

essendo in possesso dei requisiti minimi previsti nel bando, avvalendosi del fatturato di un'altra società, delle attrezzature di altra e dell'organico medio annuo di una terza, sicché la verifica circa l'assenza di cause di esclusione dovrebbe estendersi anche al soggetto effettivo titolare dei requisiti (la direttiva *de qua*, invece si riferisce alla verifica nei confronti del solo concorrente), così come la verifica sull'affidabilità economica e/o tecnica, pena la violazione della *par condicio* tra chi ricorre all'avvalimento e chi invece si qualifica in proprio.

L'istituto in questione è oggi disciplinato rispettivamente negli artt. 49 e 50 del Codice.

In particolare, l'art. 49 consente al concorrente o singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'art. 34, in relazione ad una specifica gara, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo di avvalersi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione S.O.A. di altro soggetto, prevedendo la responsabilità solidale del concorrente e dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

A tal fine, il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione S.O.A. propria e dell'impresa ausiliaria, anche una sua dichiarazione attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria, ed 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. L'impresa dovrà inoltre esibire 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, salvo - nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo - la possibilità di presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi considerati. A presidio della veridicità delle dette dichiarazioni, la norma prosegue prevedendo nel caso di dichiarazioni

mendaci l'esclusione del concorrente da parte della stazione appaltante, l'escussione della garanzia e la trasmissione degli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'art. 6, comma 11, del Codice.

Di una stessa impresa ausiliaria non può avvalersi più di un concorrente e, corrispondentemente, un concorrente può avvalersi di una ed una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria, a meno che il bando di gara - in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni - ammetta l'avvalimento di più imprese ausiliarie; ma in tale ipotesi, per i lavori non è comunque ammesso il cumulo tra attestazioni di qualificazione S.O.A. relative alla stessa categoria.

A tal riguardo si rileva che, in assenza di una limitazione in ordine alla possibilità di prestare requisiti ad altre imprese, e potendo un'impresa teoricamente determinarsi a fornire i propri requisiti in relazione ad un numero di appalti ben superiore alle proprie effettive potenzialità tecniche, il Consiglio di Stato nel parere sullo schema di decreto legislativo recante il Codice dei contratti ha suggerito di inserire una previsione in base alla quale, una volta avvenuta l'aggiudicazione all'impresa ausiliata, sia data comunicazione dell'avvalimento alla Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e che esso sia debitamente pubblicizzato, anche in vista dei suoi possibili riflessi sulle gare successive. Tuttavia, non sembrano chiari al momento gli effetti di detta forma di pubblicità, non rinvenendosi né nella Direttiva né nel Codice argomenti che inducano a ritenere che non sia possibile avvalersi, contemporaneamente nell'ambito di più gare d'appalto, dei requisiti di un'impresa il cui nominativo sia stato annotato dall'Autorità in quanto impresa ausiliaria di un operatore al quale sia stata aggiudicata una gara.

L'art. 49 del Codice si chiude prevedendo espressamente che il *«contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria non può assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore, o di subappaltatore»* e a tale disposizione si correla la previsione del divieto per l'impresa ausiliaria di partecipare alla gara, dovendo la stessa a tal fine esibire una dichiarazione che attesti che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi

dell'articolo 34 né si trova in una situazione di controllo di cui all'articolo 34, comma 2, con una delle altre imprese che partecipano alla gara.

Non sembra, invece, consentito l'avvalimento a cascata, essendo evidente che sia il legislatore comunitario sia quello nazionale riservano l'avvalimento esclusivamente al concorrente e non anche all'impresa ausiliaria.

La Direttiva 2004/18/CE consente l'avvalimento con riferimento ad uno qualsiasi o più dei requisiti previsti di ordine tecnico organizzativo ed economico finanziario (i requisiti di ordine speciale). Va, quindi, escluso che il concorrente si possa avvalere dell'impresa ausiliaria per provare i requisiti di ordine generale (art. 45 Direttiva 2004/18/CE), trattandosi di elementi strettamente correlati al soggetto, alla sua idoneità morale, alla sua legittimazione a porsi come contraente della Stazione Appaltante.

Siffatta impostazione è recepita anche dalla disciplina nazionale, con qualche correzione volta ad evitare - come si legge nella Relazione di accompagnamento al Codice - manovre elusive, turbative di gara e infiltrazioni di associazioni criminali o comunque di soggetti che non potrebbero partecipare in proprio alle procedure di affidamento.

