese che eseguono opere pubbliche non hanno singolarmente effetto nei confronti di ciascuna amministrazione aggiudicatrice fino a che il cessionario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, non abbia proceduto nei confronti di essa alle comunicazioni previste dall'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 maggio 1991, n. 187, e non abbia documentato il possesso dei requisiti previsti dagli articoli 8 e 9 della legge;

- all'art. 36 della stessa L. 109/1994, che estende il beneficio di cui al precedente art. 35 alle ulteriori ipotesi ivi contemplate.

In sostanza sono plurime - nello stesso contesto normativo della disciplina degli appalti di lavori - le disposizioni che consentono modificazioni soggettive o che comunque prendono in considerazione non tanto le imprese in quanto tali, quanto il "patrimonio" di requisiti di idoneità che esse esprimono, sia nella fase di qualificazione, sia nella fase di esecuzione dell'appalto.

Si pensi, ad esempio, alla normativa sul subappalto, che ha escluso la preventiva indicazione nominativa (in sede di offerta) dei subappaltatori.

Se si considera che per la legge è del tutto indifferente chi esegua sino al 30% delle lavorazioni prevalenti e tutte le lavorazioni subappaltabili (purché sia in possesso delle relative qualificazioni), si comprende come l'interpretazione inizialmente fatta propria dall'Autorità di Vigilanza potesse creare un eccesso di "ingessamento" della disciplina all'istituto dell'ATI, tale - in contrasto con l'atteggiamento di favor pure espresso al riguardo dalle fonti normative - da sconsigliare o limitare il ricorso allo stesso.

La lettura delle richiamate disposizioni vale, in conclusione, a corroborare l'ipotesi che la norma non esprima affatto un principio di immutabilità soggettiva di portata più generale di quella che la sua ratio sorregge; ciò pare confermato dalla determinazione in commento.

In senso contrario:

Consiglio Giustizia Amm. Regione Siciliana Sezione giurisdizionale 26/1/2006 n. 24

1. APPALTI DI LL.PP. - PARTECIPAZIONE DI R.T.I. - ANNULLAMENTO ATTESTAZIONE SOA RELATIVA ALL'IMPRESA MANDATARIA - ASSIMILAZIONE ALL'IPOTESI DI FALLIMENTO IMPRESA MANDANTE - VA ESCLUSA - RAGIONI

1. La perdita di un requisito di partecipazione alla gara e/o di aggiudicazione del contratto in capo alla mandataria di un'A.T.I. non può essere assimilata all'ipotesi di fallimento di impresa mandante, nella quale soltanto è legislativamente contemplata la possibilità di sostituzione con altra impresa. Nell'ipotesi in cui l'evento impeditivo colpisca l'impresa mandataria, il venir meno della stessa determina immediatamente la cessazione dell'unico soggetto che, nei confronti dell'Amministrazione, rappresenta tutte le altre imprese raggruppate o raggruppande, in capo alle quali non è autonomamente riconoscibile alcun "diritto" a mantenere comunque la propria partecipazione alla gara al fine di poterne conseguire l'eventuale aggiudicazione, anche in considerazione del generale divieto legislativo di modifica in corso di gara della composizione delle A.T.I. (art. 13, comma 5 bis, L. 109/1994).

Tribunale Amministrativo Regionale Piemonte sez.II 22/10/2005 n. 3261

APPALTI DI LL.PP. - FALLIMENTO IMPRESA MANDANTE - DISCIPLINA EX ART.95 DPR 554/1999 - POSSIBILITA' DI PROSECUZIONE RAPPORTO CONTRATTUALE - PRESUPPONE INTERVENUTA STIPULA CONTRATTO

Come si evince chiaramente dall'inciso contenuto nel primo comma dell'art. 94 del dpr 554/1999 ("facoltà di proseguire il rapporto di appalto"), estensibile anche al secondo comma in quanto espressione di un principio comune, il meccanismo in esame presuppone che il fallimento della mandante sia intervenuto dopo la stipulazione del contratto, non spiegandosi, altrimenti, il riferimento alla "prosecuzione" del rapporto di appalto, che implica la già intervenuta insorgenza del rapporto stesso, mediante la sottoscrizione del contratto. Del resto una differente interpretazione si porrebbe in contrasto con la disposizione di cui all'art.42 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, secondo cui "I contratti di conto corrente, di mandato e di commissione si sciolgono per il fallimento di una delle parti", posto che l'intervenuto scioglimento del contratto di mandato sottrae all'impresa mandataria tale veste ed impedisce l'applicazione del meccanismo di cui al citato art. 94, comma 2, del d.p.r. 554/1999 che tale veste, invece, presuppone.

5. Altri requisiti generali previsti dalla legislazione speciale.

La legge 12 marzo 1999, n. 68, "Norme per il diritto al lavoro dei disabili", all'art. 17 prevede un "obbligo di certificazione" per chi contratti con la pubblica Amministrazione ("1. Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, nonché apposita certificazione rilasciata dagli uffici competenti dalla quale risulti l'ottemperanza alle norme della presente legge, pena l'esclusione.").

Su tale norma si è registrato un radicale contrasto giurisprudenziale, esemplificato, tra le tante, da due pronunce della stessa sezione del Consiglio di Stato depositate a due settimane di distanza l'una dall'altra.

Per la prima (V, 2 aprile 2002, n. 1806) si è in presenza di due diversi àmbiti di estensione della norma.

La "certificazione" documenterebbe il possesso di un requisito specifico previsto dalla L. 68/1999, e cioè "il rispetto da parte dell'impresa dell'obbligo di presentare il prospetto informativo di cui all'articolo 9, comma 6, della legge in parola", mentre la "dichiarazione" documenterebbe "il rispetto sostanziale di tutte le norme concernenti il collocamento obbligatorio dei disabili".

"Non è prospettabile sul piano ermeneutico una interpretazione che confonda i due documenti tenuti distinti dalla legge. Semmai, ove si fosse convinti che l'onere imposto alle imprese sia un inutile e vuoto formalismo, potrebbe essere prospettato il sospetto dell'irrazionalità della disposizione legislativa e quindi essere sollevata una questione di illegittimità costituzionale sotto il profilo della violazione dell'articolo 97, comma 1, della Costituzione. Ma questo sicuramente non è il caso, in quanto i due documenti adempiono a funzioni diverse posto che il certificato rilasciato dall'ufficio del collocamento obbligatorio attesta solo il rispetto da parte dell'impresa dell'obbligo di presentare il prospetto informativo di cui all'articolo 9, comma 6, della legge in parola. Mentre il contenuto dell'autodichiarazione riguarda il rispetto sostanziale di tutte le norme concernenti il collocamento obbligatorio dei disabili."

Al riguardo la dottrina (Bellagamba), pur non condividendo la deduzione del Consiglio di Stato, riteneva decisiva l'affermazione che solo "l'autodichiarazione riguarda il rispetto sostanziale di tutte le norme concernenti il collocamento obbligatorio dei disabili".

A questo punto, infatti, era inutile richiedere in gara la "certificazione", dato (ma non concesso) che questa ha valore parziale, essendo necessaria e sufficiente la "dichiarazione" con *valore globale*.

Ciò era conforme anche alla giurisprudenza del giudice di secondo grado in materia di documentazione amministrativa (Cons. Stato, V, 2 luglio 2001, n. 3602).

"La disciplina concernente la documentazione amministrativa, di recente ricondotta ad un sistema omogeneo ed unitario nel testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari (D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445), deve essere intesa nel senso della massima espansione del principio di semplificazione. Le ipotesi dubbie o controverse vanno opportunamente risolte tenendo conto dei

principi espressi dall'ordinamento, volti a ridurre il peso degli oneri formali gravanti sui cittadini e sulle imprese. Allo stesso tempo, le determinazioni amministrative in materia, compresi i bandi di gara e di concorso, e gli atti organizzativi in generale, devono essere intesi nel senso più coerente con la logica dello snellimento burocratico chiaramente affermata dal Legislatore".

La seconda pronuncia della medesima sez. V del Consiglio di Stato (17 aprile 2002, n. 2020) afferma che le "disposizioni vanno interpretate nel senso che, ai fini della partecipazione alla gara, sia sufficiente che venga resa (a pena di esclusione) la detta dichiarazione, attestante che l'impresa è in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili; nell'ipotesi di provvisoria aggiudicazione, l'impresa aggiudicataria deve, poi, essere invitata a certificare, sempre a pena di esclusione, l'ottemperanza alle norme medesime tramite i competenti uffici."

"In tal senso convincono considerazioni d'ordine logico-sistematico, secondo cui ai fini della partecipazione ai pubblici appalti sono normalmente sufficienti le semplici dichiarazioni rese dai candidati" e, "del resto, non avrebbe senso logico richiedere, da un lato, la dichiarazione in merito al possesso del requisito e, contemporaneamente e agli stessi fini della concreta partecipazione alla gara, anche il deposito della correlativa certificazione."

La problematica è del tutto superata dall'art. 77-bis del D.P.R. 445/2000, introdotto dalla L. 3/2003 (vedi oltre).

Tribunale Amministrativo Regionale Molise 16/6/2005 n. 745

1. GARA D'APPALTO - AUTOCERTIFICAZIONE - DISCIPLINA EX ART.77BIS DPR 445/2000 - PREVALENZA SULLA DISCIPLINA DISABILI EX L.68/1999

1. La norma di cui all'art. 77 bis del D.P.R. n. 445/2000 prevale su una normativa speciale a tutela del lavoro dei disabili, nell'ambito di una procedura di affidamento di un appalto pubblico, e risulta perciò non più pretesa, in virtù della semplificazione attuata con la stessa, essendo in tal modo venuta meno l'infungibilità del certificato previsto dall' art. 17 della L. n. 68/1999. D'altra parte, ciò è inequivocabilmente ribadito nella circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali 28.3.2003, n. 10, emanata con specifico riguardo alla statuizione di cui all'art. 17 della L. n. 68/1999, a seguito dell'introduzione dell'art. 77 bis nel D.P.R. n. 445/2000 ad opera dell'art. 15 della L. n. 3/2003.

Tribunale Amministrativo Regionale Lazio Roma sez.II bis 8/6/2005 n. 4652

GARA D'APPALTO - LEX SPECIALIS - CERTIFICAZIONE DISABILI - PRESENTAZIONE DI DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA ATTESTANTE REGOLARITA' RISPETTO OBBLIGHI L.68/1999 - AMMISSIONE ALLA GARA - LEGITTIMITA'

1. Legittimamente l'impresa concorrente è ammessa alla gara sulla base dell'autocertificazione attestante la sua posizione di regolarità "con gli adempimenti e gli obblighi previsti in materia di legge 68/99" e prodotta con specifico richiamo all'art. 15 della legge n. 3/2003 e alla circolare del Ministero del Lavoro n. 10/2003 del 28.3.2003. Con detta circolare è stata precisata la necessità della presentazione della sola autocertificazione, fatto salvo il potere-dovere dell'amministrazione appaltante di procedere alla verifica della predetta autocertificazione nei confronti dell'aggiudicataria.

Tribunale Amministrativo Regionale Toscana 7/4/2004 n. 980

1. GARA D'APPALTO - ADEMPIMENTI DOCUMENTATIVI DISCIPLINA DISABILI EX ART.17 L.68/1999 - SUFFICIENZA DELLA SOLA DICHIARAZIONE AI FINI DELLA PARTECIPAZIONE - NECESSITA' DELLA CERTIFICAZIONE PER L'IMPRESA AGGIUDICATARIA

1. Ai sensi dell'art. 17 l. 12 marzo 1999 n. 68, ai fini della partecipazione ad una gara di appalto pubblico, è sufficiente che venga resa, a pena di esclusione, la dichiarazione attestante che l'impresa è in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, mentre nell'ipotesi di aggiudicazione provvisoria, l'impresa aggiudicataria deve essere invitata a certificare l'ottemperanza alle medesime norme tramite i competenti uffici (Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2002, n. 2020; TAR Lombardia, Brescia, 6 maggio 2003, n. 493; TAR Toscana, sez. II, n. 46/2003).

Tuttavia, non mancano anche di recente pronunce di segno contrario.

Consiglio di Stato sez.V 23/1/2006 n. 189

GARA D'APPALTO - DISCIPLINA DISABILI - CERTIFICAZIONE EX ART. 17 L.68/1999 - OMESSA PRODUZIONE - ESCLUSIONE - VA DISPOSTA

Nella gara va presentata, accanto alla dichiarazione del legale rappresentante di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, anche l'apposita certificazione rilasciata dagli uffici competenti dalla quale risulti l'ottemperanza alle predette norme. L'impresa che presenta solo la dichiarazione e non la certificazione dell'U.p.l.m.o., pertanto, come espressamente stabilito dall'art. 17 della legge 12.3.1999, n. 68, deve essere esclusa dalla gara.

Tribunale Amministrativo Regionale Veneto sez.I 15/12/2005 n. 4249

GARA D'APPALTO - DOCUMENTAZIONE - CERTIFICAZIONE DISABILI - OBBLIGO DI PRODUZIONE - RIGUARDA TUTTI I CONCORRENTI - NATURA - COSTITUISCE CONDIZIONE DI AMMISSIBILITÀ DELLE OFFERTE - OPERATIVITÀ - ANCHE IN ASSENZA DI ESPRESSA CLAUSOLA DELLA LEX SPECIALIS

L'obbligo di produzione di apposita certificazione, da cui risulti il rispetto delle norme sulla tutela del diritto al lavoro dei disabili (di cui all'art. 17 della legge n. 68/99), non riguarda il solo aggiudicatario, nel senso che questi sia tenuto a tale adempimento prima della stipulazione del contratto, ma costituisce condizione di ammissibilità delle offerte, e dunque requisito o presupposto per la partecipazione alla gara, anche se detta clausola non sia riportata nel bando.

Nella G.U. n.140 del 19 giugno 2001 è stato pubblicato il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231: "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300".

Il D.Lgs. "disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato" (art. 1, comma 2) e le sue disposizioni "si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica" (art. 1, comma 2).

Le normative sui pubblici appalti non debbono esplicitamente richiamare il D.Lgs. di cui si tratta ai fini dell'efficacia immediata dell'incapacità di contrattare con la pubblica Amministrazione, la quale è conseguenza diretta del D.Lgs. stesso quale fonte di diritto primaria (Bellagamba).

Fra le varie "sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato", sono previste quelle "interdittive", nel cui ambito ricade "il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio" (art. 9, comma 2, lett. c)).

Tali sanzioni "hanno una durata non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni" (art. 13, comma 2).

È previsto che "il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione può anche essere limitato a determinati tipi di contratto o a determinate amministrazioni" (art. 14, comma 2).

Il giudice può "applicare all'ente, in via definitiva, la sanzione del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione (...) quando [l'ente stesso] è già stato condannato alla stessa sanzione almeno tre volte negli ultimi sette anni" (art. 16, comma 2).

Il requisito di non incorrere nell'incapacità a contrattare in questione, per parte della dottrina, non costituisce una causa formale di esclusione dalla partecipazione alle gare d'appalto, ma (Bellagamba) una species nuova rientrante nel genus preesistente dell'incapacità a contrattare (ricomprensente ad esempio, tra l'altro, la materia dell'antimafia).

Il requisito è autocertificabile ai sensi del T.U. sulla documentazione amministrativa e verificabile d'ufficio dalla stazione appaltante presso l'"anagrafe nazionale delle sanzioni amministrative" (art. 80).

Il principio della acquisizione d'ufficio della documentazione è confermato dall'art. 81, comma 1: il "diritto di ottenere (...) il certificato di tutte le iscrizioni esistenti nei confronti dell'ente (...) appartiene a tutte le pubbliche amministrazioni e agli enti incaricati di pubblici servizi quando il certificato è necessario per provvedere ad un atto delle loro funzioni".

"Con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro sessanta giorni dalla data di pubblicazione" del D.Lgs. stesso, il Ministro della giustizia adotta le disposizioni attuative in ordine a "i compiti ed il funzionamento dell'Anagrafe nazionale" (art. 85, comma 1, lett. b)).

Il decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, pubblicato in pari data nella Gazzetta Ufficiale n. 225, recante "Disposizioni urgenti in materia di emersione del lavoro sommerso e di rapporti di lavoro a tempo parziale", prevede, da un lato, che i soggetti che si avvalgono dei piani individuali di emersione ivi disciplinati sono esclusi dalle gare di appalto pubblico fino alla conclusione del periodo di emersione.

Dall'altro, all'art. 2 prevede che "le imprese edili che risultano affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva, a pena di revoca dell'affidamento".

Secondo il comunicato in data 12 novembre 2002 dell'Autorità di vigilanza, la fattispecie prevista dalla norma in questione rientra nelle ipotesi di cause di esclusione di cui all'art. 75, comma 1, lettera e) del decreto del Presidente della Repubblica n. 554/1999, che devono formare oggetto di apposita

comunicazione da parte delle stazioni appaltanti all'Autorità, al fine dell'adozione da parte della stessa dei provvedimenti di propria competenza, come previsto nelle determinazioni n. 16-23 del 2 dicembre 2001 e n. 10 del 29 maggio 2002.

6. La documentazione dei requisiti generali.

Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Palermo sez.II 7/2/2006 n. 327

1. APPALTI DI LAVORI PUBBLICI - CAUSE DI ESCLUSIONE EX ART.75 DPR 554/1999 - SENTENZE DI CONDANNA - ONERE DI RICOSTRUZIONE STORICA DELLE CARICHE SOCIALI NELL'ULTIMO TRIENNIO - SUSSISTE - SOGGETTI CESSATI DALLA CARICA - CAUSE DI CESSAZIONE - DECESSO - E' COMPRESO - INADEMPIMENTO DOCUMENTAZIONE - ESCLUSIONE - VA DISPOSTA

2. APPALTI DI LAVORI PUBBLICI - CAUSE DI ESCLUSIONE EX ART.75 DPR 554/1999 - SENTENZE DI CONDANNA - DICHIARAZIONE RELATIVA AI SOGGETTI CESSATI DALLA CARICA - VA PRODOTTA DAI LEGALI RAPPRESENTATNI EX ART.47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

1. In tema di requisiti morali e di produzione documentale per la partecipazione a gare di appalto, le certificazioni penali devono riguardare, ai sensi dell' art. 75 dpr 554/1999, tutti i soggetti, amministratori e direttori tecnici delle società partecipanti, in carica ovvero cessati, durante l'intero triennio antecedente la pubblicazione del bando. Con la conseguenza che deve ritenersi sussistente a carico delle ditte stesse un onere di documentazione, ossia la ricostruzione "storica" delle cariche sociali, nell'arco dell'ultimo triennio (in tal senso da ultimo C.G.A., 17 ottobre 2005, 674, ma anche 21 gennaio 2005, n. 8; 8 marzo 2005, n. 94 e 29 agosto 2005, n. 575).In assenza di un riferimento della norma alla causa della cessazione ed in considerazione della ratio legis deve ritenersi che anche in caso di decesso sussiste l'obbligo in questione e che il suo inadempimento comporta l'esclusione della impresa inadempiente dalla gara.

2. I legali rappresentanti delle imprese hanno il potere/dovere di rendere le dichiarazioni richieste dall'art. 75 in sostituzione dei soggetti cessati dalla carica, secondo quanto previsto dall'art. 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.Tale possibilità sussiste anche relativamente al certificato del casellario giudiziale degli amministratori e direttori tecnici cessati, in quanto nei procedimenti di gara ad evidenza pubblica al posto del certificato del casellario giudiziale può essere prodotta una dichiarazione sostitutiva, la quale può riguardare anche soggetti diversi dal dichiarante (cfr. Consiglio di Stato, V, 2 luglio 2001, n. 3602).

Consiglio di Stato sez.V 27/10/2005 n. 6006

1. GARA D'APPALTO - LEX SPECIALIS - CLAUSOLE AMBIGUE - PRINCIPIO FAVOR PARTECIPATIONIS

2. GARA D'APPALTO - DOCUMENTAZIONE DI GARA - AUTOCERTIFICAZIONE - DISCIPLINA EX ART.77BIS DPR 445/2000 - PORTATA GENERALE - OPERA ANCHE SE NON RICHIAMATA DALLA LEX SPECIALIS

3. GARA D'APPALTO - CERTIFICAZIONE INERENTE ASSENZA CAUSE DI ESCLUSIONE - LEX SPECIALIS - MANCATA PREVISIONE FIGURA DIRETTORE TECNICO - ONERE DI PRODURRE CERTIFICAZIONE RELATIVA A DIRETTORE TECNICO - IN ASSENZA DI TALE FIGURA NELL'IMPRESA - NON SUSSISTE

1. In casi di ambiguità delle clausole di regolazione delle gare, la giurisprudenza è ormai ferma nel far luogo all'applicazione del principio della più ampia partecipazione delle imprese concorrenti, con interpretazione delle prescrizioni nel senso più favorevole ad esse (fra le più recenti pronunzie: V Sezione 19 febbraio 2004, n. 684; 1° ottobre 2003, n. 5676).

2. L'art. 77-bis del d.p.r. 445 del 2000 dispone che le disposizioni in materia di documentazione amministrativa, fra le quali è riconducibile quella riguardante le dichiarazioni sostitutive, si applicano a tutti i casi in cui sia prevista una certificazione. Ne segue che le prescrizioni dei bandi e degli altri atti regolatori di gare, per la scelta del migliore contraente da parte delle pubbliche amministrazioni, vanno sempre intese nel senso che, anche se non si richiamano alla norma ora citata, si deve ammettere la certificazione semplificata e sostitutiva stabilita dal menzionato Testo unico.

3. Nel caso in cui in nessuna parte del bando/avviso d'asta o del capitolato speciale è stata imposta la figura del direttore tecnico, la prescrizione di produrre certificati per esso, va intesa nel senso della sua applicabilità unicamente se una tale posizione organizzativa esiste nell'impresa offerente. Conseguentemente, in assenza di tale figura, nessun onere ha l'impresa concorrente di produrre alcuna certificazione inerente a detto soggetto (in senso conforme, per un identico caso, relativo ad una gara per una fornitura di beni, di cui al decreto legislativo n. 358 del 1992, è la decisione di questa Sezione 13 maggio 2002, n. 2582).

Tribunale Amministrativo Regionale Campania Salerno sez.I 1/6/2005 n. 902

GARA D'APPALTO - DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA - EQUIPARAZIONE TRA CERTIFICATO E DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA - DISCIPLINA ARTT. 46 E 47 DPR 445/2000 - PRESENTAZIONE DELLA DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA IN LUOGO DEL CERTIFICATO RICHIESTO - ESCLUSIONE - ILLEGITTIMITA'

1. La equiparazione tra certificato e dichiarazione sostitutiva emerge, dall'esame degli articoli 46 e 47 del DPR n. 405/2000, come una equiparazione di tipo "forte", tale da non potere ritenere mancante il documento richiesto (giacchè nella sostanza si chiede la dimostrazione di fatti, stati o qualità, che entrambi nella previsione di legge hanno la finalità di comprovare) tutte le volte in cui, in luogo del certificato, sia presentata la dichiarazione. Deve, pertanto, affermarsi che il mancato adempimento dell'onere documentale possa ritenersi sussistente solo se la *lex specialis* di gara escluda espressamente l'utilizzabilità della dichiarazione sostitutiva in luogo del certificato richiesto.

Il "collegato ordinamentale" alla finanziaria 2003 (L. 3/2003), novellando il testo unico di cui al d.p.r. 445/2000, reca, all'art. 15, due norme di particolare interesse per gli operatori dei pubblici appalti.

In primo luogo, si precisa che la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà che attesta la conformità all'originale di un documento ai sensi dell'art. 19 del precitato testo unico può essere apposta in calce alla copia stessa.

Trattasi di opportuna precisazione di quanto, peraltro, probabilmente già desumibile in via interpretativa in ragione del generalissimo principio di libertà delle forme.

Assai rilevante l'introduzione di un articolo 77-bis, in base al quale le disposizioni generali in materia di documentazione amministrativa si applicano alle fattispecie concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o pubblica utilità, servizi e forniture, ancorché

regolate da norme speciali, salvo che queste siano espressamente richiamate dal successivo art. 78 (elencante le norme rimaste in vigore all'entrata in vigore del testo unico).

Trattasi di una norma assai attesa, che vale in particolare a risolvere il problema interpretativo posto dall'art. 75, 2° comma del d.p.r. 554/1999.

Tale disposizione, in contrasto con i principi generali della materia della documentazione amministrativa, imponeva ai concorrenti in gare d'appalto di lavori pubblici di dimostrare l'insussistenza delle condizioni previste al precedente comma 1, lettere b) e c) mediante produzione dei certificati giudiziale e dei carichi pendenti.

E' noto che, oltre al riferito problema di armonizzazione con la disciplina generale sull'autocertificazione, la suddetta disposizione dava luogo a problemi di completezza e attendibilità delle risultanze dei certificati di cui sopra rilasciati a richiesta del privato concorrente, a causa, in particolare, del beneficio della non menzione previsto dal codice di procedura penale, tanto che la stessa Autorità di vigilanza aveva parlato di "nullificazione" dell'efficacia probatoria del certificato (det. 23/2001).

Altra fattispecie che ha dato luogo a notevoli contrasti giurisprudenziali, oltre che difficoltà applicative, come sopra ricordato, è quella dell'art. 17 L. 68/1999 in tema di produzione della certificazione di ottemperanza alla normativa in materia di tutela dei disabili.

Si deve dunque concludere che, per questa e per le altre situazioni soggettive sopra ricordate, il richiamo ai principi generali dell'autocertificazione, stante il novero amplissimo e pressoché esaustivo di situazioni rilevanti nei pubblici appalti che ex artt. 46 e 47 d.p.r. 445/2000 possono essere oggetto di dichiarazioni sostitutive, vale a far venire meno la necessità di produrre i rispettivi certificati, la cui richiesta in luogo dell'accettazione delle corrispondenti dichiarazioni costituisce peraltro, a mente dell'art. 74 dello stesso d.p.r., violazione dei doveri d'ufficio.

L'Autorità - come già ricordato - aveva affermato, nella determinazione 16- 23/2001, la necessità di produrre da parte dei concorrenti, al più tardi in sede di offerta, in relazione al 2° comma dell'art. 75 del d.p.r. n. 554/1999, i certificati dei carichi pendenti.

Quindi, andando in diverso avviso a quanto affermato da autorevoli autori che avevano ritenuto la prevalenza sulla disposizione in commento del principio di autocertificabilità integrale, ai sensi del d.p.r. n. 445/2000.

Peraltro, la stessa Autorità riconosceva l'insufficiente valenza probatoria del certificato in relazione al requisito sub b) e addirittura (testualmente) la "nullificazione" dell'accertamento in ordine al requisito sub c), in considerazione del limitato contenuto "attestatorio" del certificato stesso.

A questo punto, pertanto, la produzione di certificati inidonei ad assolvere ad una funzione probatoria avrebbe dovuto essere esclusa, se non altro per il divieto generale di aggravamento del procedimento.

Altro punto della determinazione che suscitava perplessità è la previsione di richiedere in esito alla gara al primo e secondo classificato la documentazione riguardante il possesso dei requisiti generali, in quanto:

- 1) il principio generale è l'acquisizione d'ufficio dei certificati rilasciabili da altra amministrazione;
- 2) la stessa Autorità rimarca che i certificati (del casellario e dei carichi pendenti) rilasciati ai privati possono avere contenuti diversi e incompleti rispetto ai certificati rilasciati a richiesta della pubblica amministrazione;
- 3) nell'ambito della previsione dell'art. 10 comma 1 quater della legge non ci si riferisce alla documentazione probatoria dei requisiti d'ordine generale, ma dei requisiti di capacità tecnico organizzativa ed economica (e tra l'altro si tratta di una norma che dal 1 gennaio 2002 trova applicazione soltanto per gli appalti sotto i 150.000 euro, in quanto collegata al periodo transitorio).

Infine, ultimo punto degno di menzione è la limitazione dei casi di negligenza nell'esecuzione di precedenti appalti esclusivamente alle ipotesi di non collaudabilità, risoluzione del contratto per grave inadempimento o comunque inadempimento accertato giudizialmente.

Soprattutto quest'ultima interpretazione lasciava perplessi, perché, viceversa, la norma laddove ha richiesto un accertamento definitivo l'ha espressamente previsto (ad esempio in materia di mancato assolvimento di obblighi tributari); quindi la fattispecie sembrerebbe, invece, poter lasciare spazio a valutazioni discrezionali della stazione appaltante non necessariamente suffragate da un giudicato.

I requisiti vanno dichiarati ex art. 46 T.U. per sé stessi (dichiarazione sostitutiva di certificazione) e art. 47 se per terzi (dichiarazione sostitutiva di atto notorio).

7. Altre questioni. Il problema delle situazioni di collegamento tra concorrenti.

Tribunale Amministrativo Regionale Lazio Roma sez.III 5/10/2005 n. 7833

APPALTI DI LL.PP. - CAUSE DI ESCLUSIONE - COLLEGAMENTO TRA IMPRESE - COLLEGAMENTO SOSTANZIALE - INTERPRETAZIONE DISCIPLINA L.109/1994 - CRITERIO ANALOGICO - INAMMISSIBILITA' - BANDO DI GARA - CLAUSOLE ESCLUDENTI FONDATE SUL COLLEGAMENTO SOSTANZIALE DIVERSO DA QUELLO EX ART.2359 C.C. - ILLEGITTIMITA'

1. Nella materia disciplinata dalla legge n. 109 del 1994 non è consentito all'interprete, attraverso il ricorso al metodo analogico e delle presunzioni semplici, colmare ipotetiche lacune nelle disposizioni che limitano l'accesso alle gare, per un duplice ordine di ragioni:

a) la limitazione di tale diritto costituisce una compressione del diritto costituzionalmente garantito alla libera iniziativa economica (art. 41 Cost.). Il che già di per sè comporta che le norme limitatrici di tale diritto, come l'art. 10, comma 1-bis in commento, non vadano applicate oltre i casi espressamente previsti;

b) va anche aggiunto un dato interpretativo di tipo sistematico. Quando il legislatore della legge n. 109 del 1994 ha inteso riferirsi ai casi di collegamento, lo ha fatto in maniera esplicita, come per la fattispecie di cui all'art. 17, comma 9, concernente gli affidatari di incarichi di progettazione. Non si vede pertanto come nel contesto dello stesso provvedimento normativo, il legislatore abbia utilizzato criteri differenti.

Conseguentemente, la presenza nei bandi di gara di clausole limitatrici del diritto di partecipazione fondate su situazioni di controllo o di collegamento comunque denominate, diverse dalle situazioni di controllo di cui all'art. 2359, comma primo, c.c. è in contrasto con i canoni di buona amministrazione, poichè verrebbe conferito alla stazione appaltante un potere di esclusione dalla procedura selettiva esteso a casi non previsti dalla legge, e al ricorrere di situazioni rimesse a valutazioni discrezionali.

Tribunale Amministrativo Regionale Lazio Roma sez.III 25/5/2005 n. 4170

APPALTI DI LL.PP. - COLLEGAMENTO TRA IMPRESE - BANDO DI GARA - DIVIETO DI PARTECIPAZIONE ED ESCLUSIONE IMPRESE IN SITUAZIONE DI COLLEGAMENTO DIVERSO DALLA SITUAZIONE DI CONTROLLO DI CUI ALL'ART.2359 C.C. - ILLEGITTIMITA'

E' illegittimo il bando di gara nella parte in cui prevede il divieto di partecipare alla gara a carico di imprese che si trovino tra di loro in collegamento diverso dalla situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. e ne stabiliscono l'esclusione.

L'orientamento contrario (e prevalente):

Consiglio di Stato sez.V 12/4/2005 n. 1644

1. GARA D'APPALTO - ESCLUSIONE IMPRESE COLLEGATE - DISCIPLINA EX ART.10,C.BIS, L.109/1994 SS.MM. - FONDAMENTO - COLLEGAMENTO FORMALE E COLLEGAMENTO SOSTANZIALE

1. Secondo l'art. 10, co. 1-bis della legge n. 109/1994, non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art.2359 del Codice civile. L'esclusione automatica è limitata al controllo nelle modalità previste nel primo comma dell'art.2359 c.c. (influenza dominante per maggioranza o sufficienza dei voti e per particolari vincoli contrattuali) e non si estende al collegamento fra le imprese nell'ipotesi del terzo comma. L'esistenza di rapporti fra partecipanti comporta, analogamente, l'esclusione dalla gara quando la connessione delle offerte risulti da specifici elementi oggettivi e concordanti, incompatibili con i principi di concorrenza, segretezza e par condicio (Cons. Stato V, 22 aprile 2004, n. 2317). La Sezione ha precisato a proposito che le fattispecie di collegamento tra imprese rilevanti ai fini dell'esclusione non sono solo quelle previste dall'art. 2359 co. 3 c.c. in quanto la norma civilistica non esclude altre ipotesi di controllo o collegamento atte ad alterare le gare d'appalto. L'esclusione per collegamento sostanziale può conseguire ad un'apposita clausola del bando o dalla diretta violazione in concreto dei principi a tutela della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della par condicio dei contraenti.

In merito alla problematica dell'estensione dell'art. 10 comma 1 bis della legge n. 109/1994, e quindi del divieto di partecipazione delle imprese che si trovino in situazioni di collegamento, si scontrano due distinte esigenze.

Da un lato, quella del rispetto del principio di libertà economica, oltre che di legalità dell'azione amministrativa, per cui non dovrebbero essere enucleabili a discrezione dell'amministrazione fattispecie ulteriori a quelle previste dalla norma (che avrebbe individuato in maniera ben precisa il caso preclusivo alla partecipazione alla gara nell'ambito del più vasto fenomeno dei gruppi societari, considerato viceversa meritevole di tutela dall'ordinamento).

Dall'altro quella che altre situazioni non contemplate dalla norma non vengano comunque a violare i canoni generali di regolarità amministrativa in tale materia.

Ad un capo della discussione si colloca quella tesi (Aut.Vig., determinazione 9 giugno 2000, n. 27) secondo cui l'esclusione del collegamento societario, cui consegue il divieto di partecipazione alla gara, deve considerarsi frutto di una precisa scelta operata dal legislatore, specie in considerazione del fatto che, in altre disposizioni della legge, le fattispecie del controllo e collegamento sono entrambe richiamate.

La disposizione de qua, secondo l'Autorità di vigilanza, assumere carattere di norma imperativa in quanto posta a tutela dell'ordine pubblico economico: da ciò viene peraltro fatta discendere la conseguenza che della stessa non possa essere fatta applicazione in modo estensivo.

Ciò soprattutto in virtù della previsione dell'art. 41 della Costituzione che tutela la libertà di iniziativa economica privata.

La conclusione è che deve essere ritenuta illegittima la clausola del bando che contenga il divieto di partecipazione delle imprese collegate, in quanto il collegamento come fenomeno di tipo organizzativo non è astrattamente idoneo ad alterare gli equilibri della procedura.

Parzialmente coincidente T.A.R. Veneto, Sez. I, 8 maggio 2002, n. 1828. L'art. 10 comma 1 bis intende limitare il divieto di partecipazione alla stessa gara alle sole imprese tra loro controllate.

Infatti il controllo ed il collegamento societario non costituiscono concetti sovrapponibili, e soltanto al primo fa riferimento la norma.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2001, n. 6424 afferma che, poiché il divieto normativo contenuto nell'articolo 10, comma 1 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109 si basa su una presunzione, non può escludersi che possano esistere altre ipotesi di collegamento o controllo societario atte ad alterare una gara d'appalto, il che rende legittimo che l'amministrazione appaltante possa introdurre clausole di esclusione dalla gara in presenza di tali ulteriori ipotesi, con il limite della loro ragionevolezza e logicità rispetto alla tutela che intende perseguire e cioè la corretta individuazione del "giusto" contraente.

La regola iuris desunta dalla pronuncia del giudice di secondo grado testé ricordata, secondo il TAR Veneto, presuppone peraltro che il bando e comunque la lex specialis di gara estenda, con proprie disposizioni, l'ambito di operatività del ripetuto art. 10 comma 1 bis, mentre nel caso di specie ciò non era avvenuto.

In generale, invece, la composizione societaria parzialmente coincidente, o la coincidenza di indirizzo delle sedi societarie confermano soltanto l'appartenenza delle società allo stesso gruppo, ma il legislatore non ha vietato la partecipazione alla stessa gara delle imprese appartenenti al medesimo gruppo societario.

Le uniche ipotesi rilevanti ai fini dell'esclusione sono pertanto, per il TAR, quelle indicate dal diverso filone giurisprudenziale (si veda infra) che ritiene sanzionabile il collegamento "sostanziale" tra imprese, ossia quella situazione in cui sussistano significativi elementi concreti da cui poter ricavare il sospetto che le offerte rappresentino l'esito di una precedente intesa, quali ad es. le modalità di presentazione delle offerte.

Per Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2002, n. 1298 l'amministrazione è tenuta ad escludere dalla gara anche in assenza di una norma di legge ad hoc o di una specifica previsione del bando (la fattispecie concreta riguardava un caso diverso, ma viene formulato un principio generale pertinente con la problematica in esame).

Infatti secondo Palazzo Spada tale facoltà può trarsi proprio dalle disposizioni dirette ad evitare che possano partecipare alle gare di evidenza pubblica imprese collegate tra loro (tra cui l'art. 10 in commento).

Da tali disposizioni può dedursi, secondo tale pronuncia, il principio più generale, conforme ai canoni della correttezza e della trasparenza, secondo cui non è ammissibile e deve quindi essere preclusa la partecipazione alle gare di evidenza pubblica di imprese riconducibili ad un medesimo centro decisionale.

Tale indirizzo ritiene rilevante ai fini della preclusione alla partecipazione alla gara non tanto il collegamento in senso civilistico o altre forme di rapporti infra gruppo societario, quanto il collegamento "sostanziale", inteso quale situazione di fatto che, al di là della qualificazione giuridica delle relazioni tra imprese, faccia ritenere plausibile una reciproca conoscenza o condizionamento delle rispettive offerte, tale da ricondurre, in realtà, le stesse ad un unico centro decisionale.

Esigenze di par condicio e di certezza della lex specialis della gara impongono peraltro secondo alcune pronunce che tali situazioni vengano previste nel bando di gara, anche se eventualmente non tipizzate nel dettaglio.

Cfr. ad esempio Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2002 secondo cui il legislatore con la previsione in commento non ha inteso sterilizzare il potere dell'amministrazione di governare effettivamente la serie procedimentale delle gare per l'appalto di lavori pubblici, inibendole nella lex specialis della gara l'introduzione di previsioni di fatti e situazioni che, pur non integrando gli estremi del controllo societario civilistico, od anche del collegamento, siano capaci ed idonei ad alterare la serietà, indipendenza, completezza e completezza delle offerte presentate da imprese diverse, oltre che la loro segretezza, e che ne determinino quindi l'esclusione dalla partecipazione alla gara.

Tribunale Amministrativo Regionale Puglia Lecce sez.II 25/10/2005 n. 4618

1. GARA D'APPALTO - SEGRETEZZA DELLE OFFERTE - PRINCIPIO GENERALE - OPERATIVITA' A PRESCINDERE DA RICHIAMO NEL BANDO - MODALITA' CON LE QUALI VIENE SALVAGUARDATO - COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA IMPRESE - VALUTAZIONE ELEMENTI SINTOMATICI - NECESSITA'

1. In materia di gare ad evidenza pubblica sono vigenti alcuni principi generali, i quali operano a prescindere dall'espresso richiamo che ne venga fatto nel bando di gara; fra questi principi, viene in evidenza quello di segretezza delle offerte, funzionale ad evitare o che alcune imprese possano formulare la propria offerta dopo aver conosciute le altre offerte oppure che più imprese, facenti capo agli stessi centri decisionali, possano accordarsi fra loro per fare in modo che l'appalto sia aggiudicato a condizioni sfavorevoli per la P.A. (cd. cartelli). Il principio di segretezza viene salvaguardato sia attraverso disposizioni rigorose relative alle modalità di chiusura dei plichi e di conservazione degli stessi da parte del seggio di gara, sia (ed è il caso che qui interessa) attraverso una verifica circa l'assenza di collegamenti e/o intese fra le imprese partecipanti. Naturalmente, escluse le ipotesi disciplinate dall'art. 2359 c.c., gli accertamenti vanno compiuti dalle stazioni appaltanti caso per caso, valutando tutti i fatti che comprovano il collegamento fra le imprese e quindi la violazione del principio di segretezza (in alcuni casi, come è noto, la giurisprudenza ha dato rilievo a dati esteriori, quali ad esempio il carattere di stampa utilizzato per la redazione delle offerte o il fatto che le imprese avessero la stessa sede o lo stesso numero di telefono o fax, e così via).

Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Catania sez.IV 4/11/2005 n. 1995

1. APPALTI DI LL.PP. - LEX SPECIALIS - DICHIARAZIONI PROVENIENTI DA AMMINISTRATORI E DIRETTORI TECNICI CESSATI NEL TRIENNIO ANTECEDENTE PUBBLICAZIONE BANDO - MANCATA PRODUZIONE - POSSIBILITA' DI SURROGAZIONE MEDIANTE DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA DI ATTO DI NOTORIETA' RESA DAL LEGALE RAPPRESENTANTE EX ART.47,C.2,DPR 445/2000 - AMMISSIBILITA'

2. GARA D'APPALTO - COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA IMPRESE CONCORRENTI - RAPPORTO DI PARENTELA TRA LEGALI RAPPRESENTANTI DELLE DIVERSE IMPRESE - INIDONEITA' EX SE A DIMOSTRARE COMUNANZA CENTRO DI INTERESSI

1. Nel caso in cui il disciplinare ha richiesto la produzione di specifiche dichiarazioni provenienti dagli amministratori e direttori tecnici cessati nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara, laddove tali soggetti non possono o non vogliono rendere le dichiarazioni richieste, va

ritenuto che, poiché le dichiarazioni dei soggetti cessati dalla carica sono da questi rese non nel proprio interesse, bensì nell'interesse dell'Impresa concorrente (che in mancanza di esse dev'essere esclusa, dal momento che la normativa che le prevede è di ordine pubblico), per evitare l'esclusione, il legale rappresentante dell'Impresa interessata abbia l'onere di rendere le dichiarazioni in questione, in loro vece, applicando le prescrizioni di cui all'art. 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, che, ai commi 1 e 2, così dispone: "1. L'atto di notorietà concernente stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato è sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo con la osservanza delle modalità di cui all'articolo 38. 2. La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza". Tali conclusioni trovano un puntuale riscontro nella giurisprudenza amministrativa prevalente (Cfr. Cons. Stato, V, 2 luglio 2001, n. 3602; idem, VI, 19 novembre 2003, n. 7473), secondo la quale, in materia di appalti pubblici: - le prescrizioni di gara devono essere interpretate ed applicate in maniera coerente con la disciplina normativa di carattere generale, e dunque nel senso che le stesse non escludono il ricorso all'autocertificazione, in tutti i casi in cui questa sia consentita dall'ordinamento;- la dichiarazione sostitutiva sottoscritta dal legale rappresentante di una società con firma autenticata o con copia informale del documento di identità vale anche per attestare lo status di soggetti diversi dal dichiarante (quali amministratore unico e direttore tecnico), ovviamente nei limiti in cui ciò sia consentito dalla normativa sull'autocertificazione.

2. Non è individuabile un medesimo centro d'interessi nel caso in cui trattasi di imprese del tutto indipendenti, in quanto diverse sono le cariche di legale rappresentante e direttore tecnico e diversa è la sede legale, mentre il collegamento è prospettato sic et simpliciter, senza indicare alcun concreto elemento, se non quello del rapporto di parentela esistente tra il legale rappresentante di un'impresa ed il titolare dell'altra impresa. La Giurisprudenza amministrativa (Cfr. Cons. Stato, V, 15 ottobre 2003 n. 6332) ha ritenuto che un rapporto di controllo e di collegamento tra imprese, idoneo ad alterare la trasparenza e la correttezza del confronto concorrenziale, sussiste soltanto nel caso in cui siano allegati elementi concreti, oltre al rapporto di parentela tra gli amministratori, che indichino l'imprescindibile esistenza di un vincolo proprietario o funzionale che lega le due imprese e che consente di presumere una coincidenza di interessi. In difetto di tali indizi, la mera esistenza di un rapporto di parentela tra le persone fisiche preposte agli organi gestori si rivela del tutto inidoneo a fondare il convincimento dell'unicità di interessi tra le suddette società.

Tribunale Amministrativo Regionale Toscana Firenze sez. II 14/10/2005 n. 4678

- 1. GARA D'APPALTO - COLLEGAMENTO TRA IMPRESE CONCORRENTI - DIVIETO - FINALITA' - COLLEGAMENTO SOSTANZIALE - VA ACCERTATO IN CONCRETO*
- 2. GARA D'APPALTO - COLLEGAMENTO TRA IMPRESE CONCORRENTI - INTRECCIO TRA ORGANI AMMINISTRATIVI - COMUNANZA DEL RESPONSABILE TECNICO - INIDONEITA' QUALE FATTORE TURBATIVO - NECESSITA' DI ULTERIORI ELEMENTI PROBATORI*
- 3. GARA D'APPALTO - COLLEGAMENTO SOSTANZIALE - COMUNANZA MODALITA' DI CONFEZIONAMENTO OFFERTE - IRRILEVANZA*

1. Dai principi della "par condicio" dei concorrenti e della segretezza delle loro offerte discende la conseguenza che in caso di pluralità di concorrenti le diverse offerte facciano riferimento a centri di interessi distinti, in quanto solo in presenza di tali condizioni le regole della procedura concorsuale possono essere rispettate. Ne consegue che vanno esclusi dalla gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico i concorrenti le cui offerte siano riconducibili ad un medesimo centro decisionale,

realizzandosi in tale ipotesi la possibilità di una comunanza degli elementi di conoscenza e di volizione che è sufficiente per escludere la garanzia dell'autonomia delle diverse offerte. Peraltro la possibilità astratta di accordi tra due società concorrenti va intesa non come mera eventualità di accordi tra concorrenti, sempre possibile anche tra soggetti in nessun modo collegati, ma come oggettiva conseguenza dell'intreccio degli organi amministrativi o tecnici dei soggetti partecipanti e quindi degli stessi assetti societari.

2. La particolare situazione in cui si trovano le società che hanno in comune amministratori dotati di poteri di partecipazione alla stessa gara determina, già dal punto di vista formale e documentale rilevabile dalla stazione appaltante, la possibilità che gli amministratori, pur sottoscrivendo disgiuntamente le offerte, accedano agli elementi conoscitivi che stanno alla loro base o addirittura concorrano, secondo i poteri conferiti dallo statuto, alla determinazione di volontà dell'offerta. Quindi solo l'intreccio degli organi amministrativi o di rappresentanza dei soggetti partecipanti in quanto determina la possibilità di comunanza degli elementi di conoscenza, è sufficiente per escludere la garanzia dell'autonomia delle diverse offerte. Conseguente non può ritenersi che costituisca fattore turbativo di per sé la circostanza che il responsabile tecnico della società ricorrente fosse anche titolare ed amministratore unico dell'altra impresa concorrente non essendo tale circostanza autonomamente idonea a consentire un flusso informativo tra le due società in merito alla fissazione delle offerte ovvero agli elementi valutativi ad esse sottostanti. (nel caso di specie le funzioni di responsabile tecnico erano, limitate come da certificazione rilasciata dalla Camera di Commercio alle sole attività di installazione, trasformazione, ampliamento degli impianti di cui all'art. 1 della L. 5 marzo 1990 n. 46 "Norme per la sicurezza degli impianti"). Nel caso di specie, pertanto la stazione appaltante avrebbe dovuto acquisire la prova che tra le due società ci fosse un accordo specifico od almeno una prassi gestionale tali da configurare che le stesse fossero soggette ad un comune centro decisionale.

3. Ai fini dell'accertamento del collegamento sostanziale non assume alcuna rilevanza probante l'accertata comunanza nelle modalità di confezionamento delle buste e dei plichi contenenti rispettivamente la documentazione e le offerte delle due società, né il fatto che le buste di tali plichi risultavano spedite dallo stesso luogo e che le polizze fideiussorie risultassero emesse dalla medesima compagnia di assicurazione, attesa in particolare la circostanza che le due imprese avevano la sede nella stessa città, per cui ben poteva succedere che si avvalessero della stessa ditta specializzata nella spedizione e ricorressero allo stesso istituto per l'emissione delle polizze.

La determinazione Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici 10/3/2004 n. 2/2004 "Contemporanea partecipazione alle gare di un consorzio di cui all'art. 10, comma 1, lettera b), della legge n. 109/94 e s.m. e dei suoi consorziati" (G.U. 2/4/2004 n. 78) si segnala per aver equiparato la situazione dei consorzi di cooperative e di imprese artigiane a quella dei consorzi stabili ai fini della partecipazione alla medesima gara del consorzio e di un consorziato (diverso da quello indicato in sede di offerta come quello per cui il consorzio concorre).

Si ricorderà che l'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 13 L. quadro prevede per entrambe le tipologie di consorzi che essi sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara.

Tuttavia, mentre per quanto riguarda i consorzi stabili vi è il disposto del comma 5 dell'art. 12 in base al quale è vietata, la partecipazione alla medesima procedura di affidamento dei lavori pubblici del consorzio stabile e dei consorziati, per quanto riguarda i consorzi di cooperative e di imprese artigiane,

sulla base della lettera della disposizione sopra ricordata, si era sinora ritenuto che i consorziati diversi da quelli indicati in offerta potessero partecipare alla gara.

Problematica affine è affrontata dalla Determinazione Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici 15/10/2003 n. 14/2003 "Clausole di gradimento" (G.U. 11/11/2003 n. 262) che, nell'esprimersi favorevolmente sui cd. "patti di integrità", ammette l'inclusione nel bando del divieto di subappalto ad imprese concorrenti nella stessa gara.

Se le finalità moralizzatrici di questo strumento sono sicuramente encomiabili, qualche cautela purtuttavia si impone in relazione alla giurisprudenza, pur riformata in secondo grado, che da un lato si è espressa negativamente sul merito dei contenuti del patto, ad esempio riguardo la sanzione di incameramento della cauzione provvisoria che non è suffragata sul piano del principio di legalità (Tar Lombardia), dall'altro, per le stesse ragioni (difetto di base normativa), ha escluso che la violazione del patto possa integrare gli estremi di una delle ipotesi di cui all'art. 75 del regolamento generale che determinano l'esclusione dalle gare per un anno (Tar Lazio).

