

CAPITOLO V

I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE ALLA GARA

SOMMARIO: Premessa. - 1. I requisiti di ordine generale: la disciplina dettata dall'art. 38 del d.lgs. 163/06. - 2. La moralità professionale ed i reati incidenti sul vincolo fiduciario. - 3. La regolarità contributiva ed il DURC. - 4. Le ipotesi di collegamento tra imprese concorrenti. - 5. Le altre preclusioni alla partecipazione alla gara e alla stipulazione dei contratti d'appalto. - 5.1 Stato di fallimento, di liquidazione coatta e di concordato preventivo. - 5.2 Misure di prevenzione e cause ostative. - 5.3 Divieto di intestazione fiduciaria. - 5.4 Violazioni in materia di sicurezza ed obblighi derivanti dai rapporti di lavoro. - 5.5 Negligenza ed errori gravi nell'attività professionale. - 5.6 Irregolarità fiscali. - 5.7 Falsa dichiarazione nell'anno antecedente alla gara. - 5.8 Rispetto della disciplina in materia di lavoro dei disabili. - 5.9 Sanzioni interdittive. - 5.10 Sospensione e revoca dell'attestazione SOA. - 5.11 Omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione. - 6. Le modalità di verifica di comprova dei requisiti di ordine generale. - 7. I requisiti di idoneità professionale. - 8. I requisiti speciali: capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa. - 8.1 I requisiti di capacità economica e finanziaria. - 8.2 I requisiti di capacità tecnico-organizzativa. - 8.3 La certificazione di qualità. - 9. La qualificazione SOA per l'esecuzione delle opere pubbliche. - 9.1 La qualificazione nei raggruppamenti temporanei di imprese. - 9.2 Il sistema di qualificazione SOA e gli organismi di attestazione. - 10. L'avvalimento. - 11. La verifica a campione di cui all'art. 48 del d.lgs. 163/06: cenni

Premessa

L'esigenza di contrarre da parte delle stazioni appaltanti anche *latu sensu* riconducibili alla pubblica amministrazione con soggetti privati (appaltatori) particolarmente qualificati trae fondamento da un duplice ordine di ragioni, entrambe a tutela delle posizioni dell'amministrazione.

La prima risiede nella circostanza che ogni operatore economico ha uno spiccato interesse a contrarre con le stazioni appaltanti pubbliche sia per il prestigio che ciò comporta, sia per la ragionevole certezza che queste adempiranno puntualmente agli obblighi contrattuali assunti.

Da qui, dunque, è sorta la necessità di ridurre gli aspiranti contraenti ai soli soggetti in grado di fornire adeguate garanzie circa il rispetto delle obbligazioni contrattuali.

La seconda, che è diretta conseguenza della prima e risiede nella circostanza che l'esecuzione di un contratto pubblico (ed in particolare, di un'opera pubblica) consiste in un'attività organizzativa

ed esecutiva complessa che non può essere demandata a chi tali attività non ha mai eseguito, perché ciò inciderebbe sia sulla corretta esecuzione dell'opera, sia addirittura sulla sua effettiva possibilità di venire ad esistenza.

In altri termini, la necessità di reperire un contraente qualificato trova la propria *ratio* nella finalità di impedire che l'esecuzione dell'appalto sia demandata ad un soggetto che non sia in grado di garantire, in quanto privo dei requisiti necessari, la corretta esecuzione delle prestazioni affidate.

1. I requisiti di ordine generale: la disciplina dettata dall'art. 38 del d.lgs. 163/06

Nell'ambito degli appalti pubblici i requisiti che i concorrenti devono possedere ai fini della partecipazione alle gare si distinguono in requisiti di ordine generale e requisiti di ordine speciale.

I requisiti di ordine generale, tradizionalmente definiti di ordine pubblico o di moralità, consistono in condizioni soggettive del concorrente che ne garantiscono l'affidabilità morale.

La mancanza dei requisiti di ordine generale determina l'esclusione dalla partecipazione alle gare e preclude la stipula dei contratti di appalto, di concessione, di subappalto (si parla, dunque, di cause di esclusione).

Diversamente, come sarà approfondito in appresso, i requisiti speciali attengono al grado di esperienza ed alla capacità professionale del concorrente e determinano l'idoneità dello stesso ad espletare a regola d'arte le prestazioni oggetto di gara nonché a far fronte agli impegni contrattuali assunti con la stazione appaltante.

Le cause di esclusione dalla gara sono disciplinate in modo unitario per appalti di lavori, servizi e forniture dall'art. 38 del Codice che recepisce la disciplina contenuta nell'art. 45 della Direttiva CE 2004/18 e la disciplina previgente dettata dall'art. 75 del d.P.R. 554/99 per i lavori, dall'art. 12 del d.lgs. 157/95 per i servizi e dall'art. 11 del d.lgs. 358/92 per le forniture.

Con riferimento all'ambito di operatività dell'art. 38 del Codice, le cause di esclusione trovano applicazione nei settori ordinari e nei settori speciali, stante l'esplicito richiamo all'art. 38 contenuto nell'art. 206 del Codice che contiene l'elencazione delle norme della parte II che si applicano agli appalti di cui alla Parte III.

Con specifico riguardo agli appalti sotto soglia comunitaria di servizi e forniture nei settori ordinari, l'art. 124, comma 7, d.lgs. 163/06 dispone che l'art. 38 trova applicazione sino all'entrata in vigore del regolamento di attuazione al Codice, cui viene demandata l'individuazione, secondo criteri di semplificazione, dei requisiti di idoneità morale e di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria.

Inoltre, per gli appalti di lavori pubblici, nelle more dell'entrata in vigore del nuovo regolamento, continuano ad applicarsi le

Le cause di esclusione alle gare si applicano a tutte le tipologie di appalto, sopra e sottosoglia, nei settori ordinari e speciali

disposizioni del d.P.R. 34/00, relative ai requisiti di ordine speciale degli esecutori di opere pubbliche.

L'art. 38, comma 1-bis, esclude l'applicazione dei casi di esclusione alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario.

Si rammenta, al riguardo, che il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti possono essere disposti, secondo i casi, in sede di giudizio penale nonché in sede di procedimento finalizzato all'applicazione di una misura di prevenzione.

L'art. 38 del Codice, per le finalità ad esso sottese, ha natura di norma di ordine pubblico e si applica a prescindere dal suo richiamo o dal suo inserimento espresso tra le clausole che regolano la singola gara, in applicazione del principio di etointegrazione delle norme imperative (*cf.* TAR Campania Napoli, Sez. I, 1° marzo 2010, n. 1206; TAR Sicilia Palermo, Sez. I, 4 giugno 2009, 103).

La stazione appaltante deve verificare che il possesso dei requisiti di ordine generale da parte dei concorrenti sussista al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte o della domanda di partecipazione (in caso di procedure ristrette e negoziate) e perduri per tutto lo svolgimento della gara sino alla stipula del contratto.

Per i subappaltatori, invece, i suddetti requisiti devono sussistere al momento del rilascio dell'autorizzazione al subappalto.

Circa le modalità di attestazione dei requisiti generali, l'art. 38, comma 2, cit., prevede che l'operatore economico può attestare il possesso di tutti i requisiti elencati nel comma 1 mediante dichiarazione sostitutiva, nella quale devono essere indicate anche le eventuali condanne per le quali sia stato accordato il beneficio della non menzione, in conformità all'art. 77 bis d.P.R. 445/2000.

Resta fermo, in ogni caso, che la stazione appaltante deve procedere alle verifiche in ordine alla sussistenza dei requisiti dichiarati in conformità di quanto disposto dall'art. 38, comma 3, del Codice.

2. La moralità professionale ed i reati incidenti sul vincolo fiduciario.

L'art. 38, comma 1, lett. c), dispone che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti, i soggetti *“nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p. per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di*

Le cause di esclusione non si applicano alle società sottoposte a sequestro o confisca

Le cause di esclusione trovano applicazione anche se non previste in bando (c.d. principio di etero integrazione)

I requisiti di ordine generale devono sussistere alla scadenza del termine di presentazione delle offerte o domande di partecipazione

I requisiti di ordine generale possono essere auto dichiarati in sede di gara

esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale”.

Circa l'ambito soggettivo di applicazione della lett. c), l'esclusione ed il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti:

- del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;
- del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;
- dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice;
- degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio.

Dal tenore della norma, dunque, discende che tutti i soggetti ivi indicati sono tenuti a rendere le dichiarazioni di cui al citato art. 38, comma 1, lett. c), in quanto figure munite di poteri decisionali degli indirizzi e delle scelte imprenditoriali.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'art. 38 non si riferisce a tutti gli amministratori e procuratori muniti di un qualsiasi potere di rappresentanza, in quanto un'estensione della previsione normativa in tal senso risulterebbe irrazionale e di grande complicazione in relazione a strutture organizzative di un certo rilievo (cfr. TAR Calabria, Reggio Calabria, 6 luglio 2008, n. 379).

Il richiamato art. 38, pertanto, “*assume come destinatari tutti coloro che, titolari del potere di rappresentanza della persona giuridica, sono comunque in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta, al soggetto rappresentato. Il criterio per individuare tali soggetti trova un sicuro riferimento nello statuto della persona giuridica*” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 novembre 2008, n. 5913; id. Sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36).

L'insussistenza di condanne definitive riguarda tutti i soggetti indicati dall'art. 38, comma 1, lett. c)

Per individuare i soggetti muniti di poteri di rappresentanza la stazione appaltante deve controllare lo statuto o il certificato CCIAA

La stazione appaltante, quindi, al fine di verificare la sussistenza delle cause di esclusione in esame, deve tenere conto delle risultanze di tutta la documentazione prodotta dall'operatore in sede di gara, in particolare dello statuto o del certificato della Camera di commercio dal quale risultano le cariche sociali, al fine di individuare i soggetti muniti di poteri di rappresentanza della società di fronte ai terzi ed in giudizio.

Al riguardo, si rileva che in ordine all'obbligo di fornire la dichiarazione di cui alla lett. c) da parte dei procuratori speciali o institori, la giurisprudenza non appare univoca.

Infatti, è stato ritenuto che *“l'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, non si riferisce a tutti gli amministratori e procuratori muniti di un qualsiasi potere di rappresentanza, ma contempla espressamente ed esclusivamente i soli amministratori e direttori tecnici. L'estensione della previsione normativa a tutti i procuratori muniti di un qualsiasi potere di rappresentanza, oltre a risultare irrazionale e di grande complicazione in relazione a strutture organizzative di un certo rilievo, risulta persino contraria alla specialità della disciplina, che contempla restrizioni e limitazioni al potere di iniziativa economica del privato e non risulta, pertanto, suscettibile di interpretazione in via analogica, dovendosi, peraltro, escludere che l'esegesi prospettata da parte ricorrente possa essere diversamente qualificata come semplice interpretazione estensiva”* (cfr. TAR Calabria, Reggio Calabria, 8 luglio 2008, n. 378).

Di segno contrario è, invece, il TAR Campania che, in una recente pronuncia, ha sostenuto che *“l'art. 38, d.lgs. n. 163/06, nel prevedere come causa di esclusione dagli appalti pubblici alcune circostanze incidenti negativamente sulla moralità professionale, dispone che, per le società di capitali, debba aversi riguardo alla condizione degli amministratori con poteri di rappresentanza e dei direttori tecnici. Quando né il bando né il disciplinare di gara contengono una enumerazione dei soggetti obbligati a rendere le dichiarazioni ex art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006 il criterio da seguire per l'individuazione di questi ultimi, quando come nel caso di specie si tratti di persone giuridiche (società e consorzi dotati di personalità) è dato dalla riconoscibilità ed ufficialità del potere della persona fisica di trasferire direttamente, al soggetto rappresentato, gli effetti del proprio operato. La ratio è, naturalmente, quella di escludere dalla partecipazione alle gare di appalto le società i cui soggetti che abbiano un significativo ruolo decisionale e gestionale si trovino in alcune delle situazioni descritte nella richiamata disposizione”* (cfr. TAR Campania, Sez. VIII, 3 marzo 2009, n. 1224).

Alla luce delle citate pronunzie, pertanto, ove il bando non preveda diversamente, deve ritenersi che i soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni ex art. 38, siano esclusivamente quelli individuati alla lett. c).

In ogni caso, l'esclusione e il divieto si applicano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di

L'insussistenza di condanne definitive riguarda anche i soggetti cessati dalla gara nel triennio antecedente, salva la dimostrazione di misure di completa dissociazione

pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

Pertanto, la limitazione della capacità di partecipare alle gare si protrae per i 3 anni successivi alla cessazione dalla carica del soggetto condannato, salva l'ipotesi in cui l'operatore economico dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata, quali, ad esempio, l'aver proposto azione di responsabilità sociale (cfr. TAR Lazio Roma, sentenza n. 6502/07) e che l'allontanamento (licenziamento) del soggetto condannato sia stato operato in ragione di tale condotta con totale estromissione da qualsiasi attività dell'impresa (non devono sussistere collaborazioni in corso).

Con riguardo alla tipologia di reati rilevanti ai fini dell'esclusione di cui alla lett. c) la norma non prevede una elencazione tassativa delle fattispecie penalmente rilevanti che incidono sulla moralità professionale e che, in caso di condanna definitiva, determinano l'esclusione dalla gara.

Tale lacuna normativa è stata colmata dalla prassi e dalla giurisprudenza amministrativa che hanno contribuito a fornire delle linee guida alle stazioni appaltanti nella valutazione discrezionale delle fattispecie di reato idonee ad incidere sull'affidabilità delle imprese concorrenti.

La questione di maggior rilievo affrontata dal giudice amministrativo riguarda i limiti della nozione di moralità professionale nell'ambito degli appalti pubblici.

Al riguardo, è stato ritenuto che *“l'espressione "moralità professionale" si riferisce ad una nozione ampia comprendente la condotta e la gestione di tutta l'attività professionale, restando estranei soltanto quei fatti che riguardino esclusivamente la condotta personale del soggetto”* (cfr. TAR Piemonte Torino, 13 novembre 2002, n. 1857).

In tale prospettiva, l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, conformemente con quanto indicato dal Ministero LL.PP. nella Circolare del 1° marzo 2000 n. 182/400/93, ha chiarito, con Determinazione n. 56/2000, che incidono sulla moralità professionale i reati gravi contro la pubblica amministrazione (libro secondo, titolo II, del codice penale), l'ordine pubblico (libro secondo, titolo V, del codice penale), la fede pubblica (libro secondo, titolo VI, del codice penale), il patrimonio (libro secondo, titolo XIII, del codice penale) e, comunque, quelli relativi a fatti la cui natura e contenuto sono idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante per la inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto.

In ogni caso, ai fini dell'applicazione della sanzione generale dell'esclusione nelle gare pubbliche, risulta necessario che il precedente penale rinvenuto sia inquadrabile, nell'ambito di un

Non è prevista una elencazione tassativa dei reati che incidono sulla moralità professionale

coerente apprezzamento della graduazione, in termini di “grave lesione” della moralità professionale.

La gravità del reato è, dunque, presupposto necessario per poter pronunciare la conseguente sanzione.

Qualora, invece, il precedente penale (dichiarato o meno) abbia un grado di lesività di tipo lieve o ordinario, l’amministrazione, dopo averlo valutato nella sua sostanza, non può porlo a fondamento di una decisione di esclusione dalla partecipazione alla gara (cfr. TAR Sardegna Cagliari, Sez. I 9 ottobre 2009, n. 1525).

Le stazioni appaltanti, quindi, nella valutazione delle singole concrete fattispecie, devono considerare tutti gli elementi che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali ad esempio:

- a) elemento psicologico del reato (dolo, colpa grave, colpa semplice);
- b) gravità del reato, natura dei fatti addebitati;
- c) natura ed entità della sanzione applicata;
- d) eventuali recidive;
- e) tempo trascorso dalla commissione del fatto per il quale è stata pronunciata la sentenza penale di condanna o di patteggiamento.

Diversamente, il Legislatore non lascia margini alla discrezionalità dei soggetti aggiudicatori quando si tratta di reati di partecipazione a un’organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio di cui all’art. 45, paragrafo I, della direttiva 2004/18 CE, posto che trattasi di categorie di reati per i quali l’esclusione opera *ex se*.

Resta fermo, in ogni caso, che la causa di esclusione opera soltanto con riferimento a procedimenti definiti con provvedimenti di condanna definitivi.

Al riguardo, si precisa che ai sensi dell’art. 648 c.p.p., sono irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione.

Se l’impugnazione è ammessa, la sentenza è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporla o quello per impugnare l’ordinanza che la dichiara inammissibile. Se vi è stato ricorso per cassazione, la sentenza è irrevocabile dal giorno in cui è pronunciata l’ordinanza o la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso.

Il decreto penale di condanna è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporre opposizione o quello per impugnare l’ordinanza che la dichiara inammissibile.

La pendenza di un procedimento penale, pertanto, non assume alcun valore ai fini dell’ammissione alla gara, stante il principio sancito dall’art. 27 della Costituzione in base al quale l’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva (salve le ipotesi di cui alla lett. b) dell’art. 38 cit.).

Quanto alla tipologia di provvedimenti oggetto della dichiarazione da rendere in sede di gara, deve rammentarsi che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che “l’Amministrazione deve essere messa in grado di conoscere tutte le sentenze penali subite dalle persone che hanno poteri decisionali in seno alla società” (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723).

Le stazioni appaltanti devono considerare, ai fini dell’esclusione, tutti gli elementi che possono incidere sul rapporto fiduciario

Per i reati di cui all’art. 45, paragrafo I, della direttiva 2004/18 l’esclusione è automatica

L’esclusione opera solo in caso di condanne definitive

I concorrenti devono dichiarare tutte le condanne anche con il beneficio della non menzione

Pertanto, l'obbligo di dichiarazione sussiste anche per le sentenze con il beneficio di non menzione, come espressamente indicato dall'art. 38, comma 2, del Codice.

La discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione della gravità dei reati e della loro incidenza sull'affidabilità morale dei concorrenti trova un limite nella previsione dell'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice, secondo cui resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale, riguardanti, rispettivamente, la riabilitazione e l'estinzione del reato per decorso del tempo nel caso di applicazione della pena su richiesta (cd. sentenza patteggiata).

Ne discende, pertanto, che l'amministrazione appaltante, prima di procedere all'esclusione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), è tenuta ad accertare la natura dell'eventuale sentenza penale pronunciata nei confronti del soggetto partecipante, al fine di stabilire l'avvenuta estinzione del reato per decorso del tempo previsto (in caso di sentenza di applicazione della pena su richiesta) o per intervenuta riabilitazione (nell'ipotesi di sentenza irrevocabile di condanna).

Per i reati puniti con sentenza di applicazione della pena su richiesta, il reato è estinto *ex art. 445, comma 2, c.p.p.*, ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, se nel termine di cinque anni, (quando la sentenza patteggiata concerne un delitto), ovvero di due anni, (quando la sentenza concerne una contravvenzione), l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole.