Ma in particolare è il previsto divieto di subappalto a imprese concorrenti alla stessa gara ad ingenerare alcune perplessità. Si introduce, da un lato, un divieto di subappalto non previsto dalla legislazione, in contrasto con il principio di eccezionalità di tale divieto sancito dalle fonti comunitarie.

Il fatto che l'aggiudicataria subappalti all'impresa concorrente alla stessa gara non comporta necessariamente che tra le imprese ci siano stati preventivi accordi sulla formulazione dell'offerta economica. La finalità preventiva di ordine pubblico introduce una presunzione in malam partem che dovrebbe essere fondata su una norma positiva, mentre la turbativa d'asta nei casi in cui effettivamente sussista è già sanzionata dall'ordinamento.

Dall'altro lato, il divieto può determinare in certe situazioni una eterogenesi dei fini, creando alterazioni alla concorrenzialità nella gara, o quanto meno attribuendo un enorme potere contrattuale alle imprese subappaltatrici. Si pensi ai casi in cui le lavorazioni subappaltabili, in concreto (per la peculiarità delle lavorazioni, per la dimensione ristretta del relativo mercato nella zona interessata, ecc.), possano essere eseguite soltanto da poche imprese: la presenza di tali imprese in gara impedisce all'impresa terza aggiudicataria di poter eseguire i lavori.

8. I requisiti speciali. La regola generale. La sufficienza della qualificazione nella prevalente.

Tribunale Amministrativo Regionale Puglia Bari sez.III 5/2/2004 n. 468

APPALTO DI LL.PP. - QUALIFICAZIONE DELLE IMPRESE - QUALIFICAZIONE NELLA CATEGORIA PREVALENTE - SUFFICIENZA - QUALIFICAZIONE NELLE CATEGORIE SCORPORABILI - CARATTERI - FATTISPECIE

1. Nelle gare di appalto di lavori pubblici, i requisiti tecnici per la partecipazione alla relativa procedura di scelta del contraente privato riguardano la qualificazione soltanto nella categoria prevalente dei lavori, in quanto tutte le categorie scorporabili dell'appalto possono essere affidate in subappalto (cfr. C. d. S. sez. V, 31 ottobre 2001, n. 5691; TAR Lazio, sez. I, 9 agosto 2002, n. 7088). Invero, il possesso della qualificazione alla categoria prevalente deve considerarsi la regola generale, rispetto alla quale l'esclusione dalla gara per mancanza di qualificazione all'esecuzione delle opere scorporabili degrada a mera clausola eccezionale, giustificabile soltanto in presenza delle particolari caratteristiche di queste ultime, di cui l'Amministrazione è tenuta a dare notizia nell'indire la procedura concorsuale (cfr. C. d. S., sez. V, 11 gennaio 2002, n. 130).

Consiglio Giustizia Amm. Regione Siciliana 27/1/2005 n. 22

APPALTI DI LL.PP. - QUALIFICAZIONE IMPRESE - QUALIFICAZIONE NELLE CATEGORIA PREVALENTE - ESECUZIONE DI LAVORI RIFERITI A CATEGORIE SCORPORABILI - DISCIPLINA EX ART.73 DPR 554/1999 - DIVERSA DISCIPLINA DELLA LEX SPECIALIS - FATTISPECIE

Ai sensi dell'art. 73 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 - per partecipare alle gare per l'aggiudicazione di contratti della Pubblica Amministrazione, è sufficiente la qualificazione relativa alla categoria prevalente che abilita l'aggiudicatario a realizzare anche i lavori riferiti a categorie scorporabili, purché non si tratti di opere o lavori speciali a qualificazione necessaria e purché ciò non sia diversamente disciplinato da una legittima clausola, all'uopo inserita nel bando di gara. Qualora, invece, nel bando venga prevista una diversa disposizione per l'esecuzione di lavori relativi ad una categoria scorporabile, espressamente stabilendosi che nel caso in cui l'aggiudicatario non sia qualificata anche per la categoria secondaria, i relativi lavori devono essere eseguiti in subappalto da impresa qualificata, occorrerà verificare se, in concreto, la citata norma sia stata rispettata con l'affidamento di tali lavori ad una impresa che abbia la necessaria qualificazione per la categoria di riferimento.

Si svolgono alcune considerazioni d'insieme rinviando ai paragrafi seguenti per l'esame analitico delle varie problematiche.

La questione delle regole che governano l'accesso delle imprese attraverso i meccanismi previsti nel regolamento generale della legge Merloni e poi nel d.P.R. 34 sulla qualificazione, è una questione complessa, con una serie di regole per alcuni aspetti non ancora del tutto definite e consolidate.

Ciò crea una situazione con margini di incertezza che dovrebbero essere evitati in quanto l'accesso ad un mercato di appalti pubblici di lavori dovrebbe, invece, essere governato da un quadro normativo chiaro e il più possibile univoco.

La complessità della normativa, l'intrecciarsi dei vari aspetti, sono elementi che non solo creano difficoltà di tipo operativo per l'operatore e per l'interprete ma sono anche criticità proprie del sistema.

Il fatto che ci possano essere diverse interpretazioni e diverse applicazioni, che ci siano indirizzi giurisprudenziali ancora oscillanti, non consolidati, su diversi punti qualificanti, è un punto che presta il sistema stesso a situazioni che presentano una disparità di trattamento da zona a zona, da stazione appaltante a stazione appaltante, una situazione che sicuramente non è ottimale e che ha anche delle conseguenze in termini economici sugli operatori, sulle imprese: non sapere bene o vedere che le regole applicabili non sono ovunque uguali è un costo che viene riversato anche sul sistema economico.

La stessa composizione delle regole rispetto alla singola gara determina anche la possibilità per l'impresa o l'imprenditore che vuole concorrere di presentarsi in un certo assetto che può avere, anch'esso, un costo diverso: il fatto che ci si presenti in associazione di imprese piuttosto che riservandosi di subappaltare determinate lavorazioni non è indifferente per l'impresa, per una serie di motivi anche economici.

Il fatto che una certa lavorazione venga data in subappalto dà luogo alla possibilità per le imprese intanto di non dover stringere preventivamente degli accordi con imprese con cui invece, se deve fare l'associazione di imprese, deve necessariamente venire a patti. Anche dal punto di vista economico è noto che i prezzi nel contratto di subappalto sono i prezzi dell'appalto che possono essere ribassati fino ad un massimo del 20%, quindi naturalmente l'impresa tende a dare in subappalto determinate lavorazioni piuttosto che scegliere le altre formule perché questo è un elemento che influisce sulla stessa determinazione dell'offerta economica.

Il sistema nasce dalla riforma Merloni che ha segnato la fine del sistema basato sull'Albo nazionale dei costruttori e la creazione di un nuovo assetto in cui è stata delegata una funzione pubblica a soggetti di diritto privato che sono le SOA, società organismi di attestazione, che hanno il compito di andare appunto ad attestare la qualificazione delle imprese ad eseguire lavori di determinate categorie e per determinate classifiche.

Questa è una funzione che viene svolta dalle SOA in un regime di controllo e vigilanza dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici.

Una fascia di lavori che è al di sotto dei 150 mila euro è al di fuori del sistema di qualificazione.

Questo sistema si fonda, quindi, sulle regole contenute sia nella legge sia nel regolamento generale – il d.P.R. 554/1999 – sia sul regolamento sulla qualificazione.

Ci sono due ordini di problemi. Il primo è come fa l'impresa ad ottenere la attestazione di qualificazione e quindi quali sono i requisiti che l'impresa stessa deve avere per arrivare all'attestato, qual è la natura del rapporto, del contratto che intercorre tra l'impresa e la SOA, ecc.

Sono questioni che non sono rilevanti per la stazione appaltante che bandisce la gara, per cui può essere utile per la conoscenza del sistema ma non è indispensabile che la stazione appaltante sappia quali sono

i requisiti che vengono presi in considerazione né tanto meno quali sono le procedure pratiche ed operative che vengono poste in essere dalle SOA per rilasciare gli attestati perché alla stazione appaltante quello che importa è che si presenti in gara una impresa che sia in possesso dell'attestato.

Aut. Vig. Deliberazione n. 27 (R 85/05) del 09/03/2005 (massima ufficiale)

L'art. 1, comma 3, del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m. ha stabilito che l'attestazione della SOA costituisce "condizione necessaria e sufficiente" per la partecipazione alle gare. Necessaria perché senza di essa la partecipazione non è consentita; sufficiente perché l'amministrazione non può chiedere ulteriori requisiti di natura tecnico-amministrativa. Ne discende l'illegittimità della clausola del bando che richiede, in aggiunta all'attestazione SOA per qualifica adeguata, il possesso di una cifra d'affari in lavori conseguita nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, non inferiore a tre volte la percentuale dell'importo a base di gara di propria spettanza.

La possibilità, in generale, per le amministrazioni di prescrivere ulteriori adempimenti rispetto alle previsioni normative per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici, sempre che risultino proporzionati alle finalità dell'amministrazione e non costituiscano pretese irrazionali e pretestuose - riconosciuta dalla giurisprudenza (cfr. in tal senso determinazione dell'Autorità n. 14/03) - viene, infatti, a cadere di fronte al disposto di una norma cogente, quale è l'art. 1, comma 3, sopra citato, che vieta la dimostrazione di ulteriori requisiti di natura economico-finanziaria rispetto all'attestato SOA.

In realtà sull'operato delle SOA emergono dubbi nel senso che i richiami dell'Autorità di vigilanza alle SOA sulla necessità di verificare effettivamente e di non basarsi sulle autocertificazioni suscita qualche dubbio sulle SOA stesse. Apprendiamo infatti che le SOA, in alcuni aspetti, procedono affidandosi all'autocertificazione senza procedere a verificare effettivamente il possesso dei requisiti attraverso la documentazione probatoria.

Ciò appare paradossale pensando alla distinzione che riguarda i requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economica-finanziaria, che sono quelli che sono poi ricompresi nell'attestato, e, sull'altro versante, i requisiti di capacità morale, le cause di esclusione.

Le stazioni appaltanti stanno molto attente a verificare due volte i requisiti di capacità generale, che sono già accertati dalla SOA per certi aspetti, e poi vengono di nuovo accertati di volta in volta dalla stazione appaltante (come sopra ricordato a proposito della distinzione tra idoneità statica e idoneità dinamica), mentre nulla si verifica su quella che è la capacità tecnica, economica e finanziaria così come attestata dal certificato; dunque, non ci si pone il problema di vedere se non ci sia la necessità di fare anche una verifica su quest'ultima, visto che anche i requisiti sono spesso derivanti da forme di autocertificazione, da forme non particolarmente stringenti di controllo e di verifica.

Su ciò c'è un elemento di garanzia fondamentale che è il ruolo dell'Autorità di vigilanza rispetto alle attestazioni, che è stato chiarito con pronunce del Consiglio di Stato che hanno dichiarato che l'Autorità può annullare le attestazioni. Invece, la giurisprudenza di primo grado, soprattutto del TAR Lazio, aveva invece ritenuto che nei compiti di vigilanza del sistema dell'Autorità sulle SOA, trattandosi di poteri di tipo sanzionatorio, ciò che non è espressamente previsto non si può desumere.

Questa giurisprudenza aveva dunque ritenuto che non essendo previsto nella normativa che l'attestazione possa essere annullata, aveva a propria volta annullato dei provvedimenti dell'Autorità di vigilanza che aveva annullato o ridimensionato delle attestazioni. Invece il Consiglio di Stato ha

stabilito che ragioni di coerenza e di tenuta del sistema impongono il fatto che l'Autorità di vigilanza possa annullare, ridimensionare o intervenire direttamente sul contenuto delle attestazioni.

Questo dovrebbe attenuare o risolvere il problema: in un sistema che comunque si basa anche sull'accertamento della capacità tecnica, economica e finanziaria su autocertificazione almeno in parte, c'è comunque un'ultima istanza – rappresentata dall'Autorità – che garantisce o ha gli strumenti ed i poteri per annullare o ridimensionare delle attestazioni che siano state rilasciate in assenza dei presupposti.

La stessa Autorità di vigilanza ha dettato a suo tempo regole – più o meno condivisibili – su che cosa si debba fare nel momento in cui l'attestazione venga annullata o ci sia un accertamento di insussistenza delle condizioni generali di capacità a partecipare ad una gara, quindi al venire in evidenza di una delle cause di esclusione. Con la determinazione n. 19 del 2002 l'Autorità (già più sopra ricordata) ha disciplinato in modo puntuale i provvedimenti.

Chiaramente se l'annullamento dell'attestazione sopravviene in sede di gara o prima, in sede di prequalifica, la conseguenza è l'esclusione dalla gara. V'è il problema se questo avvenga dopo l'aggiudicazione provvisoria, dopo l'aggiudicazione definitiva, dopo la stipula del contratto, dopo la consegna dei lavori.

Se si tratta del soggetto aggiudicatario, la conseguenza, per l'Autorità di vigilanza è che il contratto deve essere risolto perché mancava uno dei requisiti a contrattare legalmente con la pubblica amministrazione.

V'è la questione di che cosa succede se invece questo tipo di situazione si verifica in capo ad uno degli altri concorrenti, e allora bisognerebbe effettuare una specie di prova di resistenza per verificare se togliendo questo concorrente dalla gara il risultato della gara cambia oppure no.

A quel punto, quindi, addivenire eventualmente ad una risoluzione del contratto con l'aggiudicatario originario, una nuova aggiudicazione ed un nuovo affidamento dei lavori.

Sussiste un problema di regole generali sull'autotutela che è stato anche evidenziato dai commentatori, nel senso che l'aggiudicatario, che ha partecipato alla gara non sapendo nulla delle posizioni di soggetti terzi che magari hanno dichiarato il falso o avevano una attestazione che non era valida, ha firmato il contratto e ha iniziato i lavori per poi vedere bloccato tutto per i problemi di un concorrente terzo.

Si pone dunque la questione di tutelare l'affidamento, e di osservare le regole sulla valutazione del pubblico interesse alla revoca di quanto già disposto. Normalmente la mera esigenza del ripristino della legalità violata non dovrebbe essere una ragione sufficiente per adottare degli atti di autotutela e infatti la stessa Autorità di vigilanza è prudente e afferma che occorre comunque vedere se vi sono i presupposti, se i lavori sono già avanzati, ecc.

Occorre a questo punto esaminare il meccanismo che riguarda il tipo di attestazione che è richiesto rispetto alla natura e all'importo dei lavori.

Su ciò si registra la difficoltà di armonizzazione – o almeno ritenuta tale ed evidenziato in alcune sentenze – tra la regola del d.P.R. 34/2000, che è la fonte normativa che stabilisce come viene rilasciata

l'attestazione, e il d.P.R. 554/1999, che stabilisce come le imprese si presentano alla gara e in che modo viene eseguito il lavoro.

V'è una impostazione di fondo, stabilita nel d.P.R. 554, che rappresenta il principio generale che dovrebbe essere finalizzato ad aprire un certo mercato di appalti pubblici, inerente il ruolo fondamentale dell'impresa in possesso dell'attestazione per la categoria dei lavori prevalenti.

Le attestazioni sono distinte rispetto sia alla natura dei lavori, quindi delle categorie, sia rispetto alle classifiche. Quindi per un lavoro di un unico tipo può partecipare alla gara per il suo affidamento, l'impresa che è in possesso dell'attestazione per quel tipo di categoria, per una classifica che copra appunto quell'importo.

Se il lavoro si compone di più parti ci sarà una parte che è prevalente, che è quella che rispetto all'importo totale dei lavori è quantitativamente prevalente, e le altre parti che sono scorporabili e subappaltabili.

Deliberazione n. 125 (R/241-03) del 21/05/2003 – (massima ufficiale)

La necessità di indicare nel bando di gara anche le categorie scorporabili sussiste solo se le stesse costituiscano lavori autonomi (intendendo per lavoro autonomo deve intendersi un lavoro che, indipendentemente dalla categoria che identifica l'intervento da un punto di vista ingegneristico, non ha bisogno di lavorazioni appartenenti ad altre categorie per esplicitare la sua funzione) e siano di importo inferiore alle soglie indicate: le due condizioni sono entrambe necessarie, per cui in mancanza anche di una sola di esse, l'obbligo di indicazione nel bando viene meno.

Il principio consiste nel dare il ruolo fondamentale all'impresa che è in possesso dell'attestazione per la prevalente, cioè l'impresa in possesso dell'attestazione per la prevalente per l'importo totale dei lavori è legittimata a concorrere alla gara.

Esso è finalizzato all'ampliamento del mercato e per dare il ruolo preminente al soggetto che possiede l'attestazione per quanto riguarda i lavori della categoria prevalente. Dato questo ci sono poi tutta una serie di eccezioni.

Il legislatore della Merloni voleva uscire da un sistema in cui, anche in modo distorto, potevano essere enucleati all'interno dei lavori, delle categorie di tipo particolare tali per cui si creava una restrizione nella gara d'appalto.

Volendo a tutti i costi inserire nell'affidamento una categoria del tutto particolare, che però ad una valutazione più attenta potrebbe essere ricompresa in una categoria di tipo generale, in realtà si crea una situazione per cui quelle imprese che non hanno quella categoria di tipo specialistico o che non riescono ad accordarsi con una impresa che abbia quel tipo di categoria sono tagliate fuori dalla gara di appalto.

Tuttavia sono anche condivisibili tutte le ragioni per cui si ritiene che comunque per le parti scorperate e scorporabili in ogni caso ci deve essere una adeguata qualificazione per cui non si possono lasciare la partecipazione alla gara e poi l'esecuzione dei lavori a soggetti che non siano adeguatamente qualificati.

Le eccezioni iniziano con l'obbligo di subappalto per quanto riguarda tutte quelle lavorazioni appartenenti a categorie generali o categorie cosiddette SIOS, cioè categorie specializzate di una particolare natura che sono identificate nel d.P.R. 554 e poi sono state identificate puntualmente in determinazione dell'Autorità di vigilanza.

Il d.P.R. 34/2000 distingue tra categorie generali e categorie speciali. La distinzione è questa: la categoria generale identifica un tipo di lavorazione che è comprensiva di ciò che è necessario per quel tipo di intervento e in possesso di una capacità di impresa tale da affrontare e risolvere compiutamente quel tipo di intervento; mentre la categoria specializzata descrive un tipo di lavorazione specialistico e che non determina di per sé il possesso da parte dell'impresa di una capacità dell'altro tipo.

Per cui una categoria generale può avere al suo interno "pezzi" di una categoria specializzata o può rappresentare in qualche modo la somma o, meglio, il coordinamento di più categorie specializzate.

Quindi se le altre parti di cui si compone l'intervento, esclusa la prevalente, che siano d'importo superiore al 10% dell'appalto stesso o a 150.000 euro appartengono a una categoria generale o a una categoria SIOS, in questo caso c'è un obbligo di subappalto.

Cioè l'impresa che può concorrere ad una gara perché in possesso dell'attestazione per la prevalente dell'importo totale dei lavori, deve dichiarare obbligatoriamente – pena l'esclusione – il subappalto in sede di gara, perché deve obbligatoriamente affidare queste lavorazioni ad imprese in possesso di adeguata qualificazione per questo tipo di opere.

Quindi è introdotto un altro elemento che è quello dell'importo del 10% o dei 150.000 euro.

Allora in bando cosa va evidenziato? Vanno evidenziati i lavori prevalenti e – stante la espressa previsione del d.P.R. 554 – va evidenziato tutto ciò che non sia riconducibile alla prevalente e che sia d'importo superiore al 10% dell'importo totale dell'appalto o ai 150.000 euro.

Ci si può domandare se le due cose vadano lette congiuntamente. In realtà una delle prime circolari emesse da quello che era ancora il Ministero dei lavori pubblici, scritta dal capo dell'Ufficio legislativo che aveva collaborato al d.P.R. 34 e agli altri regolamenti, indicava che la lettura doveva essere congiunta: si voleva fare una soglia di 150.000 euro per cui tutto ciò che era al di sotto di questa soglia non andava evidenziato anche se fosse stato superiore al 10%.

Secondo questa circolare, quindi, la lavorazione scorporabile/subappaltabile se è superiore ai 150.000 euro va evidenziata; se è superiore al 10% va evidenziata ma soltanto se è superiore ai 150.000 euro. In realtà questa impostazione viene sostanzialmente disattesa.

Identificato ciò che va evidenziato nel bando obbligatoriamente ai fini della qualificazione e di rispettare le regole del d.P.R. 554, si possono identificare altre categorie che non rientrano strettamente in questi fini?

Anche qui è aperto il dibattito. Le prime indicazioni, le prime circolari davano per assolutamente certo che queste erano le nuove regole del sistema, pertanto erano superate le indicazioni fornite dalla legge 55/1990 per cui tutte le lavorazioni di cui si compone l'intervento – che sono poi sostanzialmente identificate nel progetto posto a base di gara – devono essere indicate in bando, quindi anche quelle al di sotto di questi parametri, con possibilità di subappalto.

La circolare affermava che questa possibilità non c'è più e che in base alle nuove regole, nell'ambito del principio stabilito dalla legge 55 – vanno indicate le lavorazioni di cui si compone l'intervento –, però è il d.P.R. 554 che dice quali sono le lavorazioni di cui si compone l'intervento.

Le lavorazioni di cui si compone l'intervento sono soltanto quelle di cui sopra, cioè una unica prevalente e le altre d'importo superiore o al 10% o a 150.000 euro. Tutto il resto va fatto confluire necessariamente nella prevalente – questa era l'ulteriore conseguenza – con l'unica eccezione delle lavorazioni appartenenti che necessitano dell'abilitazione della legge 46/1990.

La tesi della circolare si fonda sulla considerazione dell'importo della categoria prevalente che può essere subappaltato, che è limitato al 30% della stessa. Siccome questo tipo di norme – la legge 55 in particolare, quella sul divieto di intestazione fiduciaria, ecc. – sono legate a questioni di ordine pubblico, di prevenzione della criminalità mafiosa, una interpretazione che amplia il subappalto non sarebbe accettabile.

Vi sono però – è da dire – altri principi di carattere comunitario che stabiliscono esattamente l'inverso: in sentenze della Corte di giustizia riprese dalla giurisprudenza amministrativa italiana, si è detto che il principio generale della materia è quello che l'impresa si organizza come vuole, entro certi limiti ovviamente, nel fare i lavori e quindi le regole che limitano o vietano il subappalto non sono accettabili e comunque nei limiti in cui sono accettabili devono essere assolutamente di stretta interpretazione.

A questo punto il discorso si complica mano a mano che si affrontano le varie problematiche, perché rispetto a situazioni in cui c'è l'obbligo di subappalto, in realtà per un certo tipo di lavorazione c'è una situazione opposta, c'è un divieto di subappalto. Alcuni tipi di lavorazioni di cui si compone l'intervento sono ritenuti dalla normativa talmente specialistiche e specializzanti che non li si può nemmeno dare in subappalto ma l'impresa deve presentarsi in associazione temporanea con imprese che posseggono quel tipo di specializzazione.

Stiamo parlando tipicamente delle lavorazioni SIOS di importo superiore al 15%.

Sulla questione di come si applica questo meccanismo vi sono state diverse interpretazioni prima e dopo la *Merloni-quater*; l'interpretazione stabilizzata oggi è quella per cui il limite del 15% va riferito a ciascuna lavorazione di tipo SIOS e quindi per quella che supera il 15% sicuramente scatta l'obbligo di formare un raggruppamento temporaneo, ma ciò non comporta un obbligo di fare un raggruppamento temporaneo anche per altre lavorazioni SIOS che ci fossero d'importo inferiore al 15%.

C'è poi il problema di una interpretazione dell'Autorità sulla vigilanza dei lavori pubblici che ritiene che in questo obbligo di formare il raggruppamento e divieto di subappalto rientrano anche le lavorazioni appartenenti alle categorie generali che superano il 15%. Su questo invece c'è unanimità in dottrina e in giurisprudenza che le cose non stiano così.

Un ulteriore aspetto riguarda la definizione di categoria a qualificazione obbligatoria, perché il d.P.R. 34 indica in un allegato quali sono queste categorie generali e speciali e poi mette una "crocetta": qualificazione obbligatoria sì o no.

Le generali sono tutte a qualificazione obbligatoria, mentre alcune speciali non lo sono.

Occorre capire, rispetto all'obbligo di possesso di adeguata qualificazione per le categorie che superano il 10% o i 150.000 euro, se questo principio valga non solo per le generali e per le SIOS, ma per tutte le categorie.

Si ritiene che – anche se le indicazioni fornite dalle circolari erano di segno contrario – anche in questo caso il principio di adeguata qualificazione, di qualificazione obbligatoria stabilita dal d.P.R. 34/2000, pone l'obbligo del possesso di attestazione di qualificazione e quindi occorre fare una lettura congiunta tra d.P.R. 34 e d.P.R. 554.

Questa tesi è sostenuta in alcune sentenze (TAR Calabria del 2001, TAR Lazio del 2002) che hanno detto che “altrimenti il d.P.R. 554 sarebbe nato morto”, nel senso che se si ritenesse presente l'obbligo di qualificazione stabilito dal d.P.R. 34 non sarebbe operativa la regola stabilita dal d.P.R. 554.

V'è un elemento che è stato fornito recentemente dal d.lgs. sui lavori e i beni culturali che pone il principio per cui in ogni caso l'impresa che esegue le lavorazioni di quel tipo, indipendentemente dall'importo, deve essere in possesso della qualificazione.

Questa sembrerebbe una conferma indiretta della tesi della giurisprudenza citata, proprio perché una di queste categorie sono gli scavi archeologici (che sono a qualificazione obbligatoria).

Comunque è difficile pensare a casi concreti in cui questo problema si pone perché guardando la natura di queste categorie è anche difficile, almeno in alcuni casi, che queste categorie possano essere appaltate come intervento insieme a lavorazioni di altro tipo e quindi essere delle scorporabili e non essere delle prevalenti. Si potrebbe anche dire che il principio della qualificazione obbligatoria è naturale e vale quando queste categorie sono prevalenti o addirittura uniche.

Chiaramente il principio della qualificazione obbligatoria vale per quello che riguarda la categoria quando è prevalente. Su questo sembra sbagliare l'Autorità di vigilanza quando afferma, con riferimento ad alcune categorie, che ci si può presentare anche con la OG1 anche se nel bando c'è la OS6, perché così si mina alla radice il principio di qualificazione, che deve valere per lo meno per la categoria prevalente.

Il d.P.R. 34 dovrebbe definire un sistema chiuso in cui non ci siano altre fonti da cui derivi la qualificazione richiesta, mentre c'è un caso – quello delle categorie che richiedono l'abilitazione *ex lege* 46 – in cui c'è una qualificazione che deriva da un tipo di norma diversa dal d.P.R. 34.

Su ciò vi sono però sentenze che affermano che esso non è da considerare un requisito di partecipazione perché l'impresa potrebbe anche successivamente dotarsi di quanto necessario per ottenere questo tipo di abilitazione.

Questo problema non è spostato in realtà dalle nuove norme – che peraltro non sono ancora vigenti – del testo unico dell'edilizia. Esso stabilisce che il possesso dell'attestazione in determinate categorie – che poi sono state identificate puntualmente dall'Autorità di vigilanza – è sostitutivo dell'abilitazione, quindi l'impresa che è in possesso dell'attestazione in quelle categorie non deve poi prendere l'abilitazione *ex lege* 46.

Abbiamo esaminato le varie questioni: il principio dell'ingresso nella gara soltanto con l'attestazione per la prevalente; le eccezioni con l'obbligo del subappalto: le eccezioni ulteriori con il divieto di subappalto e l'obbligo del raggruppamento verticale.

Per quanto riguarda l'obbligo di raggruppamento verticale abbiamo visto la questione dell'interpretazione che riguarda le generali. Per quanto riguarda queste ultime in realtà la questione è più complessa.

Infatti se le specialistiche che sono anche SIOS, superiori al 15%, non possono essere subappaltate ma vanno in raggruppamento obbligatorio: per la OG11 che sostituisce la *summa* di queste categorie è applicabile oppure no questa regola ?

Su ciò vi sono orientamenti diversi. Alcune sentenze affermano che la OG11 è la SIOS, quindi con obbligo di raggruppamento, ecc.

Una sentenza del Consiglio di Stato del 19 agosto 2003 invece sostiene che la tesi dell'Autorità di vigilanza sulle generali che rientrano nella regola del 15% non è condivisibile. E quindi non vi rientra neanche la OG11, di per sé.

Bisogna effettuare – afferma il Consiglio di Stato – una valutazione caso per caso “andando a vedere” all'interno della OG11 concretamente, nel caso singolo preso in considerazione, se questa OG11 in realtà contenga delle OS superiori al 15%. A questo punto, allora, scatta il divieto.

È un ragionamento da un lato semplice, ma dall'altro lato contraddittorio con la stessa configurazione del sistema di qualificazione che è, invece, molto formale e basato sul documento in quanto tale e non su valutazioni ulteriori di ciò che è contenuto all'interno del documento.

L'impostazione è la corrispondenza formale: nel bando è indicata una certa lavorazione, una certa categoria e un certo importo, se se v'è corrispondenza bene, altrimenti l'impresa non partecipa.

Deliberazione n. 164 (GE-IP/707/2004) del 04/11/2004 (massima ufficiale)

Secondo un costante orientamento di questa Autorità la categoria OG11 è una categoria generale da considerarsi “anomala”. Pertanto, come sostenuto con la determinazione n. 27/2002, “sicuramente fra le categorie cui ... si applica il divieto di subappalto è da ricomprendere la categoria OG11 in quanto questa è da considerarsi appartenente all'elenco delle strutture impianti ed opere speciali di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999 per la ragione che non è altro che la somma delle lavorazioni indicate nelle lettere b), d), ed e) del suddetto comma, e cioè delle categorie specializzate OS3, OS5, OS28 e OS30 per le quali nessun dubbio o incertezza esiste in ordine al suddetto divieto di subappalto”. Si deve, inoltre, considerare che non è possibile scorporre l'ammontare di ciascuna categoria OS3, OS5, OS28 e OS30, ai fini della valutazione del raggiungimento di ciascuna di esse del limite del 15%, poiché dette lavorazioni sono tra loro interconnesse e non eseguibili singolarmente. Se, invece, si assumesse per ipotesi corretta l'interpretazione (seguita nel caso di specie) di considerare singolarmente l'importo di ciascuna categoria che compone la OG11, si dovrebbe vietare il subappalto soltanto alla categoria specializzata o alle categorie specializzate che superano il 15% dell'appalto e consentire il subappalto a quelle che non superano detta soglia. Seguendo questa logica, tuttavia, si perviene alla diversa conclusione che la categoria OG11 non è un insieme coordinato di lavorazioni e che parte di essa può essere eseguita da soggetti non aventi la qualificazione nella

OG11, dovendosi prevedere il divieto del subappalto per la parte specializzata che supera il limite del 15%. L'indicazione della categoria OG11 nel bando di gara, quale lavorazione facente parte dell'appalto, in questo caso risulterebbe del tutto inutile.

Per quanto riguarda le lavorazioni scorporabili, chiaramente laddove esse siano di importo superiore a 150.000 euro comportano di per sé il possesso dell'attestazione quantomeno nella classifica a cui è riconducibile la lavorazione stessa.

V'è il problema di cosa succeda in un appalto di importo superiore ai 150.000 euro rispetto ad una scorporabile che sia evidenziata in bando, perché di importo superiore al 10% complessivo ma sia di importo inferiore ai 150.000 euro.

Su quella categoria di lavori è richiesta o no l'attestazione? La situazione è consolidata nel senso di ritenere che è richiesta l'attestazione, perché la lavorazione fa parte comunque di un appalto che nel suo importo totale ricade pienamente nel sistema di qualificazione e quindi tutte le lavorazioni sono governate da questo principio di qualificazione per cui deve essere posseduta la attestazione quanto meno nella classifica prima.

Questo è acquisito. Inizialmente l'Autorità di vigilanza aveva dato delle indicazioni che erano di segno diverso; aveva affermato che per questo tipo di lavorazione ci si poteva qualificare con le regole dell'art. 28 del d.P.R. 34/2000 che è quello che stabilisce quali sono i requisiti minimi per gli appalti che sono al di fuori del sistema di qualificazione e quindi di importo inferiore ai 150.000 euro. Queste indicazioni però sono state superate in determinazioni successive.

V'è la questione di che cosa succede se quella lavorazione viene subappaltata: deve essere subappaltata ad una impresa che sia in possesso dell'attestazione SOA oppure basta il possesso dei requisiti dell'art. 28 ?

In questo caso l'indicazione dell'Autorità di vigilanza è che è sufficiente il possesso dei requisiti dell'art. 28 perché qui stiamo parlando di un esecutore. Secondo l'Autorità, un conto è la partecipazione alla gara, altro conto è eseguire i lavori.

Siccome il principio stabilito dall'art. 18 della legge 55/1990 è che il subappaltatore deve essere in possesso dei requisiti previsti per la quota dei lavori che esso assume in subappalto, a questo punto se la quota dei lavori è inferiore ai 150.000 euro ciò dovrebbe comportare la possibilità di dare in subappalto ad una impresa che è in possesso dei soli requisiti dell'art. 28, quindi che non è attestata.

Questa soluzione comunque un problema di coerenza interna perché crea due regimi diversi, cioè necessità di attestazione se viene creato un raggruppamento con quella stessa impresa, o possibilità invece di non attestazione se la lavorazione viene data in subappalto.

Ma non è possibile che lo stesso tipo di lavorazione se assunta in raggruppamento richieda che l'impresa che la esegue sia attestata e se invece viene subappaltato non lo richieda.

V'è inoltre la regola dell'incremento del quinto: la attestazione posseduta consente di concorrere alla gara per lavori dell'importo coperto dall'attestazione incrementato di un quinto. C'è il problema di come si applica alle associazioni di imprese.

In passato, in regime di Albo dei costruttori, si riteneva che non fosse applicabile alle associazioni di imprese e successivamente è stato ritenuto, in via giurisprudenziale, che fosse applicabile e poi si è andati a distinguere come la si applica: se l' incremento del quinto vale ad incrementare, in una associazione orizzontale, l'importo di ciascuna impresa, quindi assommando l'importo di ciascuna aumentato del quinto riesca ad arrivare all'importo totale dei lavori, oppure se la somma delle attestazioni senza l'incremento del quinto consente di arrivare all'importo totale dei lavori. E poi l'incremento del quinto serve solo come ripartizione interna tra imprese nell'associazione.

Su questo tema vi sono due orientamenti giurisprudenziali. Uno più largo che afferma che si può sommare col beneficio del quinto quanto posseduto da ciascuna impresa fino a raggiungere l'importo totale dei lavori; c'è un altro orientamento – che sembra sia prevalente – che afferma che invece ciò non è possibile perché rappresenterebbe un doppio beneficio: infatti, il raggruppamento è già avvantaggiato dal fatto di presentarsi come tale, se gode di questo ulteriore beneficio viene meno la *par condicio* rispetto all'impresa singola.

Sulla questione dell'incremento del quinto v'è anche un altro problema di tipo interpretativo che riguarda il fatto che siccome il beneficio del quinto opera se l'impresa che l'invoca ha l'attestazione che copre almeno il quinto dell'importo totale dei lavori, v'è la tesi che, poiché la norma parla di un quinto nell'importo totale dei lavori, quindi il 20%, nell'associazione di imprese orizzontale in realtà il riparto è tra imprese in possesso del 20% ciascuna; mentre l'art. 95 del d.P.R. 54 ripartisce 40 + 10 + 10 ... come minimo.

Quindi si sostiene: l'art. 95 era dettato in regime transitorio ma in realtà a regime si è ritornati alla regola che era quella dell'Albo nazionale costruttori.

V'è invece un'altra tesi, suffragata dalla giurisprudenza, che dice che il meccanismo è 40 + 10 e così via e quella norma vale solo per beneficiare di un incremento del quinto. Quindi il riferimento serve soltanto per avere il beneficio ma non viene meno il principio generale stabilito, per cui la mandataria deve avere almeno il 40% e ciascun mandante deve avere almeno il 10%.

Sull'associazione orizzontale va citata poi quella norma che afferma che la mandataria deve possedere i requisiti in misura maggioritaria, quindi si pone il problema di che cosa succede nel caso in cui vi siano due imprese che abbiano la stessa attestazione e la stessa classifica.

Si ritiene che la norma in questi casi deve essere interpretata nel senso che l'attestazione deve essere tale da coprire in misura maggioritaria l'importo dei lavori, deve essere tale da coprire il 50% più anche un centesimo di euro rispetto all'importo dei lavori. Questo consente la partecipazione anche di due imprese in possesso di attestazione sulla stessa classifica.

V'è poi la questione relativa al possesso della qualità, in quanto, nell'ambito del d.P.R. 34 le imprese, progressivamente, a seconda dell'importo dei lavori, sono obbligate ad essere in possesso della certificazione di qualità o di elementi significativi e quindi di un sistema semplificato di certificazione propedeutico alla certificazione di qualità, che è necessario, dal 2003, a partire dalla III classifica come importo secondo la tab. B allegata al d.P.R. 34.

Ci si è domandati che cosa significa questo in caso di associazione di imprese. Se l'importo totale dei lavori è superiore a quello evidenziato nella tab. B, in caso di associazione tutte le imprese devono possedere la qualità?

La prima risposta, dell'Autorità di vigilanza, è stata in questo senso, citando anche una giurisprudenza del Consiglio di Stato che afferma che la qualità è un requisito soggettivo non frazionabile e quindi tutte le imprese devono avere la qualità anche se in raggruppamento.

Mentre una presa di posizione più recente inverte questo tipo di conclusione e individua la qualità come un elemento che accede alla qualificazione posseduta dall'impresa, quindi quanto l'impresa spende per assumere i lavori che assume.

Quindi la qualità diventa necessaria soltanto se l'importo dei lavori – non l'importo totale dei lavori ma l'importo del lavoro assunto dall'impresa in considerazione – è tale da ricadere in quella fascia di importo per cui scatta l'obbligo di possedere la qualità.

Se si vuole sposare una linea per cui vanno comunque privilegiate le interpretazioni favorevoli al massimo ampliamento della partecipazione, si deve assumere quest'ultimo tipo di risposta.

Se invece l'impostazione è quella che non si può svalutare il requisito soggettivo, anche per esigenze di *par condicio* rispetto all'impresa singola che lo possiede, allora l'interpretazione valida sarebbe la prima.

Per quanto riguarda gli appalti di importo inferiore ai 150.000 euro, l'art. 28 richiede che, come requisiti, le imprese debbano avere eseguito lavori di importo almeno pari all'importo dell'appalto, mentre le circolari dell'Autorità di vigilanza erano nel senso di dire che anche in questo caso vale il principio di adeguata qualificazione per cui si deve chiedere che i lavori eseguiti che vengono invocati come referenza debbano essere in qualche modo riconducibili alla tipologia dell'appalto secondo criteri di similarità che sono poi stati identificati dalla stessa Autorità di vigilanza.

Deliberazione n. 165 (Protocollo non disponibile) del 11/06/2003 – (massima ufficiale)

La partecipazione ad appalti di importo inferiore ai 150.000 euro comporta, ai fini della redazione del bando di gara, che pur non occorrendo l'indicazione della categoria delle lavorazioni, deve essere assicurato il possesso da parte del concorrente di una professionalità qualificata che si traduce in un rapporto di analogia tra lavori eseguiti da quest'ultimo e quelli oggetto dell'appalto da affidare "inteso come coerenza tecnica fra la natura degli uni e degli altri".

Al fine di considerare i rapporti di analogia fra i lavori eseguiti dal concorrente e quelli da affidare, è opportuno inserire nei bandi di gara per lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro l'indicazione della natura dei lavori e le seguenti indicazioni di corrispondenza: lavori edilizi e stradali (quelli appartenenti alle categorie OG1, OG3, OG4, OG5 e OG12); lavori idraulici (quelli appartenenti alla categoria OG6); lavori fluviali e marittimi (quelli appartenenti alle categorie OG7 e OG8); lavori impiantistici (quelli appartenenti alle categorie OG9, OG10, OG11, OS3, OS4, OS5, OS28 e OS30); lavori su beni immobili sottoposti a tutela, ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali ed ambientali (quelli appartenenti alla categoria OG2); lavori su superfici decorate e beni mobili di interesse storico artistico (quelli appartenenti alla categoria OS2); lavori inerenti scavi archeologici (quelli appartenenti alla categoria OS25); lavori agricolo-forestali (quelli appartenenti alla categoria OG13).

Anche in questo caso la dottrina e la giurisprudenza con qualche oscillazione ha ritenuto questa indicazione non condivisibile, quindi che questi lavori non debbano essere "analoghi", per ragioni di

tipo letterale – cioè la norma non lo dice – e poi perché questo rappresenterebbe un eccesso di qualificazione visto che si chiederebbe di avere eseguito il 100% di lavori analoghi quando per ottenere la SOA basta avere il 90% dell'importo di lavori analoghi rispetto alla classifica che si chiede.

La scelta di che tipo di attestazione spetta alla singola impresa. L'impresa può avere un portafoglio pregresso di commesse eseguite da far valere ai fini dell'attestazione, in cui vi saranno lavori fatti singolarmente e lavori fatti congiuntamente, poi spetta all'impresa, nel contratto che stipula con la SOA, farsi attestare, far valere determinate categorie piuttosto che altre ai fini della partecipazione alla gara per quanto le interessa.

Per quanto riguarda invece l'aspetto delle problematiche della capacità morale, dei requisiti di carattere generale, le cause di esclusione che sono definite nell'art. 75, l'indicazione del legislatore sembra essere quella che queste situazioni debbano essere accertate gara per gara, in capo a tutti i concorrenti, quindi un requisito soggettivo.

Sono requisiti indefettibili che peraltro, in parte almeno, dovrebbero già essere verificati dalle SOA, tanto più con il nuovo sistema basato sul prolungamento a cinque anni della durata dell'attestazione, con la verifica al terzo anno: si prevede che in questa verifica del terzo anno debba essere nuovamente la SOA a verificare il mantenimento dei requisiti generali.

I requisiti generali dovrebbero già essere accertati dalla SOA al momento del rilascio dell'attestazione, dovrebbero poi essere a regime oggetto di una verifica triennale, se vi sono dei cambiamenti la stessa impresa dovrebbe autodenunciarsi e segnalare la modifica all'autorità di vigilanza, cosa poco credibile perché questo porterebbe alla sospensione della gara; è più credibile – ed è previsto – che le stazioni appaltanti rilascino delle relazioni sul comportamento dell'impresa a fine lavori, quindi un flusso di informazioni che dovrebbero confluire al casellario informatizzato dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, che dovrebbe garantire il mantenimento dell'attualità di queste notizie.

Attraverso il casellario dovrebbe anche risultare la presenza di sopravvenute cause di esclusione. In realtà questo casellario ha una valenza relativa nel senso che la stessa Autorità di vigilanza ritiene che le informazioni contenute nel casellario medesimo siano una semplice base informativa. Quindi questo giustifica il fatto che si facciano gli accertamenti caso per caso.

Il problema è che lo stesso art. 75 afferma che alcune notizie devono essere risultanti dalle informazioni in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici attraverso lo strumento del casellario. In realtà l'interpretazione è che questo canale di accertamento non è univoco e che la stazione appaltante può anche acquisire diversamente questo tipo di informazioni.

È preferibile prevedere nel bando e far dichiarare come autocertificazione il possesso di questi requisiti enumerati, però forse con una clausola residuale che dica “e di ogni altra situazione che determina l'esclusione dalla gara e l'incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione”.

Questo può riguardare fatti e qualità che riguardano chi firma e anche soggetti terzi che hanno una posizione all'interno di una società e tipicamente gli amministratori con poteri di rappresentanza e i direttori tecnici, quindi non c'è necessità di far rilasciare queste dichiarazioni a tutti.

Poi si procede ai controlli. Il controllo dell'art. 10, comma 1-*quater* della legge Merloni che parla del sorteggio a campione preventivo all'apertura delle buste non si applica più per quanto riguarda i

requisiti di capacità tecnica che sono contenuti nella SOA, proprio perché era una norma che si riferiva alla fase transitoria. Rimane il sorteggio per le gare al di sotto dei 150.000 euro ma chiaramente dal sorteggio vanno escluse quelle imprese che si presentano con l'attestato SOA.

§§§

Per cercare di dipanare il problema, si rende necessario uno sguardo complessivo sulle finalità della nuova disciplina dei lavori pubblici.

Essa introduce il principio (articolo 73, comma 1, del dpr 554/1999) che per la partecipazione delle imprese alle gare di appalto è richiesta la sola qualificazione nella categoria prevalente, purché con riferimento all'importo totale dei lavori (art. 95, 1° comma).

Anche in fase esecutiva è ribadito (come principio generale, che soffre l'eccezione di cui al comma 2) che le imprese aggiudicatrici in possesso della qualificazione per la prevalente possono eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non sono in possesso delle relative qualificazioni (art. 74, comma 1).

In definitiva il regolamento (per ben tre volte) afferma – come regola generale - la sufficienza della qualificazione nella prevalente, sia in fase di partecipazione alle gare sia in fase esecutiva.

Tale principio si somma ad altri interventi della riforma "Merloni" (come ad esempio l'accorpamento delle categorie precedentemente previste).

Gli stessi notoriamente sono finalizzati a ridurre la frammentazione del mercato dei lavori pubblici e conseguentemente ad incrementare la concorrenza complessiva.

Si vuole rompere l'"incasellamento" nelle categorie, che spesso ha in passato falsato il mercato, e si vuole consentire che le imprese possano acquisire in corso d'opera la necessaria professionalità anche per lavorazioni diverse ma accessorie a quella principale per cui posseggono già la necessaria qualificazione.

Ne è riprova la disciplina dettata: il concorrente non in possesso dell'attestazione per la categoria cui appartiene la lavorazione incorporabile può concorrere egualmente alla gara (e quindi la complessiva partecipazione alla gara stessa si amplia).

Ciò anche se la lavorazione appartiene ad una categoria generale o alla speciale elencazione di categorie di opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica (c.d. s.i.o.s.: art. 72, comma 4, del d.p.r. 554/1999).

E' vero infatti che tali lavorazioni non possono essere eseguite direttamente dalle imprese qualificate per la sola categoria prevalente, se prive delle relative adeguate qualificazioni (art. 74, 2° comma d.p.r. 554/1999).

Tuttavia esse possono essere comunque subappaltate ad imprese in possesso delle relative qualificazioni (con il solo limite di cui all'art. 13, comma 7° della legge, sul quale qui non si discorre per non complicare ulteriormente il filo del discorso).

Il risultato di tale disciplina è per l'appunto che la partecipazione del concorrente (qualificato per la sola prevalente) alla gara non è preclusa.

9. L'obbligo di subappalto.

Tali conclusioni risultano addirittura rafforzate dal sopravvenire dell'istituto comunitario dell' "avvalimento" che, anzi, mette in crisi le diverse regole nazionali che introducono, ad esempio, obblighi o divieti di subappalto (cioè obblighi di associazione in ati), come appresso si vedrà.

Consiglio di Stato sez.V 16/11/2005 n. 6403

1. APPALTI DI SERVIZI - PARTECIPAZIONE DI CONSORZI STABILI - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE - CRITERI DI DETERMINAZIONE REGIME QUALIFICATORIO - INDIVIDUAZIONE - CRITERIO DELL'AVVALIMENTO - FATTISPECIE
2. APPALTI DI SERVIZI - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE - ESPERIENZA PREGRESSA - COMPUTO SERVIZI SVOLTI IN SUBAPPALTO - AMMISSIBILITA'
3. GARA D'APPALTO - CRITERIO OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU' VANTAGGIOSA - VALUTAZIONE TECNICO-DISCREZIONALE - PUNTEGGIO NUMERICA - LEGITTIMITA' - CONDIZIONI - INDIVIDUAZIONE

1. Mentre per i pubblici appalti di lavori, la L. 11.2.1994 n. 109 e successive modificazioni contiene una dettagliata disciplina in ordine alla partecipazione dei consorzi alle gare, prescrivendo che sono equiparati alle a.t.i. solo i consorzi di cui all'art. 2602 cod. civ., anche se costituiti in forma di società ex art. 2615 ter cod. civ. (art. 10, comma 1, lett. e, ed art. 13), invece per i consorzi stabili i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, tranne che per i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate (art. 10, comma 1, lett. c, ed artt.11 e 12), salva l'applicabilità della disciplina transitoria di cui all'art. 97 D.P.R. 21.12.1999 n. 554 per i consorzi stabili. Né tale specifica normativa dettata per gli appalti pubblici di lavori può ritenersi espressione di un principio generale dell'ordinamento e perciò estensibile anche agli appalti di servizi, in quanto contraddetta dal diritto comunitario. Invero, secondo l'avviso espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sentenza 2 dicembre 1999 in causa C-176/1998), in tema di appalti di servizi la direttiva n. 50/1992, al fine di comprovare il possesso dei requisiti di idoneità tecnica, economica e finanziaria di partecipazione ad una gara, consente al concorrente di fare riferimento alla capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli con il partecipante, a condizione che egli sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti (V. la decisione di questa Sezione n. 645/2003). Dunque emerge un principio opposto a quello che si desume dalla L. n. 109 del 1994, in quanto il soggetto che partecipa ad una gara di appalto di servizi, abbia o meno personalità giuridica, può avvalersi, al fine di comprovare il possesso dei requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria, dei requisiti di altri soggetti, purché sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti. Detto principio, di derivazione comunitaria con riguardo agli appalti di servizi, risulta ora generalizzato ed esteso a tutti i pubblici appalti, dalla direttiva unificata n. 18/2004 del 31.3.2004 (da recepire entro il 31.1.2006), consentendosi all'operatore economico o ad un raggruppamento di operatori economici di cui all'art. 4, se del caso e per un determinato appalto, di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, al fine della prova della capacità economica e finanziaria. In tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti (art. 47, commi

2 e 3). In conclusione, è indubbio che i requisiti di carattere morale e di generica affidabilità (quali l'inesistenza di precedenti penali ostativi, la regolarità contributiva, il rispetto della normativa «antimafia»), devono essere posseduti da ciascuna delle imprese consorziate. Invece, per l'accertamento dei requisiti di idoneità tecnica, finanziaria ed economica per la partecipazione ad appalti di servizi, le imprese partecipanti possono dimostrare le qualità richieste dal bando anche in modo indiretto, ossia facendo riferimento agli attributi di altri soggetti, purché con esse legati da un rapporto effettivo e sostanziale.