Con riguardo ai decreti penali di condanna, poi, trova applicazione l'art. 460, comma 5, c.p.p., ai sensi del quale, nel caso di condanna inflitta con decreto penale divenuto esecutivo, il reato è estinto se, entro 5 anni per i delitti, e 2 anni per le contravvenzioni, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole (ai sensi dell'art. 101 c.p. sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pur essendo preveduti da disposizioni diverse ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni).

Si precisa, altresì, che, ai sensi dell'art. 39 del codice penale i delitti e le contravvenzioni si distinguono in base alla specie di pena ivi prevista; infatti, i delitti sono reati per cui è prevista la pena dell'ergastolo, della reclusione e della multa, mentre le contravvenzioni sono i reati per cui è prevista la pena dell'arresto e/o dell'ammenda.

Dal tenore delle norme citate, dunque, sembra evincersi che l'estinzione dei reati puniti con sentenza patteggiata e con decreto penale di condanna discenda *ope legis* dal decorso dei termini previsti. Al riguardo, tuttavia, preme rilevare che l'Autorità di Vigilanza per i contratti pubblici, con Determinazione n. 1/2010 ha ritenuto che l'effetto ostativo dei reati considerati nell'art. 38, comma 1 lett.c)

Se il reato è estinto o è intervenuta la riabilitazione non si applica la causa di esclusione

d.lgs. 163/06 e s.m.i. viene meno a seguito delle pronunce di riabilitazione e di estinzione, richiamando, sul punto, l'avviso della Cassazione secondo cui *“la situazione di fatto da cui origina la causa di estinzione del reato per divenire condizione di diritto abbisogna, per espressa statuizione di legge, dell'intervento ricognitivo del giudice dell'esecuzione il quale è tenuto, nell'assolvimento di un suo preciso dovere funzionale, ad emettere il relativo provvedimento di estinzione ai sensi dell'art. 676 c.p.p. (cfr. Cass., Sez. IV Pen., 27 febbraio 2002, n. 11560 e, in senso conforme, Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2009 n. 7740)”*.

In altre parole, secondo il citato orientamento ed in forza dell'art. 676 c.p.p. (che prevede, tra le competenze del giudice dell'esecuzione, l'accertamento dell'avvenuta estinzione del reato) *“pur producendosi l'effetto estintivo “ope legis”, di cui agli artt. 445, comma 2, e 460, comma 5 c.p.p., “spetta a detto giudice accertare e dichiarare l'estinzione del reato qualora sussistano i presupposti di legge” (cfr. Cass. Pen, Sez. I, 24 novembre 2009, n. 49987)*.

Al riguardo, anche il giudice amministrativo, con specifico riferimento alle sentenze c.d. “patteggiate” ha ritenuto che *“nelle pubbliche gare, come in ogni altro settore dell'ordinamento, ai fini della rilevanza della causa di estinzione del reato ex art. 445 c.p.p., necessita inmancabilmente l'adozione del provvedimento dichiarativo del giudice dell'esecuzione ex art. 676 c.p.c., senza del quale non può ex lege ed automaticamente operare l'invocata causa estintiva” (cfr. TAR Torino Piemonte, Sez. I, 10 ottobre 2008, n. 2568)*.

Tuttavia, sul punto non mancano pronunzie del giudice amministrativo in senso contrario.

In particolare, il TAR Lazio ha di recente statuito che il rinvio agli artt. 178 c.p. e 445, comma 2, c.p.p. operato dall'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice *“è da intendersi in logica di alternatività (la congiunzione “e” utilizzata dalla norma ha in realtà valenza disgiuntiva), alla luce del differente ambito applicativo dei rispettivi istituti (secondo la giurisprudenza “non sussiste alcun interesse ad ottenere la riabilitazione quando l'interessato si è avvalso del procedimento ai sensi dell'art. 444 c.p.p., patteggiando la pena, in quanto in tal caso la legge prevede che con il decorso del tempo stabilito il reato si estingue”;* così Cass. pen., sez. I, 15 ottobre 2004, n. 44665) (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. III, 22 maggio 2009, n. 5194).

Deve osservarsi, in ogni caso, che, allo stato, non è dato rinvenire un orientamento univoco sul punto, e che, comunque, l'art. 38 del Codice prevede l'espressa salvezza dell'applicazione degli artt. 178 e 445, comma 2 c.p.p. senza alcun riferimento alla necessità, ai fini della causa di esclusione in esame, di un provvedimento che dichiari l'estinzione del reato ex art. 676 c.p.p..

Diversamente, per le sentenze irrevocabili di condanna, ai fini dell'estinzione del reato, è necessario che il soggetto condannato ottenga il provvedimento di riabilitazione ex artt. 178 c.p. e 683 c.p.p..

In tale ipotesi, dunque, la stazione appaltante può agevolmente verificare se sia intervenuta la riabilitazione posto che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. m) del d.P.R. 14 novembre 2002 n. 313, recante "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti", nel casellario giudiziale vengono iscritti, per estratto, anche i provvedimenti giudiziari concernenti la riabilitazione.

3. La regolarità contributiva ed il DURC

L'art. 38, comma 1, lett. i), dispone che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti *"che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti"*.

Tale disposizione, come è noto, riproduce, estendendola a tutti settori della contrattualistica pubblica, la previsione già contenuta nell'art. 75, d.P.R. 554/99 e negli artt. 12, d.lgs. 157/95 e 11, d.lgs. 358/92.

Alla luce della normativa vigente, la regolarità contributiva e previdenziale delle imprese viene certificata attraverso il DURC, documento unico di regolarità contributiva.

Tale certificazione è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 3, comma 8-bis, d.lgs. 494/96, recante *"Attuazione della direttiva 92/57/CEE concernente le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili"*, ai sensi del quale *"il committente o il responsabile dei lavori.....chiede un certificato di regolarità contributiva. Tale certificato può essere rilasciato, oltre che dall'INPS e dall'INAIL, per quanto di rispettiva competenza, anche dalle casse edili le quali stipulano una apposita convenzione con i predetti istituti al fine del rilascio di un documento unico di regolarità contributiva"*.

Successivamente, l'art. 2 d.l. 210/02, recante *"Disposizioni urgenti in materia di emersione del lavoro sommerso e di rapporti di lavoro a tempo parziale"* ha esteso tale previsione al settore degli appalti pubblici, prevedendo 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.. Entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, l'INPS, l'INAIL e le Casse edili stipulano convenzioni al fine del rilascio di un documento unico di regolarità contributiva nel settore edile al fine dell'affidamento degli appalti pubblici"*.

Inizialmente disciplinato con riferimento al settore edile, oggi il DURC si richiede in tutti i tipi di appalto, a prescindere dal relativo importo, ed attesta contestualmente la regolarità dell'operatore

economico per quanto concerne gli adempimenti INPS, INAIL, nonché, per i lavori, alla Cassa edile, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento.

L'odierna disciplina del DURC si rinviene nel D.M. 24 ottobre 2007 che reca la disciplina delle modalità di rilascio e dei contenuti del DURC.

Sono tenuti al rilascio del DURC, oltre all'INPS e all'INAIL, gli altri Istituti previdenziali che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria.

Ai sensi dell'art. 1 del citato decreto del 2007, il DURC è richiesto ai datori di lavoro ed ai lavoratori autonomi nell'ambito delle procedure di appalto di opere, servizi e forniture pubblici e nei lavori privati dell'edilizia.

Con Circolare INPS n. 5 del 30 gennaio 2008, è stato chiarito che il DURC è richiesto anche ai lavoratori autonomi ed alle imprese artigiane, ancorché privi di dipendenti, nell'ambito delle procedure di appalto di opere, servizi e forniture pubblici e nei lavori privati dell'edilizia.

Quanto all'ambito di applicazione del DURC, tale documento va richiesto nelle seguenti ipotesi

- appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, nonché ai servizi e attività pubbliche svolte in forza di convenzioni o concessioni;
- lavori privati;
- benefici normativi e contributivi in materia di legislazione sociale;
- attestazione SOA, iscrizione albo fornitori;
- eventuali ulteriori ipotesi previste dalle norme nazionali e regionali (cfr. Circolare INAIL n. 7 del 5 febbraio 2005)

Pertanto, nel settore degli appalti pubblici, non assume alcun rilievo, ai fini dell'obbligatorietà della richiesta del DURC, la modalità di affidamento adottata, posto che il requisito di regolarità contributiva deve sussistere per tutte le procedure di gara, di qualsiasi importo, ivi incluse le procedure in economia *ex art. 125* del Codice.

Al riguardo, infatti, con Interpello n. 10 del 20 febbraio 2009, il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali ha chiarito che il DURC deve essere richiesto, senza alcuna eccezione, per ogni contratto pubblico e, dunque, anche nel caso degli acquisti in economia o di modesta entità (cottimo fiduciario).

Deve tenersi a mente, inoltre, che il requisito della regolarità contributiva deve sussistere non soltanto ai fini della partecipazione alle pubbliche gare e della successiva stipula dei contratti, ma anche per il pagamento dei SAL o delle fatture, per il collaudo e per il pagamento del saldo finale.

Tale obbligo, infatti, discende dal combinato disposto degli artt. 38, comma 3, d.lgs. 163/06, che prevede l'obbligo della trasmissione del DURC per l'affidatario ai fini dell'aggiudicazione e della stipula del

**Sono tenuti al rilascio del
gli Istituti previdenziali
che gestiscono forme di
assicurazione obbligatoria**

**Il DURC deve essere
richiesto anche ai
lavoratori autonomi ed
alle imprese prive di
dipendenti**

**Il DURC deve essere
richiesto per tutte le
tipologie di appalto, a
prescindere dal relativo
importo**

**Il DURC si applica anche
alle procedure in
economia *ex art. 125* del
Codice**

**La regolarità contributiva
è condizione necessaria ai
fini de pagamento dei
SAL, per il collaudo e per
il saldo finale**

contratto, e 118, comma 6, d.lgs. 163/06, ai sensi del quale, ai fini del pagamento dei SAL (e delle fatture) o dello stato finale dei lavori, l'affidatario o, per suo tramite, i subappaltatori, ha l'obbligo di trasmettere all'amministrazione committente il DURC; il mancato assolvimento di tale obbligo comporta la sospensione dei pagamenti da parte della pubblica amministrazione.

Corre l'obbligo di segnalare, in ogni caso, che la stazione appaltante non può valutare discrezionalmente le risultanze del DURC.

Ed invero, il Consiglio di Stato ha chiarito che *“quanto al valore da attribuire al DURC, va richiamato un principio consolidato, in base al quale in tema di regolarità contributiva la stazione appaltante non può far altro che prendere atto della certificazione senza poterne in alcun modo sindacare le risultanze (CdS sez. IV, 26.2.2009, n. 1141, CdS sez. V, 25.8. 2008, n. 4035). Ciò discende, oltre che dal valore certificativo dell'atto, dalla stessa ratio della normativa (art. 2 d.l. 25.9.2002, convertito con modificazioni dalla legge 22.11.2002, n. 266 e 86 , c. 10 d.lgs. 10.9.2003, n. 276) che ha demandato agli istituti di previdenza la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti alle procedure di gara, senza che all'amministrazione aggiudicatrice residui alcun margine di apprezzamento”* (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7255).

Deve ritenersi, dunque, che l'unica eccezione a tale principio generale sia da ricondurre ad ipotesi in cui il concorrente abbia proposto ricorso giurisdizionale (o sia ancora pendente il termine per ricorrere) oppure abbia beneficiato di una sanatoria o richiesto una rateizzazione.

Infatti, ai sensi dell'art. 8 del d.m. 24 ottobre 2007, il DURC è rilasciato dagli Istituti previdenziali anche qualora vi siano crediti iscritti a ruolo per i quali sia stata disposta la sospensione della cartella amministrativa a seguito di ricorso amministrativo o giudiziario.

Relativamente ai crediti non ancora iscritti a ruolo:

- a) in pendenza di contenzioso amministrativo, la regolarità può essere dichiarata sino alla decisione che respinge il ricorso;
- b) in pendenza di contenzioso giudiziario, la regolarità è dichiarata sino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, salvo l'ipotesi in cui l'Autorità giudiziaria abbia adottato un provvedimento esecutivo che consente l'iscrizione a ruolo delle somme oggetto del giudizio ai sensi dell'art. 24 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46.

Le predette circostanze, pertanto, costituiscono cause non ostative al rilascio del DURC con la conseguenza che l'impresa, sino a quando il contenzioso non pervenga ad una risoluzione definitiva, viene considerata regolare ai fini della sussistenza del requisito di regolarità contributiva.

Con riferimento alla validità temporale del DURC, deve osservarsi che ai sensi dell'art. 39 – seppie, d.l. n. 273/05, il DURC, nel settore dell'edilizia privata, ha validità di tre mesi.

La validità temporale del DURC: questioni interpretative

Successivamente, l'art. 7 del D.M. 24 ottobre 2007 ha confermato la validità trimestrale del suddetto documento per il solo settore degli appalti privati e la validità mensile del DURC ai soli fini della fruizione delle agevolazioni normative e contributive.

Tale discrasia normativa ha ingenerato notevoli dubbi interpretativi, rimasti inizialmente irrisolti stante, altresì, la mancanza di un orientamento giurisprudenziale univoco sul punto, senza però disporre alcunché con riferimento agli appalti pubblici.

Al fine di chiarire quale sia la validità temporale del DURC nell'ambito degli appalti pubblici, il Ministero del Lavoro, con Circolare del 30 gennaio 2008, ha evidenziato che l'art. 7 del D.M. 24 ottobre 2007 prevede due differenti tempistiche: il DURC utilizzato nell'ambito degli appalti pubblici ed ai fini della erogazione di benefici ha una validità mensile, mentre ai fini degli appalti privati in edilizia ha una validità trimestrale, così come previsto dall'art. 39-septies d.l. n. 273/05.

Il differente regime si spiega in quanto nell'ambito degli appalti pubblici il documento è richiesto non soltanto in sede di affidamento dei lavori, ma anche nelle fasi successive dell'appalto relative, ad esempio, al pagamento dei SAL o dello stato finale dei lavori, mentre negli appalti privati è richiesto dal committente solo prima dell'inizio dei lavori.

Il Ministero del Lavoro, chiamato a fornire chiarimenti interpretativi sul citato decreto, ha sostenuto che il DURC, nell'ambito degli appalti pubblici abbia una validità mensile, fermo restando, comunque, il principio per cui esso certificato debba essere richiesto in sede di affidamento dell'appalto e nelle singole fasi successive.

Tale assunto è stato ulteriormente ribadito dall'INAIL che, con circolare n. 7 del 5 febbraio 2008, ha chiarito che, per gli appalti pubblici, il periodo di validità del documento in parola, indipendentemente dal periodo di validità di detto documento è legato allo specifico appalto ed è limitato alla fase per cui viene domandato.

Infine, appare dirimente ai fini della risoluzione della questione oggetto di indagine la circostanza che ai sensi dell'art. 38, comma 3, e dell'art. 118, comma 6, d.lgs. n. 163/06 e s.m.i., è sancito l'obbligo per l'aggiudicatario di presentare il DURC ai fini della verifica delle dichiarazioni rese in sede di offerta e per la stipula del contratto, nonché ai fini del pagamento dei SAL/fatture e dello stato finale.

Ne consegue, pertanto, che appare opportuno, anche in via prudenziale, richiedere il DURC nelle singole fasi dell'appalto, a prescindere da una sua presunta validità temporale, anche in forza di quanto previsto dal Codice degli appalti.

Deve precisarsi, inoltre, che la disciplina del DURC è stata modificata in esito alle novità introdotte dalla legge n. 2/09 di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 185/08.

In particolare, l'art. 16-bis d.l. n. 185/08 cit. dispone, al comma 10, che le stazioni appaltanti pubbliche acquisiscono d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il documento unico di regolarità

Nel settore pubblico la validità del DURC è limitata alla fase per la quale il certificato è stato richiesto

contributiva (DURC) dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge.

Con Circolare del 4 febbraio 2009, l'INAIL ha confermato che l'obbligo di richiedere il DURC, ai sensi del citato art. 16-bis, ricade esclusivamente sulle stazioni appaltanti pubbliche in tutti i casi di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Sotto il profilo operativo e procedurale, ai fini della richiesta della certificazione di correttezza contributiva, le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare esclusivamente la modalità telematica (come previsto dall'art. 3, comma 2, D. M 24 ottobre 2007), tramite l'applicativo DURC già predisposto per ricevere le suddette richieste.

Le stazioni appaltanti pubbliche devono acquisire d'ufficio il DURC in via telematica

4. Le ipotesi di collegamento tra imprese concorrenti

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater), d.lgs. 163/06, come introdotta dall'art. 3, comma 1, legge n. 166 del 2009, sono esclusi dalla partecipazione alle pubbliche gare i soggetti che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 cod. civ., o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

Prima di esaminare quali situazioni, di controllo e di collegamento tra imprese, determinano l'esclusione dalla gara, è opportuno delineare l'*iter* normativo che ha portato il Legislatore a mitigare la previgente previsione di esclusione automatica.

Prima dell'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, l'art. 10 della legge n. 109/94, legge quadro sui lavori pubblici, prevedeva il divieto di partecipazione alle gare per le imprese che si trovassero in una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, con ciò lasciando fuori dalla previsione la diversa ipotesi di mero collegamento disciplinata dal medesimo art. 2359, comma 2.

In particolare, l'art 2359, comma 1, cit. dispone che sono considerate società controllate:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Il successivo comma 2 dell'art 2359 cit., prevede che sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole e che l'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.

Orbene, in vigore della legge Merloni, l'incidenza delle situazioni di collegamento sostanziale tra imprese sulla regolarità e trasparenza della procedura selettiva è stata affermata dalla giurisprudenza

amministrativa che ha ritenuto legittima l'esclusione delle offerte provenienti da soggetti in situazione di collegamento sostanziale, riconducibili ad un unico centro decisionale con consequenziale lesione del principio di segretezza delle offerte (*cf. ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 14 giugno 2006, n. 3500; TAR Lazio Roma, Sez. III ter., 10 gennaio 2007, n. 81).

L'originaria formulazione dell'art. 34 del Codice dei contratti, dunque, recepiva tale orientamento, sancendo il divieto di partecipazione alla gara (e, dunque, l'esclusione automatica) dei concorrenti che si trovino fra loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c. e dei concorrenti per i quali sia accertato che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi.

Tuttavia, con la sentenza della 19 maggio 2009, resa nella causa C-538/07, la Corte di Giustizia CE ha statuito che *“il diritto comunitario si oppone a che una disposizione nazionale istituisca un divieto assoluto a carico di imprese - fra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano fra loro collegate - di partecipare in modo simultaneo e concorrenziale alla stessa gara d'appalto, senza lasciar loro la possibilità di dimostrare che tale rapporto non influisce sul rispettivo comportamento nell'ambito della procedura di gara”*.

Pertanto, il Legislatore nazionale, al fine di adeguare la normativa interna a tale pronuncia, ha provveduto, con l'art. 3 del d.l. n. 135/09, convertito con legge n. 166/09, a modificare gli artt. 34, 38 e 49 del Codice dei contratti pubblici.

In particolare, con l'abrogazione del comma 2 dell'art. 34 cit. è venuto meno il divieto di partecipazione alla medesima gara di concorrenti che si trovino in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c..

Viene, poi, introdotto all'art. 38 del Codice, il comma 1 lett. m *quater*) e viene modificato il successivo comma 2; il Legislatore, con tali modifiche, ha sancito il venir meno della presunzione legale di imputabilità ad un unico centro decisionale delle offerte pervenute da due società ricadenti nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 2359 c.c..

Difatti, l'art. 38, comma 2, lett. b), prevede che gli operatori economici ricadenti nell'ambito di applicazione dell'art. 2359 c.c. devono dichiarare di non trovarsi in una situazione di controllo oppure di trovarsi in una situazione di controllo con altra impresa partecipante alla medesima gara, dimostrando in tale ultima ipotesi la non imputabilità ad un unico centro decisionale delle proprie offerte, attraverso l'allegazione di documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, documenti questi che vanno inseriti in separata busta chiusa.

Di conseguenza, dalla lettura combinata delle citate disposizioni, discende che la stazione appaltante non è tenuta a richiedere in modo specifico alcuna tipologia di documenti, spettando ai singoli concorrenti, che si trovino tra di loro in una delle situazioni di

E' venuta meno l'esclusione automatica in caso di controllo o collegamento

I concorrenti devono dichiarare la sussistenza di situazioni di controllo o collegamento allegando documenti che ne escludono l'incidenza sulla segretezza delle offerte

controllo di cui all'art. 2359 c.c., allegare, in sede di gara, la documentazione ritenuta utile al fine di non incorrere nella causa di esclusione di cui alla lett. m-*quater* cit..

Invero, la novella, pur attribuendo ai concorrenti "l'onere della prova" in ordine all'autonomia delle offerte, non chiarisce quali siano, in caso di controllo, i documenti idonei a dimostrare la correttezza e l'autonomia delle offerte e a superare la presunzione di imputabilità delle stesse ad un unico centro decisionale.

Sulla scorta della nozione civilistica di controllo dettata dall'art. 2359 c.c. si può ipotizzare che i documenti che i concorrenti potrebbero allegare, per superare la presunzione di conoscenza delle reciproche offerte, possano essere individuati negli statuti, nelle delibere assembleari, negli atti di conferimento o cessione di rami d'azienda.

Come disposto dalla seconda parte del comma 2, lett. b), spetta comunque alla stazione appaltante, dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, escludere i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi, indipendentemente dalla documentazione allegata dai concorrenti.

Tale valutazione, pertanto, sembrerebbe essere riconducibile a quella già analizzata dalla giurisprudenza, sotto la vigenza dell'oggi abrogato art. 34, comma 2, con riferimento alle situazioni di collegamento.

Pertanto, anche in ordine alle forme di controllo può, in analogia a quanto sancito in merito alle ipotesi di collegamento, desumersi la sussistenza di un unico centro decisionale da una serie di elementi indiziari, ritenuti espressivi della comunanza delle imprese interessate.

In particolare, le circostanze dalle quali si desume la situazione di egemonia di un'azienda rispetto ad altra sono state individuate dal giudice amministrativo nei seguenti casi: buste uguali inviate dalla medesima sede amministrativa; spedizione dei plichi dal medesimo ufficio postale, nello stesso giorno e con le stesse modalità; rilascio delle polizze fideiussorie, presentate come cauzione, da parte della stessa compagnia o agenzia di assicurazione, nella medesima data e con numero progressivo successivo; coincidenza del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica; rapporti di parentela tra gli amministratori unici delle società e intrecci azionari esistenti e facenti capo agli stessi soggetti; dichiarazioni presentate con identica formulazione su fogli uso bollo e recanti tutte, quale ultima dichiarazione, gli estremi dell'iscrizione nel registro delle imprese presso la C.C.I.A.A. del Comune non richiesta dagli atti di gara; buste contenenti le offerte economiche che presentano la medesima etichettatura; dichiarazioni di conformità all'originale delle attestazioni SOA e del certificato ISO presentate in maniera identica su foglio uso bollo etc. (*cfr. ex multis*, TAR Calabria, Reggio Calabria, 23 ottobre 2008, n. 542; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 14 gennaio 2009, n. 99).

Tali elementi, secondo il giudice amministrativo, fanno ritenere verosimile la provenienza da un medesimo centro decisionale delle

Spetta alla stazione appaltante valutare se i documenti forniti dai concorrenti escludono l'imputazione delle offerte ad un unico centro decisionale

La giurisprudenza ha individuato specifici indizi circa la sussistenza di un unico centro decisionale

offerte presentate, e plausibile una reciproca conoscenza o condizionamento di queste ultime, inficiando, così, la regolarità e la correttezza della gara, atteso che gli elementi di fatto accertati, considerati nel loro complesso e con riferimento alla specifica situazione concreta, rappresentano in realtà indizi gravi, precisi e concordanti (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 settembre 2007, n. 4839), in presenza dei quali, è ragionevole presumere che si sia potuta verificare l'alterazione della *par condicio* dei concorrenti.

L'individuazione di una situazione di collegamento o controllo è rimessa, quindi, alla discrezionalità della stazione appaltante ed, in particolare, alla commissione di gara che, "*in quanto incaricata di vagliare la documentazione e le offerte prodotte dalle imprese partecipanti, si rivela l'organo maggiormente capace di percepire, in modo diretto ed immediato (proprio nell'espletamento della sua specifica funzione), anomalie tali da palesare la sussistenza di una situazione idonea ad alterare la regolarità della competizione*" (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5792).

Peraltro, si segnala che, ai fini della partecipazione alla gara, nulla è cambiato circa il collegamento sostanziale dei concorrenti, che laddove ravvisato in concreto dalle stazioni appaltanti, in base ai medesimi elementi sopra indicati, comporta comunque l'esclusione dalla gara.

5. Le altre preclusioni alla partecipazione alla gara e alla stipulazione dei contratti d'appalto

L'elencazione delle cause di esclusione di cui all'art. 38, come evidenziato, riveste carattere imperativo ed è suscettibile di eterointegrazione ove non espressamente prevista nel bando di gara.

Si rammenta, altresì, che ciascuna delle fattispecie individuate dalla norma costituisce un'autonoma causa di estromissione dalla gara e che, in esito alle modifiche apportate dal cd. terzo decreto correttivo, (d.lgs. 152/08) e dal d.l. 135/09, convertito con legge n. 166/09, sono state introdotte le cause di esclusione di cui alle lett. m-bis), m-ter), ed m-quater).

5.1 Stato di fallimento, di liquidazione coatta e di concordato preventivo

L'art. 38, comma 1, lett. a) prevede l'esclusione dei soggetti "*che si trovino in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni*".

Il fallimento, ai sensi dell'art. 5 e ss. del R.D. 267/1942 e s.m.i. (legge fallimentare), è una procedura concorsuale, instaurata su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero, volta alla dichiarazione dello stato di insolvenza dell'imprenditore.

Lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

La liquidazione coatta amministrativa, disciplinata dagli artt. 194 e ss. della legge fallimentare, rappresenta una procedura analoga al fallimento prevista per alcune categorie di imprese (banche, imprese assicurative, etc.). che può conseguire ad accertamento giudiziale dello stato di insolvenza con sentenza del tribunale, ai sensi dell'art. 195 della legge fallimentare.

Il concordato preventivo, invece, secondo quanto disposto dagli artt. 160 e ss. della legge fallimentare, è una procedura instaurata mediante iniziativa del debitore al fine di risanare la sua situazione debitoria o liquidare il patrimonio, diretta, quindi, ad evitare il fallimento.

Pertanto, stante la formulazione dell'art. 38, comma 1, lett. a), non costituiscono causa di esclusione la liquidazione volontaria (in cui è ammessa la continuazione, anche parziale, dell'attività d'impresa) e l'amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. 270/99 e l'amministrazione controllata (istituto soppresso dall'art. 147, comma 1, d.lgs. n. 5/2006).

Si segnala che, ai fini della sussistenza della causa di esclusione, assumono rilievo le procedure concluse con la dichiarazione dello stato di fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo, e le procedure ancora in corso.

Non costituiscono cause di esclusione l'amministrazione volontaria e l'amministrazione controllata

5.2 Misure di prevenzione e cause ostative

L'art. 38, comma 1, lett. b), dispone che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento i soggetti *“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 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società”*.

Analogamente a quanto previsto dalla lett. c) del medesimo comma, l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda:

- il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;
- il socio o il direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;
- i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice;

L'esclusione opera se la misura riguarda i soggetti di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e, comunque, i soggetti muniti di poteri di rappresentanza

- gli amministratori muniti di potere di rappresentanza o il direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio.

Le fattispecie rilevanti ai fini dell'esclusione sono costituite dalla sussistenza di procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione o di cause ostative alla contrattazione con la pubblica amministrazione.

L'art. 3 della legge n. 1423/1956 prevede l'applicazione di una misura di prevenzione personale (sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con eventuale obbligo o divieto di soggiorno) ai sensi della normativa relativa alle persone pericolose per la sicurezza pubblica (legge n. 1423/1956, art. 3), ovvero ai sensi delle disposizioni contro la mafia (legge 31 maggio 1965, n. 575, artt. 1 e 2), o a tutela dell'ordine pubblico (legge 22 maggio 1975, n. 152, art. 18 e 19).

Trattasi, pertanto, di misure volte a prevenire la commissione di reati da parte dei soggetti ritenuti di pericolosità sociale.

E' bene tenere a mente, ai fini dell'esclusione dalla gara, che il procedimento è da ritenersi pendente al momento della richiesta al Tribunale dell'applicazione della sorveglianza speciale da parte del Questore o del Procuratore nazionale antimafia o del procuratore della Repubblica, cui segue l'iscrizione nei registri presso le segreterie delle Procure della Repubblica e presso la cancelleria dei Tribunali ai sensi della legge n. 55/90 (*cf.* Determinazione n. 1/2010 dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici).

L'art. 10 della legge n. 575/1965 prevede, poi, che le persone alle quali è stata applicata, con provvedimento definitivo, una misura di prevenzione, non possono ottenere licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio, concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti, concessioni di costruzione, nonché di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici, iscrizioni negli albi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione e nell'albo nazionale dei costruttori.

Il provvedimento definitivo di applicazione di una misura di prevenzione, pertanto, determina il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e relativi subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera.

Le suddette cause ostative, ai sensi dell'art. 10, comma 4, legge 575/1965, possono estendersi, ove disposto dal Tribunale, anche ai soggetti conviventi con la persona sottoposta alla misura di prevenzione, nonché alle imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona sottoposta a misura di prevenzione sia amministratore o determini in qualsiasi modo scelte e indirizzi. In tal caso i divieti sono efficaci per un periodo di cinque anni.

Il divieto di concludere contratti d'appalto con la pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 10, comma 5-ter della legge

Le misure di prevenzione di cui all'art. 3 legge n. 1423/1956

Le cause ostative di cui all'art. 10 legge n. 575/1965

575/1965, si applica anche ai soggetti condannati con sentenza definitiva o confermata in grado di appello per delitti consumati o tentati di associazione di tipo mafioso, sequestro di persona a scopo di rapina o estorsione, nonché per delitti di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309/90 (associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti).

Si rammenta che l'inesistenza delle cause ostative di cui alla legge 575/1965, c.d. normativa antimafia, è verificabile mediante la richiesta del certificato della Camera di Commercio completo del c.d. "nullaosta antimafia", relativamente ai soggetti di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) del Codice.

Tale richiesta, tuttavia, soddisfa la disposizione di cui all'art. 38 del Codice e la disciplina di cui al d.P.R. 252/1998 (Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia) qualora riferita alla stipula di contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Diversamente, per appalti di importo superiore alle soglie comunitarie, oltre alla richiesta del nullaosta antimafia, è fatto obbligo alle stazioni appaltanti di richiedere anche la c.d. informazione prefettizia.

In particolare, ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 490/1994 e dell'art. 10 d.P.R. n. 252/1998, le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e gli altri soggetti aggiudicatori devono acquisire informazioni, inoltrando al prefetto specifica richiesta, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti d'importo superiore alla soglia comunitaria ovvero per i subcontratti d'importo superiore ad Euro 154.937,07 (pari ai vecchi 300.000.000 di lire).

Tale disposizione prevede, inoltre, due tipi di informative c.d. interdittive, che impediscono automaticamente la contrattazione:

a) l'informazione prefettizia che comunica la sussistenza, a carico dei soggetti responsabili dell'operatore economico ovvero dei soggetti familiari, anche di fatto, conviventi nel territorio dello Stato, delle cause di divieto o di sospensione dei procedimenti (vale a dire cause di divieto, sospensione, decadenza, previste dall'art. 10 della citata legge n. 575/1965);

b) l'informazione prefettizia da cui risultino eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate.

Infine, occorre precisare che la prassi amministrativa, sviluppatasi sulla base dell'esegesi delle norme vigenti, sostenuta dall'elaborazione giurisprudenziale, conosce, infine, un terzo tipo di informativa, la c.d. "informativa supplementare atipica", fondata sull'accertamento di elementi i quali, pur denotando il pericolo di collegamenti tra l'impresa e la criminalità organizzata, non raggiungano la soglia di gravità prevista dall'art. 4 del d.lgs. n. 490/1994, vuoi perché carenti di alcuni requisiti soggettivi o oggettivi pertinenti alle cause di divieto o sospensione, vuoi perché non integranti del tutto il tentativo di infiltrazione.

Tale informativa supplementare atipica ha il proprio fondamento nel principio generale di collaborazione tra pubbliche amministrazioni. La

Per gli appalti sotto soglia la stazione appaltante deve richiedere il certificato CCIAA munito di "nullaosta antimafia"

Per gli appalti sopra soglia la stazione appaltante deve richiedere le cd. informative interdittive

stessa è priva di efficacia interdittiva automatica, ma consente l'attivazione degli ordinari poteri discrezionali di ritiro del contratto da parte della stazione stipulante (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 14 gennaio 2002, n. 149).

5.3 Divieto di intestazione fiduciaria

L'art. 38, comma 1, lett. d) dispone l'esclusione dalle pubbliche gare dei soggetti *“che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'art. 17 della legge 17 marzo 1990 n. 55”*.

L'intestazione fiduciaria si concreta in un rapporto di tipo privatistico attraverso il quale un soggetto gestisce un determinato affare/bene/impresa per conto di altro soggetto, senza che si abbia all'esterno evidenza di tale rapporto sottostante (l'archetipo di tale rapporto può rinvenirsi nella *negotiorum gestio*; l'ultima evoluzione dell'istituto si rinviene nel cd. *trust*).

La *ratio* sottesa a tale causa di esclusione deve ricondursi alla necessità di evitare che la stazione appaltante perda il controllo del “vero” imprenditore che ha partecipato alla gara.

L'acclarata intestazione fiduciaria, pertanto, comporta l'esclusione dalla partecipazione alle gare e la preclusione alla stipulazione dei contratti.

Unica eccezione a tale causa di esclusione è l'ipotesi in cui l'intestazione fiduciaria riguardi società appositamente autorizzate ai sensi della legge n. 1966/1939, le quali abbiano comunicato all'amministrazione l'identità dei fiduciari (*cf.* Determinazione n. 1/2010 cit.).

5.4 Violazioni in materia di sicurezza ed obblighi derivanti dai rapporti di lavoro

L'art. 38, comma 1, lett. e) dispone l'esclusione dalle pubbliche gare dei soggetti *“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”*.

La norma si riferisce a violazioni degli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro diversi da quelli contributivi e previdenziali, che rientrano nella causa di esclusione prevista alla lett. i) dell'art. 38.

Tale previsione risponde all'esigenza di garantire il più ampio rispetto della normativa in tema di sicurezza e presuppone, in ogni caso, la sussistenza di un accertamento definitivo (sentenza passata in giudicato, provvedimento amministrativo inoppugnabile) e l'annotazione del provvedimento presso l'Osservatorio dei contratti pubblici

La *ratio* sottesa alla causa di esclusione è evitare che la s.a. non abbia il controllo del vero imprenditore che partecipa alla gara e che eseguirà l'appalto

L'esclusione opera solo in presenza di un provvedimento definitivo

Il Legislatore, poi, utilizza l'aggettivo "gravi" rimettendo, pertanto, alla stazione appaltante la valutazione circa la natura dell'infrazione ai fini dell'ammissione alla gara.

Sulla scorta delle indicazioni fornite dalla prassi e dalla giurisprudenza, si intendono infrazioni in materia di sicurezza sul lavoro quelle rientranti nell'Allegato I al d.lgs. n. 81/08, T.U. in materia di sicurezza (violazioni che espongono a rischi di carattere generale, a rischi di caduta dall'alto, di seppellimento, di elettrocuzione) e nell'Allegato A al D.M. 24 ottobre 2007 sul DURC (violazioni delle disposizioni penali e amministrative in materia di tutela delle condizioni di lavoro ostative al rilascio del DURC).

5.5 Negligenza ed errori gravi nell'attività professionale

L'art. 38, comma 1, lett. f), prevede l'esclusione dei soggetti *"che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante"*.

Ai fini della configurazione di tale causa di esclusione non è sufficiente che le prestazioni non siano state eseguite a regola d'arte o secondo le indicazioni della committenza, ma è necessario che si sia verificata una violazione del dovere di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni assunte in altri e precedenti rapporti contrattuali con la stessa stazione appaltante, qualificata da un atteggiamento doloso o, comunque, gravemente colposo dell'impresa.

Con riferimento, poi, alla commissione di errori gravi nello svolgimento dell'attività professionale, si rileva che tale circostanza costituisce un elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale che influisce sull'idoneità dell'impresa a fornire prestazioni in grado di soddisfare l'interesse pubblico perseguito dall'ente committente (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2007, n. 2245).

Come osservato dal giudice amministrativo, infatti, la previsione di siffatta causa di esclusione *"è finalizzata a reprimere ogni condotta atta a minare la legittima aspettativa della stazione appaltante non solo in una esecuzione a regola d'arte dei lavori affidati al privato, ma anche nella esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto secondo il canone della buona fede in senso oggettivo. Ne consegue che la regola della lealtà contrattuale nella fase di esecuzione delle prestazioni implica non solo il rispetto del canone della esecuzione a regola d'arte della prestazione dedotta in contratto, ma anche l'assunzione di un contegno ispirato a correttezza e probità contrattuale"* (cfr. TAR Lecce Puglia, Ssez. I, 2 marzo 2010, n. 659).

**Deve trattarsi di
negligenza qualificata da
dolo o colpa grave**

Ad ogni buon conto, la rilevanza della condotta dell'impresa assume un peso diverso, ai fini della determinazione della stazione appaltante, ove la stessa si sia mostrata negligente in precedenti rapporti contrattuali con la medesima committente.