2. Trattandosi di requisito di natura tecnica (quale esperienza pregressa maturata nello specifico settore) non assume comunque rilevanza il titolo in forza del quale detta esperienza è stata maturata. Invero, occorre considerare che il subappalto di un lavoro o il subaffidamento di un servizio o di una fornitura, purché legittimamente attribuito (nel limite massimo del 30% per i lavori pubblici, ai sensi dell'art. 55 L. 19.3.1990 n. 55, limite esteso anche agli appalti di servizi e forniture dall'art. 18 d.l.vo n.157/1995 ed ai settori esclusi dall'art. 21 D. L.vo n. 158/1995), costituisce il mezzo ordinario per favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici (V. il 32° "considerando" della menzionata Direttiva CE n. 18/2004), per cui in linea di massima, salvo diversa disciplina normativa o di gara, debbono ritenersi rilevanti i lavori e l'attività svolta dalle imprese in qualità di subappaltatori o subaffidatari in relazione al principio cardine in materia, che è quello dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza (V. il 2° "considerando" della Direttiva CE n. 18/2004 e l'art. 24 D.P.R. 25.1.2000 n. 34 per quanto concerne la valutabilità ai fini della qualificazione dei lavori pubblici eseguiti da imprese subappaltatrici).

Consiglio di Stato sez.V 28/9/2005 n. 5194

1. APPALTI DI LL.PP. - POTESTA' DI AVVALIMENTO REQUISITI DI ALTRI SOGGETTI - COSTITUISCE PRINCIPIO GENERALE - FONDAMENTO - APPLICABILITA' AGLI APPALTI DI LL.PP. - VA AMMESSA
2. APPALTI DI LL.PP. - POTESTA' DI AVVALIMENTO REQUISITI DI ALTRI SOGGETTI - OPERATIVITA' CON RIGUARDO AL SISTEMA QUALIFICATORIO DELLE ATTESTAZIONI S.O.A. - SUSSISTE - RICORSO AI REQUISITI DELLA SOCIETA' MADRE O DI ALTRA SOCIETA' DEL GRUPPO - AMMISSIBILITA'
3. APPALTI DI LL.PP. - POTESTA' DI AVVALIMENTO REQUISITI DI ALTRI SOGGETTI - PRESUPPOSTI - ESISTENZA DI VINCOLI NEL GRUPPO - COSTITUISCE PRINCIPIO DI PROVA
4. APPALTI PUBBLICI - POTESTA' DI AVVALIMENTO REQUISITI DI ALTRI SOGGETTI - DISCIPLINA COMUNITARIA - NON IMPONE VALUTAZIONE BASATA SU PRESUPPOSTI SPECIFICI E PREDETERMINATI

1. La potestà di avvalimento costituisce un principio di fonte comunitaria non limitato al solo settore degli appalti di servizi, ma di portata generale. L'art. 31, n. 3, della direttiva "servizi" 92/50/CEE (ma uguale previsione è contenuta nell'art. 26 della direttiva "lavori", n. 93/37/CE), permette al prestatore di provare la capacità economico-finanziaria richiesta mediante qualsiasi documento che l'amministrazione aggiudicatrice ritenga appropriato; allo stesso modo, per ciò che attiene alla capacità tecnica, l'art. 32, n. 2, lett. c), della direttiva "servizi" (e, del pari, l'art. 27 della direttiva "lavori") prevede espressamente la possibilità di comprovarla mediante l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, siano essi o meno parte integrante dell'impresa concorrente, di cui la stessa disporrà per l'esecuzione dell'appalto. Pertanto, un operatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione, ben può far valere, a tali fini, le capacità di terzi cui conti di ricorrere in caso di aggiudicazione. Tali conclusioni sono state

avvalorate, nel tempo dalle sentenze della Corte di Giustizia (causa C-389/92 Ballast Nedam Groep I; C-5/97 Ballast Nedam Groep II; C-176/98), che hanno interpretato le norme anzidette nel senso che consentono, per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, di tenere conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di avere effettivamente a disposizione i mezzi di dette società, necessari per l'esecuzione degli appalti (più recentemente tali principi sono stati normati dal legislatore comunitario con la direttiva 2000/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi che, agli articoli 47 e 48, prevede che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità – economico-finanziarie e/o tecniche - di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, purché dimostri di disporre dei mezzi necessari a tal fine).

2. Tanto premesso, è da ritenere che il principio dell'avvalimento debba operare anche con riguardo alle attestazioni SOA. Queste sostituiscono, infatti, per ciò che attiene agli appalti di lavori, ogni altra dichiarazione, certificazione o dichiarazione che il concorrente deve rendere ai fini della partecipazione alla gara d'appalto in merito alla documentazione dei requisiti di capacità. Premesso, che, come dianzi precisato, l'avvalimento può essere invocato dall'imprenditore che concorra all'appalto anche per la realizzazione di quei lavori per i quali il medesimo non è in possesso della prescritta attestazione SOA, deve anche ritenersi che ad esso possa fare ricorso non soltanto la "società madre" del gruppo che partecipi all'appalto, ma anche una società del gruppo che sia in grado, per i collegamenti in seno al gruppo stesso, di avvalersi delle prestazioni e dei requisiti di altra società al gruppo medesimo facente capo.

3. Se è vero che la giurisprudenza comunitaria in tema di avvalimento si è sviluppata avendo a riferimento fattispecie in cui la società madre partecipava direttamente alla gara, non di meno essa ha affermato un principio di più vasta portata, in virtù del quale è da ritenere indifferente la natura del rapporto che lega le imprese in questione, ben potendo esso correre anche tra società dello stesso gruppo, ancorché la società "madre" non concorra direttamente all'appalto; principio che si rinviene, poi, nelle direttive che, normando i principi in questione, tratti dalla giurisprudenza comunitaria, hanno espressamente affermato, come si è visto, che "un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi (articoli 47 e 48 della direttiva 2000/18/CE relativa a "lavori, servizi e forniture"; norme analoghe sono contenute nella direttiva 2004/17/CE relativa ai settori speciali). Costituisce principio di prova, volto a comprovare la sussistenza della prescritta disponibilità dell'impresa di cui intende avvalersi, l'esistenza dei vincoli del gruppo. Ne consegue che l'impresa che dichiara di avvalersi delle capacità tecniche o economico-finanziarie di altra impresa può anche avvalersi, ai fini della partecipazione alla gara e dell'espletamento dei lavori previsti, delle prestazioni di quella stessa impresa, da rendersi in forza delle attestazioni SOA di cui essa è dotata.

4. La disciplina comunitaria, ai fini di cui sopra, non impone una valutazione basata su presupposti specifici e predeterminati, né impone che la valutazione stessa preceda necessariamente l'espletamento della gara.

In attesa, pertanto, del necessario coordinamento che dovrà essere attuato con i nuovi principi, che non escludono ad esempio che l'impresa priva di qualificazione possa "avvalersi" della qualificazione posseduta da altra impresa, senza subappaltare necessariamente il lavoro alla stessa, si espone il quadro normativo vigente così come delineato dalla legge "Merloni" e dai relativi provvedimenti di attuazione.

Come si accennava, in deroga al principio generale sopra ricordato, le lavorazioni relative a opere generali, e a strutture, impianti ed opere speciali di cui all'articolo 72, comma 4 del d.p.r. 554/1999, indicate nel bando di gara, non possono essere eseguite direttamente dalle imprese qualificate per la sola categoria prevalente, se prive delle relative adeguate qualificazioni; esse, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 13, comma 7, della Legge, sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni (art. 74, 2° comma del regolamento).

Le medesime lavorazioni sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale.

Quindi il concorrente in possesso della qualificazione nella prevalente per l'importo totale dei lavori potrà bensì partecipare alla gara, ma a patto che dichiari di subappaltare le lavorazioni appartenenti alle categorie generali o s.i.o.s. per le quali non possiede la qualificazione, ovvero che provveda a formare un'associazione d'imprese verticale con mandanti in possesso delle relative qualificazioni.

Identificazione delle s.i.o.s. (Aut. Vig., det. 25/2001):

<<La norma di cui alla precedente lettera f) (articoli 2, comma 1, lettera g) e 72, comma 4, del dpr 554/1999) non fanno riferimento alle categorie generali e specializzate previste nel regolamento di qualificazione. Poiché, però, i bandi di gara devono riportare l'indicazione delle categorie cui sono riconducibili le varie lavorazioni previste negli interventi è stato necessario procedere ad una comparazione fra le indicazioni del regolamento generale (dpr 554/1999) e la elencazione delle categorie contenuta nel regolamento di qualificazione (dpr 34/2000).

A tale comparazione ha provveduto l'Autorità (Nota illustrativa delle tipologie unitarie dei bandi di gara per l'affidamento dei lavori pubblici" nonché determinazione n. 12/2001 e delibera n.229/2001).

In base a tale operazione le categorie, che devono essere considerate altamente specializzate (così denominate nel prosieguo) e che sono tutte a qualificazione obbligatoria, cui si applica il divieto sono: OS2 - superficie decorate e beni mobili di interesse storico artistico; OS3 - impianti idrico sanitari; OS4 - impianti elettromeccanici trasportatori; OS5 - impianti pneumatici; OS11 - apparecchiature strutturali speciali; OS13 - strutture prefabbricate in cemento armato; OS14 - impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti; OS16 - impianti per centrali produzione elettrica; OS17 - linee telefoniche ed impianti di telefonia; OS18 - componenti strutturali in acciaio; OS19 - impianti di reti di telecomunicazioni e di trasmissione e trattamento dati; OS20 - rilevamenti topografici; OS21 - opere strutturali speciali; OS22 - impianti di potabilizzazione e depurazione; OS27 - impianti per la trazione elettrica; OS28 - impianti termici e di condizionamento; OS29 - armamento ferroviario; OS30 - impianti interni elettrici, telefonici e televisivi; OS33 - coperture speciali; OG12 - opere ed impianti di bonifica e protezione ambientale.

Va precisato che l'elenco delle categorie a qualificazione obbligatoria è più ampio dell'elenco delle categorie altamente specializzate.

Le categorie a qualificazione obbligatoria non comprese nel suddetto elenco sono: OS9 - impianti per la segnaletica luminosa e la sicurezza del traffico; OS10 - segnaletica stradale non luminosa; OS15 - pulizia di acque marine, lacustri, fluviali; OS24 - verde e arredo urbano; OS25 - scavi archeologici; OS31 - impianti per la mobilità sospesa. >>

10. Il problema delle categorie a qualificazione obbligatoria.

Tribunale Amministrativo Regionale Campania Napoli 27/9/2004 n. 12590

LAVORI PUBBLICI - QUALIFICAZIONE - VERIFICA REQUISITI - REQUISITI RELATIVI A LAVORAZIONI SCORPORABILI - PARTECIPAZIONE DI A.T.I. – FATTISPECIE

In tutti i procedimenti di scelta del contraente per la realizzazione di opere pubbliche, l'Amministrazione deve verificare, oltre alla convenienza economica delle offerte ed alle capacità finanziarie delle imprese partecipanti, la loro idoneità ad eseguire in prima persona i lavori; tale considerazione discende dall'art. 19 della L. 11.2.1994 n. 109 che, nel definire il contratto di appalto e la concessione di lavori pubblici ed i relativi elementi costitutivi, impone che l'esecuzione avvenga a cura dell'imprenditore-appaltatore o concessionario: ne consegue che compito specifico dell'Amministrazione in sede di scelta del contraente risulterà anche quello di accertare il possesso dei necessari requisiti affinché il contratto possa essere effettivamente eseguito dal soggetto che si propone come miglior offerente; in altri termini, il procedimento di evidenza pubblica non assolve unicamente ad una funzione di selezione tra imprese attraverso un meccanismo concorrenziale volto alla formazione dell'offerta più vantaggiosa per l'Amministrazione, sussistendo anche un compito di verifica 'operante anche questo attraverso logiche di tipo concorrenziale - circa l'idoneità soggettiva, sotto il profilo della capacità economica e tecnica, di ciascun concorrente a poter dare concreta esecuzione alla prestazione dedotta in contratto.

Tale principio non è contraddetto dall'art. 95, terzo comma del D.P.R. 21.12.1999 n. 554 nella parte in cui prevede che i requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle imprese mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente, né dall'allegato 1 del D.P.R. 25.1.2000 n. 34 che stabilisce che, nel caso di categorie a qualificazione obbligatoria, tra cui figura quella OS 24, qualora tali lavorazioni siano indicate nei bandi di gara come parti dell'intervento da realizzare, non possono essere eseguite dalle imprese aggiudicatrici se queste risulteranno prive delle relative adeguate qualificazioni: infatti, la prima di tali norme non fa riferimento alla fattispecie di mancanza di requisiti in capo alla mandante - che venendo sostituita in tal senso dalla mandataria potrebbe comunque rendersi aggiudicataria, pur non possedendo i necessari requisiti per l'esecuzione dei lavori che ha dichiarato di voler eseguire - ma alla diversa ipotesi di lavorazioni scorporabili che nessun soggetto mandante dell'A.T.I. si è assunto il compito di eseguire, di talché in luogo dell'esclusione dell'intero raggruppamento per carenza dei requisiti, il legislatore ha operato una presunzione di loro assunzione in capo alla mandataria; la seconda norma, invece, prevedendo un espresso divieto di esecuzione in capo all'aggiudicataria, impone ancor più all'Amministrazione il compito di dover verificare chi sarà in caso di mancanza di qualificazione a dover eseguire i lavori ed a quale titolo.

La recente modifica al regolamento sulla qualificazione che, tra l'altro, introduce una nuova categoria a qualificazione obbligatoria (la Os12 "barriere e protezioni stradali"), ripropone la nota querelle sull'argomento.

I termini del problema sono noti.

Nell'allegato A al d.p.r. 34/2000, si distinguono opere generali ed opere specializzate.

Le generali sono tutte a qualificazione obbligatoria; le specializzate lo sono tutte tranne, oggi, 8 categorie (Os1, Os6, Os7, Os8, Os23, Os26, Os32, Os34).

Le specializzate a qualificazione obbligatoria sono poi anche "strutture impianti e opere speciali" (s.i.o.s.) ai sensi dell'art. 72, 4° comma del d.p.r. 554/1999, ad eccezione di 7 categorie (Os9, Os10, Os12, Os15, Os24, Os25, Os31).

Si riepiloga: 34 categorie specializzate, di cui 26 a qualificazione obbligatoria; di queste, 19 sono anche s.i.o.s..

L'ultimo periodo delle premesse all'allegato A stabilisce che le lavorazioni per le quali è prescritta la qualificazione obbligatoria non possono essere eseguite dalle imprese aggiudicatarie se prive delle relative adeguate qualificazioni (quindi con obbligo di subappalto).

Diversamente, l'art. 74, 1° comma del d.p.r. 554/1999 stabilisce che le imprese aggiudicatarie possono eseguire direttamente tutte le lavorazioni, anche se non sono in possesso delle relative qualificazioni, con la sola eccezione delle (opere generali e) delle 19 s.i.o.s..

Sul punto la giurisprudenza (di primo grado) è equamente divisa tra la tesi della prevalenza di quest'ultima norma (Tar Calabria, Reggio Calabria, 8.3.2001, n. 209; Tar Umbria 4.4.2002, n. 182; Tar Lazio, Roma, 9.8.2002, n. 7088) e la tesi dell'integrazione delle due disposizioni (nel senso che l'obbligatorietà della qualificazione si estende anche alle 7 categorie non s.i.o.s.) (Tar Sicilia, Palermo, 28.2.2003, n. 185; id., 24.4.2003, n. 705).

<<Con l'inciso "fatto salvo quanto previsto al comma 2" e con il riferimento espresso a "tutte" le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, la norma [l'art. 74 dpr 554/1999, n.d.r.] non consente altra esclusione dal proprio ambito applicativo che quella di cui al comma 2 e cioè per quelle lavorazioni speciali previste dall'art. 72>>.

Tuttavia <<questa limitazione deve ritenersi una soglia minima di garanzia [...] essa però non esclude che altre e più pregnanti limitazioni possano essere introdotte da specifiche discipline di settore. Questo è quanto stabilito dal regolamento n. 34/2000 nelle premesse all'allegato A>> (Tar Campania, Napoli, 16.4.2003, n. 3898).

Si confrontano due visioni: la seconda valorizza l'obbligatorietà dell'adeguata qualificazione, la prima la sufficienza della qualificazione nella prevalente (art. 73, 1° comma d.p.r. 554/1999: nei bandi di gara per l'appalto di opere o lavori pubblici è richiesta la qualificazione nella sola categoria di opere [...] che rappresenta la categoria prevalente, e che identifica la categoria dei lavori da appaltare).

In realtà in concreto il problema dovrebbe porsi solo per alcune delle 7 categorie in discorso (segnatamente le Os9 "impianti per la segnaletica luminosa e la sicurezza del traffico", Os10 "segnaletica stradale non luminosa", Os12 "barriere e protezioni stradali", Os24 "verde e arredo urbano"), in quanto le rimanenti, di regola, dovrebbero rappresentare, per loro natura, categoria prevalente in appalto se non unica (Os15 "pulizia di acque marine, lacustri, fluviali", Os25 "scavi archeologici", Os31 "impianti per la mobilità sospesa").

E' anche vero che in alcuni casi il principio di qualificazione obbligatoria è stato utilizzato a sproposito, per risolvere casi non attinenti (come nella fattispecie esaminata da Tar Campania, sent. ult.

cit., in cui si trattava di assenza di qualificazione in Os30, che è una s.i.o.s.; onde non era affatto necessario invocare l'allegato A).

La determinazione n. 31/2002 afferma, tra le altre cose, la nota tesi dell'Autorità in tema di categorie specialistiche "a qualificazione obbligatoria".

Per tale posizione, la norma che consente l'esecuzione diretta delle lavorazioni soltanto se in possesso delle relative qualificazioni riguarda, oltre alle categorie di opere generali ed a quelle dell'articolo 72, comma 2, del d.P.R. 554/1999 (s.i.o.s.), anche le ulteriori categorie specialistiche non s.i.o.s. (OS9 – impianti per la segnaletica luminosa e la sicurezza del traffico; OS10 – segnaletica stradale non luminosa; OS15 – pulizia di acque marine, lacustri, fluviali; OS24 – verde e arredo urbano; OS25 – scavi archeologici; OS31 – impianti per la mobilità sospesa).

Ciò in forza del combinato disposto dell'articolo 74 del d.P.R. 554/1999 e dell'ultimo capoverso delle premesse all'allegato A al d.P.R. 34/2000, secondo cui non possono essere eseguite dalle imprese aggiudicatrici, se prive delle relative adeguate qualificazioni, le categorie di lavori per le quali nell'allegata tabella A "corrispondenze nuove e vecchie categorie" è prescritta la qualificazione obbligatoria.

Tali lavorazioni sono infatti considerate, nella tabella indicata, a qualificazione obbligatoria.

Le indicate disposizioni, dunque, per l'Autorità, non sono da considerarsi in contrasto fra di loro - per cui sarebbe applicabile soltanto la disposizione dell'articolo 74 del d.P.R. 554/1999 sulla base del fatto che essa è entrata in vigore successivamente a quella di cui al d.P.R. 34/2000 (28 luglio 2002 e 1° marzo 2002) - ma sono, invece, da considerarsi integrative e complementari.

In realtà, tale tesi è stata ripudiata dalla giurisprudenza, che ha affermato che sul punto le due norme non possono essere integrate tra loro.

Per la sentenza del T.A.R. Lazio, sezione I-bis, 9 agosto 2002, n. 7088 è ben vero che l'ultimo periodo delle "premesse" all'allegato A del d.p.r. 34/2000 espressamente sancisce che *"le lavorazioni di cui alle categorie generali nonché alle categorie specializzate per le quali nell'allegata tabella "corrispondenze nuove e vecchie categorie" è prescritta la qualificazione obbligatoria, qualora siano indicate nei bandi di gara come parti dell'intervento da realizzare, non possono essere eseguite dalle imprese aggiudicatrici se prive delle relative adeguate qualificazioni"*.

Ma è altrettanto vero che siffatta disposizione non può essere letta nel senso che, per tutte le categorie alle quali, nella citata tabella di corrispondenza, viene attribuito il carattere di "qualificazione obbligatoria", sia necessario il possesso della relativa qualificazione da parte dell'impresa partecipante, anche ove diverse dalla categoria indicata come "prevalente" dal bando di gara.

La disposizione in esame, infatti, per il Tar, non si dimostra suscettibile di interpretazione se non in coordinamento con le indicazioni normative di cui agli articoli 73 e 95 del d.p.r. 554/1999, alla stregua delle quali il mancato possesso della qualificazione, in una delle categorie di lavori diverse dalla prevalente, implica esclusivamente la scorporabilità e/o la subappaltabilità delle relative opere da parte dell'aggiudicataria.

Il D.P.R. n. 34 del 2000, prosegue il Tar, non affronta ex professo la questione della necessità o meno della qualificazione nelle categorie non prevalenti ai fini della partecipazione alle gare; piuttosto limitandosi a regolare - oltretutto in una premessa alla tabella di conversione delle categorie del vecchio Albo Nazionale dei Costruttori e quelle del nuovo sistema - il diverso problema della eseguibilità dei relativi lavori da parte delle imprese aggiudicatrici.

E' dunque, a ben vedere, proprio la disciplina dettata dal D.P.R. n. 554 del 1999 l'unica ad affrontare specificamente ed esaustivamente la tematica della qualificazione.

Sicché le sue disposizioni in materia devono considerarsi prevalenti su quelle del D.P.R. n. 34 del 2000, non solo in base al criterio cronologico della successione nel tempo delle norme - che agisce, nel caso, a favore del D.P.R. n. 554 del 1999 (il quale, pur se adottato in data anteriore al D.P.R. n. 34 del 2000, è entrato in vigore successivamente ad esso) - ma anche perché costituiscono l'unica disciplina compiuta e sistematicamente coerente espressa dall'ordinamento sulla specifica problematica in esame.

La pronuncia costituisce, a ben vedere, citazione testuale di T.A.R. Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, sentenza n. 209 dell'8 marzo 2001.

Per la quale ai sensi del D.P.R. n. 554 del 1999 (ed in totale contrasto con la posizione dell'Autorità) non è necessaria la qualificazione nella categoria specialistica non s.i.o.s (nella specie trattata nella categoria OS24), in quanto non ricompresa tra quelle speciali di cui all'art. 72, comma 4, e le cui lavorazioni, pertanto, possono essere eseguite direttamente dall'impresa aggiudicataria in possesso della qualifica per la categoria prevalente per l'importo totale dei lavori.

Secondo il Tar calabrese (ripreso dal Tar romano), il D.P.R. n. 554 del 1999 introduce espressamente un regime elastico e "aperto" alla partecipazione di un più alto numero di imprese, richiedendo unicamente la qualificazione per la categoria prevalente, con conseguente possibilità per le imprese in possesso di tale qualificazione di eseguire direttamente anche le ulteriori lavorazioni con riferimento alle quali, invece, difettano delle relative qualificazioni.

Conclude il Tar che se non si considerassero prevalenti le disposizioni innovative contenute nel D.P.R. n. 554 del 1999 quest'ultimo sarebbe, in parte qua, "nato morto", mentre lo stesso ha inteso dettare sul punto importanti innovazioni per favorire la massima partecipazione alle gare pubbliche.

Pertanto, in base alla pronuncia giurisdizionale ricordata dovrebbe concludersi che una lavorazione non OG e non s.i.o.s. è soggetta, se prevalente, alle regole comuni (artt. 74 e 95 del d.p.r. n. 554/1999) che richiedono la qualificazione nella stessa (proprio perché prevalente), e alle stesse regole, che ne prescindono se scorribile/subappaltabile, proprio perché non s.i.o.s. e non OG.

Seguendo la tesi dell'Autorità, viceversa, la lavorazione "a qualificazione obbligatoria" comporta, in ogni caso, il possesso della qualificazione medesima.

Completamente diversa è la questione delle abilitazioni ex l. 46/90.

Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Palermo sez.III 19/10/2005 n. 3394

1. APPALTI DI LL.PP. - ABILITAZIONI EX LEGE N.46/1990 - NATURA - REQUISITI DI ESECUZIONE E NON DI PARTECIPAZIONE - LEX SPECIALIS - POSSESSO ABILITAZIONE EX

LEGE 46/1990 AI FINI DELLA PARTECIPAZIONE ALLA GARA - ILLEGITTIMITA'

1. Come statuito anche dal Consiglio di Stato (Sez. VI, 13.5.2003, n. 4671), le abilitazioni ex lege n. 46/1990 sono requisiti di esecuzione e non di partecipazione, e sono comunque irrilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara; esse rilevano solo al momento della conclusione del contratto, e possono essere acquisite anche dopo l'aggiudicazione. Tale acquisizione, ovviamente, può avvenire anche in capo all'aggiudicataria medesima, senza necessità di ricorrere a terzi che ne siano già in possesso; ed in ragione di ciò non colgono nel segno le eccezioni che si richiamano al divieto di subappalto e di cottimo. Per quanto appena detto, il bando e il disciplinare di gara, nella parte in cui richiedono, a pena d'esclusione, il possesso dell'abilitazione ai sensi della L. 4690 per le lettere a) e d), sono illegittimi e vanno annullati.

11. L'associazione con se stesso.

In alternativa alla possibilità di far valere la qualificazione nella prevalente per l'importo totale dei lavori, l'impresa può far valere la qualificazione nella prevalente più le qualificazioni dalla stessa possedute nella lavorazioni scorporabili per i singoli importi (art. 95, 1° comma d.p.r. 554/1999).

Si tratta della figura della c.d. "associazione con se stesso".

In tal caso, i requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente.

Si tratta di una fattispecie del tutto speculare a quella disciplinata dal comma 3° dell'art. 95 per le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d), e) ed e-bis), della Legge di tipo verticale.

In tal caso i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente ; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola.

I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte da imprese mandanti sono posseduti dalla impresa mandataria con riferimento alla categoria prevalente.

12. L'obbligo di associazione in verticale.

Tribunale Amministrativo Regionale Veneto sez.I 18/4/2005 n. 1551

APPALTI DI LL.PP. - QUALIFICAZIONE - DIVIETO DI SUBAPPALTO EX ART.13, C.7, L.109/1994 - DICHIARAZIONE DI SUBAPPALTO DELLE LAVORAZIONI SOGGETTE AL DIVIETO - ESCLUSIONE - VA DISPOSTA - ANCHE NELL'IPOTESI DI QUALIFICAZIONE DELL'IMPRESA - FATTISPECIE

E' legittima l'esclusione dell'impresa che ha dichiarato di voler subappaltare i lavori della categoria OS 30 di importo superiore al 15% dell'importo totale dell'appalto (e dunque soggetti al divieto ex art.13,c.7, L.109/1994) anche se l'impresa risulti in possesso della correlativa qualificazione, ed anche nell'ipotesi in cui la versione originaria del bando consentiva inizialmente tale possibilità, successivamente eliminata in sede di rettifica del bando anteriore alla presentazione delle offerte.

Un'eccezione alla possibilità di qualificazione nella sola prevalente con obbligo di subappalto è data dalla presenza di s.i.o.s. di importo superiore al 15 per cento dell'importo totale dei lavori.

In tal caso l'impresa non qualificata per le s.i.o.s. non può fare altro che formare un'associazione verticale.

Secondo la nuova stesura del comma 7° dell'art. 13 della L. 109/1994, "*qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali [cd. SIOS, n.d.r], e qualora una o più di tali opere superi altresì in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori, esse non possono essere affidate in subappalto e sono eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari. In tali casi, i soggetti che non siano in grado di realizzare le predette componenti sono tenuti a costituire, ai sensi del presente articolo, associazioni temporanee di tipo verticale (omissis)".*

La modifica interviene su un punto assai critico della previgente disciplina (che stabiliva il divieto di subappalto laddove "ciascuna" di tali opere superasse in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori).

Si ricorderà che nel vigore della "Merloni-ter" in base alle interpretazioni del Ministero LL.PP. (Circolare n. 182/400/93 del 1 marzo 2000, lettera a, sesto capoverso) nonché dell'autorità (Determinazione dell'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, n. 15 del 18 luglio 2001, punto B) era possibile subappaltare le opere superspecializzate nel caso in cui non fossero tutte o "ciascuna" superiori al 15% dell'importo dell'appalto.

Il Tar del Lazio (sez. III-bis, 1 agosto 2001, n. 6895), peraltro, aveva sovvertito le interpretazioni di cui sopra.

Infatti secondo il Tar, anche se non tutte le categorie superspecializzate superavano il 15%, per quelle che superavano tale percentuale andava costituita un'ATI, in quanto andava contraddetta l'interpretazione formalistica dell'espressione "ciascuna"; infatti seguire detta interpretazione

"significa(va) ammettere la possibilità per soggetti sprovvisti di specifica qualificazione di eseguire lavorazioni caratterizzate da un'oggettiva complessità per specialità e per entità economica".

In aggiunta alle considerazioni svolte dal Tar si poteva rilevare che la posizione dell'Autorità (in tal senso anche la precedente pronuncia 31 maggio 2001, n. 299) comportava che in caso di unica lavorazione di categoria "superspecializzata" non prevalente superiore al 15% la ricorrenza del divieto di subappalto sarebbe venuta a dipendere, in definitiva, dalla circostanza che in bando fosse prevista o meno una o più ulteriori lavorazioni appartenenti all'elenco di cui all'art. 72, 4° comma, inferiori al 15%.

Mentre nel secondo caso vi sarebbe stato l'obbligo di costituire un'associazione temporanea d'impresa di tipo verticale (tra due sole imprese, la mandataria in possesso della qualificazione per la prevalente e la mandante in possesso della qualificazione obbligatoria per la "superspecializzata"), nel primo caso (incongruamente) sarebbe risultata subappaltabile non solo l'ulteriore lavorazione, ma anche la lavorazione superiore al 15%.

Non si trattava di una diatriba meramente teorica, in quanto la tesi sposata dall'Autorità (che pure presentava i sopra ricordati non irrilevanti profili di perplessità quanto agli effetti), consentiva di fatto, nella maggior parte dei casi, il subappalto anche delle lavorazioni relative a strutture, impianti e opere speciali (cd. "s.i.o.s."), e perciò valeva ad affrancare i costruttori "puri" dalla necessità di accordarsi - preventivamente alle gare - con le imprese specializzate negli impianti e nella componentistica, riducendo il potere "contrattuale" di queste ultime nel mercato dei lavori pubblici.

Sullo sfondo di tali problemi interpretativi ed applicativi, ci si doveva peraltro interrogare sulla conformità della norma in questione ai principi comunitari.

Infatti per l'ordinamento comunitario ciò che conta è il possesso sostanziale dei requisiti di capacità necessari all'esecuzione dell'appalto, indipendentemente dalla qualificazione giuridica dei contratti attraverso i quali il prestatore di servizi si assicura i mezzi per tale esecuzione.

Onde divieti generalizzati di ricorrere allo scopo ad una determinata tipologia di contratto (nella specie, il subappalto) non sono rispondenti al richiamato indirizzo.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia CE (sentenza 2 dicembre 1999, cd. "Holst Italia") ha stabilito che è consentito provare il possesso dei richiesti requisiti tecnici e finanziari avvalendosi delle referenze di altra impresa "qualunque sia la natura giuridica dei vincoli, a condizione che [il concorrente] sia in grado di disporre effettivamente di tali capacità".

Il giudice comunitario, per il quale è indifferente la natura del rapporto giuridico esistente tra i soggetti, supera gli aspetti giuridico-formali a vantaggio di quelli economico-materiali in virtù dei quali rileva per l'Amministrazione non già il titolo in base al quale si dispone delle richieste capacità, bensì il fatto di poterne realmente disporre.

Se l'attuazione del mercato unico europeo si compie anche attraverso il minore formalismo giuridico delle procedure degli appalti pubblici, i legislatori nazionali sono tenuti ad adattare alle direttive ed alla giurisprudenza comunitaria le rispettive categorie giuridiche, posto che per partecipare non occorre una forma giuridica specifica (cfr. anche Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 26 gennaio 2001, n. 195).

Nella nuova formulazione della norma, "ciascuna" viene sostituita da "una o più", per cui il significato letterale della modifica sembra deporre nel senso che se anche una sola delle superspecializzate supera il 15%, per tutte scattano l'obbligo di qualificazione diretta e il divieto di subappalto.

La norma, così intesa, si allontanerebbe ancor più dai principi comunitari sopra espressi.

In realtà è possibile una ancor più restrittiva interpretazione (Tabarrini), ossia che il divieto di subappalto sorge al raggiungimento del 15% complessivo dell'importo dei lavori (con una o più SIOS).

Pare, invece, che la modifica volesse risolvere il contrasto di cui sopra nel senso della citata pronuncia del Tar Lazio (per cui solo per le categorie superspecializzate che superano il 15%, una o più che siano, va costituita un'ATI).

Tuttavia, l'espressione letterale introduce una terza tesi, per cui se anche solo una superspecializzata supera il 15%, allora per tutte (anche quelle inferiori al 15%) scattano l'obbligo di qualificazione diretta e il divieto di subappalto.

Secondo una lettura ortopedica (Bosetti), volta a ricondurre la novella alla posizione del Tar Lazio e quindi al (presumibile) scopo della norma, la locuzione "esse non possono essere affidate in subappalto e sono eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari" non si riferisce a "opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica" bensì a "una o più di tali opere superi altresì in valore il 15 per cento ...".

Così si esprime l'Autorità di vigilanza nella determinazione n. 27/2002:

<<Con riferimento alla disciplina relativa al divieto di subappalto, alcuni dei proposti quesiti riguardano gli effetti dell'intervenuta sostituzione nell'art. 13, comma 7, della legge-quadro della parola "ciascuna" con le parole "una o più".

Per effetto dell'apportata modifica il nuovo testo dell'indicato comma 7 è nel senso che sussiste il divieto del subcontratto nel caso in cui nell'oggetto dell'appalto o della concessione rientrino "opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica", "e qualora una o più di tali opere superi altresì in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori".

In proposito, va in primo luogo ricordato che in vigenza del precedente testo (...e qualora ciascuna di tali opere superi altresì in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori, esse.....) il Ministero dei lavori Pubblici (circolare 182/400/93 del 1 marzo 2000) e l'Autorità (determinazioni n. 15 del 18 luglio 2001, e n. 25 del 20 dicembre 2001) avevano interpretato la norma nel senso che il divieto di subappalto sussistesse soltanto se tutte le lavorazioni, previste dal bando di gara in aggiunta alla categoria prevalente, appartenenti alle categorie elencate nell'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999 oppure alle categorie generali, fossero, singolarmente considerate, d'importo superiore al 15% dell'importo complessivo dell'appalto.

Il Tar del Lazio, (sentenza 1 agosto 2001, n. 6895, sezione III-bis) sovvertiva l'interpretazione di cui sopra sostenendo che il divieto sussisteva per le lavorazioni appartenenti alle categorie elencate nell'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999 le quali, singolarmente considerate, superavano il 15% dell'importo complessivo dell'appalto, e ciò anche nel caso che le altre fossero di importo

inferiore al 15% indicato.

Di avviso contrario era, invece, il Tar dell'Emilia e Romagna (sentenza 21 agosto 2002, n. 1097., Sez. I) che confermava l'interpretazione del Ministero dei LL.PP. e dell'Autorità, rilevando come la stessa fosse rispondente al principio comunitario (sentenza della Corte di Giustizia CE del 2 dicembre 1999, cd. "Holst Italia") che consente ai concorrenti di provare il possesso dei richiesti requisiti tecnici e finanziari avvalendosi delle referenze di altra impresa "qualunque sia la natura giuridica dei vincoli, a condizione che sia in grado di disporre effettivamente di tali capacità".

Va osservato che la modifica apportata al testo della norma dalla legge 166/2002 (...e qualora una o più di tali opere superi altresì in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori, esse.....) non appare di interpretazione univoca; né contribuiscono ad alcun chiarimento i relativi lavori parlamentari.

Infatti, la nuova disposizione, anche con riferimento agli articoli 72, 73 e 74 del d.P.R. 554/1999 nonché all'articolo 18, comma 12, della legge 19 marzo 1990, n. 55, può essere anch'essa interpretata in tre modi diversi: ritenendo, cioè, che il divieto di subappalto sussista qualora la somma degli importi delle lavorazioni previste dal bando di gara oltre alla categoria prevalente - appartenenti alle categorie elencate nell'articolo 72, comma 4, oppure alle categorie generali, superi il 15% dell'importo complessivo dell'appalto; ovvero che il divieto di subappalto trovi applicazione per tutte le suddette lavorazioni, indipendentemente dai loro singoli importi, qualora l'importo di almeno una di esse superi il 15% dell'importo complessivo dell'appalto; ovvero ancora, che il divieto di subappalto si applichi soltanto per quelle delle suddette lavorazioni il cui importo, singolarmente considerato, superi il 15% dell'importo complessivo dell'appalto.

Ciò posto, sembra all'Autorità che la prima interpretazione si traduca, in sostanza, in un divieto quasi assoluto di subappalto.

La seconda interpretazione, pur non comportando l'effetto indicato, implica anch'essa un eccessivo irrigidimento del sistema, in quanto il divieto di subappalto riguarderebbe anche lavorazioni di importo molto limitato, con la conseguente necessità di un quasi obbligo per le imprese di partecipare alle gare costituendo raggruppamenti di tipo verticale.

Sembra, quindi, che l'unica lettura della norma che sia coerente con quanto prescritto dal comma 12, dell'articolo 18, della legge 55/1990, - che prevede la subappaltabilità di tutte le lavorazioni previste dal bando diverse da quelle della prevalente - e con i principi comunitari richiamati nella citata sentenza del Tar dell'Emilia e Romagna, sia quella di cui alla terza delle indicate soluzioni, secondo cui il divieto di subappalto si applica alle sole lavorazioni, previste dal bando di gara oltre alla categoria prevalente, appartenenti alle categorie elencate nell'articolo 72, comma 4, oppure alle categorie generali, il cui importo, singolarmente considerato, supera il 15% dell'importo complessivo dell'appalto.

Interpretazione, quella indicata, che trova conferma nell'ultimo periodo aggiunto dalla legge 166/2002 al comma 7 dell'art. 13 della legge 109/1994, secondo cui "per le medesime speciali categorie di lavori, che siano indicate nel bando di gara, il subappalto, ove consentito, non può essere artificialmente suddiviso in più contratti".

La norma lascia intendere, infatti, che le lavorazioni indicate nel bando, oltre alla categoria prevalente, sono di due tipi: quelle subappaltabili e scorporabili in quanto di importo pari o inferiore al 15 per cento dell'importo complessivo dei lavori e quelle solo scorporabili in quanto di importo superiore al 15 per cento dell'importo complessivo dei lavori.

Va precisato che la nuova normativa non ha inciso sul fatto che le lavorazioni delle categorie a qualificazione obbligatoria (secondo le indicazioni della tabella A allegata al d.P.R. 34/2000), indipendentemente se subappaltabili o non subappaltabili, debbono essere eseguite (sia come aggiudicatario e sia come subappaltatore) soltanto da imprese qualificate nella specifica categoria con la conseguenza che non esiste nessun problema per quanto riguarda la qualità dell'esecuzione.

Restano, quindi, ancora valide le indicazioni in materia di bandi di gara e d'esecuzione dei lavori, fatto salvo quanto prima precisato in ordine al divieto di subappalto, contenute nella determinazione dell'Autorità n.25 del 20 dicembre 2001.

In merito al divieto di subappalto, si è posto anche il problema se lo stesso operi, nel presupposto prima precisato, nei riguardi delle sole lavorazioni indicate nel bando di gara oltre alla categoria prevalente che siano appartenenti all'elenco dell'articolo 72, comma 4, del d.P.R. n. 554/1999, o anche nei riguardi di quelle appartenenti alle categorie generali.

L'Autorità ha espresso l'avviso, nella richiamata determinazione n. 25/2001, che il divieto operi anche nei riguardi delle categorie generali in quanto così va interpretato l'articolo 74, comma 2, del d.P.R. 554/1999 ed in quanto le lavorazioni delle categorie generali presentano sicuramente aspetti tecnici non inferiori a quelli di molte delle lavorazioni di cui alla suddetta elencazione.

A tal proposito si suggerisce alle stazioni appaltanti di specificare nei bandi di gara che, come è noto, costituiscono la lex specialis della stessa il suddetto avviso in modo che i concorrenti siano resi edotti delle specifiche regole per essa previste.

Va infine precisato che sicuramente fra le categorie cui, nel presupposto prima specificato, si applica il divieto di subappalto è da ricomprendere la categoria OG11 in quanto questa è da considerarsi appartenente all'elenco delle strutture impianti ed opere speciali di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999 per la ragione che non è altro che la somma delle lavorazioni indicate nelle lettere b), d), ed e) del suddetto comma, e cioè delle categorie specializzate OS3, OS5, OS28 e OS30 per le quali nessun dubbio o incertezza esiste in ordine al suddetto divieto di subappalto.

Va anche confermato l'avviso contenuto nel punto B della determinazione dell'Autorità del 7 maggio 2002 n. 8 in ordine alla possibilità per le imprese qualificate nella categoria OG11 di partecipare alle gare che prevedano una o più delle suddette quattro categorie specializzate, possibilità che è indipendente dall'eventuale previsione dei bandi (TAR Veneto sez. I, 1 agosto 2002, n. 3837), ma che è opportuno sia indicata negli stessi.>>

13. Il problema se il divieto di subappalto si estenda anche alle opere generali.

La pronuncia del Tar Piemonte, II sez., 13.12.2005, n. 4002 si segnala per rappresentare una ulteriore tappa della annosa e vexata quaestio inerente l'ambito di applicazione del divieto di subappalto delle s.i.o.s. in relazione alle lavorazioni appartenenti alla categoria Og11.

I termini del problema sono noti.

La disposizione controversa è l'art. 13, 7° comma della legge "Merloni" che stabilisce, come noto, che *"Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi altresì in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori, esse non possono essere affidate in subappalto e sono eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari."*

La posizione in merito dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici è esemplificata nella determinazione n. 27/2002, che afferma, in sintesi, che fra le categorie cui si applica il divieto di subappalto è da ricomprendere la categoria OG11 in quanto questa è da considerarsi appartenente all'elenco delle strutture impianti ed opere speciali di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999 per la ragione che non è altro che la somma delle categorie specializzate OS3, OS5, OS28 e OS30.

La giurisprudenza ha invece espresso una pluralità di indirizzi sulla questione.

Secondo una prima tesi favorevole alle indicazioni dell'Autorità (Tribunale Amministrativo Regionale Puglia, Bari, sez.I, 29/10/2003 n. 3997), sussiste il divieto di subappalto dei lavori appartenenti alla categoria OG11, trattandosi di categoria di opere generali e specializzate previste dall'art. 74, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999 e di importo superiore al 15% dell'importo totale dei lavori, secondo quanto disposto dall'art. 13, comma 7, della legge n. 109/1994.

Anche Consiglio di Stato, sez.VI, 27/5/2003 n. 2968 afferma che nel caso in cui l'importo dei lavori per gli impianti tecnologici da comprovare con la prescritta qualificazione nella categoria OG 11 superi il limite del 15% previsto dall'art. 13, comma 7, della legge n. 109 del 1994, non può esservi il subappalto per i medesimi lavori.

Secondo invece una tesi contraria (Tribunale Amministrativo Regionale Puglia, Bari, sez.I, 19/08/2003 n. 3059), legittimamente l'impresa si avvale della facoltà di dichiarare il subappalto delle lavorazioni appartenenti alla categoria OG11.

Si è formata, come noto, anche una tesi "intermedia" (Consiglio di Stato, sez.VI, 19/8/2003 n. 4671), in base alla quale deve, in linea di principio, negarsi la riferibilità del divieto di subappalto alla categoria OG11, intesa come non assorbente e non fungibile rispetto alle categorie speciali, con conseguente libertà del ricorso al subappalto ed inapplicabilità del divieto di cui all'art.13 comma 7 della legge n.109/1994 alle categorie generali.

Precisa, tuttavia, Palazzo Spada che le amministrazioni possono, nei bandi, contemplare la possibilità di subappalto, costruendo la categoria generale come non assorbente e verificando l'operatività del

divieto in relazione alla singola categoria di opera speciale compresa nella categoria generale scorporata.

Ad es., se è vero che OG11 è una sommatoria delle opere di cui all'art.72 comma 4 lett. b), d), e) ecc., è in relazione a queste singole opere speciali definite dall'art. 72 comma 4 che andrà effettuata la verifica del superamento della soglia del 15 per cento dell'importo dei lavori prevista dall'art. 13 comma 7 della legge Merloni.

Tale orientamento è confermato da Consiglio di Stato, sez.IV, 19/10/2004 n. 6701 che, premesso che ai sensi dell'art. 72 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, le opere generali sono caratterizzate da una pluralità di lavorazioni, indispensabili per consegnare l'opera o il lavoro finito in ogni sua parte, mentre le opere specializzate sono quelle lavorazioni che, nell'ambito del processo realizzativi dell'opera, necessitano di una particolare specializzazione o professionalità, sostiene che l'art. 74 DPR 554/1999 prevede la possibilità dell'impresa aggiudicataria, in possesso della qualificazione in categoria prevalente, di eseguire direttamente tutte le lavorazioni se in possesso delle adeguate qualificazioni o subappaltare dette lavorazioni a imprese in possesso delle relative qualificazioni, salvo quanto previsto dall'art. 13, comma 7, della L.n. 109 del 1994.

La norma, aggiungono i supremi giudici amministrativi, sembra indicare che le opere generali sono sempre subappaltabili, salvo il divieto di cui all'art. 13, comma 7, della L.n. 109 del 1994, ma detto limite si riferisce testualmente alle sole opere speciali e non alle opere di categoria generale (qual è la OG11- Impianti tecnologici- inserita nell' all.A al D.P.R. n. 34 del 2000 espressamente fra le categorie di opere generali).

Né con tale assunto, aggiunge Palazzo Spada, confligge la recente deliberazione dell'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici n. 31 del 2002 (che ha ritenuto che il divieto di subappalto riguardi anche le categorie generali, avendo le stesse un notevole contenuto tecnologico di rilevante complessità tecnica, identica a quella delle categorie speciali) ove la stessa venga interpretata nei termini esplicitati dalla decisione n. 4671/03 della VI Sezione. (sopra ricordata).

Detta decisione ha, infatti, ritenuto che, anche ammettendo che il divieto si applichi alle categorie generali, esso sia applicabile in forza del loro essere categorie caratterizzate dalla medesima specializzazione delle categorie speciali e, quindi, una sommatoria di opere speciali che rilevano, a questi fini, singolarmente al fine di verificare l'applicabilità del divieto.

Ha, invece, escluso l'operatività del divieto per le categorie generali senza altra specificazione in ordine alle modalità applicative dello stesso, perché ciò comporterebbe l'effetto di una estensione generalizzata della portata del divieto, contrariamente alle indicazioni provenienti dal diritto comunitario, e dalle innovazioni legislative di cui alla L. n. 166 del 2002, che prevede che i divieti operino per uno o più lavori di alta specializzazione e dalle decisioni più recenti del giudice amministrativo.

Ha ritenuto dunque la menzionata decisione che ben le Amministrazioni possano, nei bandi, contemplare la possibilità di subappalto, costruendo la categoria generale come non assorbente e verificando l'operatività del divieto in relazione alla singola categoria di opera speciale compresa nella categoria generale scorporata, evitando così distonie applicative rispetto ai lavori altamente specializzati, sia nel caso in cui essi siano individuati in categorie del tipo OS, sia qualora essi siano considerati come opere generali del tipo OG.

I supremi giudici amministrativi, pertanto, con la citata pronuncia confermano il proprio orientamento "intermedio" ed affermano, dunque, che il divieto di cui all'art. 13, 7° comma della legge quadro, di per sé, alle lavorazioni appartenenti alle categorie generali non si applica, mentre nel caso specifico della OG11 va applicato come se si trattasse di OS singole.

Quindi, per così dire, bisogna "guardare" dentro la OG11 e verificare che non contenga una o più lavorazioni OS superiori al 15%. In tal caso scatta il divieto: diversamente, il divieto stesso non opera.

La tesi contrasta (dichiaratamente) con la natura formale del sistema di qualificazione, di regola ritenuta dai commentatori, e si basa sul presupposto di annullare il differente trattamento della stessa species facti derivante da una classificazione in categoria generale o in categoria speciale.

Alla luce della tesi giurisprudenziale riferita, nel caso in cui in concreto nella OG11 vi siano OS superiori al 15%, paiono aprirsi, pertanto, due ipotesi:

- se il divieto di subappalto viene esteso a tutta la OG11, viene contraddetto il ragionamento di Palazzo Spada, che esclude l'estensione generalizzata del divieto;

- dunque, lo stesso dovrebbe invece essere limitato alla OS superiore al 15% contenuta nella OG11: quindi, il bando potrebbe giungere ad evidenziare una lavorazione OG11 scomposta in: a) OS... scorporabile non subappaltabile; b) OS... scorporabile/subappaltabile; c) ecc.

Di fatto l'assunto potrebbe portare, pertanto, ad una scomparsa dai bandi della categoria OG11, salvo i casi in cui la stessa sia concretamente scomponibile in lavorazioni speciali tutte superiori al 15%.

Sopravviene dunque la pronuncia in rassegna del Tar Piemonte, che costituisce un avvaloramento del citato indirizzo intermedio.