Al riguardo, è stato chiarito che *“l'esclusione dalle gare pubbliche per inaffidabilità delle imprese concorrenti per grave negligenza e malafede commessa nel corso di esecuzione di precedenti contratti pubblici può essere pronunciata in termini di automaticità soltanto quando il comportamento di deplorabile trascuratezza e slealtà sia stato posto in essere in occasione di un pregresso rapporto negoziale intercorso con la stessa stazione appaltante che indice la gara; in caso contrario, invece, il giudizio di inaffidabilità professionale su un'impresa partecipante ad una gara pubblica è subordinato alla preventiva motivata valutazione della stazione appaltante o della commissione giudicatrice, che è tenuta a valorizzare i precedenti professionali delle imprese concorrenti nel loro complesso, nonché a valutare gravità e rilevanza sul piano professionale di precedenti risoluzioni contrattuali comminate da altre Amministrazioni”* (cfr. TAR Ancona Marche, Sez. I, 21 aprile 2008, n. 244).

In mancanza di previsioni specifiche, inoltre, deve ritenersi che l'accertamento di tale causa di esclusione possa avvenire con qualsiasi mezzo di prova.

5.6 Irregolarità fiscali

L'art. 38, comma 1, lett. g), prevede l'esclusione dalle pubbliche gare dei soggetti *“che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti”*.

Tale causa di esclusione presuppone un accertamento definitivo conseguente ad una decisione giurisdizionale o ad un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato.

Pertanto, anche in presenza di una certificazione che attesti la non regolarità, l'impresa deve essere considerata in possesso del requisito in esame se fornisce la prova di aver presentato ricorso o di aver beneficiato di una rateizzazione o riduzione del debito prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione ovvero di presentazione delle offerte.

Ed invero, anche la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che *“non può essere considerata irregolare la posizione dell'impresa partecipante a gara pubblica qualora sia ancora pendente il termine di sessanta giorni per l'impugnazione (o per l'adempimento) ovvero, qualora sia stata proposta impugnazione, non sia passata ancora in giudicato la pronuncia giurisdizionale”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2010, n. 2213).

L'esclusione non opera se il concorrente ha presentato ricorso o se sia ancora pendente il termine per ricorrere

Resta fermo, in ogni caso, che il requisito della regolarità nel pagamento di imposte e tasse deve sussistere al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte ed essere mantenuto per tutto lo svolgimento della gara fino all'aggiudicazione (cfr. TAR Lazio, Sez. III, 5 marzo 2009, n. 2279).

5.7 Falsa dichiarazione nell'anno antecedente alla gara

L'art. 38, comma 1, lett. h), dispone che sono esclusi dalla partecipazione alle gare i soggetti *“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 e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio”*.

Tale disposizione, dunque, estende agli appalti di servizi e forniture la previsione già contenuta, relativamente agli appalti di lavori, nel d.P.R. 554/99 e presuppone che la stazione appaltante verifichi sul casellario informatico la sussistenza dell'annotazione a carico di un operatore per falsa dichiarazione.

Si tratta di una causa autonoma di esclusione che vincola la stazione appaltante a procedere automaticamente all'estromissione dalla gara, senza lasciare spazio a valutazioni discrezionali.

Deve rilevarsi, inoltre, che con d.lgs. 152/08 tale previsione è stata estesa anche ai subappalti.

Circa l'oggetto della falsa dichiarazione, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il carattere omnicomprensivo della previsione normativa induce a ritenere che la stessa riguardi sia i requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo sia i requisiti soggettivi di ordine generale (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906).

Così ad esempio, il giudice amministrativo ha ritenuto sussistente la falsa dichiarazione in caso di mancata indicazione delle sentenze penali di condanna o di decreti penali di condanna, nonché in ipotesi di attestazione di regolarità contributiva non sussistente in esito alle verifiche della stazione appaltante.

Sotto tale ultimo profilo, è stato chiarito che *“la falsità della dichiarazione di regolarità contributiva costituisce di per sé motivo di esclusione da una gara d'appalto e la mancanza del requisito della regolarità contributiva non può essere sanata dall'eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva”* (cfr. TAR Valle d'Aosta, Sez. I, 10 marzo 2010, n. 21).

Come chiarito nel primo capitolo del presente vademecum, le stazioni appaltanti sono tenute a segnalare all'Autorità tutti i casi di non corrispondenza tra le dichiarazioni rese dai partecipanti e la documentazione successivamente acquisita in sede di verifica dei requisiti; l'Autorità, prima di procedere all'annotazione nel casellario, instaura un contraddittorio con il soggetto segnalato, ai fini

La stazione appaltante deve verificare la sussistenza dell'annotazione sul casellario informatico

L'esclusione si applica anche ai subappalti

dell'applicazione delle sanzioni conseguenti (cfr. Determinazioni n. 1/2005 e n. 1/2008 dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici). Ne consegue, dunque, che i soggetti che hanno reso false dichiarazioni nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara che risultino annotate nel casellario informatico, non possono partecipare alle gare d'appalto entro il suddetto periodo di tempo. Resta fermo, in ogni caso, che, oltre alla comunicazione della falsa dichiarazione all'Autorità di Vigilanza, la stazione appaltante, a fronte del mendacio, dovrà segnalare il fatto alla Procura della Repubblica nonché procedere all'escussione delle cauzione provvisoria.

5.8 Rispetto della disciplina in materia di lavoro dei disabili

L'art. 38, comma 1, lett. l), prevede l'esclusione dei soggetti "*che non presentino la certificazione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2*".

L'art. 17 della legge n. 68/1999, recante "*Norme per il diritto al lavoro dei disabili*", dispone che nelle gare d'appalto, le imprese pubbliche e private hanno l'obbligo di presentare alla p.a. una dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione.

Si tratta di un requisito che, ai sensi dell'art. 38, comma 2, d.lgs. 163/06, nonché del citato art. 17, legge n. 68/99, può essere autocertificato dalle imprese mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del d.P.R. 445/2000; la *ratio* di tale causa di esclusione è da ravvisare non già nell'esigenza di assicurare che l'amministrazione stipuli l'appalto aggiudicato con un'impresa in regola con la normativa sul diritto al lavoro dei disabili, quanto in quella che il rispetto di siffatta normativa sia comunque assicurato a prescindere dalle pur rilevanti esigenze rivenienti dal principio del buon andamento amministrativo (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 febbraio 2010, n. 1135).

E' bene rilevare, inoltre, che, stante il carattere imperativo della disciplina prevista dall'art. 17 cit., anche in tale ipotesi vige il cd. principio di eterointegrazione della legge di gara atteso che "*in tema di gara per l'affidamento di appalti pubblici, costituisce motivo di esclusione la mancata dichiarazione relativa all'osservanza delle disposizioni sul diritto al lavoro dei disabili di cui all'art. 17, l. 12 marzo 1999 n. 68, anche in mancanza di una espressa previsione del bando di gara*" (cfr. TAR Palermo Sicilia, Sez. III, 13 gennaio 2009, n. 40).

5.9 Sanzioni interdittive

L'art. 38, comma 1, lett. m), dispone che sono esclusi dalla partecipazione alle gare i soggetti "*nei cui confronti è stata applicata*

la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 36-bis, comma 1, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248".

La norma fa riferimento ad ipotesi in cui l'incapacità di contrarre con la p.a. costituisce pena accessoria della condanna definitiva per alcuni gravi reati (corruzione, associazione a delinquere di stampo mafioso etc.) se commessi in relazione ad una attività imprenditoriale.

In particolare, l'art. 5 d.lgs. 231/2001, rubricato "*Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*" disciplina la responsabilità dell'ente per reati commessi nel suo interesse o in suo vantaggio da parte di persone che rivestono ruoli di rappresentanza o direzione o loro sottoposti, contro la pubblica amministrazione e contro il patrimonio (es. truffa e frode informatica in danno allo Stato o all'ente pubblico, corruzione, concussione).

L'art. 9, comma 2, d.lgs. 231/2001 indica tra le sanzioni amministrative che il giudice può comminare nel caso in cui venga accertata la responsabilità dell'ente la sanzione interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione.

Deve richiamarsi, inoltre, quale ipotesi ricompresa nell'ambito di applicazione della norma in esame, la previsione contenuta nell'art. 36-bis, comma 1, d.l. n. 223/06 e s.m.i. (oggi abrogato dal d.lgs. n. 81/08 e sostanzialmente trasfuso nell'art. 14 del medesimo decreto 81/08).

Tale disposizione prevede che venga emesso un provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale ove sia riscontrato dagli organi di vigilanza del Ministero del Lavoro, l'impiego sul luogo di lavoro, in misura pari o superiore al 20 per cento di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria ovvero in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro individuate con decreto del Ministero del lavoro.

Il provvedimento di sospensione è comunicato all'Autorità dei contratti pubblici ed al Ministero delle infrastrutture al fine dell'adozione di un provvedimento interdittivo alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione a gare pubbliche.

L'art. 38, comma 1, lett. m), contiene, infine, una norma di chiusura ove prevede che l'operatività della causa di esclusione con riferimento ad ogni "*altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione..*".

5.10 Sospensione e revoca dell'attestazione SOA

L'art. 38, comma 1, lett. m-bis), dispone l'esclusione dalle pubbliche gare dei soggetti "*nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la decadenza dell'attestazione SOA per aver prodotto falsa*

documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico”.

Tale disposizione è stata modificata con il terzo decreto correttivo, d.lgs. 152/08, che ha eliminato il riferimento alla sospensione o decadenza dell’attestazione da parte della sola Autorità.

Le stazioni appaltanti, dunque, ai fini della verifica in ordine alla sussistenza di tale causa di esclusione devono consultare il casellario informatico e, ove risulti la decadenza dell’attestazione SOA per falso o dichiarazione mendace, devono escludere l’operatore economico.

Anche in tal caso, pertanto, siamo di fronte ad una causa di esclusione automatica che non lascia spazio a valutazioni discrezionali.

Deve, tuttavia, evidenziarsi che l’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, con Determinazione n. 6/2006, ha precisato che *“la non imputabilità della falsità all’impresa che ha conseguito l’attestazione acquista rilevanza ai fini del rilascio di nuova attestazione, in quanto in caso di falso non imputabile, ai sensi dell’art. 17, lettera m), d.P.R. n. 34/2000, sussisterà il requisito di ordine generale di non aver reso false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l’ammissione agli appalti e per il conseguimento dell’attestazione di qualificazione (Consiglio di Stato sent. n. 129/2005)”.*

Ne consegue, pertanto, che, in tale specifica ipotesi, stante il rilascio della nuova attestazione, non si configura una causa di esclusione dalla gara.

Le stazioni appaltanti consultano il Casellario informatico al fine di verificare se vi è stata decadenza o sospensione della SOA per mendacio

5.11 Omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione

L’art. 38, comma 1, lett. m-ter), prevede che sono esclusi dalla partecipazione alle gare i soggetti di cui alla lettera b) *“che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l’applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli artt. 317 (concussione) e 629 c.p. (estorsione) aggravati ai sensi dell’articolo 7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all’autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall’art. 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689.”*

La norma, inoltre, chiarisce che *“la circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell’imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all’Autorità di cui all’art. 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell’Osservatorio”.*

Tale causa di esclusione alle gare è stata introdotta nel nostro ordinamento dall’art. 19 della legge n. 94/2009, recante *“Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”*, e si applica ai soggetti di cui alla

La causa di esclusione si applica ai soggetti di cui all’art. 38, comma 1, lett. b) ovvero ai soggetti muniti di poteri di rappresentanza

lett. b) dell'art. 38 (titolare o direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale, socio o direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo, soci accomandatari o direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, amministratori muniti di potere di rappresentanza o direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio) che non abbiano denunciato all'autorità giudiziaria di essere stati vittime di reati di concussione o estorsione aggravata.

Deve precisarsi, in ogni caso, che tale causa di esclusione non opera in tutti i casi in cui l'omissione della denuncia sia dovuta allo stato di necessità in cui versa la vittima del reato.

Pertanto, costituisce una esimente la circostanza che il fatto sia stato commesso, ai sensi dell'art. 4, comma 1, legge n. 689/1981, nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa.

La mancata denuncia deve emergere dagli indizi alla base della richiesta del pubblico ministero di rinvio a giudizio formulata nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando

Al fine di verificare la sussistenza della causa di esclusione, inoltre, come chiarito dall'Autorità di Vigilanza (*cfr.* Determinazione n. 1/2010 cit.), le stazioni appaltanti devono consultare il casellario informatico, posto che l'Autorità di Vigilanza pubblica sul casellario la comunicazione della mancata denuncia (previa comunicazione del procuratore della Repubblica) e del nominativo del soggetto che ha omesso di denunciare il fatto.

La causa di esclusione non opera se l'omessa denuncia è avvenuta nelle circostanze esimenti di cui all'art. 4, comma 1, legge n. 689/1981

6. Le modalità di verifica di comprova dei requisiti di ordine generale

L'art. 38, comma 3, del Codice, dispone che *“Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445; resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 (ora articolo 90, comma 9, del decreto legislativo n. 81 del 2008- ndr.) e successive modificazioni e integrazioni. In sede di verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'articolo 21 del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002”*.

Le stazioni appaltanti, quindi, provvedono a verificare d'ufficio la sussistenza dei requisiti dichiarati dagli operatori economici in sede di gara acquisendo le certificazioni dalle autorità competenti.

In primo luogo, per quanto attiene, la sussistenza di una procedura di fallimento o di procedure analoghe di cui all'art. 38, comma 1, lett. a),

la verifica può esser svolta tramite la richiesta del certificato di iscrizione alla Camera di commercio.

Con riguardo alle eventuali procedure in corso, occorre richiedere apposito certificato al Tribunale, sezione fallimentare, che ha circoscrizione nell'ambito in cui l'impresa che si sta verificando ha la sede legale.

Quanto alle cause di esclusione di cui all'art. 38, lett. b), la stazione appaltante dovrà procedere alla richiesta del certificato della Camera di commercio completo del cd. "nullaosta antimafia" o, in caso di appalti sopra soglia comunitaria, alla richiesta alla Prefettura competente delle cd. informative interdittive.

Sarà necessario, altresì, al fine di verificare i procedimenti pendenti, richiedere il certificato dei carichi pendenti.

Con riguardo alla sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), le stazioni appaltanti chiedono all'ufficio del casellario giudiziale, presso la Procura territorialmente competente, i certificati di cui all'art. 21 d.P.R. n. 313/2002, oppure le visure di cui all'art. 33 del medesimo decreto.

Al riguardo, si rammenta che il certificato del casellario giudiziale richiesto dalle stazioni appaltanti è completo, in quanto vi sono riportate anche sentenze per reati estinti, sentenze per le quali è concesso il beneficio della non menzione, etc..

Diversamente, nel certificato richiesto dal soggetto interessato non risultano le iscrizioni indicate dall'art. 25 del Testo unico n. 313/2002, tra le quali le condanne per le quali è stato concesso il beneficio della "non menzione", quelle emesse dal giudice di pace, ovvero da altro giudice per i reati di competenza del primo, le condanne per contravvenzioni punibili con la sola ammenda, le sentenze c.d. di patteggiamento e i decreti penali di condanna.

Pertanto, ai fini delle verifiche ex art. 38, comma 1, lett. c), occorrerà che la stazione appaltante richieda il certificato in parola, non essendo sufficiente la visura eventualmente presentata dal concorrente.

Con riferimento alle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. e), ovvero alle gravi infrazioni in materia di sicurezza o tutela del lavoro, la verifica viene effettuata telematicamente tramite il casellario informatico gestito dall'Osservatorio sui contratti pubblici.

Sempre attraverso la consultazione del casellario informatico, inoltre, le stazioni appaltanti accertano la sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lettere d)- gravi violazioni in materia di sicurezza), f) -grave negligenza nell'esecuzione delle prestazioni), h)- false dichiarazioni, m) – sanzioni interdittive, m-bis) – sospensione o decadenza della SOA e m-ter)- omessa denuncia di reati di consussione ed estorsione.

Diversamente, per quanto attiene le violazioni definitivamente accertate degli obblighi di natura fiscale e tributaria di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), la verifica deve essere effettuata tramite la richiesta di apposta certificazione di regolarità presso l'Agenzia delle Entrate competente.

Il certificato CCIAA munito di "nullaosta antimafia" e le informative interdittive

La stazione appaltante deve richiedere il certificato del casellario giudiziale presso la Procura

Le verifiche presso il Casellario informatico

Si rammenta, infine, che per le stazioni appaltanti pubbliche, alla luce di quanto disposto dall'art. 16-bis, comma 10, d.l. n. 185/08 e s.m.i., vige l'obbligo di acquisire d'ufficio il DURC ai fini della verifica della sussistenza del requisito della regolarità contributiva.

Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione nei confronti di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, ai sensi dell'art. 38, comma 4, del Codice, le stazioni appaltanti chiedono se del caso ai candidati o ai concorrenti di fornire i necessari documenti probatori, e possono, altresì, chiedere la cooperazione delle autorità competenti.

Se nessun documento o certificato è rilasciato da altro Stato dell'Unione Europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza.

**Le stazioni appaltanti
pubbliche devono
acquisire d'ufficio il
DURC**

7. I requisiti di idoneità professionale

Con riguardo al possesso dei requisiti di abilitazione allo svolgimento dell'attività professionale, l'art. 39 del Codice, dispone che:

“1. I concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, possono essere invitati a provare la loro iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali. Si applica la disposizione dell'articolo 38, comma 3.

2. Se si tratta di un cittadino di altro Stato membro non residente in Italia, può essergli richiesto di provare la sua iscrizione, secondo le modalità vigenti nello Stato di residenza, in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato XI A per gli appalti pubblici di lavori, all'allegato XI B per gli appalti pubblici di forniture e all'allegato XI C per gli appalti pubblici di servizi, mediante dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato membro nel quale è stabilito.

3. I fornitori appartenenti a Stati membri che non figurano nei citati allegati attestano, sotto la propria responsabilità, che il certificato prodotto è stato rilasciato da uno dei registri professionali o commerciali istituiti nel Paese in cui sono residenti.

4. Nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, se i candidati o gli offerenti devono essere in possesso di una particolare autorizzazione ovvero appartenere a una particolare organizzazione per poter prestare nel proprio paese d'origine il servizio in questione, la stazione appaltante può chiedere loro di provare il possesso di tale autorizzazione ovvero l'appartenenza all'organizzazione di cui trattasi”.

L'art. 39 prevede, dunque, la facoltà delle stazioni appaltanti di chiedere ai concorrenti di provare la propria iscrizione nel registro delle imprese di cui all'art. 2188 e ss. del codice civile.

Si tratta del registro tenuto presso la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura a fianco del quale, per le imprese artigiane, è istituito lo speciale registro di cui all'art. 5 della legge n. 443/1985, legge quadro per l'artigianato.

Il comma 4 della norma in esame, inoltre, prevede la facoltà di richiedere ai concorrenti il possesso di determinate autorizzazioni amministrative o l'appartenenza a determinate associazioni professionali, qualora l'appalto abbia ad oggetto prestazioni per la cui esecuzione la legge imponga siffatti adempimenti.

Al riguardo, deve evidenziarsi la differenza ontologica tra questa previsione e quella relativa all'iscrizione nel registro delle imprese presso la Camera di commercio, posto che mentre quest'ultima costituisce un adempimento formale giuridicamente indispensabile per lo svolgimento di attività imprenditoriali, al contrario il rilascio di un'autorizzazione (quale, ad esempio, quella prevista dalla legge in materia di attività di smaltimento rifiuti) e l'iscrizione a un albo o ordine professionale presuppongono accertamenti preventivi sull'idoneità dell'operatore a svolgere in concreto le relative attività; pertanto, tale ultimo requisito appartiene già all'area dei requisiti di capacità tecnica del concorrente (*cf.* Del Castillo, Galtieri, Realfonzo, *Appalti pubblici di servizi*, Milano, 2002, 210).

I commi 2 e 3 dell'art. 39, inoltre, costituiscono norme di derivazione comunitaria volte a rendere effettivo il principio di reciproco riconoscimento dei titoli abilitativi tra i diversi Stati membri dell'Unione Europea.

La stazione appaltante, dunque, in forza di tale principio, è tenuta a riconoscere la sussistenza del requisito di iscrizione in tutti i casi in cui un'impresa stabilita in un altro stato della Comunità produca un'attestazione che possa considerarsi equivalente alla stregua delle norme vigenti nello Stato di appartenenza.

8. I requisiti speciali: capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa

I requisiti di ordine speciale consentono alle stazioni appaltanti di selezionare contraenti in grado di espletare a regola d'arte le prestazioni oggetto di gara e di garantire l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto d'appalto.

Pertanto, mentre i requisiti di ordine generale esaminati nei precedenti paragrafi sono previsti da norme imperative a presidio dell'interesse pubblico alla moralità e affidabilità del contraente e sono suscettibili di eterointegrazione della legge di gara, la fissazione dei requisiti di ordine speciale rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, avuto riguardo alle caratteristiche specifiche dell'appalto.

**I requisiti speciali
attengono all'idoneità
dell'impresa ad
espletare le prestazioni
oggetto d'appalto a
regola d'arte**

Al riguardo, come sarà meglio chiarito in appresso, assume particolare rilievo l'oggetto della prestazione da affidare, atteso che, mentre per servizi e forniture le amministrazioni possono stabilire, nei limiti della proporzionalità ed adeguatezza, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi ritenuti necessari per l'esecuzione dell'appalto, nell'ambito dei lavori pubblici la stazione appaltante è vincolata al rispetto del sistema di qualificazione disciplinato dal d.P.R. 34/2000, recante il *“Regolamento per l'istituzione di un sistema di qualificazione unico dei soggetti esecutori di lavori pubblici”*.

Nell'ambito delle gare per l'affidamento di servizi e forniture, pertanto, le stazioni appaltanti devono valutare l'affidabilità delle imprese sotto il duplice profilo della solidità economica del concorrente (requisiti di capacità economica e finanziaria) e della sua capacità professionale ovvero della sua preparazione tecnica, esperienza, idoneità a svolgere la prestazione oggetto dell'appalto (capacità tecnico-organizzativa).

Il Legislatore, al riguardo, ha previsto un ventaglio di criteri predeterminati, condizionanti l'ammissione alla gara, che, tuttavia, non vincolano la discrezionalità della stazione appaltante nella scelta dell'offerta migliore, fermo restando, in ogni caso, il limite del rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Come statuito dalla giurisprudenza amministrativa *“l'affidamento di pubblici appalti, le pubbliche amministrazioni possono prevedere ed imporre prescrizioni ed adempimenti a carico delle imprese partecipanti, ulteriori rispetto a quelli previsti dalle leggi, con il solo limite del rispetto della par condicio e della pertinenza e congruità rispetto allo scopo perseguito ovvero requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali ulteriori prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, non limitino l'accesso alla procedura e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto”* (cfr. *ex multis* TAR Sicilia Palermo, Sez. III, 25 luglio 2006, n. 1768).

La ragionevolezza e la proporzionalità del requisito richiesto vanno valutate con riferimento all'oggetto specifico dell'appalto, all'importo dello stesso e alle caratteristiche peculiari delle prestazioni oggetto di affidamento (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2006, n. 206; TAR Napoli, Sez. I, 10 maggio 2006, n. 4052).

8.1 I requisiti di capacità economica e finanziaria

Con riguardo ai requisiti di capacità economica e finanziaria, l'art. 41 del Codice dispone che la dimostrazione può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385;

Le stazioni appaltanti devono precisare in bando i requisiti necessari alla partecipazione alla gara

Le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti ulteriori nei limiti della proporzionalità e ragionevolezza

I requisiti di capacità economica e finanziaria attengono alla “forza” dell'impresa

b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445;

c) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 41 cit., le amministrazioni devono precisare nel bando di gara i requisiti, tra quelli sopra elencati, che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere.

Circa le cd. referenze bancarie di cui al comma 1, lettera a), la norma prevede che esse siano fornite già in sede di offerta, senza consentire alcuna forma di autodichiarazione.

Ed invero, tali dichiarazioni vengono rese dagli istituti di credito al fine di attestare l'intrattenimento di rapporti di affidamento bancario con l'impresa, fornendo in tal modo garanzia della solidità finanziaria della stessa.

Quanto al contenuto della dichiarazione di cui alla lett. a), il giudice amministrativo ha chiarito che *“ciò che conta è che le referenze bancarie per essere, appunto, idonee, riferiscano sulla qualità dei rapporti in atto con le società per le quali le referenze sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso (e non anche sulla effettiva consistenza economica e finanziaria dei concorrenti, trattandosi di elementi che, di fatto, potrebbero non essere da loro conosciuti) (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 23 giugno 2008, n. 3108” (cfr. TAR Lazio Roma Sez. I ter, 4 novembre 2009, n. 10828).*

Con riferimento al fatturato (cifra d'affari) di cui al comma 1, lettere b) e c), l'art. 41 consente ai concorrenti di presentare una dichiarazione sostitutiva, fermo restando l'obbligo per il concorrente aggiudicatario di esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni rese.

Per quanto concerne i bilanci o gli estratti dei bilanci, la norma dispone espressamente che non possono essere richiesti a prestatori di servizi o di forniture stabiliti in Stati membri che non prevedono la pubblicazione del bilancio.

Con riferimento al fatturato, o all'importo relativo a servizi o forniture realizzati negli ultimi tre esercizi, la stazione appaltante deve considerare le caratteristiche peculiari e l'importo complessivo dell'appalto.

In particolare, circa l'oggetto della dichiarazione, il giudice amministrativo ha statuito che l'art. 41 *“consente all'amministrazione appaltante di inserire nel bando di gara la richiesta della prova della capacità economica e finanziaria attraverso una dichiarazione che*

Le referenze bancarie devono essere fornite in originale e non devono avere contenuto generico

Il fatturato richiesto deve essere proporzionato alle caratteristiche ed all'importo dell'appalto

riguardi sia il fatturato globale, sia il fatturato del settore oggetto dell'appalto, ma solo la dichiarazione del primo dato è indispensabile (nell'ambito della scelta discrezionale dei documenti ritenuti più opportuni al fine della prova del requisito in esame) ai fini della legittimità del bando, laddove la richiesta del secondo dato è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, il cui concreto esercizio, com'è noto, sfugge al sindacato di legittimità allorquando non risulti essere manifestamente illogica, arbitraria, irragionevole o irrazionale”(cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2010, n. 1040).

In merito alla determinazione del requisito del fatturato, deve tenersi a mente che è stata ritenuta illegittima la clausola del bando con cui si richiedeva ai concorrenti un fatturato superiore al doppio del corrispettivo presunto d'appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 1° ottobre 2003, n. 5684) come, altresì, la previsione dell'esercizio pregresso di servizi identici a quello oggetto d'appalto per un importo medio annuo pari al 150% dell'importo di gara (cfr. TAR Lazio, Sez. I ter, 12 luglio 2004, n. 6720).

Per orientamento pacifico, infatti, la giurisprudenza ritiene ragionevole la previsione di un fatturato nel triennio almeno pari a quello dell'appalto, ferma restando la legittimità di una richiesta più onerosa fondata sul principio di ragionevolezza e adeguatezza rispetto alle caratteristiche della prestazione da affidare.

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

Spetta, dunque, alla stazione appaltante valutare la fondatezza dei “giustificati motivi” adottati dalla concorrente, ferma restando l'applicazione del principio del *favor participationis* in tutti i casi in cui l'impresa sia impossibilitata a presentare la documentazione richiesta (in particolare per il fatturato) in quanto costituita da meno di tre anni.

8.2 I requisiti di capacità tecnico-organizzativa

L'art. 42 del Codice, recante “Capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi, dispone che *“Negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi:*

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

Il fatturato richiesto deve essere proporzionato alle caratteristiche ed all'importo dell'appalto

rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; se trattasi di servizi e forniture prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Come già chiarito con riferimento ai requisiti di carattere economico-finanziario, anche in tale ipotesi, il Legislatore fornisce un'elencazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale che le stazioni appaltanti possono richiedere ai fini della partecipazione alle gare d'appalto, ferma restando la facoltà di prevedere requisiti

ulteriori strettamente connessi alle peculiarità dell'affidamento, purché proporzionati e adeguati all'oggetto dell'appalto.

Tutti i requisiti individuati dalla norma sono autocertificabili ai sensi del d.P.R. 445/00, salva la successiva verifica da parte della stazione appaltante mediante della documentazione a comprova all'aggiudicatario ed ai concorrenti sorteggiati per la verifica a campione di cui all'art. 48 del Codice.

Con riguardo ad alcuni requisiti di capacità tecnica, quali, ad esempio, particolari attrezzature o materiali tecnici, si è posto, in passato, il problema di stabilire se il Legislatore intendesse necessario, a garanzia di affidabilità del concorrente, il possesso diretto di essi in capo al concorrente ovvero fosse sufficiente che questi ne garantisse, comunque, la disponibilità attraverso strumenti giuridici idonei quali, ad esempio, il leasing.

Tale dubbio interpretativo è stato colmato con l'introduzione, nell'art. 41, del comma 4 bis ad opera del secondo decreto correttivo al Codice dei contratti, d.lgs. 113/07, che prevede espressamente che la stazione appaltante considera, in ogni caso, rispettati i requisiti tecnici prescritti anche ove la disponibilità dei mezzi tecnici necessari ed idonei all'espletamento del servizio sia assicurata mediante contratti di locazione finanziaria con soggetti terzi.

Pertanto, ove in bando venga richiesta la dichiarazione di disponibilità dei mezzi o delle attrezzature, tale previsione deve intendersi come un concreto e stabile godimento degli stessi, indipendentemente dal titolo, reale o obbligatorio, in base al quale sono materialmente detenuti.

Al riguardo, infatti, il giudice amministrativo ha recentemente chiarito che *"prescrivere la disponibilità materiale dei mezzi come requisito di partecipazione alla gara equivarrebbe a riservarne l'accesso alle sole imprese già operanti nel settore e, quindi, dotate di congrue attrezzature. Si porrebbe con ciò in essere una palese violazione dei principi comunitari di proporzionalità, di libera concorrenza, di parità di trattamento e di non discriminazione, che trovano diretta applicazione nell'ordinamento interno, in ossequio alla posizione di preminenza dell'ordinamento comunitario e richiamati dall'art. 2 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163"* (cfr. TAR Trentino Alto Adige Trento, 7 giugno 2010, n. 151).

La distinzione tra criteri di idoneità, ovvero di selezione dell'offerente, e criteri di valutazione delle offerte, nell'ambito delle gare aggiudicate con l'offerta economicamente più vantaggiosa, è principio affermato da tempo, non solo dalla Corte di Giustizia, ma anche dal giudice amministrativo nazionale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 2001, n. 3187).

Ne discende che i requisiti di capacità tecnica e professionale non possono essere utilizzati dalla stazione appaltante quali elementi di valutazione della proposta tecnica atteso che, diversamente operando, si concreterebbe una commistione tra la fase preliminare di

Tutti i requisiti di capacità tecnico professionale sono autocertificabili ai sensi del d.P.R. 445/00

La disponibilità dei mezzi tecnici può essere assicurata mediante locazione finanziaria

Il divieto di commistione tra requisiti di capacità tecnica e criteri di valutazione dell'offerta

ammissione alla gara e la successiva fase di individuazione della migliore offerta.

Difatti, *“nell’individuazione dei criteri di valutazione dell’offerta, laddove si ricorra al sistema di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, l’amministrazione non può operare una illegittima commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed gli elementi oggettivi di valutazione dell’offerta. Detta commistione si pone, infatti, in contrasto, sia con la normativa comunitaria, sia con la normativa nazionale di riferimento che pongono una chiara e ragionevole distinzione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa. In particolare, ai fini della valutazione dell’offerta, non è consentito assegnare un punteggio in relazione ai requisiti volti ad assicurare che i concorrenti si pongano su livelli strutturali, funzionali ed economico finanziari tali da garantire la loro capacità di assolvimento dei compiti conseguenti all’aggiudicazione dell’appalto: tali requisiti soggettivi, se utilizzati per graduare i punteggi di gara comportano la conseguenza di privilegiare i soggetti più strutturati, determinando una limitazione del mercato a favore delle imprese di maggiori dimensioni. Tali elementi attengono infatti direttamente all’offerente e non al merito tecnico dell’offerta e dunque possono essere assunti a requisiti di prequalificazione delle imprese ai fini della partecipazione alla gara ma non possono essere valutati ai fini dell’aggiudicazione del servizio (cfr. ex multis Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, Deliberazione n. 197 del 16 giugno 2007).*

Pertanto, le stazioni appaltanti devono tenere ben distinti i requisiti soggettivi di partecipazione, che attengono alla qualificazione e alla capacità dei concorrenti ai fini dell’ammissione alla gara, dai criteri oggettivi di valutazione dell’offerta, concernenti, invece, gli elementi dell’offerta in quanto tale.

Sotto tale profilo, si rammenta che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto illegittima la previsione di un bando di gara che elencava, tra i criteri di attribuzione del punteggio, il possesso della certificazione di qualità, nonché le referenze relative a servizi analoghi a quello oggetto dell’affidamento, in quanto *“trattasi di elementi soggettivi, concernenti la capacità tecnica delle concorrenti”*(cfr. Cons. Stato, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 912).

8. 3 La certificazione di qualità

L’art. 43 del Codice, recante *“Norme di garanzia della qualità”*, dispone che *“Qualora richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l’ottemperanza dell’operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità, le stazioni appaltanti fanno riferimento ai sistemi di assicurazione della qualità basati sulle serie di norme Europee in materia e certificati da organismi conformi alle serie delle norme*

Le stazioni appaltanti non possono utilizzare i requisiti tecnici come criterio di valutazione dell’offerta

Europee relative alla certificazione. Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici".

Tale disposizione riproduce in parte l'art. 49 della direttiva comunitaria 2004/18 e consente alle stazioni appaltanti di richiedere alle imprese interessate a partecipare alla gara la presentazione di certificati, rilasciati da organismi nazionali indipendenti, che attestino l'ottemperanza a determinate norme in materia di garanzia di qualità.

In particolare, l'art. 43 prescrive l'obbligo in capo alle stazioni appaltanti di fare riferimento a sistemi di assicurazione della qualità che si fondino su norme Europee e che siano anche certificati da organismi conformi alle norme Europee in materia di certificazione.

La certificazione di qualità, dunque, 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 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).

Il requisito della qualità, pertanto, rappresenta una "qualità intrinseca" dell'impresa, concernente la capacità individuale di organizzazione efficiente ed efficace delle risorse a disposizione.

Proprio in considerazione di tali caratteristiche, il possesso della certificazione di qualità viene ritenuto, da giurisprudenza e prassi, quale requisito di partecipazione di natura soggettiva.

Pertanto, la certificazione di qualità, in applicazione del principio dianzi citato del divieto di commistione tra requisiti soggettivi ed elementi di valutazione delle offerte, non può essere indicata come elemento di valutazione dell'offerta nelle gare aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con specifico riferimento al possesso del requisito della qualità nell'ambito dei raggruppamenti temporanei di imprese, deve evidenziarsi che la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che tale certificazione deve essere posseduta da ciascuna delle imprese raggruppate.

Ed invero, la giurisprudenza prevalente ritiene non frazionabile il requisito della qualità atteso che *"trattandosi di requisito soggettivo di ammissione, la certificazione in argomento deve essere posseduta da tutte le componenti dell'Ati"* (cfr. TAR Sicilia Palermo, Sez. III, 19 luglio 2005, n. 754; Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2005, n. 2576)

Come sarà chiarito in appresso, nel settore dei lavori pubblici, la certificazione di qualità viene attestata attraverso la qualificazione SOA; infatti, ai sensi dell'art. 4, comma 3, d.P.R. 34/00, il possesso della certificazione di qualità aziendale rilasciata da soggetti

La certificazione di qualità concerne la capacità individuale di organizzazione e non è un requisito frazionabile

La certificazione di qualità deve essere posseduta da tutte le imprese raggruppate

Nell'ambito dei lavori la certificazione di qualità è insita nella SOA

accreditati ai sensi delle norme Europee della serie UNI CEI EN 45000, è attestato dalle SOA.

Si rammenta, al riguardo, che il possesso di tale requisito è comprovato dalla SOA per importi dalla III classifica in poi di cui al d.P.R. n. 34/2000 (e cioè per lavori di importo superiore a 516.457 Euro).

9.La qualificazione SOA per l'esecuzione delle opere pubbliche

Nel settore dei lavori pubblici, l'esigenza di adottare un sistema di qualificazione delle imprese risiede nella circostanza che l'esecuzione di un'opera pubblica consiste in un'attività organizzativa ed esecutiva così complessa da non poter essere demandata a chi tali attività non ha mai eseguito, perché ciò inciderebbe sia sulla corretta esecuzione dell'opera, sia addirittura sulla sua effettiva possibilità di venire ad esistenza.

In altri termini, il sistema di qualificazione, così come è venuto ad evolversi nel tempo, trova la propria *ratio* nella finalità di perseguire, e cioè di impedire, che l'esecuzione dell'opera sia demandata ad un soggetto strutturalmente incapace di gestire la commessa pubblica.

Il primo sistema di qualificazione adottato per i lavori pubblici fu il cd. Albo Nazionale costruttori, oggi sfociato nel cd. sistema SOA, disciplinato nel citato d.P.R. 34/2000 (Regolamento per l'istituzione di un sistema di qualificazione unico dei soggetti esecutori di lavori pubblici).