I giudici torinesi affermano infatti che, pur escludendo una valenza generale dell'art. 13, comma 7, l. n. 109/94 e operando la distinzione analitica, in base alle effettive opere richieste nell'appalto, sostenuta dal Consiglio di Stato, l'applicabilità dell'esclusione del subappalto opera ugualmente nel caso in cui le opere in questione coincidono con l'elenco specifico contenuto nell'art. 72, comma 4, d.P.R. n. 554/99 e rientrano tra gli "impianti" di cui al ricordato art. 13, comma 7, l. n. 109/94, per i quali è esclusa la possibilità di subappalto.

Né la circostanza che le opere OG11 costituiscano una categoria generale (OG) può essere d'ostacolo al divieto di subappalto, posto che l'art. 74, comma 2, d.P.R. n. 554/99 prevede appunto che "*Le lavorazioni relative a opere generali e a strutture, impianti ed opere speciali di cui all'articolo 72, comma 4, indicate nel bando di gara, non possono essere eseguite direttamente dalle imprese qualificate per la sola categoria prevalente, se prive delle relative adeguate qualificazioni*".

L'impossibilità di subappalto è, dunque, correttamente prevista dall'amministrazione laddove ciò avvenga non perché le opere richieste sono opere generali OG11 ma perché, nello specifico, esse sono opere di alta specializzazione ricadenti in disposizioni speciali di legge che escludono l'invocato subappalto.

Come visto (si veda anche la determinazione n. 31/2002), l'Autorità ha affermato la tesi per la quale il divieto di subappalto di cui al comma 7° dell'art. 13 della legge 109/1994 si applica anche alle opere generali.

L'argomentazione è la seguente:

1) l'articolo 74, comma 2, del d.P.R. 554/1999 può essere interpretato in due modi opposti:

a) "esse (*categorie di opere generali e categorie di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999*), fatto salvo quanto previsto dall'articolo 13, comma 7, della legge 109/1994 (*cioè fatto salvo che il loro importo, singolarmente considerato, superi il 15% dell'importo complessivo*), sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni ecc."; oppure

b) "esse (*categorie di opere generali e categorie di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999*), fatto salvo quanto previsto dall'articolo 13, comma 7 (*cioè fatto salvo per quelle di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999 qualora il loro importo, singolarmente considerato, superi il 15% dell'importo complessivo*), sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni ecc.";

2) l'interpretazione di cui alla lettera b) porterebbe a risultati illogici e irrazionali: comporterebbe, infatti, che per opere appartenenti a categorie come la OG4 (*galleria*) o la OG1 (*edifici civili ed industriali*) di importo, singolarmente considerato, superiore al 15% dell'importo complessivo dell'intervento il divieto non si applicherebbe;

3) l'ordinamento prevede il divieto di subappalto e, di conseguenza, l'obbligo per l'aggiudicatario di essere in possesso della relativa qualificazione, sulla base della ricorrenza di due elementi: le lavorazioni siano relative ad "*opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica quali strutture, impianti ed opere speciali*" e che esse "*superino altresì in valore il 15% dell'importo totale dei lavori*";

4) il contenuto tecnologico o la complessità tecnica delle categorie generali (o quanto meno di alcune di esse, sul punto la determinazione è oggettivamente oscura, n.d.r.) non è minore di quelli delle categorie superspecialistiche e, quindi, una interpretazione logico-sistematica della disposizione non può portare ad affermare altro che l'eccezione alla subappaltabilità riguarda sicuramente le categorie di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999 ma anche le categorie di opere generali che presentano l'indicata medesima caratterizzazione di specializzazione.

Tale ricostruzione non può essere condivisa.

L'affermazione che il sistema delineato dalla l. 109 del 1994, nonché dai DD.PP.RR. 554 del 1999 e 34 del 2000 implichi l'obbligatoria qualificazione dell'impresa partecipante ad una pubblica gara in tutte le categorie di opere generali (OG), indipendentemente dall'espressa qualificazione di una di esse come "prevalente" operata dal bando di gara, non trova alcun compiuto riscontro normativo (Tar Lazio - sez. I bis - sentenza 9 agosto 2002 n. 7088).

L'articolo 74, comma 2, del d.P.R. 554/1999 può essere interpretato in un solo modo - quello sopra indicato alla lettera b) -, in quanto l'art. 13, 7° comma della legge si riferisce esclusivamente alle s.i.o.s., cioè alle categorie che il d.P.R. 554/1999 ha individuato all'articolo 72, comma 4.

Quindi la norma può essere letta solo così: *"esse (categorie di opere generali e categorie di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999), fatto salvo quanto previsto dall'articolo 13, comma 7 (cioè fatto salvo per quelle di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999 qualora il loro importo, singolarmente considerato, superi il 15% dell'importo complessivo), sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni ecc."*.

Ad un'estensione del divieto di subappalto in via interpretativa osta il principio normativo per cui, di regola, l'impresa è libera di determinarsi e organizzarsi come meglio crede, cioè concorrendo da sola (se ne possiede i requisiti di qualificazione), in A.T.I. verticale od orizzontale o con subaffidatari.

Se, dunque, la regola è la libertà di scelta dell'impresa circa le forme organizzative che ritenga più idonee alla partecipazione alla gara e alla successiva esecuzione dei lavori, la previsione del comma 7 dell'art. 13 della legge 109/94, che pone un divieto di subappalto e di conseguenza limita la suddetta libertà di autoorganizzazione, non può che integrare una ipotesi eccezionale e derogatrice della regola generale.

Come tale, la disposizione medesima costituisce quindi norma di stretta interpretazione (Tar Bologna, Sez. I, 21.8.2002, n. 1097).

Non si vede, comunque, illogicità (che, peraltro, costituirebbe un vizio del regolamento generale) nell'aver considerato le categorie generali (ad eccezione della OG12) quali aventi un contenuto tecnologico o una complessità tecnica minore di quelli delle categorie superspecialistiche.

Sarebbe viceversa illogico parificare le OG alle s.i.o.s., in quanto ciò farebbe venir meno la stessa distinzione tra opere generali e opere specializzate.

Le categorie di opere generali che presentano una caratterizzazione di specializzazione tale da farne "strutture, impianti ed opere speciali" sono state individuate dal regolamento nella sola categoria OG12.

A *contrario*, le altre OG non presentano, per definizione, la medesima caratterizzazione di specializzazione delle s.i.o.s. (colpisce che l'Autorità, nella propria esemplificazione, richiami come categoria avente notevole contenuto tecnologico o rilevante complessità tecnica la OG1, cioè la categoria generale e "generica" per eccellenza).

14. La differenza tra qualificazione del subappaltatore e qualificazione del mandante in verticale.

Per quanto riguarda la qualificazione nelle lavorazioni scorporabili inferiori a 150.000 euro (ovviamente in appalti di importo complessivo superiore), va segnalato che l'Autorità (det. 25/2001) richiede l'attestazione di qualificazione, sia per l'impresa singola (smentendo se stessa, det. n. 15/2001) sia per le imprese raggruppate (smentendo la del. n. 377/2001, nonché, in parte qua, la stessa det. n. 25/2001 che continua ad ammettere le associazioni miste, purché previste in bando).

L'Autorità si era infatti espressa nella determinazione n. 15/2001 nel senso che *"qualora le lavorazioni scorporabili o subappaltabili siano di importo inferiore a 150.000 euro, le imprese che assumono l'esecuzione di dette lavorazioni, nel caso non siano in possesso di attestazione SOA, debbono possedere i requisiti di cui all'articolo 28 del DPR 34/2000 e, cioè, avere eseguito direttamente, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, un importo di lavori non inferiore all'importo del contratto da stipulare, avere sostenuto nel suddetto periodo un costo complessivo per il personale dipendente non inferiore al 15% dell'importo dei lavori eseguiti (o di quello figurativamente individuato) e dimostrare di avere la disponibilità di adeguata attrezzatura"*.

Al riguardo, in dottrina (Bosetti) si era evidenziato che se la qualificazione del subappaltatore è in relazione all'importo dei lavori in subappalto a prescindere dall'importo dell'appalto in gara, altra cosa è il mandante in ATI, che deve essere qualificato in relazione all'importo dell'appalto principale, anche se per una classifica coerente con la sola quota dei lavori che assume quale mandante.

In altri termini, l'Autorità, nelle precedenti statuizioni sopra richiamate, veniva a ritenere che una scorporabile da 151 mila euro potesse essere assunta da una mandante qualificata ex articolo 31 d.p.r. n. 34/2000 (o addirittura da una subATI mandante con due submandanti qualificate ex art. 28).

Invece, i commentatori (e la stessa Autorità nella determinazione 25/2001 commento) reputavano che la lavorazione scorporabile potesse essere assunta solo da una mandante con attestazione SOA (ancorché per la classifica I).

Per il vero, stante la totale equiparazione, nella normativa, tra lavorazione subappaltabile e lavorazione scorporabile (con la sola eccezione dell'art. 13, 7° comma della legge), la posizione inizialmente assunta dall'Autorità non era priva di logica interna.

Il problema è, infatti, proprio la qualificazione del subappaltatore.

L'art. 18, comma 3 n. 4 della L. 55/1990 e successive modificazioni prevede, come noto, che il subappaltatore debba essere in possesso dei requisiti previsti per l'importo corrispondente ai lavori da realizzare in subappalto.

Se la quota subappaltata non supera i 150.000 euro il subappaltatore potrà quindi essere qualificato ex art. 28 d.p.r. n. 34/2000, senza che rilevi la qualificazione obbligatoria.

Ora, possono esprimersi dubbi di fondo sull'equiparazione tra appalto sotto i 150.000 euro e subappalto sotto i 150.000 euro, specialmente per la possibilità di adombrare che tale norma sia da considerarsi implicitamente abrogata per incompatibilità con il nuovo sistema di qualificazione (benché l'art. 18

della L. 55/1990 sia stato "ritoccato" anche dalla "Merloni-ter", e quindi in realtà sia norma contestuale alla riforma).

Per quanto riguarda il subappalto, trattasi di contratto distinto dal contratto principale, però connotato (non ci si dilunga su aspetti notori) dalla stessa causa e da una relazione di "collegamento negoziale" che influisce sulle sue vicende (es. la risoluzione del contratto principale comporta la risoluzione del contratto di subappalto ecc.).

Il subappalto (per dir così) non si "libra" nel vuoto, ma concorre alla realizzazione della stessa opera, oggetto del contratto principale.

Ciò allora non dovrebbe essere ininfluenza nemmeno sul piano della qualificazione, nel senso che anche il subappalto dovrebbe essere soggetto alle stesse regole del contratto principale; ne scaturiscono i cennati dubbi sull'equiparazione tra appalto di importo inferiore 150.000 euro e subappalto di importo inferiore a 150.000 euro.

D'altronde, non si vede per quale ragione un'impresa in possesso dei requisiti per la prevalente dovrebbe andare a cercare l'associazione in verticale con impresa in possesso dell'attestazione di qualificazione (come richiede l'Autorità nella determinazione n. 25/2001) quando potrebbe subappaltare a qualunque ditta in possesso dei generici requisiti dell'art. 28 (o, nella stessa logica, eseguire in proprio tali lavori).

Detto in altri termini, nel pretendere che la lavorazione scorporabile/subappaltabile inferiore a 150.000 euro sia assunta da una mandante in possesso dell'attestazione di qualificazione, non ci si avvede che tale esigenza può essere facilmente disattesa, semplicemente subappaltando la lavorazione stessa.

L'Autorità, infine, ammette il subappalto fino al 30% delle lavorazioni scorporabili.

Si era posto il problema, se in caso di ATI verticale, nella quale la capogruppo in sede di gara ha la qualificazione per la categoria prevalente, mentre la qualificazione di una categoria scorporabile è posseduta da una mandante, sia ammissibile che detta categoria scorporabile possa essere affidata in subappalto.

La tesi positiva, che assimilava a tali fini la mandante all'impresa in possesso della qualificazione per la categoria prevalente (con un'applicazione analogica dell'art. 18 della L. 55/1990), si scontrava con la preoccupazione che a seguito del subappalto la quota del 30% (o anche la quota del 70%) potesse andare sotto i 150.000 euro e risultasse quindi eseguibile anche da impresa non qualificata.

Detto diversamente, specie alla luce di quanto precedentemente stabilito dall'Autorità con la citata deliberazione n. 377/2001, non avrebbe dovuto comunque essere possibile, in una lavorazione "scorporata" di 200.000 euro, subappaltare il 30% in modo tale che la mandante che subappaltava potesse eseguire lavori per 140.000 euro con qualificazione ex art. 28.

Tale preoccupazione, tuttavia, doveva essere fugata.

Invero, la mandante (titolare dei lavori scorporabili) non poteva essere qualificata ex art. 28, anche se i lavori che avesse assunto (al netto di quelli subappaltati) fossero stati di importo inferiore a 150.000 euro.

E' infatti noto (e ribadito anche dall'Autorità nella circostanza) che la qualificazione in gara prescinde dalla quote che verranno eventualmente subappaltate.

La problematica è peraltro del tutto superata dalla statuizione dell'Autorità di cui alla det. 25/2001, che in ogni caso richiede l'attestazione di qualificazione anche per lavorazioni di importo inferiore a 150.000 euro.

Peraltro, un ulteriore motivo di perplessità sta, nella lettura della determinazione n. 25/2001, nell'ammissione del subappalto del 30% della lavorazione anche per quanto riguarda le cd. Categorie superspecializzate (per le quali, come l'Autorità stessa ricorda, vige il divieto del subappalto ai sensi dell'art. 13, comma 7 della legge).

15. L'associazione orizzontale nella scorporabile. La legge 166/2002.

Tribunale Amministrativo Regionale Puglia Lecce sez.II 14/6/2004 n. 3723

APPALTO DI SERVIZI - PARTECIPAZIONE DI R.T.I. MISTI - AMMISSIBILITA' - RAGIONI - POSSIBILITA' DI QUALIFICAZIONE AVVALENDOSI DEI REQUISITI DI ALTRI SOGGETTI - VA AMMESSA - CONDIZIONI - SUSSISTENZA DEL VINCOLO GIURIDICO - COLLEGAMENTO SOCIETARIO - CONFIGURABILITA'

Nella recente sentenza n. 2742 del 2004, la Sezione ha avuto modo di affermare che: '...non esiste nel nostro ordinamento un principio generale che vieti la partecipazione alle gare ad evidenza pubblica dei raggruppamenti temporanei di imprese c.d. 'misti', per cui deve ritenersi che in una gara per l'aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici è ammissibile la partecipazione di associazioni temporanee di imprese di tipo misto, composte cioè da un'impresa mandataria capogruppo e da altre imprese, alcune delle quali associate in modo orizzontale alla prima per l'esecuzione dei lavori ascrivibili alla categoria prevalente, e da altre associate in modo verticale per l'esecuzione delle opere scorporabili (così, ex multis, TAR Sicilia, Catania, sez. I, sentenza 1 luglio 2003, n. 1076). Tale conclusione deriva dalla considerazione che tale forma di raggruppamento non presenta nessun elemento di problematicità rispetto alle tradizionali forme di aggregazione temporanea di imprese autorizzate espressamente dalla legislazione vigente (artt. 10 e 13 della legge 'Merloni'), a condizione che la stazione appaltante venga garantita in merito all'affidabilità e serietà del raggruppamento...', mentre, in relazione al secondo aspetto, nella successiva sentenza n. 3154/04 del 24/05/2004, ha ribadito che: '...la giurisprudenza comunitaria, ormai consolidata, ha chiarito che: "...La direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, va interpretata nel senso che consente ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto. Spetta al giudice nazionale valutare se tale prova sia fornita nella fattispecie di cui alla causa "a qua"..." (Corte Giustizia CE, sent. del 02/12/1999 in Causa 176/98, Holst Italia S.p.A. contro Comune di Cagliari). Pertanto, a prescindere dalla questione dell'applicazione analogica all'appalto de quo [nella specie si trattava di un appalto per il servizio di pulizia ' N.d.R.] delle norme dettate per i LL.PP. dalla L. n. 109/94 e dal DPR n. 34/00 [...], per gli appalti di servizi esiste una normativa di riferimento, rappresentata proprio dagli artt. 31 e 32 della Direttiva n. 92/50/CEE - come interpretati dalla Corte di Giustizia -, in base alla quale stabilire le modalità di qualificazione delle imprese che partecipano alle gare associate fra loro (in ATI o in qualità di consorziate). In base a tale normativa, un consorzio fra imprese può partecipare ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi avvalendosi delle capacità economico-finanziarie delle consorziate, fermo restando, invece, che il possesso dei requisiti di ordine generale previsti dall'art. 12 del D. Lgs. n. 157/95 deve sussistere sia in capo al consorzio che in capo alle imprese chiamate ad eseguire le prestazioni contrattuali in caso di aggiudicazione...'. Analoghe conclusioni sono state rassegnate anche dal Consiglio di Stato (sez. V, sent. n. 5517 del 2001, relativa proprio ad una gara di appalto di LL.PP.) e dal TAR Lazio (sez. III, sent. n. 4774 del 2003, la cui massima recita: '...Il soggetto che presenta un'offerta in una gara d'appalto di opera pubblica può avvalersi della capacità e dei mezzi di altri soggetti, per la dimostrazione del possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici, a condizione che sia in grado di provare che ne ha

l'effettiva disponibilità [...]]). Legittimamente il concorrente dichiara di avvalersi, ai sensi dei citati artt. 31 e 32 della Direttiva n. 92/50/CEE (richiamata nell'avviso di gara) dei requisiti di qualificazione di una società collegata; pertanto si deve ritenere rispettato l'onere probatorio minimo richiesto dalla Direttiva e dall'avviso di gara, in quanto la norma comunitaria parla di vincoli di qualsiasi natura giuridica (e in questo senso non si può dubitare che il collegamento societario sia un vincolo giuridico particolarmente stretto, come si desume dall'art. 2359 c.c., da leggere in relazione all'art. 10, comma 1-bis, della L. n. 109/94).

L'Autorità, nella determinazione 25/2001, aveva ribadito l'ammissibilità (derivante dall'innovativa precedente deliberazione n. 377/2001) delle associazioni cd. "miste" in quanto offrirebbero "maggiori garanzie alla stazione appaltante rispetto a soggetti costituiti da una sola impresa" (la giurisprudenza aveva ritenuto il contrario).

La giurisprudenza era infatti consolidata nel senso che si dovesse escludere la possibilità di costituzione di un raggruppamento misto (orizzontale-verticale) per le opere scorporabili (Cons. Stato, V, 6 agosto 2001, n. 4230).

Infatti, *“ove vi siano anche opere scorporabili, sono ammissibili tre modelli di a.t.i.: 1) orizzontale, sia per lavori della categoria prevalente, che per quelli scorporabili; 2) verticale, in cui un'impresa assume i lavori della categoria prevalente, e altre imprese mandanti assumono le opere scorporabili; 3) mista, cioè orizzontale per i lavori prevalenti e verticale per quelli scorporabili”* (Cons. stato, IV, 9 luglio 1998, n. 702).

L'Autorità aveva affermato però poi che la possibilità di concorrere in forma di associazione mista deve esplicitamente essere prevista nel bando e che "le stazioni appaltanti nello stabilire tale possibilità devono comunque adottare una particolare cautela", arrivando addirittura ad ipotizzare l'obbligo di costituire, per ciascuna lavorazione scorporabile assunta da un'associazione, una società ex art. 96 del d.p.r. n. 554/1999.

Tale statuizione pareva alquanto problematica, poiché è evidente che le regole sulla qualificazione delle associazioni di imprese non possono che essere univoche per qualsiasi gara (e, a giudizio di numerosi autori, l'associazione mista non era contemplata dalla normativa e la tesi dell'Autorità era erronea, tanto è vero che l'Autorità stessa citava, a sostegno della medesima, pronunce che viceversa avevano escluso l'ammissibilità delle associazioni miste).

Né si vedeva perché, se l'associazione mista offre "maggiori garanzie" (coinvolgendo e quindi, si presume, responsabilizzando più soggetti), bisognerebbe poi usare particolari cautele nel prevederla, e tanto più obbligare le imprese alla trasformazione dell'associazione in società.

Quindi prima della L. 166/2002 il diritto vivente era nel senso che l'associazione mista - intendendosi per tale quella in cui una o più lavorazioni scorporabili sono assunte da associazioni di imprese – era ammissibile soltanto se espressamente prevista dal bando di gara.

Conseguentemente all'ammissione (condizionata dalla previsione in bando) dell'associazione mista, l'Autorità doveva dire che l'art. 3, 2° comma del d.p.r. n. 34/2000 si interpreta nel senso che la condizione di qualificazione per un quinto dell'importo complessivo dell'appalto va riferita ai singoli importi della categoria prevalente e delle categorie scorporabili.

Con la legge 166/2002 si prevede, invece, che i lavori riconducibili alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprese riunite in associazione ai sensi del comma 1 (art. 13, comma 3, ultimo periodo della L. 109/1994).

Diventa pertanto legittimo anche il raggruppamento verticale in cui – a prescindere dal fatto se la prevalente sia assunta da impresa singola o da raggruppamento orizzontale – una scorporabile venga assunta da un raggruppamento ancora orizzontale.

Nella deliberazione 377/2001, l'Autorità era stata interpellata, tra l'altro, in ordine alla possibilità che l'impresa mandante, esecutrice delle lavorazioni di cui alla categoria scorporabile, possa essere un'ATI orizzontale.

L'Autorità, nel rispondere al quesito, premette che la costituzione di associazioni temporanee c.d. di "tipo misto" è stata già legittimata più volte dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Afferma, infatti, che nell'ipotesi di appalto di opere pubbliche che preveda, oltre ai lavori della categoria prevalente, anche parti scorporabili dell'opera, è infatti consentita la partecipazione di associazioni temporanee sia in via orizzontale sia in linea verticale.

Quindi l'Autorità conclude che la possibilità di associazioni cd. di tipo misto non è esclusa dalla normativa vigente che, pertanto, ammette che la mandataria assuntrice delle lavorazioni della categoria prevalente sia una ATI orizzontale e che le mandanti assuntrici delle lavorazioni di categorie diverse dalla prevalente siano anche più di una impresa per ognuna di queste categorie, sempre che riunite in raggruppamento orizzontale.

L'Autorità osserva inoltre che l'utilizzazione di tale istituto consente d'altra parte di aprire il mercato degli appalti pubblici al più alto numero di imprese possibili favorendo la più ampia concorrenza.

Ora, mentre sul primo punto della statuizione (assunzione delle lavorazioni della categoria prevalente da parte una ATI orizzontale) non vi sono dubbi, sul secondo punto, nonostante il tenore piano e "tranquillizzante" della deliberazione, si trattava, invero, di una pronuncia fortemente innovativa.

Infatti la giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato n. 702 del 1998) aveva bensì affermato la legittimità delle ATI miste (secondo un autore [BOSETTI] sarebbe meglio dire composite), ma intese come quelle dove una associazione orizzontale assume i lavori in categoria prevalente e una o più mandanti in verticale assume/ono il/i lavoro/i in categoria/e scorporabile/i.

Cioè, ciascuna mandante assume una o più scorporabili e non, al contrario, più mandanti la stessa scorporabile.

Tale pronuncia, quindi, non aveva ritenuto ammissibile le cosiddette ATI miste "esasperate", ossia proprio quelle associazioni, come nel caso esaminato dall'Autorità, dove anche la scorporabile è assunta da più imprese associate in orizzontale (più mandanti per una sola scorporabile).

In definitiva, l'orizzontale (anche) per la scorporabile, secondo tale giurisprudenza, non era conforme (oltre che al 3° comma dell'art. 95 del D.P.R. 554/99) ai commi 3° e 8° dell'art. 13 della legge, nel testo previgente alla L. 166/2002 (cfr. anche Damonte, sub art. 13, in AA.VV. (cur.Caringella), "La nuova legge quadro sui lavori pubblici", 1999, pag. 357).

L'art. 13, infatti, prevedeva al comma 3 che ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere, e al comma 8 che per lavori scorporabili si intendono lavori assumibili da "uno" dei mandanti.

L'articolo 95, comma 3 del regolamento di attuazione (ATI verticali) prescrive dal canto suo che la mandante sia in possesso integralmente dei requisiti per la scorporabile che assume.

Quindi per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti.

Quindi la deliberazione dell'Autorità finiva per fondarsi o su un travisamento della giurisprudenza sul punto o su un'interpretazione fortemente innovativa del dato normativo.

Tant'è vero che l'Autorità doveva poi soffermarsi, con enunciazioni di carattere sostanzialmente pretorio, su due non facili profili conseguenti alla statuizione assunta: il regime delle responsabilità in capo all'associazione "orizzontale" nella scorporabile e il riparto dei requisiti all'interno della stessa, con applicazione "analogica" dell'art. 95, 2° comma del regolamento.

Un'altra ipotesi riguarda il caso dell'associazione di due imprese, ambedue qualificate contemporaneamente (pro quota) nella categoria prevalente e nella categoria scorporabile.

Tale fattispecie configura probabilmente una associazione orizzontale (e non mista né verticale).

Infatti si fa riferimento all'articolo 95, comma 1, del d.P.R. n. 554 del 1999.

L'articolo 95, comma 1, al primo periodo formula l'ipotesi dell'impresa singola in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi.

Tale ipotesi introduce la cosiddetta "associazione con se stesso" non riconosciuta dalla disciplina previgente (articoli 22 e 23 del decreto legislativo n. 406 del 1991) ma ora normativamente prevista.

Si osserva dunque (BOSETTI) che quanto vale per l'impresa singola non può non valere (in assenza di altri ostacoli e con le dovute cautele) anche per l'ATI.

Peraltro, l'ipotesi "mista esasperata" (non ammissibile prima della L. 166/2002) non sembra strutturalmente diversa dall'ipotesi da ultimo formulata (che sarebbe "orizzontale" ammissibile): vi è infatti in entrambi i casi un'orizzontale nel ramo scorporabile, con la sola differenza che le due imprese sono anche qualificate (pro quota) per la prevalente.

Se è vero che ciò che è consentito all'impresa singola deve esserlo anche alle imprese associate, non si può non tenere conto del disposto letterale dell'art. 95, 3° comma del D.P.R. n. 554/1999, per cui considerare orizzontale tale fattispecie di associazione potrebbe risultare elusivo di tale 3° comma, in base al quale per l'appunto ciascuna impresa affidataria della scorporabile deve essere integralmente in possesso dei relativi requisiti di qualificazione (i.e. considerare orizzontale sul punto l'associazione potrebbe valere ad eludere illegittimamente la disciplina delle associazioni verticali).

Come si ripete, tutte queste considerazioni sono del tutto superate dalla legge 166/2002, che, conformemente peraltro agli orientamenti comunitari, prevede, invece, che i lavori riconducibili alle

categorie scorporate possono essere assunti anche da imprese riunite in associazione ai sensi del comma 1 (art. 13, comma 3, ultimo periodo della L. 109/1994).

Diventa pertanto legittimo anche il raggruppamento verticale in cui – a prescindere dal fatto se la prevalente sia assunta da impresa singola o da raggruppamento orizzontale – una scorporabile venga assunta da un raggruppamento ancora orizzontale.

16. Ancora sulla qualificazione nelle lavorazioni scorporabili degli appalti di importo compreso tra 150.000 euro e 1.500.000 euro.

Negli appalti di importo complessivo superiore a 150.000 euro e pari o inferiore a 1.500.000 euro viene in evidenza il problema affrontato dall'Aut.Vig. LL.PP. nella propria determinazione n. 25 del 20.12.2001: in tali casi gli importi delle lavorazioni appartenenti a categorie scorporabili possono essere sia superiori sia pari o inferiori a 150.000 euro.

Nel caso che gli importi delle lavorazioni appartenenti a categorie scorporabili siano tutti superiori a 150.000 euro, non vi è dubbio che la qualificazione deve essere dimostrata attraverso le attestazioni di qualificazione.

Il problema si pone nel caso in cui gli importi delle lavorazioni appartenenti a categorie scorporabili siano pari o inferiori a tale somma (ma comunque singolarmente superiori al 10% dell'importo complessivo dell'appalto, secondo la regola stabilita dall'art. 73, commi 2 e 3 d.p.r. 554/1999).

Nel caso in cui la lavorazione sia assunta da una mandante in ATI, l'Autorità ha risposto al quesito se la qualificazione della mandante debba essere comunque dimostrata tramite attestazione di qualificazione oppure possa essere dimostrata anche rispettando le disposizioni previste per gli appalti di importo pari o inferiore a euro 150.000 (articolo 28 del dpr 34/2000).

Al riguardo l'Autorità - in tale più recente presa di posizione, avendo precedentemente sostenuto tesi diverse (cfr. la determinazione n. 15/2001) - valorizza la disposizione di cui all'articolo 73, comma 2 del d.p.r. 554/1999, che stabilisce che vanno indicate nei bandi ".....tutte le parti, appartenenti a categorie generali o specializzate di cui si compone l'opera o il lavoro.....".

Secondo l'Autorità la disposizione - poiché stabilisce che le lavorazioni delle categorie scorporabili devono essere indicate nel bando di gara perché sono state considerate autonomi lavori con riferimento alle declaratorie delle categorie generali o specializzate - comporta il fatto che le imprese che eseguiranno tali lavorazioni, qualora siano le aggiudicatrici, devono essere in ogni caso in possesso di adeguata qualificazione (intendendo per tale, quindi, l'attestazione rilasciata da una SOA per competente categoria, n.d.r.).

La stessa Autorità nel contesto della citata determinazione ha poi precisato che, qualora la lavorazione pari o inferiore a euro 150.000 sia affidata in subappalto, il subappaltatore può essere qualificato ai sensi delle norme vigenti per l'esecuzione di lavori di tali importi (articolo 28, del dpr 34/2000).

Il concorrente qualificato per la categoria prevalente con riferimento all'importo complessivo dell'appalto può, allora, non soggiacere all'obbligo di associazione in verticale con impresa in possesso dell'attestazione di qualificazione per la scorporabile, potendo subappaltare la lavorazione stessa (con il solo limite che la quota subappaltata non superi il 30% del totale dell'appalto).

Non si tratta soltanto di un profilo attinente la fase esecutiva dei lavori (come pare sottolineare a più riprese l'Autorità), in quanto la possibilità di subappaltare finisce per essere essa stessa un requisito di qualificazione.

Il concorrente può infatti concorrere alla gara e aggiudicarsi l'appalto anche se non in possesso della qualificazione per la scorporabile, manifestando l'intenzione di subappaltare tale lavorazione.

Ma se la lavorazione è subappaltabile a favore di impresa in possesso dei soli requisiti ex art. 28 dpr 34/2000, ci si può a questo punto domandare per quale ragione la lavorazione stessa non possa essere eseguita direttamente dall'appaltatore qualificato per la prevalente.

Ricordando, infatti, che si sta trattando lavorazioni scorporabili/subappaltabili comunque non superiori a 150.000 euro, il possesso dell'attestazione di qualificazione per una qualsiasi categoria e classifica è per definizione assorbente dei generici requisiti di cui al citato art. 28, per un rapporto di continenza (il più contiene il meno).

(N.d.r.: si è detto "per una qualsiasi categoria e classifica" in quanto l'art. 28 si riferisce all'esecuzione nel quinquennio antecedente di "lavori", e i tentativi dell'Autorità di istituire un rapporto di similarità o analogia con le categorie dei lavori oggetto dell'appalto sono oggetto di critiche unanimi da parte della dottrina).

Se la qualificazione richiesta al subappaltatore è quella di cui all'art. 28 dpr 34/2000, che è ex se ricompresa nel possesso dell'attestazione per qualunque categoria e classifica, non si comprende perché non possa essere lo stesso concorrente in possesso della qualificazione per la prevalente a potersi ritenere qualificato anche per la lavorazione scorporabile/subappaltabile.

Ciò specie alla luce del principio generale sopra ricordato (l'impresa in possesso della qualificazione per la prevalente può concorrere alla gara ed eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni) e che deve guidare l'interpretazione complessiva della disciplina.

Per una rappresentazione (limite ma) concreta del problema, si ipotizzi il caso di un appalto di importo complessivo di 151.000 euro, all'interno della quale sia presente una scorporabile da 15.101 euro ("ascrivibile" alle generali o alle s.i.o.s., cioè quasi tutte le categorie).

L'impresa qualificata per la prevalente, in riferimento a quest'ultima lavorazione, trattandosi di lavorazione superiore al 10% dell'importo complessivo dei lavori, dovrebbe obbligatoriamente:

- costituire un'ATI verticale con impresa mandante attestata (ipotesi che non prendiamo in considerazione);
- in alternativa, subappaltare la lavorazione ad impresa in possesso di "adeguata qualificazione".

Quest'ultima, peraltro, stante la vigente normativa, può ridursi alla generica qualificazione (commisurata a soli 15.101 euro) conseguibile da qualsiasi impresa ex art. 28 dpr 34/2000.

L'appaltatore in possesso dell'attestazione SOA (con requisiti quindi assorbenti dell'art. 28), magari anche per classifiche e quindi importi elevati, non risulterebbe, viceversa, "adeguatamente qualificato".

Il problema di fondo, a ben vedere, è l'interpretazione della norma di cui all'art. 73, 3° comma del dpr 554/99.

E' tale disposizione che impone di evidenziare nel bando di gara le lavorazioni subappaltabili o scorporabili di importo singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo del lavoro ovvero di importo superiore a 150.000 euro.

Pare possibile, conformemente ai consueti canoni ermeneutici, che alla norma sia data un'interpretazione che consenta una coerenza complessiva del sistema. Se la lettura di tale norma comporta conseguenze illogiche, deve rivedersi il presupposto dal quale ha preso le mosse il ragionamento.

La lettura ortopedica potrebbe essere l'interpretazione secondo cui le lavorazioni da evidenziare nel bando sono esclusivamente (oltre alle lavorazioni di importo pari o inferiore al 10% dell'appalto, ma comunque superiori a 150.000 euro) le lavorazioni di importo superiore al dieci per cento dell'importo complessivo del lavoro purché superiori a 150.000 euro.

La norma, secondo tale ipotesi ricostruttiva, sarebbe da considerare troppo sintetica e contiene più precetti che bisogna quindi procedere a sciogliere, distinguendo inoltre tra l'ipotesi che si indirizza agli appalti di importo pari o inferiore a 1.500.000 euro e quella che si indirizza agli appalti di importo superiore.

Pare opportuno inoltre, contestualmente, verificare le conseguenze di tale prospettazione ai fini della "tenuta" complessiva della coerenza del sistema di qualificazione.

Per meglio chiarire, la problematica degli appalti di importo complessivo superiore a 150.000 euro e pari o inferiore a 1.500.000 euro, nell'esegesi che qui si ipotizza, dovrebbe essere così riconsiderata:

a) a tali appalti si applicherebbe la regola per cui vanno evidenziate in bando le lavorazioni di importo singolarmente superiore a 150.000 euro (ad es. una lavorazione da 200.000 euro in un appalto complessivo di 2.000.000 di euro), indipendentemente dal peso percentuale della lavorazione sul totale;

b) a tali appalti, invece, non si applicherebbe mai la regola dell'evidenziazione in bando delle lavorazioni di importo superiore al dieci per cento dell'importo complessivo del lavoro "in quanto tali" (es. lavorazione da 81.000 euro in appalto da 800.000 euro), perché - per completare la fattispecie normativamente prevista - tali lavorazioni debbono anche essere superiori a 150.000 euro.

Tale regola sarebbe, invece, applicabile negli appalti di importo superiore a 1.500.000 euro, nei quali:

c) la lavorazione superiore al 10% del complessivo dell'appalto è automaticamente anche superiore a 150.000 euro (es. lavorazione da 161.000 euro in appalto in appalto da 1.600.000 euro);

d) ugualmente soltanto agli appalti di importo superiore a 1.500.000 euro sarebbe applicabile la regola dell'evidenziazione delle lavorazioni di importo pari o inferiore al 10% dell'appalto, ma superiori a 150.000 euro (es. una lavorazione da 300.000 euro in un appalto complessivo da 3.500.000 euro).

Tentando di fare la "controprova" dal punto di vista della tipologia di qualificazione richiesta al mandante in ATI/subappaltatore, si può notare, con riferimento ai quattro casi sopra prospettati, quanto segue:

caso a): lavorazione da 200.000 euro - SOA (sia per mandante in ATI sia per subappaltatore);

caso b): lavorazione da 81.000 euro - non evidenziata in bando ed eseguibile dall'appaltatore qualificato per la prevalente nell'intero importo (o "meramente subappaltabile", cioè subappaltabile non necessariamente per la qualificazione);

caso c): lavorazione da 161.000 euro - come a);

caso d): lavorazione da 300.000 euro - come a) e c).

In definitiva, nell'ipotesi ricostruttiva testé formulata, i casi si ridurrebbero a due:

- la lavorazione è superiore a 150.000 euro, va evidenziata in bando, ed è richiesta la SOA per eseguirla (sia per l'impresa già qualificata per la prevalente, sia per la mandante in ATI, sia per il subappaltatore);

- la lavorazione è pari o inferiore a 150.000 euro, non va evidenziata in bando, ed è eseguibile dall'appaltatore qualificato per la prevalente nell'intero importo, o "meramente subappaltabile".

Secondo la tesi dell'Autorità e peraltro prevalente in dottrina e giurisprudenza, invece, si aggiunge il caso sub b) che si distingue ulteriormente in necessità dell'attestazione per la mandante e sufficienza dei requisiti ex art. 28 per il subappaltatore.

Riprendendo alla luce delle considerazioni svolte il caso sopra preso in considerazione a titolo esemplificativo (15.101 euro su un complessivo di 151.000 euro), la lavorazione non dovrebbe essere evidenziata in bando, essendo superiore al 10% ma inferiore a 150.000 euro.

Essa verrebbe assorbita nella prevalente e diviene "meramente subappaltabile" (cioè subappaltabile ai soli fini di esecuzione ma non di qualificazione).

La stessa può essere subappaltata (nel limite del 30% dell'importo complessivo dell'appalto) ma anche eseguita direttamente dall'impresa qualificata per la prevalente.

Le stesse regole valgono per la lavorazione da 15.100 euro (pari o inferiore al 10% del totale).

La lavorazione superiore al 10% del totale e la lavorazione pari o inferiore a tale importo ottengono lo stesso trattamento, essendo entrambe inferiori ai 150.000 euro.

D'altronde ciò avviene anche nell'ipotesi in cui le lavorazioni stesse sono entrambe superiori ai 150.000 euro.

17. La qualificazione delle associazioni orizzontali. L'incremento del quinto.

Tribunale Amministrativo Regionale Lazio Roma sez.III 12/11/2003 n. 9851

APPALTI DI LL.PP. - PARTECIPAZIONE DI ATI ORIZZONTALI - REQUISITI DI QUALIFICAZIONE - REQUISITI IN CAPO ALLA MANDATARIA - OBBLIGO POSSESSO CLASSIFICA MAGGIORE RISPETTO A QUELLA DELLE MANDANTI - VA ESCLUSO - INTERPRETAZIONE - RIFERIMENTO ALLA QUOTA DI PARTECIPAZIONE AL RAGGRUPPAMENTO

1. Per le associazioni temporanee di imprese di tipo orizzontale i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando per le singole imprese devono essere posseduti dalla mandataria nelle misure del 40% e per il resto cumulativamente dalle mandanti nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento, ma "L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria". Quest'ultimo periodo non può essere interpretato nel senso che la mandataria deve possedere in assoluto una classifica di qualificazione maggiore di quella delle mandanti, occorrendo invece che la percentuale venga rapportata alla misura in cui le mandanti "spendono" la rispettiva classifica ai fini del raggiungimento dei rispettivi requisiti minimi di ammissione alla gara; in altri termini, alla quota di partecipazione al raggruppamento. In caso diverso, infatti, come rilevato dal consiglio dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione 18 luglio 2001 n. 15/2001, "si creerebbe un vincolo restrittivo al mercato, in contrasto con il principio della libertà di determinazione delle imprese in sede associativa, in quanto sarebbero privilegiate comunque le imprese di maggiori dimensioni". Ed invero, l'interpretazione disattesa condurrebbe a rafforzare sempre più le grandi imprese, impedendo alle altre di assumere il ruolo di mandatarie, se non associandosi con imprese minori e con minori requisiti.

Tribunale Amministrativo Regionale Veneto sez.I 26/7/2004 n. 2492

APPALTI DI LL.PP. - A.T.I. ORIZZONTALI - DISCIPLINA EX ART.95, C.2, DPR 554/1999 - QUOTA DEL 40% - VA RIFERITA ALL'IMPORTO COMPLESSIVO DELL'APPALTO

In materia di ati orizzontali, disciplinata dal comma 2 dell'art. 95 del D.P.R. n. 554/99, deve essere precisato che la quota del 40% (e anche quella maggioritaria dell'impresa mandataria rispetto alle mandanti) va riferita all'importo complessivo dell'appalto e non alla categoria prevalente.

Tribunale Amministrativo Regionale Lazio Roma sez.III 12/11/2003 n. 9851

L'incremento di 1/5 di cui all'art. 3, co. 2, del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 si applica alla singola impresa e non al raggruppamento, dal momento che il cit. art. 3, co. 2, nel disporre che "la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare le gare ed eseguire lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto", precisa che "nel caso di imprese raggruppate (.) la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata (.), a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo a base di gara".

Come noto, l'art. 3 del d.p.r. 34/2000 stabilisce che le imprese sono qualificate per categorie di opere generali, per categorie di opere specializzate, nonché per prestazioni di sola costruzione e per

prestazioni di progettazione e costruzione, e classificate, nell'ambito delle categorie loro attribuite, secondo gli importi di cui al comma 4.

Le categorie sono specificate nell'allegato A.

Le classifiche sono stabilite secondo i seguenti livelli di importo:

I fino a L. 500.000.000 euro 258.228
II fino a L. 1.000.000.000 euro 516.457
III fino a L. 2.000.000.000 euro 1.032.913
IV fino a L. 5.000.000.000 euro 2.582.284
V fino a L. 10.000.000.000 euro 5.164.569
VI fino a L. 20.000.000.000 euro 10.329.138
VII fino a L. 30.000.000.000 euro 15.493.707
VIII oltre L. 30.000.000.000 euro 15.493.707

In base al comma 2 della disposizione, 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.

Viene dunque superato l'indirizzo giurisprudenziale per cui ai fini dell'ammissione alle gare per l'appalto di opere pubbliche, la disposizione contenuta nell'art. 5, comma 1, l. 10 febbraio 1962, n. 57, istitutiva dell'albo nazionale degli appaltatori - nel testo rispettivamente risultante dall'art. 9, l. 3 gennaio 1978, n. 1 e dell'art. 2, l. 20 marzo 1965, n. 203 e successive modificazioni - secondo la quale le imprese singole possono assumere lavori di importo superiore di un quinto rispetto alla classifica per cui sono iscritte, non può estendersi ai raggruppamenti temporanei di imprese.

La somma degli importi per le quali le imprese raggruppate sono iscritte all'albo, pertanto, deve, ai sensi dell'art. 21, l. 8 agosto 1977, n. 584, essere almeno pari all'importo dei lavori da appaltare senza il coefficiente di aumento del quinto sulla classifica di appartenenza (Consiglio di Stato, sez. V, 22 marzo 1999, n. 52).

Consiglio Giustizia Amm. Regione Siciliana 15/4/2005 n. 251

APPALTI DI LL.PP. - REQUISITI DI QUALIFICAZIONE - PARTECIPAZIONE DI ATI - REQUISITI MINIMI - DISCIPLINA EX ART.95,C.2,DPR 554/1999 - POSSIBILITÀ DI AVVALERSI DEL BENEFICIO DEL QUINTO - INAMMISSIBILITÀ - RAGIONI

Sul piano letterale, la disposizione di cui all'art. 95, comma 2, facendo riferimento al possesso dei requisiti ivi previsti in una "misura minima" rapportata ai requisiti richiesti in capo alle imprese singole, sembra univocamente riferirsi alla soglia di qualificazione attinta attraverso la mera classifica d'iscrizione, e non già all'entità quantitativa dei lavori realizzabili attraverso il beneficio dell'aumento del quinto, di cui parimenti fruiscono anche le imprese partecipanti individualmente alla gara.

Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Catania sez.I 19/9/2005 n. 1400

APPALTI DI LL.PP. - QUALIFICAZIONE - PARTECIPAZIONE DI A.T.I. - MISURA MINIMA DEL 40% PER LA CAPOGRUPPO - NON PUO' ESSERE RAGGIUNTA MEDIANTE INCREMENTO DEL QUINTO DELL'ISCRIZIONE POSSEDUTA - RAGIONI

La misura minima del 40% non può essere raggiunta attraverso l'incremento di un quinto dell'iscrizione posseduta, ai sensi dell'art. 3, comma 2, del D.P.R. n. 34/2000, in quanto sul piano letterale la disposizione di cui all'art. 95, comma 2, facendo riferimento al possesso dei requisiti ivi previsti in una "misura minima" rapportata ai requisiti richiesti in capo alle imprese singole, sembra univocamente riferirsi alla soglia di qualificazione attinta attraverso la mera classifica d'iscrizione, e non già all'entità quantitativa dei lavori realizzabili attraverso il beneficio dell'aumento del quinto, di cui parimenti fruiscono anche le imprese partecipanti individualmente alla gara. Sul piano logico-sistematico, ha argomentato il C.G.A., la tesi opposta appare contraddetta dalla pratica impossibilità di dare applicazione al beneficio dell'aumento del quinto al fine del raggiungimento da parte delle imprese mandanti di A.T.I. della soglia minima per esse prevista, pari soltanto al 10% dell'iscrizione richiesta all'impresa singola. Tale difficoltà di coordinamento è stata avvertita dalla giurisprudenza, che ha escluso l'elevabilità al 20% dei requisiti minimi di partecipazione richiesti in capo alle mandanti, ex art. 3, comma 2, D.P.R. n. 34/2000, in base al rilievo che tale ultima norma non incide sulla portata precettiva dell'art. 95, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999, disciplinante in forma esaustiva l'entità dei requisiti minimi richiesti sia in capo alla mandataria che alle mandanti di A.T.I. orizzontale (C.G.A., 14 aprile 2003, n. 154).

Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Catania sez.IV 19/5/2005 n. 854

APPALTI DI LL.PP. - QUALIFICAZIONE IMPRESE - PARTECIPAZIONE ATI - REQUISITI MINIMI MANDATARIA - RAGGIUNGIMENTO SOGLIA 40% - POSSIBILITA' DI AVVALERSI DEL BENEFICIO DEL QUINTO - VA ESCLUSA - RAGIONI

1. I requisiti posseduti dalla mandataria nelle misure minime del 40% non possono essere raggiunti mediante l'applicazione del beneficio dell'aumento del quinto, previsto dall'art. 3, comma 2°, del D.P.R. n. 34/2000. Sul piano letterale, la disposizione di cui all'art. 95, comma 2°, facendo riferimento al possesso dei requisiti ivi previsti in una misura minima, rapportata ai requisiti richiesti in capo alle imprese singole, sembra univocamente riferirsi alla soglia di qualificazione attinta attraverso la mera classifica d'iscrizione, e non già all'entità quantitativa dei lavori realizzabili attraverso il beneficio dell'aumento del quinto, di cui parimenti fruiscono anche le imprese partecipanti individualmente alla gara.

Tra i punti di frizione tra d.p.r. 34/2000 e d.p.r. 554/1999 v'è proprio quello tra art. 3, 2° comma del primo regolamento e art. 95, 2° comma del secondo.

Secondo la prima disposizione 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.

La seconda norma stabilisce che per le associazioni temporanee di imprese e i consorzi di cui all'art. 10, comma 1, lett. d), e) ed e-bis) della legge di tipo orizzontale i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla

mandataria o da una impresa consorziata nella misura minima del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento.

L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria.

Ci si domanda in che misura le due disposizioni possano convivere.

Ciò in quanto, per una parte almeno delle fattispecie ricadenti nelle ridette previsioni normative, il requisito minimo richiesto a ciascuna impresa associata è fissato in una norma (art. 3, 2° comma d.p.r. 34) nel 20% (tale è infatti il possesso della classifica pari ad almeno un quinto dell'importo a base di gara) e nell'altra nel 10% (art. 95, 2° comma dp.r. 554).

Una prima tesi non vede incompatibilità tra l'art. 95 comma 2 del d.p.r. 554/1999 e l'art. 3 comma 2 del d.p.r. 34/2000.

La prima norma infatti, secondo questa ricostruzione, stabilisce la ripartizione dei requisiti minimi (di classifica SOA, essendo terminato il regime transitorio) nelle percentuali minime del 40% dell'importo a base di gara (capogruppo) e 10% (ciascuna mandante).

La seconda disposizione si limiterebbe ad affermare che le imprese singole possono eseguire lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto, mentre le imprese riunite in associazione possono godere di questo incremento solo a patto che siano classificate per un importo pari almeno al 20% dell'importo d'appalto.

Le due norme risponderebbero a finalità differenti e pertanto non sarebbero in contrasto.

La prima, infatti, sarebbe rivolta a disciplinare i requisiti per poter costituire un'ATI; l'art. 3 co. 2 disciplinerebbe invece, per le ATI, i requisiti per poter usufruire dell'incremento del 20%, analogamente alle imprese singole.

La tesi in esame, come si vede, è sostanzialmente diretta all'integrazione tra le due discipline.

Volendo fare un esempio, in un appalto di 2.500.000 euro, per rispettare le proporzioni di cui all'art. 95, 2° comma, la mandataria dovrebbe essere classificata almeno in III (euro 1.032.913) mentre la restante parte potrebbe essere assunta da un numero di mandanti sino a 6 ciascuna classificata in I (euro 258.228).

In un appalto da 3.000.000 di euro, invece, la mandataria potrebbe essere sempre classificata in III (grazie all'incremento del quinto) mentre le mandanti in I, anche a fronte del beneficio dell'incremento del quinto, non potrebbero partecipare in quanto la classifica, pure incrementata, non copre il quinto dell'importo dei lavori (l'applicazione dell'art. 3, 2° comma sarebbe limitata, quindi, soltanto a tale caso).

Una seconda, opposta, tesi (Bosetti) afferma che l'art. 95, comma 2, del dpr 554/1999 è radicalmente incompatibile con l'art. 3, comma 2, del dpr 34/2000.