Il Codice dei contratti pubblici, all'art. 253, comma 3, prevede che fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento attuativo di cui all'art. 5 del Codice, continuano ad applicarsi le norme dettate dal d.P.R. 34/00, dal d.P.R. 554/99, e le altre disposizioni regolamentari vigenti che dovranno confluire nel suddetto regolamento.

Pertanto, in attesa dell'entrata in vigore del nuovo regolamento, le stazioni appaltanti applicano la disciplina di riferimento ai fini della qualificazione delle imprese per gli appalti di lavori pubblici.

A tal fine, deve tenersi a mente che l'importo dell'appalto incide sulla modalità di qualificazione degli operatori.

Infatti, ai sensi dell'art. 28 del d.P.R. 34/00, per appalti di importo pari o inferiore a 150.000 Euro non è necessario il possesso dell'attestazione SOA e le imprese, ai fini della partecipazione alle gare, devono essere in possesso dei seguenti requisiti:

- 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;
- c) adeguata attrezzatura tecnica.

Per i lavori sui beni immobili soggetti alle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali, per gli scavi archeologici e per quelli

La qualificazione SOA non è necessaria per appalti di importo inferiore a 150.000 Euro

agricolo-forestali, le imprese devono aver realizzato nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando lavori analoghi per importo pari a quello dei lavori che si intendono eseguire, e presentare l'attestato di buon esito degli stessi rilasciato dalle autorità eventualmente preposte alla tutela dei beni cui si riferiscono i lavori eseguiti.

I suddetti requisiti, inoltre, sono dichiarati in sede di domanda di partecipazione o di offerta e la loro sussistenza è accertata dalla stazione appaltante secondo le disposizioni vigenti in materia (ovvero attraverso la verifica a comprova dei requisiti ex art. 48 del Codice o mediante presentazione della SOA ove posseduta).

Diversamente, per appalti di importo superiore a 150.000 Euro, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.P.R. 34/00, è obbligatorio il possesso della qualificazione SOA.

Tale qualificazione è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici come sancito dall'art. 1, comma 3, d.P.R. 34/2000.

Ne consegue che la stazione appaltante non può richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal regolamento medesimo, in quanto il possesso della certificazione SOA abilita automaticamente l'operatore economico a partecipare alle gare per interventi rientranti nell'ambito della stessa attestazione.

Tale principio è stato ribadito anche dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici (*cf.* parere n. 71 del 23 ottobre 2007), nonché dalla giurisprudenza amministrativa.

Il principio di sufficienza della certificazione SOA, tuttavia, subisce una deroga negli appalti di importo superiore a 20.658.276 Euro e negli appalti rientranti nei c.d. settori speciali.

Ai sensi dell'art. 3, comma 6, d.P.R. 34/00, infatti, per appalti di importo superiore a lire 40.000.000.000 (Euro 20.658.276), l'impresa, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a tre volte l'importo a base di gara

Con riferimento ai settori speciali, invece, la facoltà di prevedere requisiti ulteriori si rinviene nell'art. 214 del Codice, ai sensi del quale se una delle attività cui è destinato un appalto è disciplinata dalla Parte III e l'altra dalla Parte II, e se è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività l'appalto sia principalmente destinato, esso è aggiudicato secondo le disposizioni della Parte II, ferma la facoltà, per gli enti aggiudicatori, di chiedere, in aggiunta all'attestazione SOA, ulteriori specifici requisiti di qualificazione relativamente alle attività disciplinate dalla Parte III.

Inoltre, sempre con riguardo agli appalti rientranti nella Parte III, l'art. 232 attribuisce agli enti aggiudicatori la facoltà di istituire e gestire un proprio sistema di qualificazione degli imprenditori finalizzato

La qualificazione SOA è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di cui al regolamento e quindi in concreto per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione

Nei settori speciali si possono fissare requisiti aggiuntivi giustificati dalla complessità dell'opera ma nel rispetto del principio di ragionevolezza

all'aggiudicazione dei lavori, purché tale sistema sia conforme ai criteri di qualificazione fissati dall'emanando regolamento di attuazione del Codice.

Peraltro, l'art. 230, commi 4 e 5, d.lgs. 163/06 demanda al regolamento di cui all'art. 5 la fissazione degli eventuali ulteriori requisiti di capacità tecnico professionale ed economico finanziaria per i lavori, servizi, forniture, nei settori speciali, anche al fine della attestazione e certificazione SOA.

Il sistema di qualificazione nei lavori pubblici è strutturato in categorie e classifiche.

Le categorie indicano la qualità della specializzazione posseduta dall'impresa e sono suddivise in generali e specializzate.

Le singole categorie, con la relativa descrizione (cd. declaratoria), sono elencate nell'Allegato A al d.P.R. 34/2000.

Le classifiche, invece, sono valori numerici che indicano "la forza dell'impresa", ovvero l'entità dei lavori cui l'organizzazione dell'impresa è in grado di far fronte.

L'art. 3, comma 4, d.P.R. 34/2000, individua 8 classifiche suddivise per importo.

Le imprese, dunque, ai sensi dell'art. 3 cit. 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 a loro attribuite, secondo i livelli di importo stabiliti dal comma 4 del medesimo articolo.

Il principio cardine cui le stazioni appaltanti devono sempre attenersi è che 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.

Tale principio, dunque, deve essere tenuto a mente nella predisposizione dei bandi di gara al fine di richiedere una qualificazione adeguata rispetto all'importo posto a base di gara.

Le categorie indicano la "specializzazione" dell'impresa

Le classifiche indicano la "forza" dell'impresa

9.1 La qualificazione nei raggruppamenti temporanei di imprese

Preliminarmente deve rilevarsi che ai fini della partecipazione alla gara, e quindi, della qualificazione delle imprese concorrenti, è fatto obbligo all'amministrazione di indicare in bando la categoria prevalente e/o le categorie scorporabili.

La categoria prevalente è quella che qualifica l'opera e la identifica sia per natura, sia per elemento quantitativo prevalente, cioè il costo.

Pertanto, la stazione appaltante dovrà individuare nell'ambito del computo metrico, che accompagna il progetto, quale parte dell'opera è prevalente, sotto il profilo economico e di identità delle lavorazioni rispetto alle altre.

E' pacifico, infatti, che un'opera pubblica risulta composta da più componenti edilizie, dotate ciascuna di una propria autonomia (per esempio in un ospedale si avrà una parte prettamente edile ed una

serie di parti dotate di loro autonomia, in linea astratta separabili dall'opera principale, che pur sono necessarie a completare lo stesso, quali gli impianti di illuminazione, l'impianto di condizionamento etc.....).

Orbene, ai sensi dell'art. 73 del d.P.R. 554/99, nei bandi di gara per l'appalto di opere o lavori pubblici è richiesta la qualificazione nella sola categoria di opere generali che rappresenta la categoria prevalente, e che identifica la categoria dei lavori da appaltare.

Si intende per categoria prevalente quella di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento.

Nel bando di gara, inoltre, è indicato l'importo complessivo dell'opera o del lavoro oggetto dell'appalto, la relativa categoria generale o specializzata considerata prevalente nonché tutte le parti (scorporabili), appartenenti alle categorie generali o specializzate di cui si compone l'opera o il lavoro con i relativi importi e categorie.

Ai sensi dell'art. 73, comma 3, d.P.R. 554/99, le opere scorporabili costituenti l'opera o il lavoro sono quelle di importo singolarmente superiore al 10% dell'importo complessivo dell'opera o lavoro ovvero di importo superiore a 150.000 Euro.

La legge, quindi, impone alle stazioni appaltanti, ai fini della partecipazione delle imprese, e quindi della qualificazione stessa, che in bando sia indicata la categoria prevalente e tutte le opere scorporabili, affermandosi, altresì, che il possesso della categoria prevalente per l'importo complessivo dell'appalto è condizione necessaria e sufficiente per concorrere alla gara (cd. principio della sufficienza).

Ciò posto, per quanto attiene alla partecipazione alla gare dei raggruppamenti temporanei di imprese, l'art. 3, comma 2, del citato d.P.R. 34/2000, dispone che nel caso di imprese raggruppate o consorziate il criterio dell'incremento del quinto 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.

Orbene, ai sensi dell'art. 253, comma 9, del Codice, al fine dell'applicazione dell'art. 37 (raggruppamenti e consorzi), fino all'entrata in vigore del regolamento di attuazione, i raggruppamenti temporanei sono ammessi se il mandatario e i mandanti abbiano i requisiti indicati nel d.P.R. 554/99 e nel d.P.R. 34/00.

In particolare, ai sensi dell'art. 95 del d.P.R. 554/99, nei raggruppamenti 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 nelle misure minime 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.

La categoria prevalente è quella che identifica l'opera nella sua interezza

Le opere scorporabili sono quelle che superano il 10% dell'importo dell'appalto o superano i 150.000 Euro

ATI orizzontale: i requisiti devono essere posseduti per il 40% dalla mandataria e per la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti nella misura del 10%

Diversamente, nei raggruppamenti di tipo verticale: 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

Inoltre, se l'impresa singola o le imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea hanno i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, 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% 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 (c.d. associazione per cooptazione).

ATI verticale: i requisiti devono essere posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente. Nelle categorie scorporate ciascuna mandante deve possedere i requisiti richiesti per la quota di lavori assunti

9.2 Il sistema di qualificazione SOA e gli organismi di attestazione

L'art. 40 del Codice prevede un sistema unitario di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, per appalti di importo superiore a 150.000 Euro, che, nelle more dell'entrata in vigore del regolamento di attuazione, cui è rinviata la relativa disciplina, si attua in conformità alle disposizioni del d.P.R. 34/2000 e del d.P.R. 554/1999.

In particolare, ai sensi dell'art. 40, comma 2, il sistema di qualificazione è attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici i quali, nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica.

Tali organismi, ai fini del rilascio delle attestazioni, verificano tutti i requisiti dell'impresa richiedente e, in caso di false attestazioni, sono penalmente responsabili ai sensi degli artt. 476 e 479 del codice penale

L'art. 40, comma 3, chiarisce che agli organismi di attestazione è demandato il compito di attestare l'esistenza di numerosi requisiti tra i quali la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme Europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme Europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, nonché la sussistenza dei requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione (*cf.* artt. 17 e ss. d.P.R. n. 34/2000).

Ne consegue, che, negli appalti di lavori, il possesso della certificazione del sistema di qualità può essere provato esclusivamente attraverso le attestazioni SOA, in conformità a quanto previsto dell'art. 4, comma 3, d.P.R. 34/00.

Inoltre, ai sensi dell'art. 40, comma 7, del Codice, le imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme Europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme Europee della serie UNI EN ISO 9000, usufruiscono del beneficio della riduzione del 50 per cento della cauzione e delle garanzie fideiussorie (cauzione provvisoria e definitiva), previste rispettivamente dall'art. 75 e 113, comma 1, del Codice.

Per quanto attiene al periodo di validità della qualificazione, il Codice prevede che la stessa ha la durata di cinque anni, con verifica entro il terzo anno del mantenimento dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale.

La durata di efficacia è complessivamente di cinque anni, purché prima della scadenza del triennio l'impresa sottoponga a verifica la propria qualificazione e questa dia esito positivo

Se tale incombenza non viene assolta dall'impresa, essa non può partecipare alle gare fino a che non sia stata effettuata la verifica e deve essere esclusa.

Ai sensi dell'art. 40, comma 9-ter, d.lgs. 163/06, inoltre, gli organismi di attestazione SOA hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità l'avvio del procedimento di accertamento del possesso dei requisiti delle imprese, nonché il relativo esito.

Come noto, infatti, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-bis) la sospensione o la decadenza dell'attestazione SOA per aver prodotto falsa documentazione o false dichiarazioni risultanti dal casellario informatico dell'Osservatorio configura una causa di esclusione dalle gare.

10. L'avvalimento

L'avvalimento è un istituto di origine comunitaria, elaborato inizialmente attraverso le pronunce della Corte di Giustizia UE e, successivamente, codificato con le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici del 2004.

Tale istituto è stato inizialmente ammesso tra soggetti appartenenti al medesimo gruppo (c.d. avvalimento interno alla holding) sulla scorta delle indicazioni del giudice comunitario (*cfr.* Corte di Giustizia CE, 14 aprile 1994 in causa C- 389/92) secondo cui *“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 tener conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti”*.

In un secondo momento, la Corte UE ha ammesso l'avvalimento a prescindere dai legami intercorrenti tra le imprese coinvolte, statuendo che *“la direttiva 92/50 va interpretata nel senso che consente ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici,*

L'attestazione SOA ha validità quinquennale e deve essere verificata entro il triennio

Se concorre un'impresa che produce una SOA di data anteriore al quinquennio, ma non revisionata allo scadere del triennio, questa va esclusa

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" (cfr. Corte di Giustizia CE, 2 dicembre 1999, in causa C- 176/98).

Gli indirizzi della giurisprudenza della Corte di Giustizia e le norme dettate dalla direttiva 92/50, di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, hanno trovato pieno riconoscimento nella direttiva 2004/18/CE per i settori ordinari e nella direttiva 2004/17/CE per i settori speciali.

La disciplina dell'avvalimento nel Codice dei contratti pubblici si rinviene negli artt. 49 e 50 recanti, rispettivamente, la disciplina generale dell'istituto e la disciplina dell'avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione.

Con riguardo alla disciplina generale dell'istituto, l'art. 49, comma 1, dispone che il concorrente (avvalente), singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'art. 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti o dell'attestazione SOA di un altro soggetto (ausiliario).

Pertanto, ai fini dell'avvalimento, risulta irrilevante la natura giuridica del soggetto concorrente, sia esso singolo o raggruppato, e dei legami tra il concorrente ed il soggetto ausiliario.

L'art. 49, comma 2, elenca tutti i documenti che il concorrente deve allegare in sede di offerta per potersi avvalere dei requisiti di un altro soggetto.

Oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria, il concorrente deve allegare:

- a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'art. 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria (tale dichiarazione ha un duplice contenuto: la manifestazione della volontà di avvalersi e l'indicazione specifica dei requisiti oggetto di avvalimento e dell'impresa ausiliaria);
- b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice;
- c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38 cit.;
- d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;

Ai fini dell'avvalimento risulta irrilevante la natura giuridica del concorrente

Il concorrente deve fornire tutti i documenti elencati nell'art. 49 del Codice

e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'art. 34;

f) in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto;

g) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di avvalimento di cui alla lettera f), l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva, attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dalla quale, analogamente a quanto previsto per il contratto di avvalimento, discendono gli obblighi previsti dalla legislazione antimafia, richiamata dall'art. 49 cit..

La stazione appaltante, dunque, deve verificare che tutti i suddetti documenti siano allegati dall'operatore economico concorrente al fine di poter usufruire dei requisiti dell'impresa ausiliaria, fermo restando l'esito dei controlli sulla veridicità delle dichiarazioni rese.

Oltre ai requisiti di ordine generali di cui all'art. 38, si rammenta che l'ausiliaria, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara, è soggetta agli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente.

Ne discende che il generale requisito dell'affidabilità morale deve essere posseduto da impresa avvalente e avvalsa.

Tra i documenti da presentare, poi, assume particolare rilievo quello di cui alla lett. d) del'art. 49, in quanto attraverso tale dichiarazione l'ausiliaria assume un'obbligazione diretta nei confronti della stazione appaltante; in assenza di tale dichiarazione l'amministrazione, in caso di inadempimento, non potrebbe agire direttamente nei confronti dell'ausiliaria, potendo utilizzare unicamente il contratto di avvalimento, ove si consideri quale contratto a favore di terzo.

Per quanto attiene al contratto di avvalimento di cui alla lett. f), deve rilevarsi che, allo stato, non è previsto uno schema contrattuale tipico, pertanto lo stesso può rivestire qualunque forma, purché preveda espressamente l'obbligo dell'ausiliaria di fornire al concorrente i requisiti necessari all'esecuzione dell'appalto per tutta la durata dell'affidamento. In tal senso, può trattarsi anche di contratto a titolo gratuito.

In caso di avvalimento infragruppo non è richiesto apposito contratto, ma è sufficiente una dichiarazione sostitutiva, richiesta, peraltro, ai fini della normativa antimafia.

Ai sensi dell'art. 49, comma 3, del Codice, in caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'art. 38, lett. h), nei confronti dei soggetti sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente ed escute la cauzione provvisoria. Trasmette, inoltre, gli atti all'Autorità di Vigilanza per le sanzioni di cui all'art. 6, comma 11 (v. capitolo sulla gestione della procedura di gara).

La stazione appaltante deve verificare la completezza dei documenti forniti in sede di gara ed il possesso dei requisiti ex art. 38 in capo al concorrente e all'ausiliaria

Se le imprese appartengono allo stesso gruppo non è richiesto il contratto di avvalimento ma è sufficiente una dichiarazione sostitutiva

Si rammenta, infatti, che ai sensi del citato art. 38, comma 1, lett. h) sono esclusi dalla partecipazione alle gare i soggetti 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 e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio.

Ne consegue, dunque, che, ove le dichiarazioni rese in sede di gara siano risultate mendaci in esito alle verifiche da parte della stazione appaltante, quest'ultima dovrà procedere all'esclusione e comunicare il mendacio all'Autorità per la Vigilanza, nonché alla Procura della Repubblica.

In relazione a ciascuna gara, inoltre, ai sensi del comma 11, la stazione appaltante deve trasmettere all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando, altresì, il nominativo dell'aggiudicatario, ai fini dell'esercizio della vigilanza e della pubblicità sul sito informatico presso l'Osservatorio.

L'art. 49, comma 4, dispone che il concorrente e l'impresa sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

Tale responsabilità solidale, tuttavia, è stata oggetto di distinte interpretazioni da parte della dottrina, posto che non viene chiarito dalla norma se il contratto cui si riferisce il comma 4 è il contratto d'appalto o, diversamente, il contratto di avvalimento.

Al riguardo, parte della dottrina (*cf.* P. Cirillo, *L'Avvalimento: sintesi tra sub procedimento e negozio giuridico*) ha ritenuto che l'istituto dell'avvalimento sia riconducibile alla promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo di cui all'art. 1381 del codice civile, con conseguente limitazione delle azioni proponibili da parte dell'amministrazione appaltante nei confronti dell'impresa ausiliaria.

Difatti, ai sensi dell'art. 1381 cit., colui che ha promesso l'obbligazione o il fatto di un terzo (ausiliaria) è tenuto a indennizzare l'altro contraente, se il terzo rifiuta di obbligarsi o non compie il fatto promesso.

Da tale impostazione, dunque, discende che la responsabilità solidale non può che riferirsi alle specifiche prestazioni gravanti in capo all'impresa ausiliaria, posto che altrimenti si avrebbe un'ingiustificata responsabilità per fatto altrui.

Secondo una diversa interpretazione dottrinale (*cf.* G. Balocco), la responsabilità solidale sancita dall'art. 49, comma 4, del Codice, deve essere riferita alle prestazioni oggetto del contratto d'appalto, posto che l'impresa ausiliaria, mediante la dichiarazione di cui all'art. 49, comma 2, lett. d), con cui si obbliga a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, viene ad assumere un preciso obbligo negoziale nei confronti della stazione appaltante.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che *“l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto al contratto d'appalto, dovendosi essa impegnare (non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata, ma) anche verso l'amministrazione*

La stazione appaltante deve trasmettere all'Autorità di Vigilanza tutte le dichiarazioni di avvalimento

La responsabilità solidale del concorrente e dell'ausiliaria: questioni interpretative

aggiudicatrice a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente (l'ausiliario è infatti tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante), e tale impegno costituisce presupposto di legittimità del provvedimento di aggiudicazione; l'impresa ausiliaria diviene quindi titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente, e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione e la stipula a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti; egli risponderà pertanto a titolo di responsabilità contrattuale dell'inadempimento delle promesse fatte all'amministrazione" (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. I, 2 luglio 2007, n. 5896).

Orbene, tra le due ricostruzioni dottrinali sopra richiamate, sembrerebbe doversi prediligere la tesi che circoscrive la responsabilità solidale dell'ausiliaria alle prestazioni oggetto del contratto di avvalimento, posto che, contrariamente opinando, si potrebbero porre questioni di legittimità costituzionale a causa della traslazione di responsabilità per l'esecuzione del contratto messo in gara, in capo ad un soggetto che non ne assume il ruolo di esecutore (ausiliaria) che non ha concorso per farlo e che non è in grado, comunque, di influire o di vigilare sull'andamento dell'esecuzione.

Tale interpretazione, peraltro, non sembra conforme a quanto disposto dal comma 10 dell'art. 49, secondo cui il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione.

La norma dispone altresì che l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.

L'impresa ausiliaria, pertanto, non potrà assumere obbligazioni maggiori o diverse da quelle oggetto dell'avvalimento; resta, comunque, aperta la questione se sia possibile superare il limite del 30% delle prestazioni subappaltabili.

Resta, in ogni caso, ferma, la necessità che la stazione appaltante provveda ad autorizzare il subappalto in conformità a quanto previsto dall'art. 118 del Codice.

Per quanto concerne i lavori, e quindi con riguardo all'attestazione SOA, il concorrente, ai sensi dell'art. 49, comma 6, può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione.

In deroga a tale previsione, il bando di gara può ammettere l'avvalimento da parte del concorrente di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni.

Pertanto, in esito alle modifiche apportate al comma 6 dal c.d. terzo correttivo al Codice, per i lavori, viene ribadito il principio di unicità dell'impresa ausiliaria, quanto meno con riferimento ad una singola categoria di lavorazioni, mentre per servizi e forniture viene eliminato il principio di unicità dell'impresa ausiliaria, con la conseguenza che sembra, oggi, potersi ritenere legittima la possibilità che il concorrente, per colmare il proprio deficit di qualificazione, si avvalga di più imprese ausiliarie anche per il medesimo requisito.

Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa concorrente

Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie

Si rileva, poi, che con il c.d. terzo correttivo al Codice (d.lgs. 152/08) è stato abrogato il comma 7 che prevedeva la facoltà delle stazioni appaltanti di stabilire nel bando di gara una limitazione dell'avvalimento soltanto ad alcuni requisiti.

Pertanto, alla luce della normativa vigente è venuto meno il c.d. avvalimento parziale.

L'art. 48, comma 8, dispone che, in relazione a ciascuna gara, non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.

La norma, quindi, sancisce il divieto di prestare i requisiti a più concorrenti in quanto lesivo del principio di segretezza delle offerte, ed il divieto di partecipare alla medesima gara, posto che altrimenti si configurerebbe un conflitto di interesse tra le imprese coinvolte.

La stazione appaltante, pertanto, nel primo caso dovrà escludere l'impresa ausiliaria in veste di concorrente, posto che la stessa è certamente a conoscenza dell'offerta dell'impresa ausiliata; nel secondo caso, invece, dovrà procedere all'esclusione di tutte le imprese che si sono avvalse dello stesso soggetto, posto che, in tale ipotesi, ciascuna di esse potrebbe potenzialmente conoscere le offerte delle altre.

In ogni caso, resta ferma la facoltà, sancita dal comma 9, di prevedere in bando che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario.

Circa i requisiti che possono essere oggetto di avvalimento, deve segnalarsi che sebbene l'istituto trovi applicazione in ogni settore della contrattualistica pubblica, ha suscitato difficoltà l'applicazione dello stesso in caso di requisiti di natura soggettiva (attinenti alla struttura dell'impresa piuttosto che alla sua capacità in termini tecnici) quali, *in primis*, la certificazione di qualità.

Sul punto, non si è, a tutt'oggi, formato, in giurisprudenza, un orientamento consolidato che consenta di affermare indubitabilmente la possibilità di avvalersi del requisito in esame, consideratane la natura soggettiva ed infrazionabile.

Al riguardo, il Consiglio di Stato ha affermato che *“avendo l'istituto dell'avvalimento portata generale nel diritto comunitario, al fine di garantirne il principio di libertà di concorrenza e di rimuovere ogni ostacolo alla libera prestazione dei servizi, una lettura restrittiva del codice dei contratti ed in specie dell'art. 49, tale da snaturare l'istituto, comporta una evidente contrarietà alla normativa comunitaria finendo per limitare il principio di massima partecipazione alle procedure di gara e di par condicio dei concorrenti”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 marzo 2009, n. 1624).

Con il cd. terzo decreto correttivo è venuta meno la facoltà di prevedere in bando l'avvalimento parziale

Divieto di prestare i requisiti a più concorrenti nella medesima gara

L'avvalimento di più concorrenti con la medesima ausiliaria è consentito ove il requisito richiesto sia posseduto da un ristrettissimo numero di operatori

L'avvalimento della certificazione di qualità non è pacificamente affermato dalla giurisprudenza

Secondo diverso orientamento, invece, “l’avvalimento di cui all’art. 49 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 è ammissibile limitatamente alla richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA; pertanto, la certificazione di qualità, costituente un requisito soggettivo dell’impresa preordinato a garantire all’amministrazione appaltante la qualità dell’esecuzione delle prestazioni contrattuali dovute, deve riguardare, in quanto tale, direttamente l’impresa appaltatrice” (cfr. TAR Sardegna Cagliari, Sez. I, 6 aprile 2010, n. 665).

Nel contrasto giurisprudenziale, si ritiene di non potersi discostare dall’attuale orientamento di Palazzo Spada che, anche in applicazione del principio di derivazione comunitaria della massima partecipazione alle gare, ha ritenuto illegittima qualsiasi limitazione del ricorso all’istituto dell’avvalimento.

Per quanto concerne la disciplina dell’avvalimento nel caso di operatività di sistemi di qualificazione, l’art. 50 del Codice prevede che per i lavori, il regolamento disciplina la possibilità di conseguire l’attestazione SOA nel rispetto delle disposizioni previste dall’articolo 49, sempreché compatibili con i seguenti principi:

a) tra l’impresa che si avvale dei requisiti e l’impresa ausiliaria deve esistere un rapporto di controllo ai sensi dell’art. 2359, commi 1 e 2 c. c.; oppure entrambe le imprese devono essere controllate da una stessa impresa ai sensi dell’art. 2359, commi 1 e 2, c c.;

b) l’impresa ausiliaria deve rilasciare una dichiarazione con la quale assume l’obbligo, anche nei confronti delle stazioni appaltanti, di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell’impresa ausiliata per tutto il periodo di validità dell’attestazione SOA;

c) l’impresa ausiliata e l’impresa ausiliaria hanno l’obbligo di comunicare le circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle risorse;

d) in relazione a ciascuna gara si osservano comunque i commi 8 e 9 dell’articolo 49.

Ai sensi del comma 2, l’omessa o non veritiera comunicazione delle circostanze di cui alla lettera c), ossia relative al venir meno della messa a disposizione delle risorse, comporta l’applicazione delle sanzioni di cui all’art. 6, comma 11, del Codice, nonché la sospensione dell’attestazione SOA, da parte dell’Autorità, sia nei confronti della impresa ausiliaria sia dell’impresa ausiliata, per un periodo da sei mesi a tre anni.

La norma dispone, altresì, che l’attestazione di qualificazione SOA mediante avvalimento determina la responsabilità solidale della impresa concorrente e dell’impresa ausiliaria verso la stazione appaltante.

Orbene, deve rilevarsi che l’art. 50 prevede una sorta di avvalimento “stabile” tra imprese in rapporti di controllo o di collegamento rimettendo al regolamento di attuazione la disciplina concreta delle

L’avvalimento in caso di operatività di sistemi di qualificazione

possibilità di conseguire l'attestazione SOA nel rispetto delle disposizioni previste dall'articolo 49.

Pertanto, allo stato, deve ritenersi che l'art. 50 non sia ancora in vigore essendone rimessa l'operatività al nuovo Regolamento di cui all'art. 5 del Codice.

11. La verifica a campione di cui all'art. 48 del d.lgs. 163/06: cenni

Come sarà approfondito nel capitolo relativo alla gestione della procedura di gara, la stazione appaltante, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, è tenuta ai sensi dell'art. 48 del Codice, a verificare la sussistenza dei requisiti di ordine speciale dichiarati in sede di gara, su un numero di offerenti (scelti con sorteggio pubblico) non inferiore al 10% delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore.

I concorrenti sorteggiati devono comprovare entro 10 giorni dalla richiesta il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti in bando, presentando la documentazione indicata in bando o nella lettera d'invito.

La medesima verifica deve essere svolta, entro 10 giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche in capo all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora non siano stati compresi fra i concorrenti già sorteggiati in sede di gara.

La verifica a campione sul 10% degli offerenti non si applica se le stazioni appaltanti limitano il numero di candidati da invitare (utilizzando la cd. forcella), ai sensi dell'art. 62, comma 1, del Codice, ovvero in caso di procedure ristrette relative a lavori di importo pari o superiore a 40 milioni di Euro o procedure negoziate con bando e dialogo competitivo per opere, servizi e forniture di particolare difficoltà o complessità.

CASI E MATERIALI

1. I procedimenti penali pendenti a carico del legale rappresentante dell'impresa concorrente rilevano ai fini dell'esclusione dalla gara?

L'artt. 38, comma 1, lett. c), del Codice richiama espressamente ipotesi in cui la sentenza di condanna sia passata in giudicato ovvero il decreto penale di condanna sia divenuto irrevocabile; in altre parole, la norma in esame non attribuisce rilevanza, ai fini dell'ammissione alla gara, a procedimenti penali pendenti, ad eccezione della ipotesi di cui alla lett. b) dell'art. 38 (procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge n. 1423/1956). Nell'attuale ordinamento giuridico, infatti, vige il cd. "principio di non colpevolezza" di cui all'art. 27 della Costituzione, in base al quale la stazione appaltante può verificare la moralità dell'impresa concorrente e, conseguentemente, deliberarne l'ammissione o l'esclusione dalla gara, soltanto attraverso l'esame del certificato del casellario giudiziario ed, in particolare, delle condanne definitive.

La normativa vigente, infatti, come evidenziato dalla prevalente giurisprudenza (*cf.* TAR Campania, Salerno, 20 maggio 2005, n. 813; Cons. Stato, Sez. IV, 21 novembre 1996 n. 1235; TAR Lazio, Sez. II, 25 maggio 1998, n. 994), attribuisce rilievo ostativo alle sole condanne definitive, ovvero passate in giudicato, e non anche alla pendenza di procedimenti e giudizi penali non ancora definiti.

Ne discende che la mera pendenza di procedimenti penali in capo ai soggetti muniti di poteri di rappresentanza di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), non rileva ai fini dell'esclusione dalla gara.

2. L'omessa dichiarazione di sentenze di condanna per le quali il concorrente ha beneficiato della non menzione costituisce una falsa dichiarazione?

In via preliminare, deve rilevarsi che, sul punto, non sussiste un orientamento univoco della giurisprudenza amministrativa.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, infatti, stante il disposto dell'art. 38, comma 2, del Codice, ai sensi del quale il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione, "*la dichiarazione di assenza di carichi penali, poi invece risultanti dai controlli effettuati dall'Amministrazione, integra un'autonoma causa di esclusione dalla gara*" (*cf.* Cons. Stato, 2 febbraio 2010, n. 428).

Ed invero, il giudice amministrativo ha ritenuto che "anche le sentenze di condanna con il beneficio della non menzione nel certificato del Casellario giudiziale potrebbero incidere sulla moralità professionale e costituire ostacolo all'ammissione ad un procedimento

di evidenza pubblica, sicché i concorrenti ad una gara di pubblico appalto devono attestare con apposita autodichiarazione, oltre alla mancanza delle sentenze di condanna definitiva che vengono indicate nel certificato del Casellario giudiziale a richiesta dei privati, anche l'assenza di tutte le rimanenti sentenze definitive di condanna subite, anche con il beneficio della non menzione. Nelle gare di appalto pubblico la mancata dichiarazione dell'esistenza di queste ultime condanne penali costituisce una circostanza che ha valore autonomo e che incide sulla moralità professionale del soggetto, a prescindere da ogni valutazione circa la rilevanza del reato non dichiarato. L'impresa concorrente ad un pubblico appalto non può quindi sindacare essa stessa l'incidenza effettiva del reato compiuto sulla propria moralità professionale, avendo invece l'onere di dichiarare alla stazione appaltante tutte le condanne subite dal legale rappresentante. La non veridicità della dichiarazione integra quindi una autonoma causa di esclusione dalla gara, a prescindere dalla valutazione in ordine all'idoneità della condanna riportata ad incidere sulla moralità professionale dell'impresa" (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. III quater, 27 agosto 2009, n. 8304; TAR Basilicata Potenza, Sez. I, 27 giugno 2008, n. 344).

Deve segnalarsi, tuttavia, che, il giudice amministrativo, nell'affrontare la questione inerente l'obbligo dei concorrenti di dichiarare, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice, tutte le condanne subite o solo quelle risultanti dal certificato del Casellario giudiziale richiesto dall'interessato (che, com'è noto, non riporta ad es. le sentenze per reati estinti, le sentenze per le quali è stato concesso il beneficio della non menzione, etc...), sembra aver adottato un diverso orientamento.

In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, in assenza di una espressa previsione nella legge speciale di gara circa l'obbligo di indicare tutte le condanne subite, *"il concorrente può valutare quali reati incidano sulla moralità professionale "potendosi omettere quelli non risultanti dal certificato richiesto dall'interessato e dal medesimo non ritenuti idonei a compromettere, secondo l'id quod plerumque accipit, la propria moralità professionale"* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2009, n. 4082).

In particolare, nella motivazione della citata pronunzia, l'Organo giudicante ha chiarito che *"va escluso che possa qualificarsi come falsa dichiarazione quella contenente una valutazione soggettiva del concorrente stesso, che potrebbe semmai non essere condivisa, ma non certo essere ritenuta falsa, in quanto volutamente non corrispondente ad un dato oggettivamente riscontrabile"*, fermo restando che, qualora fosse stato imposto al concorrente di dichiarare tutti i reati, la omessa dichiarazione si sarebbe potuta qualificare come una falsa autocertificazione.

Alla luce di tale secondo orientamento, pertanto, in ipotesi di mancata indicazione da parte del concorrente di reati non gravi con il beneficio

della non menzione, si concreterebbe una dichiarazione incompleta ma non mendace.

Potrebbe ritenersi, quindi, aderendo al secondo orientamento richiamato, che non sussistano gli estremi per definire la condotta dell'operatore in termini di "falsa dichiarazione", ove la legge di gara non abbia previsto espressamente l'obbligo di indicare tutte le condanne subite.

Tuttavia, stante l'assenza di un orientamento univoco sul punto ed il tenore della previsione di cui all'art. 38, comma 2, cit. circa l'obbligo di indicare anche le condanne con il beneficio della non menzione, la stazione appaltante potrebbe, comunque, ritenere di dover procedere all'esclusione della ditta aggiudicataria provvisoria per dichiarazione mendace, provvedendo, altresì, ai sensi dell'art. 48, comma 1, del Codice, ad escutere la cauzione provvisoria ed a segnalare il fatto all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici per l'annotazione sul Casellario informatico e per i provvedimenti di cui all'art. 6, comma 11, del Codice (sanzioni amministrative pecuniarie fino a € 51.545).

3. In caso di irregolarità contributiva della capogruppo di un ATI, la sospensione dei pagamenti deve essere disposta anche nei confronti dell'impresa mandante?

In linea generale deve rilevarsi che ai sensi dell'art. 118, comma 6, del Codice, il requisito di regolarità contributiva costituisce condizione necessaria ai fini del pagamento dei SAL (o delle fatture) e dello stato finale dei lavori.

Orbene, argomentando sulla scorta di una nota sentenza della Suprema Corte di Cassazione (*cf.* Sez. I, 11 maggio 1998, n. 4728), si può affermare che l'associazione temporanea di due o più imprese nell'aggiudicazione ed esecuzione di un contratto di appalto con la P.A. o altri soggetti tenuti all'osservanza delle norme pubblicistiche per la scelta del contraente, è fondata su di un rapporto di mandato con rappresentanza, gratuito ed irrevocabile, conferito da una o più imprese, collettivamente, ad altra impresa capogruppo legittimata a compiere, nei rapporti con l'Amministrazione, ogni attività giuridica connessa o dipendente dall'appalto e produttiva di effetti giuridici direttamente nei confronti delle imprese mandanti sino all'estinzione del rapporto, salva restando l'autonomia negoziale delle imprese riunite per quanto concerne la gestione delle prestazioni a ciascuna di esse affidate ed i rapporti con i terzi (con riguardo, in particolare, agli adempimenti fiscali ed agli oneri sociali).

Tale principio trova conferma nel dettato dell'art. 37, comma 17, d.lgs. n. 163/06 e s.m.i., ai sensi del quale il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.

Con riferimento specifico alla fatturazione, deve evidenziarsi che, a seguito di alcune “oscillazioni” interpretative, è unanime il giudizio degli interpreti circa la necessità che la fatturazione nei confronti della stazione appaltante, in caso di ATI, avvenga “pro-quota” da parte delle imprese associate, atteso che la partecipazione in ATI al contratto non determina la costituzione di un soggetto nuovo che si sostituisce alle singole imprese raggruppate (cfr. Corte dei Conti, Sez. Contr. Stato, 66/91).

Ad analoghe conclusioni, è pervenuto anche il Dicastero delle Finanze che, con diverse risoluzioni succedutesi negli anni, ha segnalato l’obbligo di fatturazione diretta alla stazione appaltante da parte delle singole imprese costituenti il raggruppamento, relativamente alla propria quota di lavoro eseguito.

Pertanto, ogni liquidazione deve essere corredata delle fatture delle imprese – intestate alla stazione appaltante – che hanno contribuito alla contabilizzazione del relativo importo (cfr. Risoluzione Min. Finanze 530742/92).