La prima disposizione, in base a tale assunto, era applicabile solo nel periodo transitorio disciplinato dagli artt. 29 ss. del d.p.r. 34/2000, mentre attualmente sarebbero inconciliabili i requisiti minimi del 40% (mandataria) e del 10% (mandante) con l'unico requisito minimo del 20% (un quinto) stabilito dall'art. 3, 2° comma dpr 34.

Ulteriore differenza con l'art. 95, 2° comma dpr 554 è che il suddetto requisito del 20% vale indistintamente per la mandataria e/o la mandante.

La tesi in esame evidenzia che, laddove la norma afferma che la "medesima disposizione" si "applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata", essa non si riferisce solo all'incremento di un quinto, bensì a tutta la prima parte del comma, quindi anche alla parte della stessa che in genere si riferisce all'abilitazione "a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori".

La norma sarebbe quindi da leggersi, in realtà, nel senso che l'impresa associata in Ati può concorrere a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara.

A suffragio di tale ricostruzione si sottolinea, da un lato, la circostanza che tale era anche il regime ANC, dall'altro che solo in tal modo si può risolvere il problema dei requisiti posseduti dalla capogruppo in misura maggioritaria (ultimo periodo dell'art. 95, 2° comma), che inevitabilmente si pone tutte le volte in cui ad esempio l'ATI è formata da due imprese con la stessa classifica.

Riprendendo l'esempio di cui sopra, sia nell'appalto di 2.500.000 euro sia nell'appalto di 3.000.000 euro le mandanti in I non potrebbero partecipare in quanto la classifica, pure incrementata, non copre il quinto dell'importo dei lavori.

Peraltro in entrambi i casi non sarebbe necessaria la partecipazione di almeno un'impresa classificata in III, in quanto risulta sufficiente la II con l'incremento del quinto (non sussistendo il vincolo del 40% del requisito in capo alla mandataria richiesto dall'art. 95, 2° comma).

E' evidente che le due tesi, sopra rapidamente esposte, comportano notevoli e sostanziali differenze nella qualificazione delle ATI orizzontali.

Può innanzitutto dirsi che la prima tesi è quella sostenuta dall'Autorità di Vigilanza (cfr. la nota det. 25/2001).

Volendo spingersi in un'analisi che prescindendo da tali indicazioni, ci si può domandare se il generalissimo criterio della maggiore partecipazione alla gara possa dirimere la questione nel senso della preferibilità di una delle due prospettazioni.

Esso peraltro non pare idoneo allo scopo, in quanto ad es. nel caso sopra ipotizzato la seconda tesi, se non consente la partecipazione di imprese classificate in I (e quindi pare più restrittiva), non impone peraltro la presenza dell'impresa classificata in III, né a maggior ragione che la stessa sia la capogruppo.

Sotto tale profilo le due tesi paiono pertanto probabilmente indifferenti.

Se ci si vuole, invece, riferire a quelli che sono i primi orientamenti della giurisprudenza e della dottrina in tema di conciliabilità tra d.p.r. 34/2000 e d.p.r. 554/1999 nella materia di qualificazione, gli stessi sono nel senso o della prevalenza del d.p.r. 554 (cfr. la nota sentenza del Tar Calabria sulle categorie a qualificazione obbligatoria) o dell'integrazione delle due discipline (cfr. la dottrina che, proprio per tale motivo, ha sottoposto a critica tale pronuncia).

Mentre non pare mai affermata la prevalenza del d.p.r. 34 (benché, ad onor del vero, la legge quadro disponga chiaramente nel senso che la materia della qualificazione è disciplinata da tale apposito regolamento).

In particolare il Tar calabrese ha ritenuto che il d.p.r. 34, nella parte in cui assume la non diretta eseguibilità delle lavorazioni a qualificazione obbligatoria (definite tali dal suo allegato A) da parte dell'appaltatore non in possesso delle relative qualificazioni, deve essere disapplicato per contrasto con il dpr 554 (regolante la stessa materia ed entrato in vigore posteriormente).

Nel caso di specie ciò significa che parimenti dovrebbe affermarsi anche sul punto in esame la prevalenza della disciplina del d.p.r. 554 sul d.p.r. 34, o quantomeno la necessità di integrazione tra i due sistemi normativi.

Ne scaturirebbe pertanto la preferibilità della prima tesi summenzionata che tale integrazione consente (possesso di una classifica che copra almeno il 10% dell'importo dei lavori a base di gara, salvo che l'impresa si avvalga del beneficio dell'incremento del quinto, in tal caso elevandosi il requisito minimo al 20%).

In tal senso può rilevarsi che anche l'assunto che l'art. 95, 2° comma sia legato al periodo transitorio pare apodittico, sia perché la norma non distingue tra fase transitoria e fase a regime, sia perché, come testé evidenziato, la norma è entrata in vigore successivamente al d.p.r. 34 e quindi pare diretta ad essere applicata anche nella seconda fase, a maggior ragione trattandosi di una disciplina generale della materia.

Sul punto è intervenuta la pronuncia del T.A.R. Sicilia - Palermo - sez. II - sentenza 6 maggio 2002 n.1146, che ha così statuito:

"...le disposizioni di cui all'art. 95 del D.P.R. n. 554/99 e dell'art. 3 del D.P.R. n. 34/2000 non si sovrappongono, prevedendo due differenti tipologie di requisiti richiesti alle imprese associate, che ben possono trovare applicazione nell'ambito della rispettiva disciplina.

Infatti, l'art. 95 del D.P.R. n. 554/99 indica i requisiti per la partecipazione alle gare delle associazioni temporanee di imprese, mentre l'art. 3 del successivo D.P.R. n. 34/2000 disciplina le categorie di qualificazione e relative classifiche nonché i presupposti necessari affinché dette imprese raggruppate possano godere dell'incremento del quinto della propria classifica.

In particolare, quest'ultima disposizione prevede che il predetto incremento è consentito soltanto nei confronti delle imprese raggruppate che siano qualificate per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara.

Da ciò, ovviamente, non può dedursi, come afferma l'impresa ricorrente, che le imprese mandanti debbano possedere la quota di percentuale del 20% di quanto richiesto all'intero raggruppamento, anziché del 10% come richiesto dal secondo comma dell'art. 95 citato.

In altri termini, la previsione di cui al menzionato art. 3 si sostanzia in un beneficio per le imprese raggruppate, che può aggiungersi a seconda della percentuale di qualificazione posseduta, naturalmente sempre in raccordo ai requisiti di base previsti dal più volte richiamato art. 95.

Deve, quindi, inferirsi che possono partecipare alle gare le associazioni temporanee di imprese di tipo orizzontale la cui mandataria abbia i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi in misura non inferiore al 40% e le mandanti in misura non inferiore al 10%."

L'orientamento contrario:

Tribunale Amministrativo Regionale Puglia Lecce sez.II 22/7/2004 n. 5381

APPALTI DI LL.PP. - PARTECIPAZIONE DI ATI ORIZZONTALI - REQUISITI MINIMI IN CAPO A CIASCUNA ASSOCIATA - RAPPORTO TRA DISCIPLINA EX ART.95, C.2, DPR 554/1999 E NORMA EX ART. 3, C.2, DPR 34/2000

Nelle associazioni temporanee ognuna delle associate deve avere una capacità operativa commisurata ad una certa quota dell'importo totale dei lavori pari, dopo l'aumento del quinto della classifica, ad almeno un quinto dell'importo totale. Quanto sopra detto comporta che ognuna delle imprese associate deve possedere una classifica (iniziale, cioè prima dell'aumento del quinto) superiore al 10% dell'importo dei lavori; ciò, tuttavia, non comporta la violazione dell'art.95 2° comma del D.P.R. n.554 del 1999, poiché tale norma stabilisce che ognuna delle imprese associate deve possedere i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi nella misura minima del 10%; tale formula quindi da un lato abilita la stazione appaltante a richiedere in ognuna delle imprese associate il possesso dei detti requisiti in misura maggiore rispetto al 10% (secondo un orientamento normativo già espresso nell'art. 8 comma 1 del D.P.C.M. n.55 del 1991, che limitava la discrezionalità dell'amministrazione prevedendo una banda nell'ambito della quale la stessa amministrazione doveva contenere le proprie determinazioni), dall'altro conferma che il dato del 10% può essere superato dall'applicazione dell'art.3 comma 2 del D.P.R. n.34 del 2000.

18. Contrasti giurisprudenziali sulla necessità di dichiarare la quota di partecipazione al raggruppamento.

Tribunale Amministrativo Regionale Sardegna sez.I 16/1/2006 n. 12

APPALTI DI LL.PP. - PARTECIPAZIONE DI ATI - INDICAZIONE IN SEDE DI OFFERTA QUOTE DI PARTECIPAZIONE SINGOLE IMPRESE - NECESSITA' - RAGIONI

1. L'indicazione in sede di offerta delle quote di partecipazione al raggruppamento delle singole imprese discende dall'art. 13, comma 1, della L. n. 109/1994 (e succ. modif. ed integ.) ed è essenziale ai fini della verifica, in concreto, della congruità dei requisiti percentuali richiesti dall'art. 95 D.P.R. n. 554/1999 alle singole imprese associate. Peraltro, dopo qualche incertezza iniziale, la giurisprudenza amministrativa sembra essersi consolidata in tale senso e da ultimo il C.g.a., con dec. 8.3.2005, n. 97, ha ritenuto che le imprese che partecipano alle pubbliche gare d'appalto in associazione temporanea abbiano l'onere, a pena di esclusione, di specificare le rispettive quote di partecipazione al fine di rendere possibile la puntuale verifica, da parte della stazione appaltante, del possesso dei requisiti di qualificazione richiesti (vedasi anche, nello stesso senso, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II 4.12.2004 n. 2726, idem, Sez. III, n. 1250 del 19 luglio 2005, nonché Cons. St., Sez. V dec. n.6586/2004). Nè è convincente l'assunto che l'art. 93, quarto comma, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, consentirebbe di far risultare le percentuali di partecipazione ai lavori delle imprese della costituenda associazione mediante atto successivo all'aggiudicazione, in quanto la disposizione richiamata, pur non affrontando la problematica relativa alla conoscenza preventiva della qualificazione delle imprese associate in ordine ai lavori in concreto spettanti a ciascuna, nemmeno esclude la necessità di fornire alla stazione appaltante tale elemento già in sede di gara. Tale esigenza è, invece, espressa dall'art. 13, primo comma, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, il quale dispone che il possesso, da parte delle imprese associate, dei necessari requisiti di qualificazione deve essere accertato ed attestato ai sensi dell'art. 8, in conformità a quanto stabilito dal D.P.C.M. 10 gennaio 1991, n. 55.

Consiglio di Stato sez.V 12/10/2004 n. 6586

1. APPALTI DI LL.PP. - PARTECIPAZIONE DI A.T.I. - PREVENTIVA VERIFICA DEI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE IN CAPO A CIASCUNA ASSOCIATA - INDICAZIONE QUOTE DI PARTECIPAZIONE DELLE IMPRESE ASSOCIATE - NECESSITA'

1. Nel nuovo testo in vigore, introdotto dall'art. 9, l. 415/1998, dopo il venire meno del divieto originariamente previsto dal legislatore 109/1004 di costituire associazioni temporanee e consorzi concomitanti o successivi all'aggiudicazione della gara a pena di nullità della medesima, la norma nulla prevede circa il momento in cui la partecipante è tenuta a dichiarare l'importo dei lavori del raggruppamento in relazione alle singole compartecipanti, se sin dall'ammissione alla gara o successivamente all'aggiudicazione. Sintomatico nel senso della necessità del possesso di siffatti requisiti anteriormente a tale ultima fase e sin dall'ammissione è, però, che il legislatore, in fase di riscrittura dell'art. 13, non abbia inteso emendare il comma 1, laddove subordina la partecipazione alla procedura concorsuale delle associazioni temporanee alla condizione che la mandataria e le altre imprese del raggruppamento siano già in possesso dei requisiti di qualificazione per la rispettiva quota percentuale, con ciò evidentemente riaffermando la necessità della previa indicazione delle quote di

partecipazione.

Se l'esplicitazione di tale necessità era giustificata nel precedente divieto di costituire raggruppamenti durante o dopo l'aggiudicazione, non avrebbe senso alcuno una volta caduto tale divieto: averla mantenuta è chiaro indice dell'intento del legislatore di conservare la preventiva verifica dei requisiti in relazione alle singole quote di partecipazione anche nel nuovo regime. Ben avrebbe, infatti, il legislatore potuto emendare, oltre al quinto, anche il comma primo dell'art. 13, l. 109/1994, ed ammettere alla procedura le costituende associazioni temporanee a prescindere dal momento in cui dimostrare il possesso dei requisiti, così eliminando ogni dubbio circa la possibilità per le imprese non ancora raggruppate di dichiarare le rispettive quote di partecipazione anche dopo la fase dell'aggiudicazione. L'invarianza della disposizione evidenzia, sotto l'aspetto puramente ermeneutico, l'intento legislativo di ammettere alla gara i soli raggruppamenti e consorzi, ancorché costituendi, che siano e che dimostrino di essere già in possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico-organizzativa secondo le relative percentuali e prima dell'aggiudicazione. Depongono in tale senso non solo le ordinarie regole di trasparenza e di pubblicità cui l'attività della stazione appaltante deve essere informata ai sensi della legge n. 241/1990 e il canone della par condicio fra tutti i partecipanti alla gara: principi in base ai quali il possesso dei requisiti di partecipazione (anche riguardo alle singole quote) deve essere presente all'atto dell'ammissione alla procedura, ma anche più specifici principi inerenti il legittimo andamento della gara, ben potendo la determinazione della soglia di anomalia ai sensi del comma 1-bis della l. n. 109/1994 variare a seconda del numero delle offerte ammissibili, con evidenti riflessi sulle aspettative dei partecipanti alla gara.

Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Palermo sez.III 19/7/2005 n. 754

- 1. APPALTI DI LL.PP. - QUALIFICAZIONE - REQUISITO DELLA QUALITA' - REGIME ORDINARIO - PROVA POSSESSO QUALITA' MEDIANTE ATTESTAZIONE SOA - NECESSITA' - POSSIBILITA' DI PROVA ALTERNATIVA - VA ESCLUSA*
- 2. APPALTI DI LL.PP. QUALIFICAZIONE - REQUISITO DELLA QUALITA' - PARTECIPAZIONE DI ATI - DEVE ESSERE POSSEDUTO DA TUTTE LE IMPRESE DELL'ATI*
- 3. APPALTI DI LL.PP. - PARTECIPAZIONE DI ATI - INDICAZIONE QUOTE DI PARTECIPAZIONE AL RAGGRUPPAMENTO - NECESSITA' AI FINI DELLA VERIFICA POSSESSO REQUISITI*

1. Alla stregua dell'Allegato B del D.P.R. 34/2000, a partire dall'anno 2005 per l'attestazione di qualità delle imprese con classifica III^a è cessata la fase transitoria prevista dallo stesso Allegato (fase nella quale era sufficiente il possesso degli "elementi significativi del sistema di qualità"), ed è entrato a regime il sistema basato sul terzo comma dell'art. 4 del D.P.R. 34/2000, con conseguente onere, per le imprese, di comprovare il possesso del "sistema di qualità" esclusivamente a mezzo attestato delle SOA. Il comma 3 dell'art. 4 D.P.R. 34/2000 sancisce espressamente che spetta alle SOA attestare "il possesso della certificazione di qualità aziendale ovvero il possesso della dichiarazione della presenza di requisiti del sistema di qualità aziendale, rilasciate da soggetti accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, al rilascio della certificazione nel settore delle imprese di costruzione"; sicché una impresa certificata SOA non può documentare in altro modo il proprio sistema di qualità.

2. Trattandosi di un requisito soggettivo di ammissione, la certificazione in argomento deve essere posseduta da tutte le componenti dell'ATI (Cons. St., Sez. V, 30.5.2005, n. 2576; cfr. sez. IV, 14.2.2005, n. 435).

3. *L'indicazione circa le rispettive quote di partecipazione al raggruppamento discende dall'art. 13, comma 1, della L. n. 109/1994 (e succ. modif. ed integ.) ed è essenziale ai fini della verifica, in concreto, della congruità dei requisiti percentuali richiesti dall'art. 95 D.P.R. n. 554/1999 alle singole imprese associate. Peraltro, dopo qualche incertezza iniziale, la giurisprudenza amministrativa sembra essersi consolidata in tale senso e da ultimo il C.g.a., con dec. 8.3.2005, n. 97, ha ritenuto che le imprese che partecipano alle pubbliche gare d'appalto in associazione temporanea abbiano l'onere, a pena di esclusione, di specificare le rispettive quote di partecipazione al fine di rendere possibile la puntuale verifica, da parte della stazione appaltante, del possesso dei requisiti di qualificazione richiesti (vedasi anche, nello stesso senso, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II 4.12.2004 n. 2726, nonché Cons. St., Sez. V dec. n. 6586/2004).*

Contra:

Tribunale Amministrativo Regionale Friuli Venezia Giulia 1/9/2005 n. 753

1. APPALTI DI LL.PP. - QUALIFICAZIONE - R.T.I. - INDICAZIONE QUOTE PERCENTUALI EX ART.13,C.1,L.109/1994 - NON RIGUARDA IL QUANTUM DELLA PARTECIPAZIONE - RAGIONI

1.L'indicazione delle "quote percentuali" contenuta nell'art. 13, comma 1, della L. n. 109/94 (indicazione non ripresa dal DPR n. 34/00), con riferimento ai raggruppamenti di imprese, in quanto specificamente riferita ai requisiti di qualificazione, richiesti a dimostrazione della capacità economico-finanziaria e organizzativa dell'impresa, non riguarda la suddivisione in quote dei lavori dell'appalto da aggiudicare tra i componenti del raggruppamento, non riguarda cioè il "quantum" della partecipazione di ciascuno ai lavori stessi: non a caso manca infatti nella norma il termine "partecipazione". Ed appare ben evidente la differenza di ratio dei due adempimenti, l'uno (possesso dei requisiti di qualificazione, riguardando, come visto, il necessario accertamento della capacità economico-finanziaria dell'impresa, mentre l'altro (suddivisione fra componenti il raggruppamento dei lavori) attiene alla corretta esecuzione dell'appalto.

L'innovativo arresto di T.a.r. Puglia - Lecce - sentenza 7 settembre 2002 n.4301 è nel senso che, siccome la quota di partecipazione al raggruppamento, in caso di costituzione del raggruppamento dopo l'aggiudicazione (che rappresenta la normalità dei casi, n.d.r.), risulta da un atto necessariamente successivo all'aggiudicazione stessa, si deve conseguentemente escludere la possibilità (per le imprese che partecipano alla procedura concorsuale come associazione da costituire) d'indicare in sede di gara le quote di partecipazione al raggruppamento e quindi le diverse percentuali di partecipazione ai lavori.

Fermo restando che il primo elemento risulterà dall'atto costitutivo del raggruppamento (stipulato successivamente all'aggiudicazione) e che a questo corrisponderà il secondo per espressa disposizione di legge.

La costante giurisprudenza del Consiglio di Stato (si veda ad es. V, 24 aprile 2002 n.2208) è nel senso che nel caso del raggruppamento temporaneo di imprese di tipo orizzontale, nel quale i partecipanti concorrono indistintamente all'esecuzione della fornitura, non vi è una correlazione logica tra il possesso dei requisiti e la misura della partecipazione individuale alla esecuzione del contratto.

Infatti, la ripartizione tra i partecipanti della quota di servizio che ciascuno di essi s'impegna ad effettuare, mentre assume un valore significativo all'interno del raggruppamento, non incide sul rapporto contrattuale con l'amministrazione appaltante.

La riprova dell'assunto, per i giudici di Palazzo Spada, sta nel fatto che tale tipo di collegamento, tra la misura dei requisiti e la parte della fornitura da realizzare, viene ad emergere nel rapporto con l'amministrazione solo nell'ipotesi del raggruppamento verticale; cioè in una figura che muove dal presupposto esattamente opposto dello scorporo della fornitura in parti eseguibili in modo autonomo.

Tale indirizzo va dunque coordinato con l'altro (T.a.r. Veneto, sentenza 10 aprile 2002 n.1263) in base al quale in caso di associazione di imprese l'offerta deve contenere la dichiarazione circa le parti del servizio che ciascuna delle imprese raggruppate intende eseguire (a loro volta corrispondenti ex lege alle quote di partecipazione al raggruppamento).

Secondo il Tribunale veneziano, l'essenzialità di tale dichiarazione, per delineare l'offerta, non è revocabile in dubbio, né è nella facoltà dell'Amministrazione disporre una successiva regolarizzazione, non trattandosi qui di completare un documento riguardante qualità o capacità dei concorrenti, ma di introdurre ex novo un elemento dell'offerta, non desumibile dagli atti già prodotti.

Il giudici veneti valorizzano in particolare l'art. 93 d.P.R. 554/99.

Il quarto comma di tale disposizione è richiamato al fine di affermare la necessità di escludere dalla gara il raggruppamento che non ha presentato, con la propria offerta, la dichiarazione circa le parti del servizio che ciascuna delle imprese raggruppate avrebbe eseguito.

Né, soggiunge il Tar, può trovare accoglimento il rilievo secondo cui, in mancanza di tale dichiarazione, va presunto che il servizio sarà svolto nella stessa quota dai partecipanti.

A prescindere, infatti, che tale presunzione non è desumibile dalla disciplina applicabile, il Tar osserva che laddove il servizio oggetto della gara si presenta come complesso - per le sedi e per i mezzi, corrispondenti a prestazioni differenziate - mancano quelle caratteristiche di semplicità che potrebbero giustificare la ripartizione ipotizzata.

Dal tenore della pronuncia si desume, allora, che trattavasi nella specie di servizio scorporabile in parti eseguibili in modo autonomo, che quindi dava vita ad un'ipotesi di raggruppamento verticale in cui - conformemente all'indirizzo sopra riportato del giudice di secondo grado - assume rilievo il rapporto tra la misura dei requisiti e la parte del servizio da realizzare.

Come si vede, mentre la tesi del giudice amministrativo di secondo grado valorizza la responsabilità solidale tra le imprese associate nei raggruppamenti orizzontali, che, se rende irrilevante la quota di partecipazione, ne comporta la necessità di formalizzazione nei raggruppamenti verticali (come nel caso affrontato dal Tar Veneto), la tesi del tribunale leccese, invece, esclude a priori la possibilità - per le imprese che partecipano alla procedura concorsuale come associazione da costituire - di indicare in sede di gara le quote di partecipazione al raggruppamento.

Ciò in quanto tale elemento, secondo il Tar, risulterà dall'atto costitutivo del raggruppamento stipulato successivamente all'aggiudicazione.

19. Il possesso del sistema di qualità o di elementi del sistema di qualità. Il caso delle associazioni d'impresa e dei consorzi stabili.

Consiglio di Stato sez.V 11/10/2005 n. 5490

APPALTI DI LL.PP. - LEX SPECIALIS - CERTIFICAZIONE DI QUALITA' - PRODUZIONE ATTESTATO SOA CARENTE DELLA CERTIFICAZIONE DI QUALITA' - NON PUO' CONDURRE ALL'ESCLUSIONE – FATTISPECIE

1. Di fronte a clausole non chiare degli atti regolatori della gara si deve concludere nel senso dell'ammissione di imprese che abbiano potuto interpretare erroneamente le prescrizioni date. Nel caso in cui il bando ha stabilito semplicemente che le imprese dovevano "possedere" la certificazione SOA ed "essere in possesso" della certificazione di qualità, non può concludersi che la certificazione di qualità fosse da produrre, a pena di esclusione, con la presentazione dell'offerta. Legittimamente l'impresa ha introdotto, nell'apposita busta, il certificato dimostrativo del possesso della classificazione adeguata per i lavori da assumere, anche se non riportante sull'attestazione SOA la certificazione di qualità, laddove ha successivamente prodotto anche quelli sulla certificazione di qualità resi da un organismo registrato al SINCERT.

L'orientamento contrario:

Consiglio di Stato sez.VI 14/10/2003 n. 6280

1. APPALTO DI LL.PP. - POSSESSO CERTIFICAZIONE DI QUALITA' - DISCIPLINA EX ART.4, C.3, DPR 34/2000 - CONTENUTO DELLA CERTIFICAZIONE - INDIVIDUAZIONE
2. APPALTO DI LL.PP. - POSSESSO CERTIFICAZIONE DI QUALITA' - POSSIBILITA' DI DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA ATTESTAZIONE SOA - SUSSISTE - CONDIZIONI - DEVE INDICARE IL CONTENUTO COMPLETO DELL'ATTESTAZIONE COMPRENSIVA DICHIARAZIONE POSSESSO CERTIFICAZIONE DI QUALITA' AZIENDALE – RAGIONI

1.Quanto alle modalità con cui va fornita la prova di essere in possesso della certificazione di qualità, giova premettere che l'art. 4, co. 3, d.p.r. n. 34/2000 dispone che <<Il possesso della certificazione di qualità aziendale ovvero il possesso della dichiarazione della presenza di requisiti del sistema di qualità aziendale, rilasciate da soggetti accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, al rilascio della certificazione nel settore delle imprese di costruzione, è attestato dalle SOA>>. In sostanza, in caso di possesso della certificazione di qualità, l'attestato SOA ha un contenuto complesso, non limitandosi ad attestare solo il possesso dei requisiti di cui all'art. 8, lett. c), l. n. 109/1994 (vale a dire i <<requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione>>), ma anche il possesso del requisito di cui all'art. 8, lett. a) e/o b) (vale a dire: <<a) 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; b) dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità rilasciata dai soggetti di cui alla lettera a)>>).

2. *Seppure il bando consente la dichiarazione sostitutiva dell'attestazione SOA, è da ritenere che tale dichiarazione sostitutiva deve indicare il contenuto completo dell'attestazione, e dunque anche la dichiarazione del possesso della certificazione di qualità aziendale.*

Si tratta di uno dei profili più problematici dell'intera materia.

Innanzitutto, è pressante l'invito della giurisprudenza a regolare bene la questione in bando.

Consiglio di Stato sez.V 11/5/2004 n. 2967

APPALTI DI LL.PP. - LEX SPECIALIS - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE - ATTESTAZIONE SOA - OBBLIGO DI PRODURRE ANCHE LA CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ - NON SUSSISTE - RAPPORTO TRA NORME DI LEGGE E NORME DEL BANDO - ETEROINTEGRAZIONE AUTOMATICA DEL BANDO - INAMMISSIBILITÀ - OBBLIGO DI CLARE LOQUI - FATTISPECIE

Qualora il bando di gara indichi, quale condizione minima di carattere economico e tecnico necessaria per la partecipazione, che "i concorrenti all'atto dell'offerta devono possedere attestazione rilasciata da società di attestazione (SOA) di cui al d.p.r. n. 34/ 2000 regolarmente autorizzata, in corso di validità che documenti il possesso della qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da assumere", mentre nulla dice a riguardo della certificazione di qualità aziendale ovvero del possesso della dichiarazione della presenza di requisiti del sistema di qualità aziendale, non può pretendersi che la commissione di gara escluda il concorrente che non ha prodotto anche la documentazione inerente il possesso del requisito della qualità.

Non va condiviso l'assunto per il quale il bando non aveva alcuna necessità esplicitare il contenuto dell'attestazione SOA e che, comunque, trattandosi di una semplice omissione, la norma regolamentare avrebbe dovuto essere rispettata in base al principio di eterointegrazione, in quanto il bando di gara non si limita affatto a richiedere genericamente la presentazione dell'attestazione (SOA), ma indica altresì il contenuto del documento, costituito dall'accertamento del "possesso della qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da assumere". In questa ipotesi particolare, quindi, l'omissione non può essere intesa come uno spazio bianco, colmabile mediante un processo di eterointegrazione, sempre che questo sia configurabile nella materia dei pubblici appalti in presenza del principio che vincola le amministrazioni all'applicazione delle regole contenute nel bando " senza che residui in capo all'organo competente alcun margine di discrezionalità nella loro interpretazione" (Consiglio di Stato, sezione quinta, 20 maggio 2002, n. 2717). Ma la clausola del bando va intesa come una prescrizione che circoscrive l'onere del candidato alla sola presentazione dell'attestazione concernente il possesso della qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da assumere. Diversamente ragionando, infatti, risulterebbe vulnerato principio del clare loqui , che impone alla stazione appaltante di indicare con esattezza gli oneri procedurali a carico dei concorrenti.

§§§

Una prima questione è se la certificazione del sistema di qualità posseduta dall'impresa posseduta dall'impresa deve essere collegata alle categorie di lavorazioni per le quali l'impresa stessa è attestata.

Ad esempio la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Campania Napoli, sez.I, 16/10/2003 n. 12830 ha ritenuto che la non identità tra certificazione di qualità posseduta dal concorrente rispetto a

quella richiesta per i lavori da appaltare impedisce all'impresa di avvalersi del particolare beneficio del dimezzamento della cauzione previsto dall'art. 8, comma 11 quater, della legge n. 109/1994.

La capacità operativa ed organizzativa dell'impresa, secondo i giudici campani, è sempre qualificata e certificata in relazione alla tipologia dei lavori - così come classificati nell'allegato A al DPR 25.1.2000 n. 34 - per cui il beneficio del dimezzamento della misura della cauzione previsto dalla succitata norma non può che essere riconosciuto nei soli casi in cui l'impresa interessata presenti certificazione di sistema di qualità corrispondente alle categorie dei lavori appaltati.

Anche Tribunale Amministrativo Regionale Sardegna, 22/12/2003 n. 1750 afferma che l'art. 4, comma 2°, del DPR 25 gennaio 2000 n. 34 testualmente recita: "La certificazione del sistema di qualità aziendale e la dichiarazione della presenza degli elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità aziendale si intendono riferite agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso, con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche".

Il riferimento dell'ultimo alinea alla "globalità delle categorie e classifiche", soggiungono i giudici cagliaritari, va ragionevolmente inteso nel senso che ove non diversamente specificato la certificazione del sistema di qualità aziendale e la dichiarazione della presenza degli elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità aziendale si riferiscono a tutte le categorie oggetto di attestazione.

Ma ciò non esclude affatto che vi possa essere nell'anzidetta certificazione una limitazione di tale riconoscimento con conseguente indicazione di alcune soltanto delle categorie di lavori cui l'impresa è abilitata, con la conseguenza che per quelle non espressamente contemplate la stessa impresa risulterà priva della certificazione di qualità.

Va pertanto esclusa, conclude il Tar, la possibilità per l'impresa di far valere il titolo di qualificazione anche al fine di partecipare a gare d'appalto concernenti categorie estranee a quelle specificamente indicate nel titolo posseduto, conclusione che apparirebbe estranea alla ratio della disposizione sopra ricordata.

La tesi contraria è sostenuta invece dall'Autorità di vigilanza sui ll.pp..

Si veda, ad es., la deliberazione n. 277/2003 nella quale viene ricordata la determinazione del 14.5.2003, n. 11, con cui l'Autorità medesima ha disposto che le certificazioni debbano riportare dizioni del seguente tipo "la presente certificazione si intende riferita agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso ..." e che "le documentazioni e le certificazioni contenenti dizioni che indichino la loro validità soltanto per alcune delle categorie ... devono, entro trenta giorni dalla eventuale richiesta delle imprese titolari dei documenti, essere modificate, a cura degli organismi di certificazione che le hanno rilasciate, con l'inserimento delle dizioni di cui alle lettere i) e j) ...".

Problematica affine è quella affrontata, ad es., da Tribunale Amministrativo Regionale Puglia, Lecce, sez. II, 29/7/2004 n. 5591.

Oggetto della controversia erano le indicazioni fornite dall'Autorità di vigilanza in base alle quali il possesso del sistema di qualità aziendale UNI EN ISO 9000 (art. 4 del d.p.r. n. 34/2000) si intende dimostrato qualora il relativo certificato sia stato rilasciato da un organismo accreditato SINCERT per il settore EA 28 (Imprese di costruzione, installatori di impianti e servizi).

Nella specie l'ente aggiudicatore aveva eccepito che non è nelle competenze della stazione appaltante la verifica del contenuto delle attestazioni rilasciate dalla SOA, dovendosi limitare al semplice riscontro della presenza, nel certificato della SOA, dell'indicazione circa il possesso della certificazione di qualità.

I giudici pugliesi ribattono che non si tratta di sindacare nel merito il contenuto intrinseco delle certificazioni rilasciate dalla SOA o dall'organismo di accreditamento, ma di constatare che la classifica riportata nella certificazione di qualità non corrisponde a quella richiesta per le imprese di costruzione.

Né, soggiunge il Tar, ha rilievo la circostanza che il bando di gara non dispone nulla circa il settore di accreditamento che deve risultare dalla certificazione di qualità; infatti, una volta assodato che la normativa tecnica volontaria sulla certificazione di qualità si applica ex se alla materia dei LL.PP. (per espressa disposizione dell'art. 8 della legge "Merloni"), il mancato possesso di adeguata certificazione di qualità in capo ad un'impresa può essere rilevato dalla stazione appaltante.

Si veda anche Tribunale Amministrativo Regionale Lombardia, Milano, sez.III, 6/6/2005 n. 1181 in base alla quale la certificazione di qualità relativa "al settore EA28 nell'ambito della progettazione, costruzione, manutenzione e restauro di opere di ingegneria civile, industriale ed infrastrutturale" ed espressamente riferita "agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso" deve ascrivere alla "globalità delle categorie" di lavorazioni che l'impresa è in grado di eseguire e per le quali è abilitata secondo le attestazioni SOA.

Nella specie, rileva il Tar che, secondo il regolamento tecnico SINCERT RT-05, le tipologie di opere OG1 e OG2 appartengono entrambe alla medesima "macrofamiglia" delle opere edili.

§§§

Altra questione è quella della frazionabilità o meno della qualità in ATI.

Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Palermo sez.III 19/7/2005 n. 754

APPALTI DI LL.PP. QUALIFICAZIONE - REQUISITO DELLA QUALITA' - PARTECIPAZIONE DI ATI - DEVE ESSERE POSSEDUTO DA TUTTE LE IMPRESE DELL'ATI

Trattandosi di un requisito soggettivo di ammissione, la certificazione in argomento deve essere posseduta da tutte le componenti dell'ATI (Cons. St., Sez. V, 30.5.2005, n. 2576; cfr. sez. IV, 14.2.2005, n. 435).

Tribunale Amministrativo Regionale Campania Salerno 31/3/2005 n. 328

APPALTI DI LL.PP. - PARTECIPAZIONE DI A.T.I. - REQUISITI TECNICI SOGGETTIVI - DEVONO ESSERE POSSEDUTI SINGOLARMENTE DA CIASCUNA IMPRESA ASSOCIATA - CERTIFICAZIONE DI QUALITA' - E' RICOMPRESA TRA I REQUISITI TECNICI SOGGETTIVI

1.In caso di associazione temporanea di imprese costituita (o costituenda) per la partecipazione ad una procedura concorsuale finalizzata all'aggiudicazione di un contratto di appalto di opere pubbliche, i requisiti tecnici di carattere soggettivo prescritti per la partecipazione alla gara debbano

essere posseduti singolarmente da ciascuna impresa, a meno che non risulti che essi siano incontestabilmente riferiti solo ad una parte delle prestazioni, eseguibili da alcune soltanto delle imprese associate (in terminis Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2001, n. 3188, sull'argomento presupposto che "la previsione di requisiti di tale tipo riflette la scelta dell'amministrazione di ottenere, nel complesso, una garanzia qualitativa di un certo livello, riferita all'intero rapporto contrattuale, considerato in ciascuna delle singole fasi di svolgimento"). Ciò posto, va aggiunto che tra i requisiti soggettivi rientra senz'altro anche la certificazione di qualità, che mira ad assicurare che l'impresa svolga il servizio secondo un livello minimo di prestazioni, accertate da un organismo qualificato, e la cui dimostrazione, a decorrere dal 1° gennaio 2003, è resa obbligatoria per tutti i concorrenti aspiranti all'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici per un importo ricompreso nelle classifiche III, IV e V di cui all'art. 3, 4° comma d.p.r. n. 34/2000.

La pronuncia del Tar salernitano consolida l'orientamento giurisprudenziale che ritiene non frazionabile nelle associazioni temporanee d'impresе il requisito della qualità.

Conforme, in precedenza, Tribunale Amministrativo Regionale Liguria sez.II 20/12/2004 n. 1755, che ha per l'appunto stabilito che "La questione consistente nello stabilire se, in caso di partecipazione alla gara di RTI, il frazionamento dei requisiti di partecipazione sia consentito soltanto per i requisiti di capacità tecnica ed economico - finanziaria ovvero anche per il requisito della certificazione di qualità non può che essere risolta in senso negativo. La possibilità di consentire la partecipazione dell'associazione delle imprese a gare di un determinato importo, sommando i requisiti posseduti di ciascuna raggruppata, non può essere esteso al requisito della qualità, atteso il carattere non frazionabile della certificazione di qualità."

L'argomentazione è la seguente:

"Il principio di origine comunitaria che riconosce la possibilità per le imprese concorrenti di comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione a una gara d'appalto, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, a condizione che il soggetto interessato sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti riguarda esclusivamente il dato statico e quantitativo del numero dei lavori già effettuati, della quantità di mezzi e persone disponibili, etc.

"Questi rappresentano infatti elementi suscettibili di essere incrementati nell'ambito di un raggruppamento di imprese, sicché può ammettersi, con riferimento ad essi, il principio di sommatoria in esame, in quanto la messa in comune dei mezzi a disposizione rappresenta il proprium dell'associazione di imprese.

"Diversamente, la certificazione di qualità riguarda non il dato statico di ciò che dall'impresa è stato fatto (esperienza pregressa) o la quantità di mezzi da essa messi a disposizione, bensì riguarda l'aspetto dinamico e qualitativo del modo in cui l'impresa svolge la propria attività secondo i principi della cd. "qualità totale" o "sistema di qualità" (capacità di svolgere la propria attività attraverso un sistema organizzativo-gestionale di produzione indirizzato alla soddisfazione dell'esigenza cui il prodotto finale è destinato).

"Tali principi, che nella legislazione previgente rappresentavano un fattore di rilievo meramente interno, riservato alle scelte organizzative del vertice aziendale, assume, in virtù della normativa in esame, rilevanza esterna venendo la rispondenza al sistema di qualità di un'impresa ad essere

considerata dall'art. 8 della legge n. 109/1994 come fulcro del sistema di qualificazione delle imprese e, pertanto, come requisito imprescindibile per la partecipazione della stessa alla gara, all'espressamente dichiarato fine "di assicurare il conseguimento degli obiettivi di cui all'art. 1, comma 1" della legge quadro, secondo cui, "in attuazione dell'art. 97 della Costituzione, l'attività amministrativa in materia di opere e di lavori pubblici deve garantire la qualità..."

"Occorre pertanto distinguere, alla luce di tale previsione normativa, la possibilità di dimostrazione cumulativa dei requisiti di carattere tecnico ed economico, previsti al fine della partecipazione ad una gara, dalla necessità di dimostrazione del possesso individuale di un requisito fondamentale, qual è quello in esame, che rappresenta una "qualità intrinseca" dell'impresa, concernente la capacità individuale di organizzazione efficiente ed efficace delle risorse a disposizione, a prescindere dal possesso diretto o meno delle stesse.

In altri termini, una cosa è la valutazione del requisito oggettivo delle esperienze e delle risorse a disposizione, viste nel loro momento statico, ed una cosa diversa è la valutazione di esse nel loro momento dinamico, non come fattori in sé considerati, ma considerati in vista del loro possibile utilizzo (processo produttivo) ed al suo risultato (prodotto conseguito), cioè considerati sotto il profilo della capacità imprenditoriale di organizzarli nel modo più adatto ad assicurare che sia il prodotto finale sia il processo produttivo rispondano a criteri di ottimalità ed accettabilità.

"Ne consegue che mentre sotto il primo profilo è irrilevante il possesso diretto o meno di detti mezzi, sotto il secondo profilo vengono in considerazione elementi caratteristici della specifica impresa, nella sua individuale capacità gestionale-organizzativa.

"In tale prospettiva appare pertanto evidente che il principio della sommatoria dei requisiti e delle risorse non è applicabile alla dimostrazione del diverso requisito (soggettivo) della qualità, che riguarda una valutazione del proprium di quella specifica impresa, effettuata previo esame delle caratteristiche produttive, organizzative, gestionali etc., da società a tal fine qualificate e, proprio in virtù della diversa specializzazione richiesta per tale tipo di valutazione, distinte dalle SOA, il cui ambito di attestazione è limitato al ben più agevole e meccanico riscontro del possesso dei requisiti di tipo tecnico ed economico-finanziario .

"Ne consegue che la tesi dell'amministrazione resistente volta a ritenere sufficiente la mera attestazione SOA, con conseguente inesigibilità da parte dell'am.ne appaltante anche del certificato di qualità, pur avendo un qualche possibile appiglio letterale nel coordinato disposto dell'art. 1 co.4 con l'art. 4 co. 3 e l'art. 15 co.1, del d.p.r. n. 34/2000, non può che essere disattesa, alla luce della soprarichiamata logica del sistema di qualificazione, tutto improntato al raggiungimento della finalità di assicurare il conseguimento degli obiettivi di qualità cui all'art. 1, comma 1 della legge n. 109/94".

A questo punto, risulta minoritario il diverso orientamento del Tribunale Amministrativo Regionale Emilia Romagna, Bologna, sez.II, 3/11/2003 n. 2264:

"Alla stregua della disciplina in materia di lavori pubblici (Dpr n.34/2000, artt. 3 e 4) la frazionabilità dei requisiti e dei valori minimi da rispettare è:

- espressamente prevista per quanto riguarda la qualificazione per categorie e classifiche (art.3 secondo comma, per cui la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto a condizione, per le imprese raggruppate, che siano qualificate per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara);

- presupposta (con gli stessi limiti) per quanto riguarda il sistema di qualità aziendale previsto dall'art.4, poiché tale disposizione fa rinvio alle scadenze temporali di cui all'allegato B, e l'allegato B prende in considerazione proprio le singole classifiche per stabilire se e quando le imprese dovranno munirsi dell'attestazione degli elementi del sistema di qualità prima e del sistema di qualità poi (le imprese qualificate in I e II classifica sono esentate anche a regime).

“Diversamente le possibilità di utilizzare l'istituto associativo aperte dall'art.3 (oltre che dall'art.95 del regolamento 554/99 per quanto riguarda le quote percentuali nell'ambito delle ATI) resterebbero contraddette ed azzerate per le imprese che fossero da un lato ammissibili alle singole gare in raggruppamento sotto il profilo della qualificazione per categorie e classifiche, e dall'altro esonerate (temporaneamente o a regime) dal requisito della qualità proprio in relazione alla classifica di appartenenza.

“Né può ritenersi, ostandovi al riguardo il preciso dato testuale delle norme, che il riferimento nell'allegato B alle classifiche abbia ad oggetto gli scaglioni di importo dei lavori e non, per l'appunto, le classifiche possedute dalle singole imprese.

“Questa è del resto l'interpretazione fatta propria dall'Autorità dei Lavori Pubblici nella determinazione n.29 del 6.11.2002, con la quale, mutando avviso rispetto alla precedente determinazione n.139 del 15.5.2002, ha ritenuto che l'obbligo del possesso della qualità debba essere connesso alla classifica delle attestazioni nella considerazione che il sistema di qualificazione attiene alla soggettività dell'impresa e che le attestazioni costituiscono condizione necessaria e sufficiente per eseguire i lavori fino ad un certo importo.”

Con deliberazione n. 139 del 15.5.02 era stato chiesto all'Autorità se, in caso di associazione d'impresе, il possesso degli elementi significativi e correlati del sistema di qualità debba essere dimostrato da tutti i partecipanti all'ATI ovvero sia sufficiente il possesso da parte di un solo componente.

La tesi sostenuta al riguardo in tale sede è che il possesso della certificazione del sistema di qualità o di elementi significativi e correlati del sistema di qualità, secondo la cadenza temporale prevista dalla tabella "B" allegata al DPR 34/2000, ai sensi dell'articolo 4, comma 1 dello stesso DPR, deve essere dimostrato, in caso di associazione temporanea d'impresе orizzontale, da ciascuna impresa componente.

Infatti secondo l'Autorità sembra indubbio che il requisito inerente il possesso del "sistema di qualità" mira ad assicurare che l'impresa esegua un lavoro secondo un livello minimo di prestazioni, secondo parametri rigorosi delineati a livello europeo, che valorizzano l'organizzazione complessiva dell'attività e l'intero svolgimento nelle diverse fasi.

Deve quindi ritenersi che la stazione appaltante deve ricevere assicurazioni circa l'esecuzione dei lavori secondo un livello minimo di prestazioni da tutti i soggetti tenuti alle prestazioni contrattuali e cioè da tutte le imprese componenti l'associazione, atteso che ciascuna di loro sarà esecutrice di una certa parte di lavori.

Il problema riveste attualità dal 2002, dal momento in cui per le classifiche VI e superiori è richiesto il possesso di elementi del sistema di qualità.

Dal 2003 tale possesso è richiesto anche per le classifiche III e superiori.

Ad aderire alla posizione espressa dall'Autorità nella del. 139/2002 ad una gara nella quale è richiesta la qualificazione per una data categoria in classifica III non possono partecipare associazioni tra imprese qualificate in classifiche inferiori (es. una in II e due in I) non in possesso (del tutto legittimamente) di tali elementi del sistema di qualità.

Tali imprese potrebbero quindi soltanto concorrere singolarmente ad appalti corrispondenti alla propria classifica d'iscrizione.

La tesi sostenuta dall'Autorità nella citata deliberazione pare fondarsi su quell'indirizzo giurisprudenziale (la tesi in particolare è stata sviluppata da Consiglio di Stato, Sez. V, 15 giugno 2001, n. 3188) in base al quale occorre distinguere tra requisiti di capacità di tipo oggettivo, quindi frazionabili (fatturato, ecc.), e di tipo soggettivo, che viceversa debbono essere posseduti da tutti i componenti dell'ATI.

Tale tesi è stata affermata per l'appunto in fattispecie nelle quali il bando di gara (per forniture o servizi) richiedeva il possesso della certificazione della serie ISO 9000.

Il ragionamento è che se l'impresa singola per poter integrare il requisito posseduto dal bando deve essere in possesso di tale certificazione, ciò allora deve valere per tutte le imprese associate, che altrimenti sarebbero eccessivamente avvantaggiate.

L'assunto dell'Autorità (così come d'altronde il richiamato indirizzo giurisprudenziale, cui il pronunciamento dell'Autorità si ricollega anche testualmente) poteva esporsi a critiche, tanto che successivamente la stessa Autorità ha successivamente mutato avviso, anche se oggi la prevalente giurisprudenza sposa la tesi inizialmente avanzata.

L'istituto dell'associazione temporanea di imprese è nato, infatti, per ampliare il mercato degli appalti pubblici a soggetti minori che potessero tuttavia cumulare le proprie capacità al fine di aggiudicarsi commesse di maggior importo.

Pertanto, secondo tali critiche, non può enuclearsi un requisito "soggettivo" e quindi non frazionabile senza contraddire tali finalità e, in realtà, espellere tali imprese dal mercato degli appalti più rilevanti, restringendo la concorrenza.

D'altronde anche la giurisprudenza ha più volte affermato che la discrezionalità lasciata nella scelta e nell'indicazione dei requisiti oltre la previsione legislativa deve essere esercitata con rispetto dei criteri di ragionevolezza, con riferimento all'oggetto dell'appalto ed alle modalità di esecuzione dei lavori, nonché della salvaguardia del principio della massima partecipazione delle ditte partecipanti.

Nel sistema formale di qualificazione istituito dal d.p.r. 34/2000 ciascuna impresa è oggetto di una valutazione sulla propria capacità tecnica che si sussume in un'attestazione avente valore di presunzione assoluta, della quale è elemento o meno, secondo le previsioni dell'art. 4, anche il possesso del sistema di qualità.

La capacità richiesta all'impresa è quella derivante dall'attestazione e, ove previsto, dal possesso del sistema di qualità aziendale.

Le singole capacità poi possono associarsi, il che è la finalità ed il tratto caratteristico dell'istituto del raggruppamento di imprese.

Se si pretendesse che le imprese associande fossero tutte in possesso della qualificazione necessaria all'esecuzione dell'appalto, allora, aggiunge tale tesi, non dovrebbe nemmeno essere possibile eseguire opere di una categoria per classifica superiore da parte di imprese in possesso di attestazione soltanto per classifiche inferiori.

Inoltre, assai difficilmente in tal modo le imprese minori potrebbero sviluppare, collaborando all'esecuzione di opere più importanti, quelle capacità necessarie ad incrementare la propria classifica d'iscrizione.

Le imprese sarebbero "ingessate" negli appalti della loro fascia d'iscrizione, ciò che pare contrastare con principi di iniziativa economica costituzionalmente tutelati.

Tali considerazioni pare aver tenuto presente la stessa Autorità di vigilanza con la successiva determinazione n. 29/2002.

Nella quale, postasi nuovamente il problema se più imprese, in associazione oppure in consorzio di tipo orizzontale o verticale - qualora in possesso di attestazione per classifica pari o inferiore ad una classifica per la quale, ai sensi dell'allegato B del D.P.R. 34/2000, non è obbligatorio, o non è ancora obbligatorio, il possesso del requisito qualità - possano partecipare ad un appalto di importo tale per cui i concorrenti (qualora impresa singola) devono essere in possesso del suddetto requisito, l'Autorità va in diverso avviso rispetto alla deliberazione n. 139/2002.

La risposta dell'Autorità nella fattispecie è, infatti, che l'obbligo del possesso della qualità non è connesso all'importo dell'appalto e che, poiché le attestazioni costituiscono condizione necessaria e sufficiente per eseguire i lavori fino ad un certo importo, il requisito è connesso alla classifica della qualificazione.

Perciò, solo se l'importo dei lavori che il concorrente intende assumere, come impresa singola, oppure come associata o consorziata, rientri in una delle fasce di progressivo obbligo del possesso della qualità integrale (o semplificata) sarà necessario che l'attestazione di qualificazione (per la classifica corrispondente a tale importo) dimostri l'indicazione di tale possesso (ovvero che il concorrente dimostri di aver conseguito la certificazione di qualità dopo il rilascio dell'attestazione di qualificazione e che abbia in itinere l'adeguamento della propria attestazione).