Per quanto attiene, invece, alle modalità di pagamento, deve evidenziarsi che il giudice contabile, già nel 1990, ha ritenuto che il conferimento in capo al mandatario della rappresentanza esclusiva nei confronti del soggetto appaltante fino all’estinzione del rapporto, ha, quale conseguenza logica, ancor prima che giuridica, che il pagamento di ciascun S.A.L. o fattura avvenga a mani della capogruppo (cfr. Deliberazione Corte dei Conti, Sez. contr. Stato, n. 32/90), seppure, quindi, emessi dalle singole imprese costituenti l’ATI.

Pertanto, salvo diverse pattuizioni in sede contrattuale in ordine alle modalità di pagamento delle singole imprese associate, ove sia stata prevista nel contratto di appalto una clausola risolutiva espressa qualora le imprese che compongono il raggruppamento presentino un DURC irregolare, la stazione appaltante potrebbe, in applicazione di tale clausola, procedere alla risoluzione del contratto per inadempimento, previa formale intimazione alla capogruppo di regolarizzare la propria posizione contributiva entro un termine perentorio.

Infatti, come osservato dal giudice amministrativo, *“l’eventuale accertamento di una pendenza di carattere previdenziale in capo all’impresa, pur dichiarata aggiudicataria dell’appalto, prodottasi anche in epoca successiva alla scadenza del termine per partecipare al procedimento di scelta del contraente, implica, a seconda dei casi, l’impossibilità per l’Amministrazione appaltante di stipulare il contratto con l’impresa medesima, ovvero la risoluzione dello stesso e, in ragione di ciò, è del tutto irrilevante un eventuale adempimento tardivo della obbligazione contributiva quand’anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento”* (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458; TAR Veneto Venezia, Sez. I, 17 maggio 2007, n. 1507).

Da quanto sopra, quindi, discende che, in assenza di una regolarizzazione della posizione contributiva dell’impresa

capogruppo, l'amministrazione aggiudicatrice sarà legittimata a risolvere il contratto in danno, ad escutere la cauzione definitiva prestata in sede di stipula e, conseguentemente, a segnalare il fatto all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici.

4. Il DURC deve essere richiesto anche alle imprese extracomunitarie che operano il distacco di lavoratori in Italia?

In merito alla problematica connessa alla regolarità contributiva delle imprese straniere ed alle modalità di certificazione della stessa, la Direzione Generale per l'attività ispettiva del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, è intervenuta, con interpello n. 6 del 6 febbraio 2009, al fine di fornire chiarimenti circa l'applicazione della normativa sul documento unico di regolarità contributiva.

Il Dicastero ha evidenziato che, in materia previdenziale, è necessario distinguere le imprese che hanno sede in un Paese extracomunitario da quelle che hanno sede in uno Stato membro dell'Unione Europea.

Mentre alle prime, in base alle regole di diritto internazionale privato, appare applicabile l'intera normativa italiana, per i lavoratori distaccati dalle imprese comunitarie l'art. 14 del Regolamento 1408/1971/CE dispone l'applicazione della legislazione previdenziale del Paese di residenza del lavoratore, qualora eserciti parte della sua attività in tale Paese, ovvero il regime previdenziale del Paese di residenza dell'azienda comunitaria, nel caso in cui il lavoratore risieda in un Paese in cui non svolge ordinariamente la propria attività lavorativa.

Pertanto, secondo le indicazioni fornite dal Ministero del Lavoro, mentre per le imprese extracomunitarie che operano nel territorio italiano sussiste l'obbligo di iscrizione alle Casse edili e, conseguentemente, di possedere il DURC, per le imprese comunitarie tale obbligo sussiste solo ove le stesse non abbiano già posto in essere presso un organismo pubblico o di fonte contrattuale adempimenti diretti a garantire gli stessi standard di tutela derivanti da accantonamenti imposti dalla disciplina contrattuale vigente nel nostro ordinamento.

Inoltre, in conformità all'orientamento espresso dal Consiglio di Stato con sentenza n. 4035 del 25 agosto 2008, il Dicastero ha disposto che, in entrambi le citate ipotesi, la documentazione attestante la regolarità contributiva - DURC o documentazione equivalente rilasciata dal competente organo del Paese di origine - non può essere surrogata, nella sua funzione probante, da un'autocertificazione dell'imprenditore o dai modelli (F24 e bollettini postali) utilizzati dal medesimo per il pagamento dei contributi previdenziali, in quanto trattasi di documentazione insufficiente a verificare l'integrale adempimento degli obblighi previdenziali.

5. Quali sono i documenti che il concorrente ad una gara di appalto deve produrre, ai sensi dell'art. 41, comma 3, d.lgs. 163/06, al fine di comprovare la propria capacità economica e finanziaria?

L'art. 41, comma 3, d.lgs. n. 163/06, consente al concorrente che per giustificati motivi non sia in grado di documentare le referenze richieste, di farlo attraverso qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

Tale disposizione *“consente ai soggetti impossibilitati a produrre la documentazione richiesta - essendo stati costituiti o essendo divenuti operativi da meno di tre anni - di sostituire la stessa con ogni altro documento ritenuto idoneo, dalla stazione appaltante, a comprovare la capacità economica e finanziaria del partecipante”* (cfr. TAR Sicilia Palermo, Sez. III, 20 luglio 2007, n. 1863).

Al riguardo, la stessa Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici ha ritenuto che *“per le imprese di recente costituzione, ai fini della verifica del possesso dei requisiti indicati nel bando, deve essere effettuato il calcolo sugli anni di effettiva esistenza dell'impresa e, pertanto, i bilanci e la documentazione che la stessa è tenuta a presentare sono da riferirsi agli anni di effettiva operatività dell'impresa. E' stato, infatti, ritenuto non ipotizzabile una esclusione dalla partecipazione a procedure ad evidenza pubblica di imprese di nuova costituzione, che possano produrre risultanze di bilanci o altra documentazione che evidenzino il possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara, anche se per un numero di anni inferiore a quelli indicati nel bando. Una eventuale esclusione si porrebbe, infatti, in violazione del principio di libera concorrenza e comporterebbe una restrizione della stessa, contraria ad ogni principio generale di libera partecipazione al mercato degli appalti”* (cfr. Deliberazione n. 209 del 27 giugno 2007).

Pertanto, la stazione appaltante potrebbe ritenere sufficiente, ai fini della partecipazione alla gara di un'impresa neocostituita, che il concorrente abbia realizzato un fatturato calcolato sul periodo di attività della ditta, ovvero pari all'importo richiesto nella *lex specialis* di gara suddiviso per gli anni di effettiva attività, considerando quali documenti idonei a comprovare i requisiti di capacità economica finanziaria richiesti i bilanci, le dichiarazioni IVA con attestazione di pagamento e l'elenco delle relative fatture, dai quali desumere il fatturato globale dell'impresa.

Inoltre, come osservato dal giudice amministrativo, *“deve ritenersi giustificata, in una gara d'appalto, la produzione da parte di una società concorrente - in mancanza del bilancio approvato - di una dichiarazione sostitutiva sul valore della produzione nell'esercizio in questione, corredata del progetto di bilancio, nonché dello statuto sociale e della delibera consiliare concernente il rinvio della redazione del bilancio”* (cfr. TAR Campania Napoli, Sez. I, 27 gennaio 2006, n. 1069).

6. L'omessa produzione delle referenze bancarie da parte dell'impresa concorrente costituisce causa di esclusione dalla gara?

Deve rilevarsi, preliminarmente, che il giudice amministrativo, prima dell'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici aveva ritenuto che *“la necessità di almeno due referenze bancarie non può ritenersi imposta dalla normativa dei lavori pubblici; pertanto, la prescrizione del disciplinare di gara di almeno due dichiarazioni bancarie sulla capacità finanziaria ed economica dell'impresa, ai fini della partecipazione ad una gara per l'appalto dei lavori di manutenzione del verde pubblico, senza ulteriori precisazioni sugli impegni da assumere o su eventuali garanzie offerte da parte dell'istituto bancario, diventa un appesantimento inutile ed anche eccessivo in relazione all'importo dell'appalto, tanto più ove inserito a pena di esclusione”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2002, n. 2180).

Si osserva, tuttavia, che tale indirizzo giurisprudenziale risulta superato dalla nuova disciplina dell'art. 41 del d.lgs. 163/06, secondo cui negli appalti di servizi e forniture, a differenza della previgente disciplina, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita proprio dalla *“dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385”*.

Pertanto, a prescindere da una espressa previsione del bando di gara, ove l'operatore economico non presenti almeno due referenze bancarie, la stazione appaltante sarà legittimata, stante il disposto dell'art. 41 cit., a procedere all'esclusione.

La rigidità del disposto normativo, tuttavia, viene temperata dalla previsione contenuta nel comma 3 dell'art. 41 d.lgs. 163/06, ai sensi del quale se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

Sulla sorta di tale disposizione, infatti, il giudice amministrativo ha ritenuto che *“la presentazione di idonee referenze bancarie comprovate dalla dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati non può considerarsi quale requisito rigido, dovendosi conciliare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto, con conseguente necessità di prevedere dei temperamenti rispetto a quelle imprese che non siano in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze indicate. Di conseguenza, vanno dichiarati illegittimi gli atti di gara per mancata previsione di alcun temperamento rispetto all'ipotesi della mancata presentazione di due idonee referenze bancarie, in ciò ponendosi in contrasto con l'espressa indicazione normativa che consente alle imprese di provare*

la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante” (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. III, 3 maggio 2007, n. 3874).

Ne discende, pertanto, che, soltanto in presenza di giustificati motivi, quali, *in primis*, la costituzione o l’inizio dell’attività da meno di tre anni, la stazione appaltante è tenuta a consentire la presentazione di altri documenti dalla stessa considerati idonei ai fini della comprova del requisito, fermo restando, in via generale, l’obbligo per i concorrenti di presentare almeno due referenze bancarie.

Come rilevato dal giudice amministrativo, infatti, *“legittimamente viene disposta l’esclusione dalla gara, da parte degli organi direzionali della stazione appaltante su proposta della commissione di gara, all’impresa che non presenti idonee referenze bancarie, la quale, anziché produrre secondo le previsioni del bando, la dichiarazione di almeno due istituti bancari, da cui risulti l’idoneità finanziaria ed economica, ha presentato una generica dichiarazione di serietà ed affidabilità priva di qualsiasi rilevanza ed attitudine ai fini della prova del requisito sostanziale della capacità economica e finanziaria” (cfr. TAR Molise Campobasso, Sez. I, 13 ottobre 2008, n. 748)*

7. E’ ammesso l’avvalimento tra imprese che concorrono in ATI alla medesima gara?

In merito alla possibilità che, nell’ambito di un raggruppamento temporaneo d’imprese, possa trovare applicazione l’istituto dell’avvalimento tra gli associati, si è pronunciato il giudice amministrativo che ha ritenuto che *“è certamente da preferire, tenuto conto della normativa comunitaria di riferimento (artt. 47, comma 3, e 48, comma 4, dir. 2004/18/CE, “un raggruppamento di operatori economici [...] può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti”), la tesi che, in ossequio al principio di massima accessibilità al mercato delle commesse pubbliche, ammette la possibilità di avvalimento anche per i soggetti parte di un raggruppamento non costituito, e ciò non solo nei confronti dei soggetti esterni ma anche degli stessi partecipanti al raggruppamento. In questa prospettiva, l’art. 49, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, deve perciò essere inteso nel senso che è vietata la partecipazione dell’avvalente e dell’avvalsa alla medesima gara allorché tali imprese siano in concorrenza l’una con l’altra, non certo quando esse facciano capo a un medesimo centro d’interessi” (cfr. TAR Puglia Bari, Sez. I, 08 febbraio 2010, n. 268; TAR Lazio Roma, Sez. I, 22 maggio 2008, n. 4820).*

Tale orientamento, dunque, consente sia il ricorso all’avvalimento nell’ambito delle ATI, sia, implicitamente, la possibilità, per ausiliaria e ausiliata di partecipare in raggruppamento alla medesima gara.

8. E' ammesso l'avvalimento con riguardo all'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali?

In mancanza di indicazioni specifiche nella normativa di riferimento che, nella sostanza, all'art. 49 del Codice degli Appalti, consente il libero ricorso all'istituto dell'avvalimento ai fini della partecipazione alla gara da parte di tutti quei soggetti privi dei requisiti richiesti nei bandi, non può che tenersi in debito conto quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, anche se sul punto la stessa non ha assunto un orientamento unanime.

In particolare, con riguardo all'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, il giudice amministrativo ha ritenuto di escludere l'avvalimento dei requisiti autorizzatori per le attività di rimozione e smaltimento dei rifiuti non già in via generale quanto, piuttosto, avuto riguardo allo smaltimento dell'amianto e alla bonifica delle aree interessate, evidenziando che, per tale specifica categoria di rifiuti, la normativa prevede particolari garanzie economiche e di professionalità, giustificate dalla pericolosità di tale tipo di attività (cfr. TAR Puglia Bari, Sez. I, 3 giugno 2009, n. 1379).

Preme rilevare, tuttavia, che l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, con Parere n. 165 del 21 maggio 2008, si è espressa con riguardo ad una clausola del bando che riconosceva la facoltà di fare ricorso all'avvalimento per l'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, chiarendo che *“così come è consentito l'avvalimento del requisito dell'attestazione della certificazione SOA, deve ritenersi consentito effettuare l'avvalimento anche per l'iscrizione all'Albo di che trattasi, abilitazione che riconosce ad un soggetto una specifica idoneità a svolgere una determinata attività”*.

Nell'affermare, dunque, l'applicabilità dell'istituto anche per il suddetto requisito, l'Organo di Vigilanza ha richiamato la decisione della Commissione Europea del 31 gennaio 2008, che ha evidenziato come le Direttive 2004/18/Ce e 2004/17/Ce non pongono alcuna limitazione all'avvalimento, la cui unica condizione è che il concorrente disponga delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto.

Il medesimo riferimento alla disciplina comunitaria si rinviene nel recente orientamento del Consiglio di Stato che, confermando quanto statuito con la sentenza n. 1856/08, ha ribadito che *“gli artt. 47, par. 2, e 48, par. 3, della Direttiva 2004/18/CE, nonché l'art. 54, par. 5 e 6, della Direttiva 2004/17/CE riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami e senza alcuna limitazione, la sola condizione essendo quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offrente disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3762).

In assenza di un orientamento univoco sul punto e considerato il tenore della disciplina comunitaria, pertanto, deve ritenersi che la

stazione appaltante sia chiamata a valutare, anche in considerazione dell'oggetto specifico dell'appalto, se ammettere il ricorso all'avvalimento con riguardo alle suddette autorizzazioni.

9. Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. g), del Codice cosa deve intendersi per violazioni definitivamente accertate degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse?

In via preliminare, deve rilevarsi che, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163/2006, sono esclusi dalla partecipazione alle gare d'appalto e dalla stipula dei relativi contratti i soggetti che abbiano commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti.

Ne consegue, dunque, che l'esclusione di un concorrente per motivi attinenti alla regolarità fiscale non può in alcun modo prescindere dalla sussistenza di una pretesa tributaria definitiva (in tal senso, *cfr.* Deliberazione dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici n. 102 del 4 aprile 2007; *cfr.* TAR Puglia, Bari, Sez. I, 14 maggio 2007, n. 1335).

Al riguardo, si rileva che il definitivo accertamento di una irregolarità tributaria ricorre esclusivamente o a seguito di una decisione giurisdizionale o a seguito di un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile (*cfr.* Deliberazione dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici n. 120 del 18 aprile 2007; Circolare della Agenzia delle Entrate n. 34/E del 25 maggio 2007).

L'Autorità di Vigilanza ha altresì espresso l'avviso che, laddove l'impresa interessata si sia avvalsa di ricorsi giurisdizionali o amministrativi avverso atti di accertamento del debito, ovvero abbia usufruito di condono previdenziale, o ancora abbia ottenuto una rateizzazione del debito, non ricorrerebbe la predetta definitività, a condizione che l'interessato provi di aver presentato ricorso o di aver beneficiato di tali misure entro il termine ultimo per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara ovvero di presentazione delle offerte in caso di procedura aperta.

Posto, quindi, che l'effetto preclusivo della partecipazione alle gare ai sensi del citato art. 38 ricorre unicamente a seguito di una decisione giurisdizionale o a seguito di un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato, deve ritenersi che le cartelle esattoriali ancora in corso di emissione non attribuiscono carattere di definitività all'accertamento fiscale, in quanto tali cartelle, una volta notificate, sono suscettibili di impugnazione nel termine di 60 giorni dal loro ricevimento.

Pertanto, solo l'inerzia successiva alla notifica delle cartelle esattoriali, o l'accertamento del debito fiscale da parte del Giudice tributario a seguito di apposito ricorso, conferisce all'irregolarità quel carattere definitivo di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del Codice.

10. Il requisito della certificazione di qualità può essere oggetto di autodichiarazione in conformità alle disposizioni del d.P.R. 445/00?

L'art. 38, comma 3, del Codice, dispone espressamente che il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità del d.P.R. 445/00; la norma, pertanto, non opera alcuna distinzione rispetto all'oggetto della dichiarazione da presentare.

Per quanto attiene alla certificazione di qualità, il giudice amministrativo ha ritenuto che il rinvio alle norme vigenti, di cui al citato art. 38, comma 2, *“consente di far ricadere la dimostrazione del possesso del citato requisito nell'ambito di operatività della disciplina dettata dal d.P.R. 445/00, potendo conseguentemente il possesso della certificazione di qualità essere documentato mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione, resa ai sensi dell'art. 46 del citato regolamento. Pertanto, sia alla luce della disciplina di gara che sulla base della normativa generale, deve ritenersi consentito, salva ogni successiva verifica, dichiarare il possesso della certificazione di qualità, quale requisito per poter usufruire della riduzione della cauzione, senza alcun ulteriore onere di attestazione documentale circa la persistente validità della stessa, essendo a tal fine sufficiente la produzione di autocertificazione che espressamente rechi l'indicazione della confermata validità della certificazione di qualità per effetto del positivo esito della visita ispettiva”* (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I bis, 28 gennaio 2009, n.871).

Tale orientamento appare, peraltro, confortato dal Consiglio di Stato secondo cui *“giacché gli organismi deputati a tale certificazione (di qualità n.d.r.), sebbene di natura privata, rilascerebbero attestazioni aventi contenuto vincolato e rilievo pubblicistico (Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2007, n. 121), il certificato di qualità bene potrebbe essere prodotto in gara tramite una autocertificazione (Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2007, n. 1790 e 11 maggio 2007, n. 2355), oltre che tramite copia conforme all'originale”* (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 29 maggio 2009, n.897).

Deve ritenersi, pertanto, alla luce del citato orientamento giurisprudenziale, che la certificazione di qualità possa essere oggetto di autodichiarazione da parte del concorrente in sede di gara, ferma restando la successiva verifica del possesso del requisito da parte della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 48 del Codice.