§§§

Con determinazione n. 15/2002 del 16 luglio 2002, l'Autorità di Vigilanza sui LL.PP. ha affrontato, tra l'altro, il problema relativo alle modalità ed i criteri per il rilascio della *certificazione di qualità aziendale o della dichiarazione del possesso degli elementi significativi e correlati del sistema di qualità aziendale ai consorzi stabili*.

Secondo l'Autorità occorre, in primo luogo, tenere conto che questi sono diversi dai raggruppamenti temporanei di imprese e sono invece assimilabili alle altre figure consortili (consorzi fra imprese cooperative e consorzi fra imprese artigiane) le quali sono qualificate ex se e, pertanto, ad essi non si

applicherebbero le disposizioni di cui alla delibera dell'Autorità n.139 del 15 maggio 2002 che si riferisce ai suddetti raggruppamenti temporanei di imprese.

In secondo luogo va considerato che la qualificazione dei consorzi stabili può avvenire secondo due modalità: ai sensi dell'articolo 18, commi 3, 9 e 13 e ai sensi dell'articolo 20 del d.P.R. 34/2000 e, cioè sulla base dei requisiti posseduti dal consorzio oppure sulla base delle qualificazioni dei propri consorziati (in questo secondo caso la classifica della qualificazione del consorzio in ogni categoria è determinata in base alla somma delle classifiche dei propri consorziati).

In base alle suddette disposizioni ad avviso dell'Autorità si dovrebbe riconoscere al consorzio stabile il possesso della certificazione di qualità aziendale o la presenza di elementi significativi e correlati del sistema di qualità:

- qualora essi siano posseduti direttamente dal consorzio;

- ma sempre in base alle suddette disposizioni si dovrebbe ritenere che tale riconoscimento spetta al consorzio stabile anche se questi requisiti non siano in suo possesso ma siano in possesso dei propri consorziati.

La conclusione è che le SOA possono riconoscere ad un consorzio stabile il possesso della certificazione SGQ o della presenza di elementi significativi e correlati del sistema di qualità (di cui all'articolo 8, comma 4, lettera e), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni e all'articolo 4, comma 1, del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34), qualora tali requisiti siano in possesso del consorzio oppure siano in possesso di almeno uno dei consorziati.

Come accennato, la conclusione raggiunta nella fattispecie contrasta con quanto ritenuto con deliberazione n. 139 del 15.5.02.

In tal caso era stato chiesto all'Autorità se, in caso di associazione d'impresе, il possesso degli elementi significativi e correlati del sistema di qualità debba essere dimostrato da tutti i partecipanti all'ATI ovvero sia sufficiente il possesso da parte di un solo componente.

La tesi sostenuta al riguardo in tale sede è che il possesso della certificazione del sistema di qualità o di elementi significativi e correlati del sistema di qualità, secondo la cadenza temporale prevista dalla tabella "B" allegata al DPR 34/2000, ai sensi dell'articolo 4, comma 1 dello stesso DPR, deve essere dimostrato, in caso di associazione temporanea d'impresе orizzontale, da ciascuna impresa componente.

Infatti secondo l'Autorità sembra indubbio che il requisito inerente il possesso del "sistema di qualità" mira ad assicurare che l'impresa esegua un lavoro *secondo un livello minimo di prestazioni, secondo parametri rigorosi delineati a livello europeo*, che valorizzano l'organizzazione complessiva dell'attività e l'intero svolgimento nelle diverse fasi.

Deve quindi ritenersi che la stazione appaltante deve ricevere assicurazioni circa l'esecuzione dei lavori secondo un livello minimo di prestazioni da tutti i soggetti tenuti alle prestazioni contrattuali e cioè da tutte le imprese componenti l'associazione, atteso che ciascuna di loro sarà esecutrice di una certa parte di lavori.

Pertanto l'assunto della determinazione 15/2002 può apparire contraddittorio, nella parte in cui riconosce ad un consorzio stabile il possesso della certificazione SGQ o della presenza di elementi significativi e correlati del sistema di qualità qualora tali requisiti siano in possesso del solo consorzio o di solo alcuni dei consorziati.

Se infatti:

- il requisito inerente il possesso del "sistema di qualità" mira ad assicurare che l'impresa esegua un lavoro secondo un livello minimo di prestazioni, secondo parametri rigorosi che valorizzano l'organizzazione complessiva dell'attività e l'intero svolgimento nelle diverse fasi;

- e se deve quindi ritenersi che la stazione appaltante deve ricevere assicurazioni circa l'esecuzione dei lavori secondo un livello minimo di prestazioni da tutti i soggetti tenuti alle prestazioni contrattuali e cioè da ciascuna impresa che sarà esecutrice di una certa parte di lavori;

il requisito suddetto dovrebbe essere posseduto da tutti i consorziati.

Con sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 30 gennaio 2002, n. 507 è stato affermato che l'ammissione dei consorzi alle gare di appalto non legittima una definitiva astrazione del nuovo soggetto giuridico rispetto alla sua base sociale, con la conseguenza che poiché sono le singole società consorziate a realizzare il servizio oggetto dell'appalto, in capo a queste va verificata la sussistenza dei requisiti di partecipazione.

Riprendendo le parole di tale pronuncia, non può pretermettersi che sono le singole società consorziate, soggetti non privi di autonoma personalità e soprattutto di distinta organizzazione d'impresa, ad assumere concretamente, attraverso il consorzio appositamente costituito, le opere e i servizi in appalto (Cons. Stato, V, 20 giugno 1994, n. 687).

A tale presupposto consegue che, se è in astratto ammissibile cumulare i requisiti di natura tecnica singolarmente posseduti dalle consorziate - vale a dire che, ove sia richiesto il possesso di un determinato numero di mezzi o di unità di personale, esso può essere raggiunto sommando tra loro quello delle singole imprese che, consorziate, dovranno svolgere il servizio - tale principio non implica affatto che i requisiti di partecipazione relativi alle singole imprese possano ritenersi accertati con esclusivo riferimento al consorzio e non debbano invece essere posseduti e documentati dalle singole imprese designate quali esecutrici del servizio.

In definitiva, un corretto approccio ermeneutico alla normativa sulla partecipazione ad appalti pubblici dei consorzi, ispirata al pur rispettabile criterio del favor per l'associazionismo tra le imprese, se da un lato consente di richiamare le risorse tecniche ed economico-finanziarie proprie di ciascuna impresa consorziata designata ed anche di cumularle al fine dell'aggiudicazione di commesse pubbliche alle quali, diversamente, le singole società consorziate non potrebbero aspirare, dall'altro certamente postula la necessità che le imprese concretamente destinate ad eseguire il servizio dimostrino di essere in regola con i requisiti di partecipazione alle gare.

Diversamente opinando si assisterebbe a conseguenze paradossali e contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento: la normativa sui consorzi finirebbe per tradursi oggettivamente in uno strumento idoneo a consentire - mediante aggregazione in forma consortile di società prive dei requisiti

di legge per la partecipazione alle gare e confluenti in un distinto soggetto dotato di esigua struttura ed (esso solo) in regola con detti requisiti - l'aggiramento di inderogabili prescrizioni normative discendenti dai principi generali delle procedure di evidenza pubblica.

§§§

Ultima questione è quella relativa all'impresa attestata in II classifica che beneficia dell'incremento del quinto: deve o non deve possedere il requisito di qualità ?

Secondo la deliberazione 241 del 30.7.03, il requisito è connesso alla classifica della qualificazione.

Non è l'importo dell'appalto che, superando un certo limite, comporta automaticamente l'obbligo del possesso del requisito qualità per tutti i concorrenti, impresa singola ovvero raggruppamento orizzontale o verticale, ma è l'importo dei lavori che ciascun concorrente intende assumere a determinare l'obbligo del possesso del requisito stesso.

In altre parole, l'obbligo di verificare il possesso del requisito qualità sussiste soltanto quando l'importo dei lavori, che il concorrente intende assumere, richieda una classifica di qualificazione per la quale il possesso della qualità sia già divenuto obbligatorio.

Non sono da ritenere ammissibili clausole che precludano la partecipazione alle gare di raggruppamenti orizzontali comprendenti imprese qualificate per le classifiche I e II (per le quali non è obbligatorio il possesso del requisito della qualità) che intendano assumere lavori per importi corrispondenti alla propria classifica.

E' anche possibile, in relazione all'importo dei lavori da appaltare, la partecipazione alle gare di imprese qualificate per la classifica II, incrementata di un quinto, in assenza della dimostrazione del possesso della certificazione del sistema di qualità.

Contraria la dottrina (Bellagamba) che evidenzia che l'art. 8, comma 4, lett. e) della legge quadro dispone "la facoltà ed il successivo obbligo *per le stazioni appaltanti*, graduati in un periodo non superiore a cinque anni ed *in rapporto alla tipologia dei lavori* nonché agli oggetti dei contratti, *di richiedere il possesso della certificazione* del sistema di qualità o della *dichiarazione* della presenza di elementi del sistema di qualità di cui al comma 3, lettere a) e b)".

Il principio è dunque che è l'amministrazione aggiudicatrice a richiedere in bando il requisito aggiuntivo della qualità.

Se il requisito è di bando, questo è oggettivo e, come tale, a rispetto del principio di imparzialità, deve essere posseduto da ogni concorrente e – se si tratta di raggruppamento – neppure in modo frazionato.

Rileva la citata dottrina che la norma prevede che "La facoltà ed il successivo obbligo per le stazioni appaltanti di richiedere la certificazione di qualità non potranno comunque essere previsti *per lavori di importo inferiore a 500.000 Ecu*": ne consegue che il requisito deve essere previsto dall'amministrazione aggiudicatrice nella lex concursualis secondo il criterio dell'importo dei lavori o, più precisamente ancora, quando l'importo di qualificazione che si richiede non sia coperto dalla classifica II pur con il beneficio dell'aumento del quinto.

A conferma cfr. anche il comma 1-*quinquies* dell'art. 19 della L. 109/1994 che parla di "affidamento dei lavori in assicurazione di qualità".

20. La qualificazione nell'appalto integrato.

Sia consentito rinviare, anche, al volume dello scrivente "L'appalto integrato", Maggioli, Rimini, 2003.

La questione è controversa soprattutto per quanto attiene i requisiti per la progettazione.

Consiglio di Stato sez.IV 9/11/2005 n. 6260

1. APPALTI DI LL.PP. - APPALTO INTEGRATO - REQUISITI DI QUALIFICAZIONE - SCELTA DEL PROGETTISTA - CRITERI - DISCREZIONALITA'

1. L'art. 19 c. 1 ter della legge 11.2.1994 n. 109 - nel testo modificato dalla legge 1.8.2002 n. 166 - prevede che l'appaltatore che partecipa ad un appalto integrato deve possedere i requisiti progettuali previsti dal bando o deve avvalersi di un progettista qualificato alla realizzazione del progetto esecutivo individuato in sede di offerta o eventualmente associato; il bando indica l'ammontare delle spese di progettazione esecutiva comprese nell'importo a base di appalto ed i requisiti richiesti al progettista, in conformità a quanto richiesto dalla normativa in materia di gare di progettazione. Tale normativa si rinviene nell'art. 17 della stessa legge quadro il quale, prevedendo al comma 12 che l'affidamento dell'incarico della progettazione di importo stimato inferiore a 100.000 euro avvenga nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, lascia in sostanza ampia discrezionalità alla Stazione appaltante in ordine ai criteri ed ai requisiti sulla base dei quali individuare il professionista.

Tribunale Amministrativo Regionale Puglia Bari sez.I 5/1/2005 n. 9

APPALTI DI LL.PP. - REQUISITI DI QUALIFICAZIONE - APPALTO INTEGRATO - LEX SPECIALIS - POSSIBILITA' DI RICHIEDERE REQUISITI ULTERIORI RISPETTO A QUELLI LEGALI - VA AMMESSA

1. Non è sostenibile che l'impresa che sia in possesso di qualificazione SOA, ai sensi del D.P.R. 34/2000, per prestazioni di progettazione e costruzione, non abbia bisogno di ulteriori requisiti o adempimenti per rendersi affidataria dell'appalto di progettazione e costruzione (tesi per cui alla stessa non può essere chiesto altro adempimento non previsto dalla legge o dal regolamento, in quanto, diversamente, non avrebbe alcun significato la qualificazione dell'impresa anche per la prestazione di progettazione: che è necessaria, ma è anche sufficiente per rendersi affidataria della progettazione e costruzione dell'opera). Infatti è opinione consolidata della giurisprudenza che rientra nella potestà discrezionale della P.A. la facoltà di prevedere, nel bando disciplinante una procedura concorsuale finalizzata all'individuazione del soggetto contraente, prescrizioni ulteriori rispetto a quelle imposte dal legislatore, finalizzate a restringere il lotto dei concorrenti a quei soggetti in possesso degli specifici requisiti che si assumono necessari in relazione all'oggetto dell'appalto. E ciò in quanto "i contratti posti in essere dalla P.A. non sono fine a se stessi, ma sono strumenti per il perseguimento d'interessi pubblici; pertanto l'amministrazione è ampiamente libera, nei limiti della ragionevolezza e dell'utilità, di determinare esattamente quali sono i requisiti e gli elementi da possedere e da dimostrare da parte dei candidati in una pubblica gara e non è possibile al giudice invadere tale potere" (TAR Lazio Sez. I° 27.3.2001 n. 2421) (nella fattispecie l'impresa ricorrente contestava che non possa essere chiesto che il progettista incaricato della progettazione, che

ovviamente è inquadrato nell'organico dell'impresa stessa, perché diversamente essa non avrebbe potuto essere qualificata anche per la prestazione di progettazione, debba essere iscritto all'Albo professionale).

Il punto principale è se il concorrente in possesso di SOA anche per la progettazione sia in una condizione sufficiente per partecipare alla gara.

Vi sono poi altre questioni come quella se l'attestazione per la progettazione si riferisca specificamente alle categorie o no.

Tribunale Amministrativo Regionale Campania Napoli sez.I 15/12/2004 n. 19698

APPALTI DI LL.PP. - APPALTO INTEGRATO - QUALIFICAZIONE - DIMOSTRAZIONE CAPACITA' PROGETTUALE - DISCIPLINA EX DPR 34/2000 - INTERPRETAZIONE - ATI PRIVA DI QUALIFICAZIONE – FATTISPECIE

L'art. 3 del DPR n. 34/2000 prevede "Le imprese sono qualificate per categorie di opere generali, per categorie di opere specializzate, nonché per prestazioni di sola costruzione e per prestazioni di progettazione e costruzione, e classificate, nell'ambito delle categorie loro attribuite, secondo gli importi di cui al comma 4".

Da tale norma si evince con chiarezza che la certificazione SOA, per prestazioni o di sola costruzione, o di costruzione e progettazione, è relativa alle categorie di cui all'allegato A indicate nella certificazione stessa; orbene, l'impresa in possesso di certificazione SOA che non ricomprende la categoria OG II (qualificata come scorporabile subappaltabile ed a qualificazione obbligatoria) deve ritenersi effettivamente priva della prequalificazione per prestazioni di progettazione relative alla categoria OGII – classifica V – classe di progettazione IIIa. Né rileva il fatto che l'ATI avrebbe già dimostrato la propria capacità progettuale e dunque non deve indicare in sede di offerta i nominativi dei tecnici che opereranno la progettazione, mentre tale incombente è necessario per le imprese prive di qualificazione SOA: perché è proprio tale qualificazione SOA a non produrre gli effetti desiderati dall'ATI partecipante.

La pronuncia del Tar Campania sposa la più letterale prospettazione, in base alla quale l'attestazione per progettazione ha il limite delle categorie per cui è rilasciata l'attestazione per costruzione.

In tal senso, l'impresa qualificata in una determinata categoria (anche per la progettazione) può concorrere alle gare di appalto integrato indette soltanto nella stessa categoria.

Anche le indicazioni contenute nel regolamento sulla qualificazione circa lo staff tecnico, la cui presenza determina il rilascio dell'attestazione per progettazione, vanno, dunque, così intese, nel senso che si tratta comunque di elemento integrante l'idoneità tecnica dell'impresa per quella categoria.

Quindi anche il rilievo che, di fatto, l'attestazione per progettazione può, quanto a classifica, essere più estesa dell'attestazione per costruzione (es. un'impresa attestata in III, se ha quattro tecnici, è attestata in V sulla progettazione) non è decisivo, in quanto l'attestazione per progettazione ha valore solo "potenziale" in attesa di essere effettivamente "doppiata" sulla costruzione con l'adeguamento della classifica posseduta in quest'ultima, a seguito di ulteriori lavori eseguiti.

Le indicazioni dell'Autorità di vigilanza fornite alle SOA sono peraltro diverse. L'Autorità ha infatti affermato che l'attestazione per progettazione è indipendente dall'attestazione per costruzione.

La stessa tesi enunciata dall'Autorità, circa la necessità che l'impresa attestata per la progettazione sia comunque anche in possesso dei requisiti specifici previsti per i servizi di progettazione, si fonda sul rilievo che la SOA, per le istruzioni ricevute, non accerta se il gruppo di tecnici abbia progettato opere nella categoria posseduta sulla costruzione; anzi, la SOA non accerta se lo staff abbia effettivamente mai progettato.

Ciò ha l'implicazione che l'impresa attestata in una determinata categoria potrebbe concorrere alle gare di appalto integrato indette anche per categorie diverse (stiamo ipotizzando - per semplificare il discorso - che la quota progettazione sia sotto i 100.000 euro, ciò comunque esonerando, secondo l'Autorità, dal possesso dei requisiti delle gare di servizi).

Si pensi al caso del subappalto. Il bando evidenzia una prevalente e una subappaltabile/scorporabile: la conseguenza della tesi dell'Autorità è che l'impresa potrebbe concorrere con la propria attestazione (anche per la progettazione) nella prevalente per l'importo totale dei lavori; l'attestazione per la progettazione non sarebbe vincolata alla categoria e consentirebbe di subappaltare la scorporabile (anche ad impresa attestata per sola costruzione).

Ritenendo il contrario (come nel caso di specie esaminato dai giudici campani), è invece indispensabile l'associazione in verticale con impresa attestata anche per la progettazione nella scorporabile.

Altro problema è se l'impresa di cui all'esempio sopra citato, attestata in III sulla costruzione e in V sulla progettazione, possa concorrere ad appalto integrato di V classifica, associandosi in orizzontale con impresa attestata anche per sola costruzione per la quota lavori residua (il raggruppamento, sulla progettazione, sarebbe comunque già in possesso del 100% del requisito).

Vi è poi la questione accennata se il concorrente in possesso di SOA anche per la progettazione sia in una condizione sufficiente per partecipare alla gara.

Tribunale Amministrativo Regionale Sardegna sez.I 13/1/2005 n. 57

APPALTI DI LL.PP. - REQUISITI DI QUALIFICAZIONE - APPALTO INTEGRATO - IMPRESA NON IN POSSESSO DI QUALIFICAZIONE PER PROGETTAZIONE E COSTRUZIONE - INDIVIDUAZIONE PROFESSIONISTA QUALIFICATO O ASSOCIAZIONE - NECESSITA'

Solo le imprese che non possiedono la qualificazione per prestazione di progettazione e costruzione devono, ai sensi dell'articolo 19, comma 1 ter, della L. n°109/1994, così come modificata dalla L. 1/10/2002 n°166, indicare o associare per la redazione del progetto esecutivo un ingegnere e un architetto iscritti all'albo professionale qualificati alla realizzazione del progetto esecutivo.

La pronuncia si inserisce nel filone giurisprudenziale (si veda Tar Lazio, III, 8 luglio 2003, n. 6078) che smentisce quanto affermato dall'Autorità di vigilanza sui ll.pp. nella determinazione n. 27/2002.

In tale sede era stato ritenuto che i concorrenti in possesso della attestazione di qualificazione per progettazione e costruzione debbano possedere anche i requisiti previsti dall'art. 63, comma 1, lettera o) (nel caso che l'importo delle spese di progettazione sia compreso fra euro 100.000 e la soglia di

applicazione della disciplina comunitaria) oppure dall'art. 66 (nel caso che l'importo delle spese di progettazione sia pari o superiore alla soglia di applicazione della disciplina comunitaria) del d.P.R. 554/1999.

L'assunto viene confutato sul rilievo che anche dopo la L. 166/2002 non viene meno il principio per cui l'attestazione è requisito sufficiente per partecipare alle gare.

Secondo il Tar, l'art. 19 della legge n. 109 del 1994, dopo la sua riformulazione per opera della legge n. 166 del 2002, è rubricato con la voce «sistemi di realizzazione dei lavori pubblici» e si preoccupa, perciò, di individuare per ciascun sistema di realizzazione di lavori (ivi compreso l'appalto integrato) una serie di regole di tipo ottimalistico, ma non abroga né modifica in alcun punto l'art. 8 della stessa legge in materia di qualificazione delle imprese, la cui presenza è condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione alle gare pubbliche.

Ne discende, quindi, da un'interpretazione sistematica del corpo giuridico in materia di lavori pubblici che i soggetti che siano in possesso della qualificazione Soa come appaltatori integrati, in quanto hanno già dimostrato in tale sede la capacità progettuale mercé l'indicazione di adeguati professionisti, non hanno bisogno di indicare in sede di offerta i nominativi dei tecnici che opereranno la progettazione, mentre tale incumbente risulta necessario per quelle imprese che partecipano ad un appalto integrato ma che non sono state qualificate in sede Soa per esso ma solo per la costruzione dell'opera.

Con ciò l'attestazione per progettazione e costruzione ha piena valenza in tutte le fattispecie e non solo per quote progettazione sotto i 100.000 euro come ritenuto dalla stessa Autorità con del. 22/2003.

Aut. Vig., det. 27/2002: <<in base al combinato disposto dell'articolo 3, commi 2 e 8, del d.P.R. 34/2000 e dell'articolo 19, comma 1-ter, della legge 109/1994, si può ritenere che, al fine di partecipare ad un appalto integrato, qualunque ne sia l'importo, i concorrenti possono essere in possesso sia della attestazione di qualificazione per progettazione e costruzione, sia di quella per sola costruzione.

In caso di possesso dell'attestazione per progettazione e costruzione, è necessario che la relativa classifica sia sufficiente a coprire la somma degli importi dei lavori, della sicurezza e della progettazione e che il concorrente sia inoltre in possesso dei requisiti previsti dall'art. 63, comma 1, lettera o) (nel caso che l'importo delle spese di progettazione sia compreso fra euro 100.000 e la soglia di applicazione della disciplina comunitaria) oppure dall'art. 66 (nel caso che l'importo delle spese di progettazione sia pari o superiore alla soglia di applicazione della disciplina comunitaria), del d.P.R. 554/1999.

Nel caso, invece, del possesso dell'attestazione di sola costruzione oppure del possesso di attestazione per progettazione e costruzione ma in carenza degli ulteriori specifici requisiti in precedenza indicati, è necessario che la classifica dell'attestazione posseduta sia sufficiente a coprire la somma degli importi dei lavori e della sicurezza e che il concorrente indichi o associ un progettista e che il progettista indicato o associato possieda i requisiti specifici di cui alla lettera o) del primo comma dell'art. 63 o dell'art. 66 del DPR 554/1999.>>.

L'Ance ha contestato l'interpretazione fornita dall'Autorità in tema di appalto integrato, in quanto la stessa comporta l'abrogazione implicita del sistema precedente, che consentiva alle imprese di

costruzione qualificate oltre che nella costruzione anche nella progettazione di partecipare agli appalti integrati senza dimostrare il possesso di ulteriori requisiti.

Secondo l'Autorità (det. 31/2002), la tesi affermata nella determinazione n. 27 risponde al principio di par condicio, in quanto, solo richiedendo all'impresa attestata per la progettazione di dimostrare il possesso dei requisiti progettuali previsti dal bando in conformità a quanto richiesto dalla normativa in materia di gare di progettazione, i requisiti di partecipazione alla gara non sono diversi tra l'impresa in possesso di qualificazione di progettazione e costruzione e l'associazione costituita da una impresa in possesso di qualificazione di sola costruzione e da un progettista.

Purtuttavia, l'Autorità non pare aver tenuto in conto la circostanza che in tal modo si toglie significato all'attestazione per progettazione e costruzione.

In secondo luogo, pare da dimostrare che i requisiti da richiedersi nell'appalto integrato siano in tutto e per tutto i medesimi delle gare di progettazione, anche perché sarebbe da spiegare per quale motivo la norma demandi al bando di definire i ridetti requisiti, chiedendo esclusivamente che gli stessi siano stabiliti in conformità a quelli delle gare di progettazione.

Si potrebbe ipotizzare, ad esempio, una richiesta limitata ai soli requisiti di ordine generale, che quindi consentirebbe alle imprese attestata anche per la progettazione di non dover dimostrare altri requisiti, e alle imprese attestata solo per la costruzione di associarsi con un progettista non necessariamente qualificato secondo la disciplina delle gare di progettazione, la qual pretesa potrebbe rappresentare un eccesso qualificatorio se riferita alla sola progettazione esecutiva dell'opera.

Deliberazione n. 147 (GE/IP/644/04) del 28/08/2004 – (massima ufficiale)

Come affermato da questa Autorità con la determinazione n. 31/2002, l'idoneità tecnica specificamente richiesta per l'appalto integrato, dimostrata - secondo l'art. 18, comma 7, del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m. - con la sola presenza nell'organico del soggetto da qualificare di un determinato numero di tecnici, concretizza una qualificazione generica, nel senso che non fornisce alcuna attestazione di aver espletato in precedenza l'attività di progettazione nella specifica o nelle specifiche categorie che costituisce o costituiscono l'intervento cui si riferisce l'appalto integrato.

Premesso quanto sopra, si rileva che l'affidamento di servizi di progettazione presuppone il possesso dei requisiti previsti dagli artt. 63 o 66 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, in relazione al valore economico dell'incarico da espletare e si evidenzia che il rispetto della par condicio impone che i requisiti di partecipazione alla gara non possano essere diversi fra imprese qualificate per progettazione e costruzione ed associazioni costituite da una impresa in possesso di qualificazione di sola costruzione e da un progettista. Conseguentemente, anche le imprese attestata SOA per progettazione e costruzione debbono dimostrare il possesso dei requisiti per l'affidamento dei servizi di progettazione di cui al citato D.P.R. n. 554/1999.

21. Il caso della quota progettazione inferiore a 100.000 euro.

L' Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con la deliberazione 5/2/2003 n. 22 ribadisce la tesi esposta nella determinazione n. 31/2002 e così riassumibile (con le stesse parole dell' Autorità):

- la disposizione di legge comporta che la qualificazione per progettazione ed esecuzione in una certa categoria e classifica non fornisce alcuna attestazione di aver espletato in precedenza l'attività di progettazione nella specifica o nelle specifiche categorie che costituiscono l'intervento cui si riferisce l'appalto integrato;

- in relazione a tali limiti il legislatore ha introdotto con la legge n. 166/2002 il comma 1 ter all'art.19 della legge quadro contenente una specifica disciplina relativa alla partecipazione di imprese ad appalti integrati. In tal senso ha precisato che la partecipazione alla gara è subordinata al possesso di requisiti progettuali previsti nel bando di gara oppure dell'avvalersi di progettisti indicati nell'offerta o associati precisando che i requisiti da richiedere al progettista (impresa o professionista associato) sono quelli previsti al titolo IV del DPR 554/99;

- per effetto delle due preliminari condizioni si deve ritenere pertanto che risulti discriminante, al fine della definizione dei requisiti da richiedere, il superamento o meno della soglia di 100.000 euro per i servizi di progettazione con conseguenza che al di sopra di tale soglia debbono essere richiesti, oltre alla qualificazione di progettazione e costruzione, gli specifici requisiti fissati dal titolo IV capo V del DPR 554/99 caratterizzati per le categorie e classi di importo previsti in progetto, mentre al di sotto il solo possesso di qualificazione di progettazione e costruzione deve ritenersi condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione alla gara.

Ci si può domandare se tale affermazione sia del tutto esatta. Se, infatti, i requisiti richiesti al progettista devono essere conformi a quanto richiesto dalla normativa in materia di gare di progettazione, non può non venire in rilievo anche il comma 12 dell'art. 17 L. 109/1994, e quindi l'esigenza di verificare, comunque, l'esperienza e la capacità professionale del progettista e di motivare la scelta in relazione al progetto da affidare (regola, quest'ultima, ripetuta anche dall'art. 62, 1° comma del D.P.R. 554/1999).

Quindi il solo possesso della qualificazione per progettazione e costruzione non può ritenersi condizione sufficiente per la partecipazione alla gara neppure in tal caso.

La posizione dell' Autorità pare difettare di coerenza interna. Da un lato, tra le possibili interpretazioni della norma, essa ha prescelto quella per cui il rinvio ai requisiti previsti dalla normativa in materia di incarichi di progettazione deve ritenersi integrale (e non, ad esempio, limitabile dal bando ad alcuni soltanto di tali requisiti, come ad esempio ai requisiti di ordine morale), proclamando pertanto, in via generale, l'insufficienza dell'attestazione per progettazione e costruzione (affermazione che ha suscitato le perplessità delle associazioni di costruttori, che hanno visto in ciò una vanificazione del significato dell'attestazione anche per la progettazione).

Dall'altro essa sostiene tuttavia che, sotto i 100.000 euro, l'attestazione sia sufficiente, in quanto la normativa non prevede per gli incarichi di progettazione di tale importo specifici requisiti.

In realtà, come si è visto, la normativa vincola all'accertamento del requisito dell'esperienza e capacità professionale in relazione al progetto da affidare, e quindi prevede un requisito specifico, anche se non commisurato a parametri numerici stante il minor importo e dunque la semplificazione (ma non nullificazione) della disciplina qualificatoria di legge.

Se la qualificazione per progettazione ed esecuzione in una certa categoria e classifica non fornisce alcuna attestazione di aver espletato in precedenza l'attività di progettazione nella specifica o nelle specifiche categorie che costituiscono l'intervento cui si riferisce l'appalto integrato, l'esigenza che sia dimostrata una specifica esperienza in relazione all'appalto di che trattasi sussiste anche sotto i 100.000 euro, come previsto in via generale anche per gli incarichi di progettazione di tale importo.

22. Problemi relativi a singole categorie. La OG 11.

Un problema specifico riguarda l'equipollenza tra OG11 e categorie specialistiche.

Tribunale Amministrativo Regionale Campania Napoli sez.I 26/7/2005 n. 10386

1. APPALTI DI LL.PP. - REGIME DI QUALIFICAZIONE - EQUIPOLLENZA TRA OG11 E OS3, OS28 OS30 - NON SUSSISTE - RAGIONI

2. APPALTI DI LL.PP. - REGIME DI QUALIFICAZIONE - RAPPORTO TRA OG11 E OS3, OS28 E OS30 - MECCANISMO DI EQUIPOLLENZA - AMBITO RESIDUALE DI OPERATIVITA' - INDIVIDUAZIONE

3. APPALTI DI LL.PP. - REGIME DI QUALIFICAZIONE - RAPPORTO TRA OG11 E OS3, OS28 E OS30 - IMPOSSIBILITA' DI SURROGARE LA QUALIFICAZIONE RICHIESTA NELLE CATEGORIE OS2, OS28 E OS30 CON LA QUALIFICAZIONE NELLA CAT. OG11 - RAGIONI - ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI E DELL'AUTORITA' LL.PP.

1. Non è condivisibile l'assunto circa l'equipollenza tra la categoria OG 11, per l'intero importo dei lavori, e le categorie OS 3, OS 28 ed OS 30. Va, infatti, rilevato che le categorie in questione sono a qualificazione obbligatoria. A tal riguardo le stesse sono contemplate dall'art. 72, comma 4 lett. e) D.p.r. 554/1999 nell'ambito delle opere speciali qualora sia di importo superiore a quelli stabiliti dal successivo art. 73 comma 3 D.p.r. 554/1999. In sostanza la categoria OS 30, OS 3 ed OS 28 assurge al rango di opera speciale allorquando le relative lavorazioni abbiano, singolarmente considerate, un importo superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero abbiano un importo superiore a 150.000 euro. Nel caso di specie trova allora applicazione la norma di cui all'art. 74 comma 2 D.p.r. 554/1999 che stabilisce: "Le lavorazioni relative a opere generali e a strutture, impianti ed opere speciali di cui all'art. 72, comma 4, indicate nel bando di gara, non possono essere eseguite direttamente dalle imprese qualificate per la sola categoria prevalente, se prive delle relative adeguate qualificazioni...". Orbene la citata disposizione, che è finalizzata evidentemente a garantire che lavorazioni di elevata specializzazione, allorquando assumano una significativa consistenza nell'ambito dell'economia generale dell'opera, siano svolte esclusivamente da soggetti in possesso delle relative qualificazioni, verrebbe completamente svuotata di ogni portata precettiva se fosse consentito, attraverso il sistema dell'equipollenza, sopperire alla carenza di qualificazione per le lavorazioni relative alle opere speciali attraverso una qualificazione di carattere generale come la OG 11.

2. Va infine rilevato come aderendo all'interpretazione in questa sede accolta, il meccanismo dell'equipollenza non viene eliminato del tutto, potendo operare al di sotto dei limiti stabiliti dall'art. 73, comma 3 D.p.r. 554/1999, ma viene ricondotto alla sua più autentica ratio che è quella di consentire all'impresa che dispone della qualificazione per opere generali di svolgere le lavorazioni specializzate ricomprese nella qualificazione generale ove le stesse restino nell'ambito dell'accessorietà rispetto alle opere generali di cui l'impresa possiede la qualificazione. Laddove invece le opere specializzate assurgano al rango di opere speciali, e ciò avviene allorché i relativi importi superino i limiti stabiliti dalla norma citata, l'equipollenza non ha più ragione di operare dal momento che l'opera speciale, pur inserendosi nel contesto di un'opera più generale, nondimeno

assume autonoma rilevanza, richiedendo una specifica qualificazione. Ne consegue, conclusivamente, che non si può ritenere fungibile la attestazione richiesta per le categorie SOA OS 3 OS 28 ed OS 30 con altre attestazioni, nemmeno quella invocata (OG11).

3. Sul punto è utile osservare che l'interpretazione in forza della quale il mancato possesso della qualificazione per le categorie in esame non possa essere sostituito dalla qualificazione per la categoria OG 11, è stata diffusamente e convincentemente sostenuta in giurisprudenza dalla decisione del Cons. St., V, 30 ottobre 2003, n. 6760. In essa si dà atto che la questione de qua - se sia legittimo escludere dalla gara per un appalto di opere pubbliche, per le quali il bando richieda il possesso della qualificazione per opere delle categorie OS28 e OS30 di cui all'Allegato A al d.P.R. n. 34 del 2000, quelle imprese che siano sprovviste di tali qualificazioni ma che dispongano di quella per la categoria OG11 - è stata già ripetutamente esaminata dalla giurisprudenza amministrativa, sia di primo grado che di appello, la quale ha assunto in proposito due orientamenti non coincidenti. (In particolare, con la sent. n. 5976 del 30 ottobre 2002 si è affermato che in presenza di una lex specialis che richieda la qualificazione per OS28 e OS30, il difetto del requisito specifico non possa essere sanato con la qualificazione per OG11, argomentando dal divieto emergente dal combinato disposto di cui all'art. 13, comma 7, della legge n. 109 del 1994 e all'art. 74, comma 2 del d.P.R. n. 544 del 1999. Con la successiva sentenza n. 2857 del 26 maggio 2003, si è pervenuti, invece, alla conclusione opposta, prevalentemente sulla base della conformità dei provvedimenti impugnati all'orientamento espresso al riguardo dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici). Ciò, premesso l'autorevole precedente citato, sulla scorta di una motivazione in gran parte coincidente con i rilievi argomentativi sopra esposti ed incentrata sull'interpretazione letterale e sistematica della più volte menzionata normativa, perviene alla conferma del primo orientamento, ribadendo che nel caso in cui, nell'ambito della procedura per l'affidamento di un appalto di lavori pubblici, il bando di gara abbia richiesto l'attestazione per le categorie SOA OS28 e OS30, la produzione di quest'attestazione non è fungibile con la produzione di altre attestazioni come la OG11. Né, a proposito dell'orientamento espresso dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici sul punto della equivalenza delle due qualificazioni, lo stesso può assumere rilievo dirimente. Ed, invero, come già condivisibilmente puntualizzato dalla citata decisione n. 6760/03 del Consiglio di Stato, in linea generale occorre chiarire che la potestà di "vigilanza sul sistema di qualificazione" delle imprese, attribuita all'Autorità dall'art. 4, comma 4, lett. i) della legge 11 febbraio 1994 n. 109, non ha contenuto indeterminato, ma deve essere esercitata nelle forme indicate dall'art. 14 del d.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, che rappresenta la fonte regolamentare precipuamente destinata a disciplinare, in applicazione dell'art. 8 della legge n. 109 cit., il sistema delle qualificazioni. In altri termini, le determinazioni, che l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici assume in risposta ai quesiti rivolti dagli operatori del settore circa l'interpretazione della normativa vigente nella materia, costituiscono la manifestazione di opinioni dotate di indiscutibile autorevolezza, in ragione della particolare competenza dell'Organo, che possono anche conseguire un apprezzabile effetto di uniformità e di chiarezza nell'applicazione della legge. Si tratta tuttavia di pronunciamenti che non possono risolversi nella funzione di interpretazione autentica, o di integrazione, della normativa, difettando l'Autorità del relativo potere, e, pertanto, non rappresentano neppure un vincolo per le Amministrazioni nello svolgimento delle procedure di selezione di loro competenza (v. Cons. St., Sez. V, 21 aprile 2002 n. 2180, in materia di bando-tipo redatto dall'Autorità). La qualificazione OG11 spetta a chi dimostri di aver eseguito impianti riconducibili ad almeno tre tra le quattro categorie di opere specializzate OS3, OS5, OS28 e OS30. Quindi, l'impresa in possesso della OG11 potrebbe avere realizzato, ad esempio, bagni cucine e lavanderie (OS3), impianti pneumatici e antintrusione (OS5) e impianti termici (OS28), ma non impianti elettrici e televisivi (OS30). Proprio dall'Autorità si apprende, quindi, che la OG11 non dà alcuna garanzia di particolare capacità tecnica su tutta l'area afferente alle opere specializzate che vi si intendono

ricomprese. In tal modo l'avviso, lungi dal correggere una apparente illogicità del diritto positivo, comporta una deroga arbitraria alla prescrizione vigente in tema di qualificazione delle imprese che partecipano alle gare per la esecuzione di quei determinati lavori pubblici.

Tribunale Amministrativo Regionale Lazio Roma sez.II 29/12/2003 n. 13308:

<<Il vantato possesso dell'iscrizione alla categoria OG11 non abilita all'esecuzione delle lavorazioni proprie della categoria specialistica OS5, espressamente ed esclusivamente richiesta, come indispensabile, dal bando di gara. Qualora determinate lavorazioni specialistiche siano espressamente previste dai bandi di gara quali parti dell'intervento da realizzare, esse non possono essere eseguite dalle imprese aggiudicatrici che risultino prive delle relative, adeguate qualificazioni prescritte come obbligatorie [cfr. allegato A) al D.P.R. n. 34/2000 contenente il "Regolamento recante l'istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici"]. Altro è disporre di una qualificazione che, con riferimento ad opere generali, presuppone un'effettiva capacità operativa ed organizzativa dei fattori produttivi ed una specifica competenza nel coordinamento tecnico, altro è, invece, non tanto la capacità di coordinare e realizzare sinergicamente l'esecuzione di impianti disparati, quanto, piuttosto, quella di eseguire in proprio le specifiche lavorazioni di un'opera o di un intervento che necessitano di una particolare specializzazione e professionalità.>>.

Consiglio di Stato sez.VI 27/5/2003 n. 2968:

<<In ragione delle esigenze di celerità del procedimento (e per evitare che nel corso della gara di appalto si controverta di questioni rilevanti nei rapporti tra l'impresa e gli organismi di attestazione), l'Amministrazione:- si deve limitare al riscontro della sussistenza delle qualificazioni previste nel bando;- non può verificare - in via incidentale, d'ufficio o su richiesta della impresa partecipante alla gara - né l'equipollenza tra una delle categorie indicate nel bando e quella oggetto della qualificazione della SOA, né può verificare se la conseguita qualificazione in una o più categorie vada considerata equivalente ad una ulteriore qualificazione, formalmente non conseguita dalla SOA.>>.

TAR Marche - Sentenza 6 dicembre 2002 n. 1563:

<<La qualificazione per la categoria OS/30 non è compresa nella qualifica OG/11. La categoria OG11, secondo quanto previsto dall'allegato A al D.P.R. 25 gennaio 2000 n.34, consiste nell'idoneità a realizzare "un insieme coordinato e congiunto d'impianti di riscaldamento ...", mentre i singoli e diversi impianti, ricompresi nella declaratoria di cui alla OG11, sono a loro volta oggetto di categorie speciali, le c.d. OS, tra cui la categoria OS30 (impianti elettrici, telefonici, radiotelefonici e reti di trasmissione dati). Secondo il nuovo sistema, delineato dal D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, la categoria OG11 si acquisisce previo possesso della qualificazione specifica in almeno 3 delle 4 diverse tipologie di impianti a cui la OG11 si riferisce e, conseguentemente, potrebbe non essere presente la qualificazione in OS30 e potrebbe non essere stato mai realizzato un impianto ascrivibile alla qualifica OS30.>>.

Consiglio di Stato - sez. V - sentenza 30 ottobre 2002 n.5976:

<<Il vantato possesso dell'iscrizione alla categoria OG11 non abilita all'esecuzione dei lavori delle categorie speciali OS28 e OS30.>>.

La questione dunque pare risolta dalla giurisprudenza. La sentenza del Consiglio di Stato n. 5976 del 30.10.2002 afferma che la categoria Og11 non assomma in sé le categorie Os28 ed Os30.

E' pertanto legittima, nel caso di un bando che evidenzi le categorie (super)specialistiche, l'esclusione di impresa in possesso della categoria Og11, in quanto le diverse categorie considerate non sono tra loro fungibili.

Né il bando, non facendo espressamente riferimento alla categoria Og11, può interpretato estensivamente.

Con ciò la pronuncia in commento sovverte quanto ritenuto da T.a.r. Veneto - sez. I - 1 agosto 2002 n.3837.

La questione posta è se l'attestazione in Og11 valga anche come implicita qualificazione in ognuna delle singole categorie impiantistiche Os3, Os5, Os28 e Os30.

La risposta di Palazzo Spada è negativa. L'Autorità di vigilanza, invece, da ultimo con det. n. 8/2002, e ancor più recentemente con det. 27/2002, aveva affermato che – se una impresa qualificata nella categoria di opera generale Og11 può eseguire un insieme coordinato di impianti (appartenenti alle categorie specializzate Os3, Os5, Os28 e Os30) da realizzarsi congiuntamente - la stessa deve ritenersi in possesso delle capacità economiche finanziarie e tecnico organizzative necessarie per la esecuzione anche di uno o più di uno dei suddetti quattro impianti.

La dottrina (Bellagamba) al riguardo ha osservato criticamente che, non risultando dall'attestazione né quali lavorazioni abbiano contribuito a determinare la qualificazione in Og11, né quali per converso non vi abbiano contribuito, non è logicamente possibile ricondurre l'attestazione stessa in Og11 a nessuna delle quattro singole categorie impiantistiche.

Le valutazioni critiche della dottrina sono dunque confermate dalla sentenza in commento, in base alla quale l'attestazione nella categoria Og11 non consente di partecipare alle gare d'appalto nelle quali siano previste lavorazioni nelle categorie Os28 ed Os30.

Altro corno del problema è rappresentato dalla circostanza che conseguenza della tesi dell'Autorità e del Tar Veneto è che la Og11 viene ad essere assimilata ad una categoria superspecialistica ai fini dell'applicazione dell'art. 13, 7° comma della legge (al quale risultato peraltro si perviene ugualmente per via della concomitante tesi dell'Autorità per cui tale disposizione si applica alle categorie generali).

Viceversa, seguendo la posizione del Consiglio di Stato si dovrebbe giungere alla conclusione che la lavorazione possa essere sempre subappaltata dall'impresa non in possesso della relativa attestazione.

La pronuncia del Tar Veneto e la posizione dell'Autorità (che, come sopra ricordato, ha raggiunto conclusioni simili al Tar, precisando che tale possibilità produce una più ampia partecipazione di soggetti alle gare), entrambe smentite dal supremo consesso di giustizia amministrativa, sono peraltro parzialmente diverse.

La differenza infatti è che secondo il Tar la Og11 abilita a concorrere per bandi che prevedono lavorazioni in Os28 e Os30 indipendentemente dalle previsioni del bando di gara.

Mentre l'Autorità di vigilanza aveva affermato (nella precitata determinazione 8/2002) che è necessaria la previsione nel bando che costituisce la *lex specialis* della gara (tale affermazione viene corretta nel senso di una mera opportunità in det. 27/2002).

Al riguardo si poteva osservare che, se la problematica della qualificazione attiene a profili di tutela della concorrenza che non possono che essere unici per tutto il territorio nazionale, potrebbe essere inconferente il richiamo alla tratatizia (e in verità inesatta) definizione del bando quale legge speciale.

Se la materia non può essere oggetto neanche di diverse previsioni di legge regionale, a maggior ragione non potrebbe essere lasciata ad un atto amministrativo (il bando). Infatti, laddove l'Autorità preposta alla vigilanza sul mercato dei lavori pubblici dichiara che l'impresa qualificata in Og11 può concorrere anche se nel bando sono evidenziate categorie specialistiche (in quanto assorbite dalla generale), tale possibilità non potrebbe dipendere dalla circostanza che il bando di gara medesimo (e perciò una determinazione discrezionale di ciascuna stazione appaltante) ammetta o meno tale partecipazione.

Il bando, allora, dovrebbe allora essere letto e integrato con (quello che si ritiene) l'ordinamento vigente (né pertanto dovrebbe essere autonomamente impugnato per la mancata previsione, in quanto l'impresa dovrebbe reagire soltanto in caso di non ammissione alla gara).

Di recente, in senso contrario:

Tribunale Amministrativo Regionale Toscana sez.II 13/10/2005 n. 4672

APPALTI DI LL.PP. - QUALIFICAZIONE - POSSESSO CATEGORIA OG 11 - COMPRENDE IN SE' ANCHE QUELLE SPECIALISTICHE - RAGIONI

1. Il possesso della qualificazione per la categoria generale 11 comprende in sé anche quella specialistica OS30 (oltre alla OS3, OS5 e OS28) in quanto quest'ultima, per la tipologia di attività cui fa riferimento deve ritenersi compresa in quella generale OG11; tale interpretazione trova conferma in alcune determinazioni dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici in virtù delle quali emerge che la categoria OG11 rappresenta (e certifica il possesso della qualificazione per) la somma delle tipologie di attività lavorative OS3, OS5, OS28 e OS30, di cui all'art. 72, comma 4, lett. b), d) ed e) del D.P.R. n. 554 del 1999; il surriferito orientamento manifestato dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici trova coincidenza in condivisibili precedenti giurisprudenziali in forza dei quali le imprese che, in possesso di cospicue esperienze specifiche nel settore dell'impiantistica, abbiano optato per l'iscrizione nella categoria generale OG11, in luogo delle singole categorie specialistiche OS3, OS5, OS28 e OS30, non possono poi essere penalizzate con la preclusione alla partecipazione alle relative gare sul presupposto che non hanno avuto anche l'iscrizione a tale categorie (cfr., in tal senso, Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 2003 n. 2857).

Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Palermo sez.I 30/1/2006 n. 263

APPALTI DI LL.PP. - LAVORAZIONI IN CATEGORIA OG11 - ASSORBIMENTO CATEGORIE OS3, OS5, OS28, OS30 - POSSIBILITÀ DI CUMULARE QUALIFICAZIONE IN CATEGORIA OG11 CON QUELLE NELLE CATEGORIE OS - VA ESCLUSA - RAGIONI

La giurisprudenza amministrativa prevalente (Cfr. Cons. Stato, V, 26 maggio 2003, n. 2857; Cons. Stato, V, 30 ottobre 2003, n. 6765; Tar Calabria, Catanzaro, 2 marzo 2004 n. 515; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 14 gennaio 2005, n. 22) - nonchè la stessa Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici - ripetutamente si sono pronunciate in ordine alla categoria di opere generali OG 11, affermando che essa assorbe le categorie di opere speciali OS 3, OS 5, OS 28 ed OS 30, e ciò sul presupposto che la qualificazione OG11 spetti a chi dimostri di aver eseguito impianti riconducibili ad almeno tre tra le quattro categorie di opere specializzate OS3, OS5, OS28 e OS30 (Determinazione dell'Autorità di Vigilanza n. 8 del 2002). Da tale presupposto della ritenuta equivalenza non deriva la possibilità di "cumulare", ai fini di raggiungere i limiti minimi di qualificazione richiesti dal bando, la qualificazione in categoria OG11 con quelle nelle categorie OS; ed invero, così facendo, le imprese beneficerebbero di una "duplicazione" di qualificazione comunque riferita (in OG11 ed in OSx) alla esecuzione del medesimo lavoro.

23. La OS 2.

La materia è oggi disciplinata dall'art. 5 del D.Lgs. 30/2004.

Art. 5.

Qualificazione

1. Con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono definiti specifici requisiti di qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori indicati all'articolo 1, commi 1 e 2, ad integrazione di quelli definiti dal decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, anche al fine di consentire la partecipazione delle imprese artigiane.

2. Entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono apportate, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, modificazioni al decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, in modo da disciplinare:

a) la puntuale verifica, in sede di rilascio delle attestazioni di qualificazione, del possesso dei requisiti specifici da parte dei soggetti esecutori dei lavori indicati all'articolo 1, commi 1 e 2;

b) la definizione di nuove categorie di qualificazione che tengano conto delle specificità dei settori nei quali si suddividono gli interventi dei predetti lavori;

c) i contenuti e la rilevanza delle attestazioni di regolare esecuzione dei predetti lavori, ai fini della qualificazione degli esecutori, anche in relazione alle professionalità utilizzate;

d) forme di verifica semplificata del possesso dei requisiti, volte ad agevolare l'accesso alla qualificazione delle imprese artigiane.

3. Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 1 e delle modificazioni di cui al comma 2, le stazioni appaltanti possono individuare, quale ulteriore requisito di partecipazione al procedimento di appalto, l'avvenuta esecuzione di lavori nello specifico settore cui si riferisce l'intervento, individuato in base alla tipologia dell'opera oggetto di appalto. Ai fini della valutazione della sussistenza di detto requisito, possono essere utilizzati unicamente i lavori effettivamente realizzati dal soggetto esecutore, anche in esecuzione di cottimi e subaffidamenti.

4. Per l'esecuzione dei lavori indicati all'articolo 1, commi 1 e 2, e' sempre necessaria la qualificazione nella categoria di riferimento, a prescindere dall'incidenza percentuale che il valore degli interventi sui beni tutelati assume nell'appalto complessivo.

5. Le attestazioni di qualificazione relative alla categoria OS2, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, ottenute antecedentemente alla data di entrata in vigore del regolamento previsto dall'articolo 8, comma 11-sexies, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, ovvero nelle more dell'efficacia dello stesso, hanno efficacia triennale a decorrere dalla data del rilascio. E' tuttavia fatta salva la verifica della stazione appaltante in ordine al possesso dei requisiti individuati da detto regolamento.

A seguito della modifica dell'art. 8, comma 4, lettera g), della legge quadro la durata dell'efficacia della qualificazione relativa alla categoria dei lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposte alle disposizioni di tutela di cui al testo unico ottenuta antecedentemente alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 11-sexies,

ovvero nelle more dell'efficacia dello stesso, è di tre anni, fatta salva la verifica in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale e dei requisiti di ordine speciale individuati dal suddetto regolamento.

Per la OS2, dunque, la durata ordinaria dell'attestazione è di 5 anni, con verifica entro il 3° anno, con l'eccezione (Bellagamba) che l'attestazione in OS2, rilasciata prima della "*data di entrata in vigore*" del D.M. 294/2000 nella sua prima versione (G.U. n. 246 del 20 ottobre 2000), o comunque "*nelle more dell'efficacia dello stesso*" (il legislatore ha ritenuto che il T.A.R. Lazio, sez. II, con ordinanza 7 febbraio 2001 n. 920 abbia a suo tempo sospeso il D.M. in questione con efficacia erga omnes) ha validità temporale di 3 anni.

Solo l'attestazione con data successiva all'entrata in vigore del D.M. così come modificato con D.M. 420/2001 (G.U. 1 dicembre 2001 n. 280) ha validità ordinaria di 5 anni.

Conclude la ridetta dottrina che resta il fatto che l'attestazione in OS2 di durata triennale non può considerarsi valida, fino a che sulla medesima non risulti essere avvenuta la prevista "verifica".

Infatti, senza tale verifica, per la quale la legge non ha posto termine e che quindi deve comunque e subito essere operata, l'impresa non potrebbe partecipare alla gara; altrimenti la previsione non avrebbe senso.

Diversa l'interpretazione di cui alla det. 27/2002 dell'Autorità di vigilanza sui LL.PP., per cui le attestazioni nella categoria OS2, comunque rilasciate alla data di entrata in vigore della legge 166/2002, hanno validità per tre anni ma consentono di partecipare alle gare soltanto se attestano il possesso dei requisiti previsti dal regolamento di cui all'art. 8, comma 11-sexies (oggi decreto 3 agosto 2000, n. 294, come modificato dal decreto ministeriale 24 ottobre 2001, n. 420) vigente al momento della pubblicazione del bando.

Il che – secondo la citata determinazione - comporta l'opportunità di prevedere nel bando di gara che qualora l'attestazione sia stata rilasciata antecedentemente alla data di entrata in vigore del regolamento vigente al momento della pubblicazione del bando medesimo, gli eventuali nuovi requisiti speciali previsti dal regolamento stesso devono essere dimostrati in sede di gara.

Sempre in tema di qualificazione, deve segnalarsi che al comma 11-sexies dello stesso articolo sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: "*È facoltà dei soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, individuare, quale ulteriore requisito dei soggetti esecutori dei lavori di cui al presente comma, l'avvenuta esecuzione di lavori nello specifico settore cui si riferisce l'intervento. Ai fini della comprova del requisito relativo all'esecuzione di lavori nello specifico settore cui si riferisce l'intervento, potranno essere utilizzati unicamente i lavori direttamente ed effettivamente realizzati dal soggetto esecutore, anche per effetto di cottimi e subaffidamenti*".

Per la OS2 è quindi possibile richiedere in gara, come requisito aggiuntivo di qualificazione, l'esecuzione dei lavori non tanto in una lavorazione qualsiasi riconducibile al genus della OS2, bensì in una della stessa species di quella che si affida.

Se, ad esempio (Bellagamba), l'appalto riguarda il restauro di un organo musicale, non sarebbe equivalente l'aver eseguito restauri di soli affreschi.

Secondo tale interpretazione, in appalto fino a 150.000 euro, il requisito si pone come aggiuntivo rispetto a quello di cui alla lett. a) dell'art. 10 del D.M. 294/2000.

Pertanto, se il soggetto si qualifica con *"lavori (...) del medesimo tipo di quelli che si affidano"* (requisito alternativo alla qualificazione con *"direttore tecnico previsto dall'articolo 4, comma 1, lettera a)"*), i lavori sono quelli rientranti nel genus della OS2, che debbono essere pari al 100% dell'importo d'appalto.

La novità della "Merloni-quater" è che, se l'appalto di cui si tratti riguardi ad es. il restauro di un organo musicale, si può richiedere anche *"l'avvenuta esecuzione di lavori nello specifico settore cui si riferisce l'intervento"* (cioè, aver restaurato organi).

L'interpretazione proposta da tale dottrina è l'unica in grado di non far giungere alla paradossale conclusione che la novella possa aver implicitamente abrogato, in parte qua, l'art. 10 del D.M. 294/2000.

Il che peraltro sarebbe astrattamente sostenibile, sulla base della formulazione testuale della norma, in quanto occorre un'opzione interpretativa di carattere sistematico per giungere alla conclusione che *"aver eseguito lavori nello specifico settore cui si riferisce l'intervento"* possa rappresentare un quid pluris rispetto ad aver eseguito *"lavori del medesimo tipo di quelli che si affidano"*.

In caso di appalto soggetto ad attestazione, il requisito si aggiunge all'attestazione (evidentemente con implicita modifica, sul punto, al d.p.r. 34/2000).

Peraltro, quanto sopra non esaurisce le regole di qualificazione in OS2.

Ricordando infatti che i lavori in OS2 ben possono essere affidati in appalto integrato, si aggiunge in tal caso quanto previsto dall'art. 19, comma 1 ter della legge quadro, per cui il concorrente deve possedere – anche - i requisiti progettuali previsti dal bando in conformità a quanto richiesto dalla normativa in materia di gare di progettazione (quindi essere attestato anche per la progettazione) o deve avvalersi di un progettista qualificato alla realizzazione del progetto esecutivo individuato in sede di offerta o eventualmente associato.

24. Le OS 6, OS 7 e OS 8.

Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Catania sez.III 14/1/2005 n. 22

APPALTI DI LL.PP. - REQUISITI DI QUALIFICAZIONE - CATEGORIA OG11 - RAPPORTO CON CATEGORIE OS3, OS 5, OS 28, OS 30 - CATEGORIA OG 1 - RAPPORTO CON LE CATEGORIE OS6 E OS7 A QUALIFICAZIONE NON OBBLIGATORIA

1. Sia la giurisprudenza amministrativa prevalente (Cfr. Cons. Stato, V, 26 maggio 2003, n. 2857; Cons. Stato, V, 30 ottobre 2003, n. 6765, Tar Catanzaro, 2 marzo 2004 n. 515), sia l'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (Cfr. determinazioni n. 48/2000, n. 7/2001, n. 8/2002 e n. 83/2004), ripetutamente si sono pronunciate in ordine alla categoria di opere generali OG 11, affermando che essa assorbe le categorie di opere speciali OS 3, OS 5, OS 28 ed OS 30. Occorre tuttavia precisare che queste ultime categorie speciali sono tutte a "qualificazione obbligatoria" (Cfr. Tabella corrispondenze nuove e vecchie categorie, facente parte dell'allegato A al D.P.R. n. 34/2000), per cui le imprese aggiudicatrici devono essere munite di tali specifiche qualificazioni (Cfr. premesse all'Allegato A prima indicato), fatta salva la possibilità di sostituirle con la qualificazione nella categoria generale OG 11. Orbene, se il possesso della qualificazione nella categoria di opere generali OG 11 è ritenuto sufficiente per sostituire le qualificazioni in categorie di opere speciali a "qualificazione obbligatoria", a maggior ragione il possesso della qualificazione nella categoria di opere generali OG 1 è idoneo a sostituire le qualificazioni nelle categorie di opere speciali OS 6 ed OS 7, a "qualificazione non obbligatoria", e quindi eseguibili - per espressa previsione normativa - dalle imprese aggiudicatrici, ancorché prive delle relative adeguate qualificazioni (Cfr. Tar Reggio Calabria, 5 febbraio 2003, n. 57; Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, determinazione n. 8/2002).

Non pare condivisibile il ragionamento del Tar Sicilia – Catania – svolto nella pronuncia.

Si parte dal principio di “assorbimento” nella Og11 delle Os3, Os5, Os28, Os30, per affermare che a maggior ragione un tale effetto deve valere per categorie a qualificazione non obbligatoria (come le Os6, Os7) nei confronti della Og1.

Premesso che l’”assorbimento” o “equipollenza” della Og11 è oggetto di un vivo dibattito dottrinale e giurisprudenziale che rende l’istituto in questione tutt’altro che assodato, deve essere rilevato che:

- in primo luogo, l’ulteriore estensione del principio rischia di minare la natura formale del sistema di qualificazione delle imprese esecutrici di ll.pp. nonché la stessa distinzione tra categorie generali e categorie speciali;

- ma soprattutto, che il ragionamento non può valere quando non si tratta della prevalente.

Infatti, è vero che le categorie non a qualificazione obbligatoria (è proprio questa la caratteristica di tale definizione), a date condizioni, possono essere eseguite da imprese non in possesso della relativa attestazione, ma ciò vale esclusivamente per le imprese qualificate nella prevalente.

A parte tale caso, invece, le scorporabili/subappaltabili evidenziate in bando (indipendentemente dalla circostanza che siano o meno a qualificazione obbligatoria) devono essere eseguite da imprese qualificate per tali categorie, e non certo da imprese qualificate per categorie diverse.

Se il progetto e il bando sono legittimi sul punto (nel senso che le categorie sono enucleate nel pieno ricorrere dei relativi presupposti giuridici e tecnici), la presenza di categorie scorporabili rappresenta per antonomasia un'esigenza di qualificazione specifica che non può essere disattesa in forza del principio di massima partecipazione alle gare (che evidentemente non può essere trasformato nella partecipazione di qualunque impresa).

La determinazione dell'Autorità di vigilanza 7 maggio 2002, n. 8 stabilisce che, se vi è *"come categoria prevalente una delle categorie specializzate OS6 (Finiture di opere generali in materiali lignei, plastici, metallici e vetrosi), OS7 (Finiture di opere generali di natura edile) e OS8 (Finiture di opere generali di natura tecnica) – possono partecipare, oltre alle imprese qualificate nella categoria di opera specializzata prevalente, anche le imprese qualificate nella categoria di opera generale OG1.*

Va precisato che tale possibilità è consentita dal fatto che le suddette categorie specializzate sono a qualificazione non obbligatoria e, pertanto, eseguibili dall'aggiudicatario ancorché privo delle relative qualificazioni; inoltre la stessa va consentita perché comporta una più ampia partecipazione di soggetti alle gare."

In sostanza, l'Autorità sostiene che, anche se una delle lavorazioni in questione è prevista in bando come categoria prevalente, siccome si tratta di categorie che il D.P.R. 34/2000 prevede a qualificazione non obbligatoria, non è necessario possedere attestazione-Soa in OS6 o in OS7 o in OS8, essendo sufficiente avere la categoria OG1 che, come tale, ricomprende le lavorazioni stesse di cui si tratta.

L'affermazione, in apparenza corretta, è ritenuta dalla dottrina (Bellagamba) abnorme.

Stiamo parlando, infatti, di categoria prevalente, non di lavorazioni ulteriori. Il principio della non obbligatorietà della qualificazione, già nel D.P.R. 34/2000, può riferirsi solo alle "parti dell'intervento da realizzare" (ultima premessa dell'"allegato A").

25. La c.d. 'cooptazione'.

E' problematica in realtà estranea alla qualificazione, cui si fa cenno per mera completezza.

Se l'impresa singola o le imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea hanno i requisiti, possono associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati (4° comma art. 95 D.P.R. 554/1999).

Consiglio Giustizia Amm. Regione Siciliana Sezione giurisdizionale 17/10/2005 n. 674

APPALTI DI LL.PP. - PARTECIPAZIONE DI ATI - COOPTAZIONE DI IMPRESA EX ART.95,C.4 DPR 554/1999 - OBBLIGO PER L'IMPRESA COOPTATA DI DIMOSTRARE POSSESSO REQUISITI SPECIALI - NON SUSSISTE

Nel caso in cui ad un'A.T.I. sia stata associata una impresa avvalendosi della possibilità, consentita dall'art. 95, comma 4, del D.P.R. n. 554/1999, di associarsi con la capogruppo per eseguire lavori fino al 20% dell'importo complessivo a base d'asta, è sufficiente per l'ammissione in gara che la capogruppo abbia i requisiti necessari previsti dal bando di gara e le certificazioni (di qualità) richieste vanno prodotte dalla capogruppo e non anche dalla impresa "cooptata".

26. Cessione di ramo aziendale e requisiti di qualificazione

Consiglio di Stato sez. VI 29/11/2004 n. 7802

APPALTI DI LL.PP. - CESSIONE DI AZIENDA - SUBENTRO IMPRESA CESSIONARIA - IN CORSO DI GARA - AMMISSIBILITA' - VA VALUTATA CASO PER CASO - PRESUPPOSTI - FATTISPECIE

Ai sensi dell'art. 35, l. n. 109 del 1994, in caso di contratto di appalto di lavori pubblici, è possibile il subentro, nella posizione di contraente privato, del cessionario di azienda, ovvero del soggetto risultante da operazioni di trasformazione, fusione, e scissione, con il consenso della stazione appaltante. Regolando la norma in commento solo l'ipotesi di cessioni di azienda, trasformazioni, fusioni, scissioni, che si verificano durante l'esecuzione del contratto di appalto, si pone la questione se la stessa, ovvero il principio che da essa si desume, sia estensibile al caso in cui tali vicende dell'impresa si verificano mentre è in corso di svolgimento una gara di appalto. Ci si chiede, pertanto, se la posizione di partecipante ad una gara di appalto pubblico sia cedibile al cessionario di azienda, ovvero al soggetto che risulta da operazioni di trasformazione, fusione, scissione. La giurisprudenza di questo Consesso ha dapprima espresso un orientamento negativo (C. Stato, sez. V, 13 maggio 1995, n. 761; C. Stato, sez. V, 10 febbraio 2000, n. 754), ma ha successivamente assunto una posizione possibilista, dovendosi valutare caso per caso se la posizione di partecipante alla gara sia o meno cedibile, in considerazione delle circostanze concrete e della rilevanza o meno di specifiche qualità soggettive dell'originario partecipante (C. Stato, sez. V, 26 settembre 2002, n. 4940). Questo Consesso ritiene di dover aderire a quest'ultimo orientamento, e di dover aggiungere la considerazione che le vicende dell'impresa, e, in particolare, le vicende dell'impresa che siano mere operazioni di riorganizzazione societaria, che non incidono sull'affidabilità dell'impresa medesima, non possono, di per sé e in astratto, precludere il subentro, in corso di gara, del soggetto che, nell'ambito della vicenda privatistica, subentra nella posizione di partecipante alla gara, dovendosi caso per caso verificare, alla luce delle caratteristiche dell'appalto, se il nuovo soggetto possieda tutti i necessari requisiti di partecipazione richiesti dagli atti di gara. Occorre infatti considerare caso per caso: - il tipo di operazione societaria che è stata posta in essere; - il tipo di appalto e la rilevanza o meno dell'intuitus personae e, soprattutto, di specifici requisiti che l'originario partecipante possieda e che non si ravvisino in capo al subentrante (1).

(1) Ha osservato il Collegio: "Nel caso di specie, sebbene vi sia stata formalmente una <<cessione di azienda>> la stessa è avvenuta mediante creazione di una nuova società, nell'ambito del medesimo gruppo, e assegnazione ad essa di tutto il ramo di azienda che si occupa delle forniture similari a quella per cui è processo. In definitiva, vi è stato il trasferimento integrale di tutta l'organizzazione, l'esperienza, il know-how, il personale, relativo ad un dato ramo di azienda, da una società all'altra nell'ambito del medesimo gruppo, e dunque una vera e propria scissione, puramente formale. In particolare, la nuova società ha ereditato il ramo aziendale relativo alla progettazione e fabbricazione di gru portuali di produzione non seriale. Alla nuova società sono stati trasferiti tutti i diritti e gli obblighi derivanti dalle attività trasferite, compresa la prequalificazione conseguita nell'appalto per cui è processo dalla dante causa. La nuova società ha conseguito certificazione SOA ai sensi dell'art. 15, d.P.R. n. 34 del 2000. La nuova società ha ereditato tutti i beni e il personale relativi al ramo di azienda ceduto. In sede di gara, tali elementi sono stati portati a conoscenza della commissione giudicatrice, la quale... li ha verificati e, ritenuto che la nuova società fosse in possesso di tutti i requisiti richiesti dal bando, ne ha ammesso il subentro all'originario partecipante. Vi è stato,

pertanto, da parte della commissione giudicatrice, uno specifico esame e apprezzamento dei requisiti soggettivi di partecipazione in capo alla società subentrante".

Consiglio di Stato sez.VI 11/7/2003 n. 4151

APPALTI DI LL.PP. - FUSIONE SOCIETARIA - DISCIPLINA EX ART.35 L.109/1994 - VERIFICA POSIZIONE SOGGETTO SUBENTRANTE - VA DISPOSTA - FATTISPECIE

Nel rispetto di quanto prescritto, specificamente, dal comma 4 dell' art. 35 L. 109/1994 e dall'art. 2556 cod. civ., nel caso in cui abbia a verificarsi una delle ipotesi previste nel primo comma del citato articolo, e ne sia stata data comunicazione tempestiva alla stazione appaltante, l'Amministrazione, in assenza di specifici motivi contrari, non può esimersi di dare luogo ad apposito sub-procedimento, inteso a valutare la posizione del soggetto che aspira a subentrare nella posizione dell'operatore che ha originariamente partecipato alla gara, anche nel caso in cui il subentro avvenga nella fase anteriore alla aggiudicazione. Pertanto l'aggiudicazione all'impresa cessionaria, che non ha partecipato alla gara, in assenza di un divieto espresso, può anche avvenire una volta che il procedimento si è concluso con la partecipazione della società incorporata, mancando soltanto la formalità dell'aggiudicazione, purché a seguito di apposito subprocedimento di valutazione del possesso dei requisiti.

Su un'ipotesi diversa:

Consiglio di Stato sez.V 22/6/2004 n. 4360

1. APPALTI DI LL.PP. - QUALIFICAZIONE - MUTAMENTO SOGGETTIVO IMPRENDITORE INDIVIDUALE - POSSIBILITA' DI UTILIZZARE REQUISITI MATURATI DALLA PRECEDENTE IMPRESA - SUSSISTE - NECESSITA' DI NUOVA QUALIFICAZIONE - VA AFFERMATA

1. Il mutamento soggettivo dell'imprenditore individuale, se per un verso consente di utilizzare i requisiti maturati dalla vecchia impresa, per altro verso impone, sotto il profilo formale, il rilascio di nuovo titolo abilitante (iscrizione o attestazione) che consegue ad una verifica del possesso dei requisiti, in particolare di quelli di carattere soggettivo (articolo 17 del D.P.R. n. 34) (fattispecie in materia di decesso dell'imprenditore individuale e di subentro dei relativi eredi).

Consiglio Giustizia Amm. Regione Siciliana Sezione giurisdizionale 29/9/2005 n. 636

GARA D'APPALTO - MODIFICAZIONE SOGGETTIVA DEL CONCORRENTE IN CORSO DI GARA - INAMMISSIBILITA' - RAGIONI - APPLICAZIONE ANALOGICA ART.35 L.109/1994 SS.MM. - INAMMISSIBILITA'- RAGIONI

Il principio della personalità ed immutabilità del soggetto durante la partecipazione alla gara di appalto (1) vieta la sostituzione (in corso di procedura) di una impresa con un'altra, non essendo applicabile, in via analogica, l'art. 35, l. n. 109 del 1994, in quanto la lettera della stessa norma ipotizza il subentro "nella titolarità del contratto", e la "ratio" della stessa va intesa nel senso di evitare che il subentro possa consentire al cedente di sottrarsi ad una puntuale verifica di tutti i suoi requisiti soggettivi ed oggettivi e al controllo delle sue dichiarazioni (2) (fattispecie relativa a trasformazione da impresa individuale a società in nome collettivo). (3).

(1) *Osserva peraltro il collegio siciliano che "Sulla questione di principio (ammissibilità di modificazione del soggetto partecipante alla gara tra la fase della domanda e la stipula contrattuale) gli orientamenti giurisprudenziali non sono uniformi (cfr., con diverse soluzioni; Consiglio Stato, sez. V, 10 febbraio 2000, n. 754; Consiglio Stato, sez. VI, 11 luglio 2003, n. 4151).*

(2) *Ha altresì affermato il collegio che "Del resto anche a volere applicare in via analogica i principi affermati dall'art. 35 citato secondo cui le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ad imprese che eseguono opere pubbliche non hanno singolarmente effetto nei confronti di ciascuna amministrazione aggiudicatrice fino a che il cessionario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, non abbia proceduto nei confronti di essa alle comunicazioni previste dall'art. 1 d.P.C.M. 11 maggio 1991 n. 187, e non abbia documentato il possesso dei requisiti previsti dagli art. 8 e 9 della suddetta legge (comma 1), (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 11 luglio 2003, n. 4151) si dovrebbe comunque ritenere che l'Amministrazione deve essere destinataria di tale comunicazione a cura del soggetto interessato e che in difetto, ove la modifica risulti comunque accertata, legittimamente la concorrente viene esclusa dalla gara".*

(3) *Ha infine puntualizzato il Consiglio di Giustizia Amministrativa, che la circostanza che l'offerta delle concorrenti fosse vincolata nel tempo "non incide sul diverso problema della immutabilità del concorrente durante la gara, preordinata alla corretta verifica dei requisiti di partecipazione, vale a dire ad un'esigenza che perdura sino alla aggiudicazione (eventualmente rinnovata come nel caso di specie). Tale verifica si sarebbe resa necessaria in particolare in relazione al nuovo socio della costituita società in nome collettivo nei cui riguardi non era stato prodotto nessuno dei documenti richiesti dal bando di gara".*

27. La qualificazione nei lavori accessori nelle forniture e servizi.

Nell'ipotesi inversa (gara di lavori con componente minoritaria di servizi) l'attestazione SOA è necessaria e sufficiente (nel senso che non si possono chiedere requisiti ulteriori sui servizi):

Tribunale Amministrativo Regionale Puglia Bari sez.I 16/9/2004 n. 4002

APPALTI LL.PP. - APPALTI MISTI SERVIZI E LAVORI - PREVALENZA LAVORI - DISCIPLINA UNITARIA APPLICABILE - QUALIFICAZIONE - BANDO DI GARA - RICHIESTA DI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE ULTERIORI - ILLEGITTIMITA' - FATTISPECIE

In funzione dell'unitaria disciplina dei soli lavori pubblici applicabile agli appalti misti e nella specie, per disposizione del bando (fattispecie relativa ad appalto per la realizzazione del "programma degli interventi finalizzati a migliorare la sicurezza stradale. Gestione e aggiornamento informatizzato del catasto degli arredi stradali; manutenzione integrata delle sovrastrutture e della segnaletica delle strade), nessun rilievo possono assumere ai fini della legittimità, peraltro del solo requisito di capacità finanziaria, i servizi informatici, ivi incluso il "monitoraggio"; servizi che d'altro canto potrebbero egualmente ricondursi alla stessa categoria OG3 (comprensiva anche della realizzazione di ogni opera "connessa, complementare o accessoria anche di tipo puntuale...nonché di tutti gli impianti automatici, elettromeccanici, elettrici, telefonici, elettronici...") o, a tutto concedere, al massimo alla categoria OS30 ("...fornitura, il montaggio e la manutenzione o la ristrutturazione... di reti di trasmissione dati e simili... da realizzarsi in interventi appartenenti alle categorie generali che siano stati già realizzati...").

Il nuovo art. 8, comma 1 septies della L. 109/94 stabilisce che nel caso di forniture e servizi, i lavori, ancorché accessori e di rilievo economico inferiore al 50 per cento, devono essere eseguiti esclusivamente da soggetti qualificati ai sensi dello stesso art. 8.

Si tratta di una deroga al principio di cui all'art. 2, 1° comma della legge in base al quale nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della "Merloni" qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento.

In ragione di ciò la giurisprudenza (si veda Consiglio di Stato - sez. V - sentenza 2 aprile 2002 n.1813) aveva avuto modo di affermare che nei contratti misti con prestazioni di servizi e di lavori, con elementi riconducibili al d.lgs. n. 157 del 1995 e alla legge n. 109 del 1994, si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni solo qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50%.

Il criterio della prevalenza economica costituiva l'esito di una lunga elaborazione diretta ad individuare la disciplina applicabile a fattispecie "borderline", tutt'altro che infrequenti nella pratica.

Lo stesso, peraltro, era parzialmente svalutato dall'Autorità di vigilanza sui LL.PP., che con atto di regolazione n. 5 del 31 gennaio 2001 aveva ritenuto che quando opere e impianti vanno inseriti in un organismo di ingegneria civile, commerciale, industriale, ecc. non è consentito dare rilievo alle forniture, anche se di valore superiore al 50%.

Ciò in quanto in ogni appalto di lavori vi è una componente, talora economicamente prevalente, di forniture ma detto appalto non muta natura quando l'opera si realizza o si modifica per consentire un'attività che costituisce finalità della iniziativa della pubblica amministrazione.

Viceversa, nei casi di forniture e lavori, congiuntamente presenti in un contratto finalizzato alla fornitura mentre i lavori acquistano la funzione di componente accessoria, è applicabile la disciplina dei contratti di fornitura (con l'eccezione dei casi di incidenza percentuale maggioritaria della componente lavoro, nei quali pur trattandosi di forniture si applicano le norme sulla esecuzione di lavori pubblici).

Per effetto della novella, i lavori, anche se di rilievo economico inferiore al 50 per cento (indipendentemente dalla loro accessorietà o meno) dovranno comunque essere eseguiti da soggetti qualificati ai sensi della "Merloni", fatta salva per il resto l'applicazione della normativa relativa alla tipologia alla quale il contratto è riconducibile in misura prevalente (forniture o servizi).

Si tratta peraltro di un'esigenza affermata ripetutamente nella nuova stesura della legge in relazione a tipologie contrattuali di per sé dichiaratamente sottratte all'applicazione della "Merloni", e ciò ad esempio tanto nel caso dei lavori eseguiti dai concessionari di lavori pubblici direttamente o tramite imprese collegate o controllate (art. 2, 2° comma), o nel caso di contratti di sponsorizzazione o assimilabili (art. 2, 6° comma).

Con la modifica il legislatore pare aver aderito alla presa di posizione di cui alla deliberazione n. 254 del 21/6/2001 dell'Autorità di Vigilanza.

In tale sede, esaminando un bando della Consip s.p.a. per la fornitura di servizi di global service immobiliare, aveva ritenuto le clausole di partecipazione nello stesso contenute compatibili solo con l'esecuzione di servizi, in quanto non era prevista, ex ante, quale requisito per la partecipazione alla gara il possesso della qualificazione ai sensi del D.P.R. 34/2000, necessario, invece, per l'esecuzione di lavori di manutenzione.

Poiché le clausole inserite nel bando non potevano innovare la legislazione vigente, il problema della qualificazione e dell'affidamento a terzi dei lavori, eluso nel bando, si sarebbe quindi ripresentato in occasione dell'esecuzione.

A tale problema intende ovviare la nuova disposizione per la quale i lavori, ancorché accessori e inferiori al 50 per cento, devono essere eseguiti esclusivamente da soggetti qualificati.

Pertanto in sede di gara i concorrenti dovranno dimostrare di essere in possesso della qualificazione richiesta per l'esecuzione dei lavori previsti (che dovrà essere opportunamente evidenziata in termini di categoria e classifica), ovvero dichiarare l'intenzione di subappaltare i medesimi ad imprese qualificate.

Ci si può domandare se il richiamo alla qualificazione ai sensi della normativa in materia di lavori pubblici valga altresì a far ritenere applicabili alla fattispecie una serie di norme, non contenute nel dpr 34/00, ma che indubbiamente incidono sulla qualificazione negli appalti di lavori.

Ad esempio ci si può domandare se alla fattispecie sia applicabile il divieto di subappalto delle lavorazioni superspecializzate superiori al 15%, di cui all'art. 13, 7° comma della legge.

O se sia applicabile, nel caso in cui i lavori siano assunti da un'associazione orizzontale, il criterio del possesso dei requisiti nella misura minima prevista dall'art. 95, 2° comma del dpr 554/99 rispettivamente per la capofila e le mandanti.

O se viga il divieto di subappalto a cascata di cui all'art. 18, 12° comma della L.55/90 e s.m., ecc..

Per risolvere il problema, occorre muovere dalla considerazione che nella specie si tratta di una deroga al principio di cui all'art. 2, 1° comma della legge, in base al quale nei contratti misti di lavori, forniture e servizi, e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della "Merloni" soltanto qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento.

In tutti gli altri casi si applicano le norme sugli appalti di servizi o forniture anche se nell'appalto siano compresi lavori.

In via generale, l'ordinamento degli appalti pubblici, per stabilire quale sia la disciplina applicabile ad un contratto misto, presceglie il criterio dell' "assorbimento" nella disciplina dettata per il tipo di appalto prevalente sul piano economico.

Ciò in quanto il diverso criterio della "combinazione" tra gli elementi dell'uno e dell'altro tipo contrattuale, pure ipotizzabile sul piano civilistico, non è ritenuto accettabile in quanto contrastante con il principio di tipicità delle forme di scelta del contraente delle p.a..

Allora, l'art. 8 comma 1 septies rappresenta un'eccezione al principio, in quanto determina la combinazione con il possesso della qualificazione ex dpr 34/00 da parte dell'esecutore dei lavori accessori in una procedura regolata per il residuo dalle norme sugli appalti di servizio o di fornitura.

La norma in quanto eccezionale, deve essere ritenuta di stretta interpretazione e pertanto non può estendersi all'applicazione di istituti che riguardano gli appalti (o concessioni) di lavori pubblici, perché nella specie si tratta di appalti di servizi o forniture.

Si tenga conto al riguardo che la formulazione adottata è del tutto consimile a quella impiegata per ipotesi che ex lege sono dichiarate estranee alla sfera di applicazione della L. 109, come ad esempio la realizzazione di opere mediante contratti di sponsorizzazione (art. 2, 6° comma).

Vale a dire che il fatto che l'esecutore dei lavori debba essere qualificato ai sensi dell'art. 8 L. 109 non trasforma, per espressa scelta legislativa, il contratto con lo sponsor in un appalto di lavori pubblici.

Anche sul piano dell'interpretazione orientata alla conformità al diritto comunitario, deve rilevarsi che quest'ultimo non conosce i limiti e i vincoli sopraindicati, che sono caratteristici dalla normazione nazionale.

La normativa comunitaria non contempla una disposizione analoga all'art. 13, 7° comma della "Merloni", tanto meno nelle direttive servizi e forniture.

Per l'art. 26, 1° comma della direttiva 92/50, *"le offerte possono venire presentate da raggruppamenti di prestatori di servizi. A tali raggruppamenti non può venir richiesto di assumere una forma giuridica"*

specifica" (si veda anche la del tutto consimile disposizione contenuta nella nuova direttiva 2004/18, che anzi, come in altra parte detto, recepisce l'istituto di origine giurisprudenziale dell' "avvalimento").

Né sono conosciuti limiti quantitativi al subappalto.

Anzi l'art. 32, 2° comma lett. C della citata direttiva prevede che la prova della capacità tecnica dei prestatori di servizi può essere fornita mediante l'indicazione di tecnici od organismi tecnici a prescindere dal fatto che essi facciano o meno capo al concorrente.

Peraltro una eccezione a quanto rilevato riguarda l'applicazione alla fattispecie, in quanto compatibile, dell'art. 18 L. 55/90.

Essa deriva tuttavia dal diretto richiamo della stessa norma da parte dell'art. 16, 3° comma del D.Lgs. 358/92 e dell'art. 18, 3° comma del D.Lgs. 157/95.

Vale a dire che l'art. 18 L. 55 si applica all'appalto di servizi o forniture contenente prestazioni di lavori inferiori al 50% per via di applicazione, non della normativa sui lavori pubblici, ma della normativa nazionale su servizi e forniture.

Determinazione n. 3 (Protocollo non disponibile) del 06/04/2005 – (massima ufficiale)

Per appalto misto si intende quello in cui l'oggetto della procedura di aggiudicazione e del successivo contratto è costituito da prestazioni eterogenee, ascrivibili a settori assoggettati a differenti discipline pubblicistiche (lavori, servizi, forniture), sicché sorge il problema dell'individuazione della disciplina applicabile a seconda della qualificabilità dell'appalto stesso in termini di lavori, servizi o forniture.

Nei contratti misti la normativa sui lavori pubblici trova applicazione quando i lavori costituiscono l'oggetto principale dello stesso, a prescindere dalla rilevanza economica.

Le disposizioni della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m. in materia di qualificazione si applicano ogni qualvolta l'appalto misto comprende l'esecuzione di lavori, a prescindere dal valore e dall'accessorietà degli stessi rispetto ai servizi o alle forniture.

Nei bandi relativi ad appalti misti devono essere opportunamente evidenziate le categorie e le classifiche relative ai lavori da eseguire, ancorché accessori o di valore inferiore al 50 per cento dell'importo dell'appalto; i concorrenti devono dimostrare di essere in possesso della qualificazione richiesta per l'esecuzione di detti lavori.

Negli appalti misti, qualora la componente lavori, anche se accessoria o di valore inferiore a 50 per cento dell'appalto, superi la soglia dei 20.658.276 di euro, trova applicazione la disposizione di cui all'art. 3, comma 6, del D.P.R. n. 34/2000, per cui l'impresa concorrente, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, dovrà dimostrare di aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari in lavori non inferiore a tre volte l'importo a base di gara. Detto requisito di cui all'art. 18, commi 3 e 4 del D.P.R. n. 34/2000 è comprovato esclusivamente con riferimento alla cifra d'affari in lavori, e non anche in servizi e forniture.

28. Il valore delle pronunce dell'Autorità di vigilanza in tema di qualificazione.

Tribunale Amministrativo Regionale Campania Salerno sez.I 29/4/2004 n. 300

1. APPALTI DI LL.PP. - DETERMINAZIONI AUTORITA' VIGILANZA LL.PP. - NATURA - ASSENZA CARATTERE VINCOLANTE

2. APPALTI DI LL.PP. - QUALIFICAZIONE - TRASFERIMENTO AZIENDA O SUO RAMO - EFFETTI AI FINI QUALIFICATORI - VERIFICA EFFETTIVA CESSIONE - SPETTA ALLA S.O.A. E NON ALLA STAZIONE APPALTANTE

1. Le determinazioni che l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici assume in risposta ai quesiti rivolti agli operatori del settore circa l'interpretazione delle disposizioni vigenti nella materia, segnatamente con riferimento al sistema di qualificazione delle imprese, costituiscono manifestazioni di opinione dotate di autorevolezza, in ragione della particolare competenza dell'organo, ma non hanno funzione di interpretazione autentica o di integrazione della normativa, difettando l'Autorità del relativo potere, né effetto vincolante per le Amministrazioni nello svolgimento delle procedure di selezione di loro competenza (Cons. st. Sez. V 30 ottobre 2003 n. 6760).

29. Il problema della normativa regionale in materia di qualificazione.

Anche le leggi regionali dispongono in materia di qualificazione nei lavori pubblici (specie per quanto riguarda i lavori sotto la soglia dei 150.000 euro).

Tra gli esempi recenti, la L.R. Sicilia 2 agosto 2002, n. 7 al comma 11-quinques dell'art. 8 ritiene sufficiente, per le imprese artigiane e cooperative, l'iscrizione al rispettivo albo e registro da almeno due anni.

La L.R. 31 maggio 2002 n. 14 del Friuli Venezia Giulia per gli appalti sotto i 150.000 euro dichiara sufficiente il possesso dell'iscrizione alla camera di commercio.

La Sardegna ha addirittura un proprio albo appaltatori alternativo al sistema SOA.

La sentenza 207/2001 della Corte Costituzionale non aveva investito con pronuncia d'illegittimità costituzionale l'intento del legislatore regionale di stabilire in autonomia i requisiti di partecipazione delle imprese alle gare di appalto per i lavori pubblici (di interesse regionale) considerati.

Nella specie non era infatti in contestazione la potestà della Regione di disciplinare con proprie leggi, relativamente ai lavori pubblici di interesse regionale, il sistema di qualificazione delle imprese.

La Corte, con la sentenza n. 482 del 1995, ha escluso che si applichi alle regioni il divieto sancito dall'art. 8, comma 8 della legge n. 109 del 1994 di utilizzare gli albi speciali e di fiducia delle stazioni appaltanti.

Altre sentenze della stessa Corte hanno ritenuto legittima la istituzione di albi e registri a livello regionale là dove essa risponda a specifiche peculiarità locali e non comporti disparità di trattamento in materia di lavoro e di iniziativa economica.

Infine alla luce delle recenti innovazioni introdotte dal legislatore statale, che hanno abolito l'albo nazionale dei costruttori sostituendolo con il sistema di qualificazione attraverso società di attestazione, la previsione di un albo regionale di preselezione può rappresentare un valido strumento operativo e un ulteriore criterio di verifica dei requisiti in possesso delle imprese partecipanti alle gare, in linea con le esigenze espresse dalla nuova normativa nazionale.

Su un piano generale tale interpretazione consente alle regioni di poter legittimamente istituire o mantenere propri sistemi di qualificazione (eventualmente gestiti in forma elettronica) anche nel settore dei lavori pubblici, analogamente a quanto verificabile in relazione agli appalti pubblici di servizi e forniture.

Deve infatti essere disconosciuta l'efficacia del D.P.R. n. 34/2000 per i lavori di interesse regionale.

Già nella relazione al D.P.R. n. 34/2000, per il vero, si ricordava che sulla bozza del regolamento il Dipartimento degli affari regionali aveva rappresentato perplessità, dal momento che sotto il profilo strettamente letterale non poteva escludersi un'interpretazione delle disposizioni della L. 109 sulla qualificazione che conducesse a soluzione opposta.

L'articolo 8 della legge quadro, infatti, nel prevedere l'istituzione di un sistema unico di qualificazione per tutti gli esecutori di lavori pubblici di cui all'articolo 2 della stessa legge, richiama una definizione di lavori pubblici – quella per l'appunto offerta dall'articolo 2 - in cui non sono comprese le opere pubbliche affidate dalle regioni, notoriamente non menzionate dal secondo comma del medesimo articolo e per tale motivo ritenute non destinatarie, se non per i principi generali, della legge statale.

Insomma, le regioni sono interessate solo dal primo comma dell'articolo 8 della legge quadro (unica disposizione contenente norme di principio) e sono dunque legittimate ad istituire o mantenere propri sistemi di qualificazione, anche in considerazione del fatto che il comma 8 dell'articolo 8 della legge quadro vieta gli albi speciali o di fiducia solo se predisposti dai soggetti destinatari della legge "Merloni".

Corte Costituzionale 1/10/2003 n. 302

1. Va pronunciato l'annullamento degli artt. 1, comma 2, 2, comma 1, lettera b), 5, comma 1, lettera h) ed 8, comma 1, del predetto d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, nella parte in cui, rispettivamente:

(a) individuano fra i destinatari del sistema unico di qualificazione, gli esecutori dei lavori pubblici, di importo superiore a 150.000 euro, affidati dalle regioni anche a statuto speciale e dalle province autonome di Trento e Bolzano (art.1, comma 2);

(b) definiscono "stazioni appaltanti", fra le altre, le regioni anche a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano (art. 2, comma 1, lett. b);

(c) includono nella commissione consultiva due rappresentanti delle regioni e delle province autonome (art. 5, comma 1, lett. h), espressione da intendersi comprensiva anche delle Regioni ad autonomia differenziata);

(d) includono anche le regioni e le province autonome tra i soggetti che non possono detenere partecipazioni al capitale di una SOA (art. 8, comma 1, espressione comprensiva anche delle Regioni a statuto speciale).

2. Va pronunciato l'annullamento dell'art. 1, comma 3, del predetto d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, nella parte in cui si riferisce alle Province autonome di Trento e di Bolzano.

La propugnata unicità del sistema di qualificazione può essere, bensì, considerata un principio recato dalla legge quadro, ma va necessariamente posta in correlazione con un altro principio, sempre estrinsecato dall'articolo 8, comma 2, della legge n. 109/1994, in forza del quale l'istituzione del sistema di qualificazione deve essere effettuata tenendo conto della normativa vigente in materia.

Il quadro normativo impone infatti una regolamentazione complessa della materia della qualificazione alla quale anche le regioni possono apportare contributi.

Sotto tale profilo trova una sua ratio anche il disposto di cui all'articolo 8, comma 8, della legge n. 109/1994 che vieta ai soli soggetti di cui all'articolo 2 della legge - e non quindi alle regioni - l'utilizzazione degli albi speciali o di fiducia, tenendo conto della diversa disciplina vigente nelle regioni.

Non viene, dunque, in discussione il principio dell'unicità del sistema di qualificazione, ma le modalità con le quali lo stesso è stato realizzato.

La legge 109/1994, pur propugnando l'unicità del sistema di qualificazione, non autorizza il regolamento a sostituirsi alla vigente normativa regionale nella materia, anzi fa gravare su quest'ultimo l'obbligo di tenerne debitamente conto.

Le regioni a statuto ordinario possono quindi riorganizzare il proprio sistema di qualificazione delle imprese incentrandolo sul nuovo principio generale della certificazione di qualità, ma non per questo dovrebbero ritenersi vincolate alle prescrizioni del D.P.R. n. 34/2000.

Ancor più problematico risulta il discorso per quanto concerne le Regioni a statuto speciale, in quanto per queste ultime va considerata anche la circostanza che lo statuto è approvato con legge costituzionale.

Dunque, se lo statuto demanda alla regione la regolamentazione della materia della qualificazione (configurando una potestà legislativa primaria) resta privo di efficacia qualsiasi intervento abrogativo non solo da parte della fonte regolamentare, bensì anche da parte della legge ordinaria, essendo necessaria una legge di rango costituzionale.

La posizione sopra delineata è strettamente connessa alle considerazioni, più diffusamente svolte in dottrina in sede di disamina dell'articolo 3 della legge 109/1994, circa la posizione ricoperta nel sistema delle fonti dal regolamento governativo nelle materie di cui all'art. 117 Cost..

Nella già citata sentenza n. 482/1995, la Corte costituzionale, rigettando la denuncia di illegittimità costituzionale proposta da alcune regioni della delegificazione disposta dall'articolo 3 della legge quadro, ha statuito che *<<la disposizione denunciata prevede esclusivamente la delegificazione statale, rispettando l'attribuzione alla legge della disciplina dei rapporti con le regioni e le province autonome.*

<<Difatti queste ultime non sono comprese tra le amministrazioni e gli enti destinatari del regolamento, secondo l'espressa previsione ed elencazione che ne fa l'articolo 2, comma 2, lettera a) della legge 109/1994.

<<Solo la diretta incompatibilità delle norme regionali con i sopravvenuti principi e norme fondamentali della legge statale può determinare, ai sensi dell'articolo 10, comma 1, della legge 10 febbraio 1953, n. 62, l'abrogazione delle prime>>.

Dispone la norma da ultimo richiamata che le leggi della repubblica che modificano i principi fondamentali di cui al primo comma dell'articolo precedente abrogano le norme regionali che siano in contrasto con esse.

Peraltro l'articolo 1, comma 3 del D.P.R. n. 554/1999 ha - come noto - stabilito che le regioni applichino le disposizioni del regolamento sino all'adeguamento della propria legislazione ai principi desumibili della legge.

A tale riguardo si è osservato criticamente che non è stato effettuato nella specie il pur richiesto accertamento di quella concreta incompatibilità fra la normativa regionale e la legge 109/1994 alla cui sussistenza è condizionato l'effetto abrogativo di cui all'articolo 10 della legge n. 62/1953.

Infatti, qualora il contrasto tra principi di fonte statale e norme regionali anteriori non si configuri in termini di vera e propria incompatibilità, esso potrà generare una questione di legittimità costituzionale delle (sole) norme regionali diventate difformi dai nuovi principi (in quanto esse sono comunque costituzionalmente vincolate al rispetto dei principi fondamentali), ma non sarà comunque prospettabile una loro abrogazione.

E' quindi da escludersi che l'ente pubblico territoriale debba ritenersi vincolato - come lascerebbe trasparire il testo di cui all'articolo 1, comma 3, del D.P.R. n. 554/1999 - a tutte le norme della legge statale anche se non recanti principi fondamentali.

Si deve parimenti [anzi, a maggior ragione, n.d.r.] escludere l'assoggettamento della potestà legislativa regionale alle norme regolamentari che, per loro natura, non recano principi generali.

La ridetta norma, inoltre, pretende di trovare applicazione anche per le regioni a statuto speciale e province autonome, mentre l'ambito oggettivo di operatività dell'articolo 10 della legge n. 62/1953 è circoscritto solamente a quelle ordinarie.

Si tratta pertanto di un'autonoma regolamentazione della materia, illegittima costituzionalmente, essendo inammissibile che una fonte di rango secondario disponga la propria prevalenza, ancorché temporanea, sulla normativa legislativa regionale.

In tale contesto lo Stato, nel ricorso avverso la legge sarda che ha ridisciplinato la materia dopo l'annullamento del regolamento sull'albo regionale appaltatori, rivendica la competenza esclusiva nella materia della qualificazione, rientrando nella tutela della concorrenza, ragione per la quale l'albo regionale appaltatori, già previsto nel regolamento annullato dal Tar cagliaritano e "legificato" dalla legge regionale impugnata, viene considerato strumento di indebita compartimentazione del mercato.

In verità la tesi regionalista sul sistema unico di qualificazione di cui al d.p.r. 34/2000 si incentra sul solo diniego della esclusività dello stesso, nel senso che, ferma restando la competenza in materia dello stato, alle regioni non sarebbe precluso di instaurare propri sistemi di qualificazione concorrenti con quello nazionale.

Ed in effetti l'iscrizione all'albo appaltatori sardo si configura per le imprese come possibilità aggiuntiva e non sostituiva rispetto al possesso dell'attestazione SOA.

Quindi il timore - avanzato nel ricorso statale - della necessità per le imprese, che intendessero concorrere a pubblici appalti nelle venti regioni italiane, di dover ottenere venti qualificazioni regionali pare infondato, in quanto per concorrere alle gare in Sardegna occorre alternativamente o l'iscrizione all'albo regionale o l'attestazione SOA.

Le imprese che non vogliono accedere alla qualificazione regionale ben possono, dunque, partecipare alle gare, esibendo l'attestato.

Nel contempo l'esistenza di albi regionali (l'iscrizione ai quali, come nel caso della Sardegna, è pressoché gratuita, a differenza di quanto avviene per il conseguimento dell'attestazione) ben potrebbe soccorrere alle esigenze di quelle imprese di dimensioni più modeste che non intendano partecipare a gare fuori regione e dunque sobbarcarsi gli oneri dell'attestato SOA.

§§§

La pronuncia n. 303/2003 della Consulta offre più di un motivo di interesse anche al di là del merito relativo al vaglio della più recente normativa in tema di localizzazione e realizzazione delle infrastrutture strategiche di interesse nazionale.

Anzi si deve dire che il complesso della normativa de qua resiste in sostanza efficacemente allo scrutinio di legittimità costituzionale, rilevandosi da parte del giudice delle leggi che le attribuzioni regionali non sono lese avvenendo la individuazione delle opere strategiche previa intesa con le regioni.

E' questo, d'altronde, il motivo per cui viene di converso dichiarata l'incostituzionalità dell'intero d.lgs. 198/2002 in tema di infrastrutture di telecomunicazione.

In tal caso infatti viene aprioristicamente stabilito che tali infrastrutture sono compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica e sono realizzabili in ogni parte del territorio comunale anche in deroga agli strumenti urbanistici e ad ogni altra disposizione di legge o di regolamento.

Il decreto viene caducato dalla pronuncia in commento, in sostanza, perché prevede che i soggetti interessati alla installazione delle infrastrutture sono abilitati ad agire in assenza di un atto che identifichi previamente, con il concorso regionale, le opere da realizzare, sulla scorta di un mero piano di investimenti delle società concessionarie (par. 35 della parte in diritto).

Ma la decisione fornisce alla Corte l'occasione soprattutto per affermare importanti principi di portata generale in merito al riparto delle competenze legislative nel nuovo assetto costituzionale risultante dalla riforma del Titolo V.

Il riferimento è alla potestà legislativa regionale "residuale", che dovrebbe escludere ogni intervento dello Stato nelle materie in essa comprese.

La Consulta non è di questo avviso.

Infatti la Corte sostiene (par. 2.1. del diritto) che *<<limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principî nelle materie di potestà concorrente vorrebbe dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze.[...]*

<<Anche nel nostro sistema costituzionale sono presenti congegni volti a rendere più flessibile un disegno che, in ambiti nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse, rischierebbe di vanificare, per l'ampia articolazione delle competenze, istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita, le quali, sul piano dei principî giuridici, trovano sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della Repubblica.

<<Un elemento di flessibilità è indubbiamente contenuto nell'art. 118, primo comma, Cost., il quale si riferisce esplicitamente alle funzioni amministrative, ma introduce per queste un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida la stessa distribuzione delle competenze legislative, là dove

prevede che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

<<E' del resto coerente con la matrice teorica e con il significato pratico della sussidiarietà che essa agisca come subsidium quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere; ma se ne è comprovata un'attitudine ascensionale deve allora concludersi che, quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato.

<<Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto.>>

Ciò premesso, la Consulta chiarisce (par. 2.3.) <<che la mancata inclusione dei "lavori pubblici" nella elencazione dell'art. 117 Cost., diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni.

<<Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti.>>.

Nel contempo, però, viene dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 15 della legge obiettivo (443/2001), per il rilievo che, trattandosi comunque di materia oggetto di potestà concorrente, allo Stato è precluso dettare in proposito norme regolamentari.

<<Se quindi, come già chiarito, alla legge statale è consentita l'organizzazione e la disciplina delle funzioni amministrative assunte in sussidiarietà, va precisato che la legge stessa non può spogliarsi della funzione regolativa affidandola a fonti subordinate, neppure predeterminando i principi che orientino l'esercizio della potestà regolamentare, circoscrivendone la discrezionalità.>> (par. 7).

Alla luce di tali principi si deve quindi presumere, non potendosi ipotizzare una rinuncia dello Stato a disciplinare la materia (non solo per quanto riguarda le infrastrutture strategiche), l'avvio di un processo di "rilegificazione" dei lavori pubblici.

Un discorso consimile viene infine fatto per l'edilizia, con riferimento al recente Testo unico.

<<11.1. - E' innanzitutto da escludersi che la materia regolata dalle disposizioni censurate sia oggi da ricondurre alle competenze residuali delle Regioni, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost.

<<La materia dei titoli abilitativi ad edificare appartiene storicamente all'urbanistica che, in base all'art. 117 Cost., nel testo previgente, formava oggetto di competenza concorrente.

<<La parola "urbanistica" non compare nel nuovo testo dell'art. 117, ma ciò non autorizza a ritenere che la relativa materia non sia più ricompresa nell'elenco del terzo comma: essa fa parte del "governo del territorio".

<<Se si considera che altre materie o funzioni di competenza concorrente, quali porti e aeroporti civili, grandi reti di trasporto e di navigazione, produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, sono specificamente individuati nello stesso terzo comma dell'art. 117 Cost. e non rientrano quindi nel "governo del territorio", appare del tutto implausibile che dalla competenza statale di principio su questa materia siano stati estromessi aspetti così rilevanti, quali quelli connessi all'urbanistica, e che il "governo del territorio" sia stato ridotto a poco più di un guscio vuoto.>>.

30. La qualificazione negli appalti di importo pari o inferiore a 150.000 euro.

Come noto, obbedendo alla direttiva della legge quadro, l'art. 28 del dpr 34/2000 ha dettato disposizioni per assicurare la presenza di requisiti di carattere tecnico organizzativo nelle imprese che eseguono lavori pubblici d'importo inferiore a 150.000 euro.

Secondo la relazione d'accompagnamento al decreto, in ragione della preoccupazione che un'area molto significativa delle commesse pubbliche sarebbe stata del tutto sottratta ad ogni regola di qualificazione, si è inteso introdurre un "*correttivo volto a fissare un regime qualificatorio di tono minore*", limitato all'accertamento del possesso in capo all'impresa di alcuni requisiti d'idoneità tecnica e strutturale - in termini di lavori eseguiti, di personale e di attrezzatura tecnica - con esclusione quindi (asseritamente) di ogni requisito finanziario.

Si è così perseguita una strada diversa rispetto al regime precedente, nel quale per gli appalti non soggetti al possesso dell'iscrizione ANC era stabilita una regola di qualificazione, invero minimale, costituita dall'iscrizione dell'impresa alla Camera di commercio.

La disposizione in realtà presenta diverse difficoltà interpretative ed applicative, derivanti dalla propria sede (in calce al titolo che disciplina i requisiti per la qualificazione SOA) e dalla esplicita precisazione (3° comma) che i requisiti di che trattasi sono non solo documentati ma anche "determinati" secondo le regole stabilite per il rilascio dell'attestazione.

In effetti, la disciplina dettata dall'art. 28 è di per sé eccessivamente scarna e lascia non regolate tutta una serie di fattispecie e di ipotesi.

Si trascrive il primo comma dell'art. 28:

<<Fermo restando quanto previsto dal regolamento generale in materia di esclusione dalle gare, le imprese possono partecipare agli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro qualora in possesso dei seguenti requisiti di ordine tecnico-organizzativo:

a) importo dei lavori 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 lettera a);

c) adeguata attrezzatura tecnica.>>.

Si veda ad esempio (fattispecie regolata dal comma 10, ultimi periodi, dell'art. 18 d.p.r. 34/2000) il computo della retribuzione del titolare nelle imprese artigiane e individuali al fine della determinazione del costo complessivo per il personale; circostanza, questa, non di poco momento, tenuto conto che a

"fermarsi", almeno in una prima fase, alla qualificazione ex art. 28 è presumibilmente proprio quest'ultima tipologia di imprese.

Quindi la ricostruzione della regolamentazione ex art. 28 come tassativa, pure presente nelle fonti, appare probabilmente peccare di sbrigatività, dovendosi viceversa distinguere tra le varie ipotesi ed ammettendo, in particolare, il ricorso all'analogia in *bonam partem*.

In sintesi, si può accennare ad almeno due distinte problematiche:

a) l'applicazione anche a tali appalti delle regole per la "determinazione" del requisito definito dall'art. 28, così come dettate dagli artt. 18 ss. del regolamento;

b) l'applicazione anche a tali fattispecie delle regole finalizzate ad integrare requisiti "alternativi" rispetto a quelli fissati dallo stesso art. 28, in eventuale difetto di questi ultimi da parte del concorrente.

Per quanto riguarda entrambi i problemi, viene in rilievo la più generale tematica dell'applicazione analogica delle norme, per cui in tesi nulla dovrebbe escludere, per quanto non disciplinato dalla normativa specifica sugli appalti al di fuori del sistema unico di qualificazione, l'utilizzo delle consimili regole dettate per gli appalti di importo superiore a 150.000 euro.

Per altro verso, potrebbero ostare ad un'integrazione della disciplina, come quella prospettata, due ordini di considerazioni:

- la già richiamata tassatività dei requisiti fissati dal sistema di qualificazione stesso (in tal senso già la seconda circolare del Min. LL.PP. sul nuovo sistema di qualificazione, che così si esprimeva: "*il livello di requisiti dettato dal citato articolo 28 deve intendersi come inderogabile da parte della stazione appaltante, che non può prevedere requisiti maggiori o ulteriori rispetto a quelli fissati dalla norma*");

- la natura dichiaratamente "semplificata" del regime dettato per gli appalti minori, per cui dovrebbe essere esclusa l'applicazione di quelle regole che, in contrasto con i principi costituzionali di proporzionalità e di ragionevolezza, potrebbero condurre, in realtà, ad omogeneizzare la disciplina dei due tipi di appalto.

In tal senso, dovrebbe essere comunque esclusa l'applicazione di tutte quelle regole stabilite dal titolo III che vadano ad aggravare il requisito ex art. 28: ad esempio, il raggiungimento in ogni anno e non nell'arco complessivo del quinquennio della percentuale del 15% della cifra d'affari relativa alla spesa per il personale.

Per quanto attiene specificamente il problema sopra indicato sub b), viene inoltre in considerazione il principio del diritto comunitario - di carattere generale nella materia degli appalti - in base al quale è ammessa motivatamente la prova di una qualificazione adeguata all'esecuzione dell'appalto anche a prescindere dai requisiti richiesti dall'amministrazione, mediante l'esibizione di qualsiasi documento che possa essere sufficiente allo scopo (nella specifica materia dei lavori cfr. l'art. 26, 3° comma dir. 93/37).

Infatti, tenendo conto della circostanza che si tratta di appalti sottratti per definizione al sistema formale di qualificazione istituito dal dpr 34 (e valevole per le sole imprese italiane: art. 3, 7° comma), non si vedrebbero ragioni perché l'impresa non possa invocare a proprio favore requisiti diversi ed alternativi

rispetto a quelli previsti "in senso stretto" dalla norma, soprattutto se si tratta in realtà di requisiti ammessi in via generale per il conseguimento dell'attestazione SOA.

Non ammettere tali benefici per i soli appalti "dal tono qualificatorio minore" apparirebbe una penalizzazione decisamente eccessiva.

Cercando di precisare la portata del primo problema sopra prospettato, si può accennare, ad esempio, alla questione se l' "adeguata attrezzatura tecnica" di cui alla lett. c) del primo comma dell'art. 28 debba essere determinata secondo i parametri di cui ai commi 9 e 10 dell'art. 18.

In merito la citata seconda circolare ministeriale così si esprime:

"Per quanto riguarda il requisito dell'attrezzatura tecnica, l'articolo 28, comma 1, lettera c) prescrive che essa debba essere "adeguata" senza fornire ulteriori specificazioni in ordine alle modalità di valutazione.

Si ritiene che la sussistenza del requisito non deve essere necessariamente verificata in termini di relazione proporzionale tra ammortamento e cifra d'affari, [...] ma può essere valutata in rapporto alla natura ed all'importo dell'appalto da affidare.

[...] Poiché è possibile che l'assenza di un chiaro parametro di "adeguatezza" possa generare difficoltà in sede di gara, nella concreta valutazione della sussistenza del requisito, con inevitabile contenzioso, si suggerisce alle amministrazioni appaltanti di inserire nel bando una specifica descrittiva dell'attrezzatura tecnica che si ritiene "adeguata" per la realizzazione dell'intervento e che l'impresa può avere, indifferentemente, in proprietà, in locazione finanziaria o in noleggio.

Ovviamente, al fine di non rendere eccessivamente rigido il criterio di valutazione, è opportuno che le amministrazioni appaltanti, sempre nel bando di gara, precisino che è consentito alle imprese candidate che non siano in possesso dell'attrezzatura specificata, di dimostrare con la produzione di idonea relazione tecnica l'equivalenza dell'attrezzatura posseduta rispetto a quella richiesta."

La tesi ministeriale sembra di fatto condivisibile (per le ragioni sopra espresse) anche se l'affermazione che la norma si limita a prescrivere che l'attrezzatura deve essere adeguata "senza fornire ulteriori specificazioni" sembra per l'appunto aggirare (e ignorare) il problema costituito dal comma 3° della disposizione in commento.

In realtà, mentre la lett. b) del 1° comma dell'art. 28 fornisce un'autonoma definizione dell' "adeguato organico" per gli appalti di che trattasi - rispetto a quella fornita in termini generali dal comma 10 dell'art. 18 -, la lettera c) si limita a menzionare una nozione (l'adeguata attrezzatura tecnica) che è definita altrove nel regolamento.

Non solo: a tale definizione viene fatto espresso rinvio (mediante il comma 3): il requisito è determinato secondo quanto previsto dal titolo III.

Invece, nella specie un dato prettamente finanziario viene tramutato, a mezzo circolare, in dato tecnico (da analizzare nel merito).

Se la tesi ministeriale, in fine, accenna al sopra accennato principio comunitario dell' "equivalenza" del requisito posseduto rispetto a quello richiesto (forse cercando di trovare un fondamento normativo all'indicazione fornita, di carattere sostanzialmente pretorio), viene da chiedersi perché allora tale principio non possa valere anche ai fini del conseguimento dell'attestazione, con possibile deroga di quanto stabilito dall'art. 18.

Il problema, quindi, rimane.

Non si può dire, invece, che sia la questione qui trattata a fondare la pretesa che i lavori di cui alla lett. a) della norma in commento siano da intendersi quali lavori "analoghi" o "similari".

Già la prima circolare ministeriale si era posta il problema se i lavori eseguiti nel quinquennio antecedente il bando debbano o meno essere assimilabili a quelli oggetto del contratto da affidare, "non contenendo la norma alcuna specificazione", concludendo che detta correlazione, quanto meno in termini di analogia, deve comunque sussistere.

Secondo il ministero, infatti, per tutti gli esecutori di lavori pubblici, indipendentemente dall'importo degli stessi e quindi dall'appartenenza o meno al sistema unico di qualificazione, proprio la legge 109/1994 all'articolo 8, comma 1 impone in linea generale il possesso di una professionalità qualificata, che altrimenti non potrebbe intendersi se non come requisito riferito alla specificità dell'attività esercitata.

Perciò i lavori eseguiti dall'impresa che concorre all'affidamento di appalti di valore inferiore ai 150.000 Euro non dovrebbero che avere caratteristiche simili (seppure non esprimibili in termini di categoria secondo il sistema unico) a quelle che connotano i lavori da affidare.

La seconda circolare ribadisce che la stazione appaltante deve specificare nel bando le caratteristiche del lavoro richiesto, al fine di consentire anche la partecipazione di imprese che abbiano eseguito lavori diversi, che presentino tuttavia una correlazione tecnica oggettiva con i lavori da eseguire.

Anche l'Autorità di vigilanza ha più volte ribadito il necessario nesso di analogia, specificandolo nei "bandi tipo", mentre nella coeva determinazione n. 25/2001 ha affermato che i concorrenti negli appalti in questione devono documentare di aver eseguito lavori di natura analoga a quelli da affidare oppure essere in possesso di attestazione di qualificazione in una categoria "coerente" con la natura dei lavori da affidare.

Si tratta di indicazioni di fatto ragionevoli, ma dal carattere assolutamente pretorio.

Deve premettersi che, contrariamente a quanto affermato nella relazione al regolamento, e alla stessa qualificazione giuridica data dalla norma alla fattispecie (comma 1), il requisito sub a) è un requisito di capacità economico-finanziaria e non di capacità tecnico-organizzativa.

Non si tratta altro, infatti, che della cifra d'affari (svolta mediante attività diretta) non inferiore all'importo della qualificazione richiesta nell'appalto.

La cifra d'affari dell'impresa è requisito che ai sensi del comma 2 dell'art. 18 - e, si può dire, di tutta la normativa sugli appalti (per gli appalti di lavori cfr. l'art. 26, 1° comma lett. c) della dir. 93/37) -

dimostra per l'appunto la capacità economica e finanziaria dell'impresa stessa (cd. fatturato generico) e non la capacità tecnica.

D'altronde non si vede come il solo fatturato complessivo in un dato periodo possa, di per sé, dimostrare una qualificazione tecnica dell'impresa specifica rispetto a determinate prestazioni.

In effetti, in quanto la legge parla di requisiti di carattere organizzativo e tecnico si prospetta, sotto tale profilo, una possibile violazione del citato criterio direttivo da parte del regolamento.

Ma è semmai questo il punto da far valere, mentre non pare plausibile ovviare all'eventuale erroneità della norma mediante atti inidonei allo scopo come circolari o determinazioni.

Quindi, delle due l'una:

- o la norma è da interpretare per come è scritta, e in base alla ratio del divieto di ulteriore aggravamento del requisito non deve farsi alcun riferimento alla natura e tipologia dei lavori eseguiti;

- o la norma, ex comma 3, deve essere integrata con le regole dell'art. 18 del regolamento, ma queste non istituiscono in tema di fatturato generico alcuna relazione con la natura dei lavori oggetto dell'appalto, né in termini di identità né in termini di analogia, limitandosi ad una corrispondenza tra l'importo della cifra d'affari (dato finanziario-contabile) e l'importo della qualificazione necessaria.

In realtà, quindi, la tesi espressa tanto dal Ministero quanto dall'Autorità di vigilanza finisce per cumulare due tipologie distinte di requisiti e per fissare, a seguito di tale cumulo, un requisito di capacità tecnica per gli appalti sotto i 150.000 euro che è addirittura superiore a quello stabilito per le imprese che ambiscono alla qualificazione SOA.

Esso infatti ex art. 18, comma 5 lett. b) è solo del 90% e non del 100% (come nell'art. 28) di quello della classifica richiesta, cioè della fascia di appalto per cui si concorre.

Mentre risulta comunque violato il comma 3 dell'art. 28 che impone che il requisito venga determinato secondo le regole stabilite dal titolo III e non altre.

Né vale opporre l'esigenza di qualificazione espressa dalla legge (indipendentemente dall'importo dell'appalto), in quanto tale esigenza ai sensi dell'art. 8, comma 1-quinquies viene definita esclusivamente dalla normativa regolamentare (di delegificazione) peraltro ritenuta inderogabile dalle medesime fonti.

Riguardo alla seconda questione sopra accennata (applicabilità di requisiti alternativi a quelli indicati dall'art. 28), si può accennare, a titolo esemplificativo, al problema dell'applicabilità anche sotto i 150.000 euro della disposizione di cui all'art. 18, comma 14 del d.p.r. 34/2000.

Sul punto la citata seconda circolare ministeriale si esprime positivamente, affermando che sono lavori utili ai fini dell'ammissione alla gara non solo quelli effettivamente svolti dall'impresa, ma anche quelli eseguiti da altro soggetto, sotto la responsabilità del direttore tecnico dell'impresa richiedente, qualora l'impresa abbia assunto tale figura professionale nel proprio organico.

"Infatti, il requisito è di natura tecnico organizzativa e pertanto la sua sussistenza, ai sensi del comma 3 dell'articolo 28, è determinata e documentata secondo quanto previsto dal titolo III del regolamento di qualificazione.

All'interno del titolo III ora citato, l'articolo 18, comma 14, consente la dimostrazione dei lavori eseguiti attraverso l'esperienza professionale del proprio direttore tecnico.

La facoltà di avvalersi dell'esperienza del direttore tecnico vale anche con riferimento all'importo dei lavori eseguiti, ai fini della determinazione del diverso requisito del costo del lavoro di cui all'articolo 28, comma 1, lettera b, salvi in ogni caso gli abbattimenti ivi previsti. "

La tesi è condivisibile e di mostra la possibilità di un'integrazione in via interpretativa - guidata dalla citata ratio di favor per l'impresa - dell'art. 28.

Essa inoltre parrebbe dover essere estesa, ad esempio, anche alla modalità alternativa di determinazione dell'adeguato organico medio di cui al secondo periodo del comma 10 dell'art. 18, nonostante la lettera del punto b) dell'art. 28, primo comma ed il carattere autonomo della definizione dell'adeguato organico ivi dettata.

31. In particolare, l'adeguata attrezzatura tecnica.

Nel caso affrontato dal Tar Sicilia - Catania, 856/2002, la stazione appaltante, in una gara informale per l'affidamento di un cottimo di circa 78 milioni di lire, aveva richiesto la presentazione di autocertificazione attestante il possesso o la disponibilità delle attrezzature necessarie ai lavori, con specifica indicazione dei numeri di telai o immatricolazione.

Un concorrente, in possesso della maggior parte delle attrezzature e mezzi per i lavori in questione, si riservava di acquistare le ulteriori attrezzature (macchine traccialinee e dime) solo in caso di aggiudicazione.

Pertanto, dichiarava la proprietà dell'attrezzatura tecnica già in suo possesso (camion, betoniera, trapani, gruppo elettrogeno, martelletto elettronico), indicandone i numeri di immatricolazione e la precisa tipologia; invece, per la traccialinee e le dime dichiarava di poterne avere la pronta disponibilità.

La ditta, che si sarebbe aggiudicata la gara, avendo presentato la migliore offerta, veniva invece esclusa dal seggio di gara, "non avendo la ditta medesima indicato il numero di matricola della traccialinea".

Il Tar etneo nella specie dichiara la lettera-invito illegittima nella parte in cui ha prescritto la presentazione di autocertificazione con la specifica indicazione dei numeri di matricola o telaio di tutti i mezzi.

Tale prescrizione si traduce infatti nell'impossibilità di partecipare alla gara per tutte le imprese che non abbiano già in proprietà o locazione i mezzi necessari per i lavori, con conseguente ingiustificata restrizione della partecipazione per le imprese medesime, in aperta violazione della normativa di riferimento.

I giudici richiamano allo scopo il disposto dall'art. 21 del decreto legislativo n. 406/91, prevedente, alla lettera c), relativamente alla capacità tecnica, che, al momento della gara, l'impresa debba essere nelle condizioni di prevedere, e quindi possa dichiarare che prima dell'inizio previsto per l'esecuzione dell'appalto la disponibilità materiale di tale dotazione verrà acquisita.

Ciò, atteso che la verifica dei requisiti di capacità tecnica "non implicano il possesso immediato e attuale di tutte le attrezzature necessarie all'appalto, del tutto superfluo quando l'interessato non è in grado di conoscere se egli otterrà o meno l'aggiudicazione", onde evitare di chiedere agli imprenditori attrezzature o equipaggiamenti che abbiano l'effetto di favorire alcuni a scapito di altri (cfr. Consiglio di Stato, Sez. 5^a, n. 279 del 19.3.1996).

Viene inoltre ricordato quanto affermato dalla giurisprudenza che, pur non escludendo che le Amministrazioni possano fissare nei bandi le modalità di dimostrazione della capacità tecnica, impone che i requisiti richiesti siano logici, congrui ed adeguati in relazione all'oggetto della gara, e non siano tali da preconstituire posizioni di privilegio in favore di pochi soggetti, o da determinare preclusioni all'accesso al mercato di nuove imprese (cfr. Consiglio di Stato, Sez. 6^a, n. 1770 del 27.3.2001), determinate da carenze meramente formali (Consiglio di Stato, Sez. 5^a, n. 2711 del 15 maggio 2001).

La pronuncia del Tar appare del tutto condivisibile. La richiesta di specifica indicazione dei numeri di telai o immatricolazione risulta, infatti, difforme anche dalle indicazioni date a suo tempo con la seconda circolare ministeriale sul sistema di qualificazione, per la quale, al fine di non rendere eccessivamente rigido il criterio di valutazione, le amministrazioni appaltanti dovevano consentire alle imprese candidate, non in possesso dell'attrezzatura specificata, di dimostrare con la produzione di idonea relazione tecnica l'equivalenza dell'attrezzatura posseduta rispetto a quella richiesta.

Volendo dare uno sguardo ai "bandi tipo" dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, si può notare che gli stessi da un lato non prevedono l'indicazione in bando dell'attrezzatura attesa, dall'altro si limitano a richiedere un elenco dell'attrezzatura posseduta "o disponibile".

Quindi, se anche in questo caso pare accolta la tesi ministeriale per cui non si tratta di un dato finanziario, di tale disposizione di bando-tipo pare potersi dare una lettura conforme al principio giurisprudenziale qui in commento, potendo essere indicata anche attrezzatura di cui si prevede di disporre in sede di esecuzione.

Ma anche rispetto all'art. 18 del d.p.r. 34/2000 il richiamo ai principi comunitari, contenuto nella pronuncia in commento, comporta un qualche problema. Per le direttive comunitarie, infatti, i requisiti di capacità tecnica non implicano il possesso immediato e attuale di tutte le attrezzature necessarie all'appalto, onde evitare di chiedere agli imprenditori attrezzature o equipaggiamenti che abbiano l'effetto di favorire alcuni a scapito di altri.

Ma allora ci si può domandare se la presunzione assoluta contenuta, sul punto, nelle regole del sistema nazionale di qualificazione possa essere compatibile con il diritto comunitario.

Se è vero infatti che il sistema di qualificazione, a ben vedere, considera l'attrezzatura nel quadro delle evidenze finanziarie dell'impresa, è indubitabile che comunque esso pretende che il minimo necessario ad integrare i canoni di ammortamento o di locazione richiesti debba comunque essere presente nel patrimonio dell'impresa al momento della richiesta di attestazione Soa e quindi della gara, e non semplicemente in sede di esecuzione.

32. Ancora sul problema dei lavori analoghi.

La quinta sezione di Palazzo Spada (sent. 2700/2002) ha affermato che non è legittima la previsione di un requisito ulteriore per la partecipazione alla gara rispetto alla disciplina dell'art. 28 del DPR 34/2000 in quanto tale disposizione, per lavori di importo inferiore ai 150.000 euro, non richiede alcuna speciale qualificazione riconducibile alla natura dei lavori già eseguiti.

Esso infatti si limita a prevedere soltanto per gli interventi su immobili vincolati che le imprese partecipanti abbiano svolto lavori "analoghi".

Del resto - prosegue il Consiglio di Stato - tale previsione è coerente con il disposto dell'art. 1 del medesimo regolamento che, al secondo comma, fissa l'obbligo della qualificazione solo per i lavori di importo superiore alla soglia di 150.000 euro.

Con la precedente sentenza della stessa sezione n. 352/2002 il supremo consesso di giustizia amministrativa aveva evitato di pronunciarsi sulla medesima questione, rilevando che nella specie non vi era stata tempestiva impugnativa della lettera invito, onde la legittimità dell'azione amministrativa andava effettuata alla stregua delle disposizioni in essa contenute.

Le indicazioni fornite tanto dal Ministero LL.PP. quanto dall'Autorità di vigilanza erano nel senso che i lavori eseguiti nel quinquennio antecedente il bando (cifra d'affari in lavori) dovessero essere assimilabili a quelli oggetto del contratto da affidare.

Secondo tale indirizzo, stante la necessità del possesso di una professionalità qualificata, che altrimenti non potrebbe intendersi se non come requisito riferito alla specificità dell'attività esercitata, i lavori eseguiti dall'impresa che concorre all'affidamento di appalti di valore inferiore ai 150.000 euro non dovrebbero avere caratteristiche simili (seppure non esprimibili in termini di categoria secondo il sistema unico) a quelle che connotano i lavori da affidare.

A tale orientamento, insieme alle considerazioni svolte nella specie dal Consiglio di Stato, si poteva peraltro opporre un'ulteriore argomento.

Infatti in detta materia si pone l'alternativa che o l'art. 28 è da interpretare per come è scritto (onde in base alla ratio del divieto di ulteriore aggravamento del requisito non deve farsi alcun riferimento alla natura e tipologia dei lavori eseguiti), o la norma, ex comma 3, deve essere integrata con le regole dell'art. 18 dello stesso regolamento, ma queste non istituiscono in tema di cifra d'affari (fatturato generico) alcuna relazione con la natura dei lavori oggetto dell'appalto, limitandosi ad una corrispondenza tra l'importo di quest'ultima e quello della qualificazione necessaria.

Né valeva opporre l'esigenza di qualificazione espressa dalla legge (indipendentemente dall'importo dell'appalto), in quanto tale esigenza ai sensi dell'art. 8, comma 1-quinquies viene definita esclusivamente dalla normativa regolamentare (di delegificazione) peraltro inderogabile (art. 1, 4° comma).

33. La documentazione del possesso dei requisiti ed i relativi controlli.

Il termine del periodo transitorio comporta, sotto il profilo della verifica dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa delle imprese concorrenti, una radicale semplificazione dei bandi, che in ragione delle peculiari regole vigenti sino al 31 dicembre 2001 avevano visto le stazioni appaltanti costrette ad impingere nel merito di evidenze e dati contabili e fiscali di non agevole trattamento da parte di professionalità non particolarmente aduse alla materia tributaria e societaria.

I nuovi bandi per lavori sopra i 150.000 euro comportano, infatti, esclusivamente l'accertamento del possesso dell'attestazione di qualificazione rilasciata da una SOA per le categorie e classifiche richieste, mentre al di sotto di tale soglia le stazioni appaltanti continuano a dover effettuare in proprio le verifiche relative al possesso dei, sia pur semplificati, requisiti di cui all'art. 28 del citato d.p.r. n. 34/2000.

Dunque, come affermato più volte dall'Autorità di vigilanza (det. 10/2002) per le tipologie di gare sopra i 150.000 euro le stazioni appaltanti "non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi" da quelle indicate nel D.P.R. n. 34/2000 e nella considerazione che "l'attestazione di qualificazione (ove legittimamente conseguita) rilasciata a norma del regolamento (medesimo) è sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria" (art. 1, comma 2, D.P.R. indicato).

Unica eccezione è prevista per "per le imprese stabilite in altri Stati aderenti all'Unione europea" (art. 3, comma 6 e 7, detto regolamento).

Per le gare di appalto relative a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, invece, la verifica relativa al possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria oltre che di quelli soggettivi, ove l'impresa non abbia già conseguito l'attestazione di qualificazione, spetta direttamente alle stazioni appaltanti le quali, tuttavia, dovranno provvedervi con le medesime modalità previste dal regolamento indicato per le società organismi di attestazione e di cui ai titoli III e IV regolamento medesimo.

Viene, quindi, ulteriormente ribadito che, relativamente ai requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, ove l'impresa concorrente sia in possesso di attestazione di qualificazione, non è consentita alle stazioni appaltanti alcuna possibilità di pretendere alcuna ulteriore documentazione per la comprova del requisito richiesto.

L'art. 10 comma 1 quater resta in vigore, in pratica, solo sotto i 150.000 euro.

Si tratta infatti della norma per cui, come noto, *<<i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, 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 nel 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, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i

provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7.

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.>>.

Il controllo non riguarda i requisiti generali.

Autorita' per la vigilanza sui lavori pubblici, Determinazione del 30 marzo 2000 n. 15/2000: "sono da condividere le indicazioni contenute nella circolare del Ministero dei lavori pubblici prot. 1285/508/333 del 25 ottobre 1995, relative alla obbligatorietà dell'attivazione del procedimento di verifica ed alla sua applicabilità ai soli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi. [...] è da ritenere che l'esplicito riferimento ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi porti ad escludere - per il principio di tassatività delle sanzioni - che gli effetti correlati al mancato adempimento possano estendersi anche al caso di contestuale controllo, disposto dalla stazione appaltante, dei requisiti di carattere generale. Con riferimento ai medesimi, e se non comprovati, può procedersi, in via di autotutela, alla sola esclusione dalla gara per l'impresa inadempiente, senza l'applicazione alla stessa delle ulteriori sanzioni per tale caso non specificamente disposte, salvo ovviamente l'obbligo di denuncia dei fatti costituente reato."

Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Catania sez.I 31/1/2005 n. 143:

1. Il disposto dell'art. 10, comma I quater della Legge n. 109 del 1994, consente la verifica dei soli "requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico organizzativa eventualmente richiesti dal bando di gara..", fra i quali non rientrano quelli contenuti dal certificato generale del casellario giudiziario, dal certificato dei carichi pendenti e dal certificato di ottemperanza ex art. 17 della legge n. 68 del 1999 (Determina dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici n. 15 del 30 marzo 2000).

2. La mancata produzione dei documenti comprovanti i requisiti di carattere generale non comporta, oltre all'esclusione dalla gara, l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 10, comma I quater della legge n. 109 del 19/94, atteso il tenore testuale della stessa (TAR Palermo, 7 giugno 2002, n.1466).

Tribunale Amministrativo Regionale Lazio Latina 11/6/2004 n. 409: Le norme sanzionatorie non possono applicarsi al di fuori dei casi e dei tempi in esse considerati (cfr.: art.14 delle disposizioni sulla legge in generale; art.1, secondo comma, della legge 24 novembre 1981 n.689). Pertanto, le sanzioni previste nel comma 1-quater dell'art. 10 L. 109/1994 non si presentano applicabili con riferimento al comma 1-bis.

Per gli appalti di lavori in regime SOA, vi è la non ulteriore applicabilità della disposizione.

Queste le ragioni esposte già nell'immediatezza della riforma dall'allora Ministero dei Il.pp. nella "Circolare 1/3/2000 n. 182/400/93, DPR 25 gennaio 2000, n. 34 - Prime indicazioni interpretative ed operative":

"Maggiori problemi potrebbero insorgere, nella attuale fase transitoria, con riguardo alla speciale procedura di verifica a campione ai sensi dell'articolo 10, comma I quater, della legge 109/1994, dal momento che in essa si pone l'esigenza per la stazione appaltante di accertare - e per l'impresa di

dimostrare - l'effettivo possesso del requisito, e la documentazione dimostrativa menzionata nel D.P.R. n. 34/2000 non sempre potrebbe presentare dati di facile ed immediata lettura. In materia come è noto questo Ufficio ha avuto modo di individuare alcuni criteri interpretativi ed operativi con la precedente circolare 25 ottobre 1999 n. 1285/508/333 UL, la cui portata va ovviamente adeguata alle nuove norme ora intervenute.

"Innanzitutto, deve dirsi che la procedura di verifica a campione non può interessare quelle imprese che si presentano in gara esibendo l'attestazione di qualificazione rilasciata da una SOA, in quanto per esse - salva l'ipotesi prevista dall'articolo 3, comma 6, del regolamento di qualificazione - l'attestazione stessa costituisce condizione sufficiente alla dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria (art. 1, comma 3, del decreto); viceversa, per gli affidamenti di qualunque importo, nei riguardi delle imprese non ancora avviate al nuovo sistema di qualificazione la stazione appaltante deve procedere agli adempimenti di verifica imposti dalla norma della legge quadro, trattandosi di fattispecie in cui viene in rilievo il possesso di requisiti di capacità economica e tecnico organizzativa."

E' noto che la norma ha suscitato un ampio contenzioso su vari profili, ad esempio circa la perentorietà o meno dei termini previsti.

Consiglio di Stato sez.V 27/10/2005 n. 6003:

APPALTI DI LL.PP. - VERIFICA REQUISITI EX ART.10,C.1QUATER L.109/1994 - DIMOSTRAZIONE POSSESSO REQUISITI - VERIFICA A CAMPIONE - PROCEDURA DISCIPLINATA DALL'ART.10,C.1,QUATER L.109/1994 - VERIFICA IN CAPO ALL'AGGIUDICATARIO E SECONDO CLASSIFICATO - NATURA DEI TERMINI - NATURA SOLLECITATORIA DEL TERMINE IN ASSENZA DI DIVERSA PREVISIONE NELLA LEX SPECIALIS

1. L'art. 10, comma 1-quater, l. 109/1994, contempla due momenti per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente stabiliti nel bando di gara:

- uno, di dieci giorni dalla data (ovviamente di ricezione) della richiesta, per l'esame a campione, su un decimo degli offerenti, prima dell'esperimento della gara. Data l'esigenza di celerità insita nella fase specifica del procedimento, il termine non può che configurarsi come perentorio;

- un altro, per dimostrare tali requisiti, su richiesta, da inoltrare dall'ente entro dieci giorni dalla celebrazione della gara, all'aggiudicatario ed al concorrente che segue. Il termine, per quel che riguarda i destinatari, non è definito dalla legge nella sua misura, né nella sua natura. Questo secondo termine può essere definito perentorio, nel bando o negli altri atti regolatori della gara. Ma se così non è disposto - ed è rimesso a potestà discrezionali dell'amministrazione appaltante - ragioni sostanziali di buon andamento e di affidamento del privato sull'azione amministrativa fanno concludere per un suo carattere meramente sollecitatorio nei riguardi dell'impresa destinataria della richiesta (per questa tesi, confr. V Sezione 16 giugno 2003, n. 3358 e 29 novembre 2004, n. 7758).

Altra questione riguarda il ricalcolo dell'anomalia a seguito dell'esclusione di uno solo tra primo e secondo classificato.

Consiglio di Stato sez.VI 5/9/2005 n. 4512:

**APPALTI DI LL.PP. - VERIFICA DEI REQUISITI AGGIUDICATARIO - ESITO NEGATIVO
VERIFICA - RICALCOLO SOGLIA DI ANOMALIA - NECESSITA' - RAGIONI**

1. Una volta conclusa negativamente la verifica dei requisiti nei confronti dell'aggiudicatario provvisorio, è necessario procedere al ricalcolo della media rilevante ai fini dell'individuazione della soglia di anomalia. Mirano a favore di tale interpretazione una pluralità di argomenti, evidenziati dalla dottrina che, in prevalenza, occupandosi dell'argomento, ha concluso nel senso della necessità di rinnovare in parte la procedura. In primo luogo occorre considerare che, ove il difetto dei requisiti di partecipazione alla gara in capo alla aggiudicataria provvisoria si palesasse prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, la gara si svolgerebbe fra le sole imprese che presentano un'offerta valida (e, quindi, escludendo l'impresa non in possesso dei requisiti). La ratio della norma è quella di considerare comunque "inesistente" l'offerta dei soggetti che non hanno comprovato il requisito di partecipazione, mentre il meccanismo della verifica a campione non si presenta ontologicamente diverso dalla verifica effettuata successivamente alla gara sul primo e sul secondo classificato. L'ammissibilità piena delle due verifiche, quanto a finalità ed effetti, è chiara persino nel tenore testuale dell'art. 10 comma 1 quater che recita, ponendo una chiara relazione fra le due verifiche: "la suddetta richiesta è altresì inoltrata ..." in piena continuità fra verifica a campione e verifica ex post. Va poi considerato che la norma, testualmente, prevede la determinazione della nuova soglia d'anomalia e la conseguente eventuale nuova applicazione senza richiedere espressamente la mancata prova dei requisiti da parte di entrambi i partecipanti, primo e secondo in graduatoria. In definitiva, considerando poi l'argomento teleologico, la ratio della norma (e la sua corretta interpretazione) risulterebbe dall'intento di evitare pericoli di turbativa, che, alterando il calcolo della media ed il controllo sull'anomalia delle offerte, possono condurre ad aggiudicazioni in favore di imprese predeterminate. Ma tali pericoli, invero, sussistono non solo nel caso di mancata prova del possesso dei requisiti di partecipazione da parte di entrambi i soggetti verificati ex post, ma anche nel caso in cui detti requisiti difettino in capo ad uno solo dei soggetti controllati. Le sanzioni comminabili all'impresa che concorre senza possedere i requisiti richiesti (esclusione dalle gare da tre e sei mesi, sanzione amministrativa pecuniaria fino a 50 milioni di vecchie lire) non sembrano tali da escludere "a priori" una tale possibilità di turbativa, specie da parte di consorzi, gruppi societari, imprese collegate o fra loro coordinate. Ciò appare possibile soprattutto per i lavori di più rilevante importo. Le cauzioni sono poste a tutela dell'interesse all'integrità del sistema di qualificazione mentre il ricalcolo della media si impone al fine di tutelare e garantire la "genuinità" dei risultati di gara. L'amministrazione ha un interesse, che deve essere considerato prevalente su quello alla semplificazione del procedimento, a non essere oggetto di condotte tali da poter determinare un'illecita alterazione dei risultati delle gare della P.A. indette. Tale interesse sussiste, ovviamente, anche nel caso in cui sia solo il secondo graduato a non aver comprovato il possesso dei requisiti di partecipazione, falsamente dichiarati, pertanto l'esegesi della norma non ammette alcuna interpretazione riduttiva. Il legislatore non può avere, con la verifica a campione, deciso di non dare rilevanza all'accertamento successivo di false dichiarazioni che potenzialmente possono alterare i risultati di gara.

In senso contrario:

Tribunale Amministrativo Regionale Sardegna sez.I 25/5/2005 n. 1178:

**APPALTI DI LL.PP. - VERIFICA REQUISITI EX ART.10,C.1QUATER - MANCATA
DIMOSTRAZIONE REQUISITI PRIMO E SECONDO CLASSIFICATO - RIDETERMINAZIONE
SOGLIA DI ANOMALIA**

1. La norma contenuta nell'art. 10, comma 1-quater, della L. 11/2/1994 n°109 deve essere intesa nel senso che solo allorquando entrambi i concorrenti (primo e secondo classificato) non siano in regola, può procedersi alla rideterminazione della soglia di anomalia ed alla conseguente nuova aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, IV Sez., ord. 4/6/2002 n°2277, T.A.R. Lombardia - Brescia 3/10/2003 n°1208).

§§§

Tuttavia, il nuovo art. 77-bis del d.p.r. 445/2000, introdotto dall'art. 15 del "collegato ordinamentale" alla finanziaria (L. 16.1.2003, n. 3), induce ad una riflessione circa la compatibilità della peculiare fase procedimentale prevista dall'art. 10 comma 1 quater L. n.109/94 con il principio espresso nella suddetta norma, per cui le disposizioni in materia di documentazione amministrativa contenute nei capi II e III del citato testo unico si applicano a tutte le fattispecie in cui sia prevista una certificazione o altra attestazione, ivi comprese quelle concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali.

Un'analisi articolata e lucida dei rapporti tra art. 10 comma 1 quater L. 109 e disciplina generale dell'autocertificazione è stata compiuta da Consiglio di Stato, sez. V, 9/12/2002 n. 6768.

La questione affrontata da Palazzo Spada riguardava, per l'appunto, l'affermabilità o meno della valenza generale dell'art. 2 d.p.r. 20 ottobre 1998, n.403 (regolamento di attuazione degli artt. 1, 2 e 3 della legge 15 maggio 1997, n.127) che autorizzava, comunque, in mancanza di un'esplicita deroga normativa, il ricorso alla dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà per l'attestazione di stati, fatti e qualità personali nei rapporti con la pubblica amministrazione.

Tale norma, più precisamente, disponeva, al primo comma, che tutti gli stati, fatti e qualità personali non compresi negli elenchi di cui all'articolo 1, comma 1, del suddetto regolamento e all'articolo 2 della legge 4 gennaio 1968, n. 15 fossero comprovati dall'interessato, (si badi) a titolo definitivo, mediante la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà di cui all'articolo 4 della legge 4 gennaio 1968, n. 15.

Il terzo comma soggiungeva che qualora fosse risultato necessario controllare la veridicità delle dichiarazioni di cui al comma 1, nel caso in cui gli stati, i fatti e le qualità personali dichiarati fossero certificabili o attestabili da parte di un altro soggetto pubblico, l'amministrazione procedente entro quindici giorni dovesse richiedere direttamente la necessaria documentazione al soggetto competente.

La materia è stata integralmente disciplinata dal testo unico di cui al d.p.r. 445/2000, che ha provveduto ad un riordino delle disposizioni previgenti.

L'art. 71, al primo comma, stabilisce che le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione, e in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47.

Peraltro, al secondo comma la disposizione soggiunge che i controlli riguardanti dichiarazioni sostitutive di certificazione sono effettuati dall'amministrazione procedente con le modalità di cui all'articolo 43 consultando direttamente gli archivi dell'amministrazione certificante (ovvero richiedendo alla medesima, anche attraverso strumenti informatici o telematici, conferma scritta della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei registri da questa custoditi).

A sua volta, l'art. 43, 1° comma prevede che le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi non possono richiedere atti o certificati concernenti stati, qualità personali e fatti che risultino elencati all'art. 46, che siano attestati in documenti già in loro possesso o che comunque esse stesse siano tenute a certificare.

In luogo di tali atti o certificati i soggetti indicati nel presente comma sono tenuti ad acquisire d'ufficio le relative informazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, dell'amministrazione competente e degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato.

Infine tutti gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell'articolo 46 sono comprovati dall'interessato mediante la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi dell'art. 47 d.p.r. 445/2000.

Tutte queste disposizioni, per effetto dell'art. 77-bis, sono applicabili alle "*procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, ancorché regolate da norme speciali*".

Dunque, viene meno il rapporto di specialità tra l'art. 10 comma 1 quater e la disciplina sopra ricordata, rispetto alla quale la norma della legge "Merloni" appare doppiamente derogatoria: sia per la richiesta della documentazione rivolta direttamente all'interessato anziché, d'ufficio, all'amministrazione competente (tra le situazioni rilevanti per tale norma risultano soggetti al regime di cui agli artt. 43, 46 e 71 d.p.r. 445/2000, in particolare: qualifica professionale posseduta, titolo di specializzazione, di abilitazione, di formazione, di aggiornamento e di qualificazione tecnica; situazione reddituale o economica anche ai fini della concessione dei benefici di qualsiasi tipo previsti da leggi speciali; assolvimento di specifici obblighi contributivi con l'indicazione dell'ammontare corrisposto; mentre tutti gli stati, le qualità personali e i fatti non indicati nell'articolo 46 sono comprovabili ai sensi dell'art. 47 d.p.r. 445/2000); sia per l'anticipazione della verifica ad un momento anteriore all'apertura delle buste, anziché al momento dell'assegnazione del beneficio (aggiudicazione dell'appalto).

Non solo. Anche il termine perentorio di dieci giorni assegnato all'interessato, con le relative sanzioni in caso di inottemperanza, confligge con il disposto del 3° comma dell'art. 71 d.p.r. 445/2000, per cui qualora le dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47 presentino delle irregolarità o delle omissioni rilevabili d'ufficio, non costituenti falsità, il funzionario competente a ricevere la documentazione dà notizia di tale irregolarità all'interessato, che è tenuto alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione; in mancanza, l'unica conseguenza è che il procedimento non ha seguito.

Riprendendo – a questo punto - l'analisi effettuata nella summenzionata pronuncia del Consiglio di Stato, si deve rilevare che in tale occasione i supremi giudici amministrativi avevano mostrato di non ignorare, ed, anzi, di condividere, l'orientamento (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 2 luglio 2001, n. 3602) che già assegnava al regolamento attuativo della L. n.127/97, e segnatamente all'art. 2, valenza generale in tema di semplificazione della documentazione amministrativa, ammettendo l'esercizio delle facoltà ivi attribuite al privato anche nelle procedure selettive per l'aggiudicazione di appalti pubblici.

Tuttavia, nella circostanza, l'attività di verifica prevista dall'art.2 III comma d.p.r. n.403/1998 (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) era apparsa, ai giudici di Palazzo Spada, radicalmente incompatibile con la fase procedimentale di cui all'art. 10 comma 1 quater L. n.109/94.

Infatti, il successivo controllo della veridicità delle dichiarazioni sostitutive comportava la richiesta da parte dell'amministrazione procedente al soggetto competente della necessaria documentazione e, quindi, il definitivo conseguimento di questa comportava la collaborazione di altra autorità ed implicava, di conseguenza, un differimento dei tempi occorrenti per l'accertamento conclusivo della corrispondenza al vero del contenuto dell'autocertificazione.

Quindi, tale rinvio del momento finale della verifica in questione, nella specie, risultava 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 disciplinato dalla norma speciale in questione.

Proseguiva la ricordata pronuncia affermando che l'art. 10 comma 1 quater L. n.109/94 si poneva in un rapporto antinomico con l'art.2 d.p.r. n.403/98, impedendo l'esercizio di una facoltà riconosciuta in via generale dalla seconda disposizione.

Dunque, il relativo contrasto andava risolto in applicazione dei principi che presiedono alla definizione dei rapporti tra norme.

Coerentemente con tali criteri di giudizio, nella circostanza, doveva accordarsi prevalenza all'art. 10 comma 1 quater L. n.109/94, giudicando conseguentemente inapplicabile l'art. 2 d.p.r. n.403/98 alla peculiare fattispecie diversamente regolata dalla prima disposizione.

Tale conclusione, nella specie, si fondava espressamente sull'applicazione del noto criterio *lex specialis derogat generali*, non potendosi dubitare che la norma dettata in tema di procedure di aggiudicazione di lavori pubblici si ponesse 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.

Applicando i suddetti principi, pare altrettanto indubbio che, oggi, il rapporto di specialità tra i due ordini di disposizioni non sia sufficiente a giustificare che le generali disposizioni in materia di documentazione amministrativa contenute nel testo unico non si applichino alle procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, risolvendosi dunque l'antinomia a favore della norma generale e non più della norma speciale.

34. Segue. Le trattative private sotto i 100.000 euro ai sensi dell'art. 24, 1° comma, lett. 0a) della L. 109/1994.

Come sopra detto, pur con le cautele che l'introduzione dell'art. 77-bis d.p.r. 445/2000 impone, negli appalti per importi inferiori a 150.000 euro, in ragione dell'art. 10 comma 1 quater della legge (che invece non si applica alle trattative private: Aut. Vig. LL.PP., atto di regolazione n. 15/2000), vi è necessità di documentare (per le imprese), e di verificare (per le stazioni appaltanti), gara per gara, il possesso dei requisiti prescritti dall'art. 28 del d.p.r. n. 34/2000.

Tali requisiti - con una scelta invero opinabile, operata in sede regolamentare - sostanzialmente non divergono da quelli necessari per il conseguimento dell'attestazione SOA per gli appalti di importo superiore a 150.000 euro (cfr. l'art. 18 del d.p.r. n. 34/2000, e lo stesso tenore del comma 3° dell'art. 28), che peraltro sono accertati da un soggetto professionalmente qualificato (le società organismi d'attestazione, per l'appunto) e a fronte di remunerazione.

Si vuole dire che ciò che non pare conforme, se non altro ai canoni di razionalità di cui agli artt. 3 e 97 Cost., è che:

- per gli appalti sopra tale soglia un'unica attestazione sia sufficiente a partecipare alle gare su tutto il territorio nazionale (per categoria e classifica competente) senza ulteriori adempimenti;

- mentre per gli appalti di minore importo (e per i quali, in ragione del generalissimo principio di proporzionalità delle forme, dovrebbero essere definite procedure più snelle) quella che è, in sostanza, la medesima attività venga effettuata (sia pure su un campione di imprese, sorteggiato in ciascuna gara) in modo polverizzato dalle singole stazioni appaltanti, spesso prive di una adeguata struttura professionale, e con l'effetto di appesantire i singoli procedimenti.

L'esperimento di tale fase sub-procedimentale comporta, come noto, un'ulteriore dilazione dei tempi di gara, contrastando sia con il principio di integrale autocertificabilità degli stati, fatti e qualità personali, sia con il generale principio di non aggravamento del procedimento amministrativo.

Altri profili, non irrilevanti, sono quelli inerenti l'ampio contenzioso cui la norma in questione ha dato e dà luogo, su molteplici aspetti (perentorietà o meno dei termini per la presentazione della documentazione probatoria, natura formale o sostanziale delle inadempienze e sanzioni applicabili, procedimento, ecc.), oltre all'evidente deroga al principio della continuità della gara, essendo le offerte economiche, in ragione dell'effettuazione degli adempimenti necessari alla verifica in questione, esaminate in seduta successiva alla prima.

Anche per questo motivo, l'innovazione introdotta dalla "Merloni-quater" - che ha introdotto la trattativa privata generalizzata fino a 100000 euro - sembra poter meritare adesione, almeno sotto il profilo in cui comporta la non applicazione, ad un consistente segmento di appalti di importo sostanzialmente insignificante, della citata norma di cui all'art. 10 comma 1 quater.