Infatti, l'art. 49 del Codice, in conformità con l'avviso espresso dall'Autorità, prevede che il concorrente deve allegare, in aggiunta alle dichiarazioni sopra considerate, anche una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'art. 38 ed una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38; si prescrive inoltre al comma 6 del citato art. 49 che gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti dell'impresa ausiliaria, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

In relazione sempre ai requisiti di ordine speciale, ai sensi dell'art. 49 del Codice, il bando di gara può prevedere che, con riferimento alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento

possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico, già posseduto dalla impresa avvalente, in misura o percentuale indicata nel bando stesso.

L'ammissibilità dell'avvalimento e la sua configurabilità nei termini di facoltà per i concorrenti alle gare d'appalto non escludono il diritto-dovere della stazione appaltante di accertare l'esistenza di un vincolo idoneo a rendere effettiva la disponibilità delle risorse e dei requisiti. Il legislatore, sancendo la prescindibilità della natura del vincolo, ha voluto intendere che il vincolo può in concreto atteggiarsi in modo diversificato in dipendenza della risorsa di cui vuole disporre il concorrente e spetta alla Stazione Appaltante verificarne la ricorrenza in concreto.

Il controllo operato dalla stazione appaltante deve essere effettivo, non essendo ammissibili automatismi di prova o presunzioni, ma dovendo avere ad oggetto la verifica della concreta esistenza di rapporti tra imprese validi per attestare la reale sussistenza delle condizioni utili all'avvalimento, apprezzando in concreto i legami giuridici ed economici tra le due imprese, così come si evincono dalla copia del contratto o dalla dichiarazione sostitutiva prodotte ai sensi delle lett. f) e g) dell'art. 49, comma 2, del Codice.

Ciò implica che anche il rapporto infragruppo di per sé non è sufficiente a provare la effettiva disponibilità delle risorse, occorrendo la prova concreta e puntuale della fruibilità delle risorse dell'impresa appartenente allo stesso gruppo societario del concorrente. Si rammenta infatti che, secondo la Corte di Giustizia CE (sentenze del 14 aprile 1994, C-389/92; 18 dicembre 1997, C-5/97; 2 dicembre 1999, C-176/98, punto 30), la previgente Direttiva 92/50/CE non permetteva di presumere che il prestatore disponesse dei mezzi di un terzo basandosi sulla sola circostanza che entrambi fanno parte di uno stesso gruppo societario, aggiungendo che *«qualora, per dimostrare le sue capacità tecniche, finanziarie ed economiche, una società produca referenze delle sue consociate, essa deve provare che, a prescindere dalla natura del vincolo giuridico intercorrente con dette consociate, dispone effettivamente dei mezzi di queste ultime necessari all'esecuzione degli appalti»*.

E similmente, sul versante della giurisprudenza interna, il Consiglio di Stato (Sez. V, decisione n. 1695/2002) ha stabilito che il controllo azionario

totalitario non assolve di per sé all'onere di provare specificatamente l'effettiva disponibilità delle capacità tecniche della controllata, in ragione dell'evidente autonomia contrattuale di cui gode ciascuna impresa del gruppo societario.

Si rilevano, inoltre, alcuni possibili profili di criticità relativi al rapporto tra l'avvalimento stesso e la disciplina del subappalto per quanto attiene in particolare la speciale disciplina riservata ai lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali (categorie "superspecialistiche"), laddove è limitato l'affidamento in subappalto dei lavori/servizi/forniture relativi alla prestazione prevalente e, comunque, è vietato il subappalto nei lavori superspecialistici di cui all'art. 37, comma 11, del Codice dei contratti, che riprende il testo dell'art. 13, comma 7, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.

Si osserva, infatti, che laddove un bando di gara indichi tra le categorie che costituiscono l'appalto anche una categoria "superspecialistica" di importo superiore al 15%, un'impresa in possesso della qualificazione nella categoria prevalente, ma non in detta categoria, al fine di partecipare alla gara, potrebbe "avvalersi" dell'attestazione S.O.A. di un'altra impresa, evitando così di dover costituire un'associazione temporanea. Ciò rappresenterebbe, a tutti gli effetti, un aggiramento del disposto di cui all'art. 13, comma 7 della legge n. 109/1994, integralmente riportato all'art. 37, comma 11 del Codice Unico. Si rileva, in particolare, che lo scopo della disciplina riservata alle categorie "super-specialistiche" è proprio quello di evitare che le relative lavorazioni possano essere eseguite da soggetti privi di qualificazione e, laddove queste assumano una rilevante entità economica, impedire anche il ricorso al subappalto. Ebbene, attraverso l'istituto dell'avvalimento tali limiti sembrano agevolmente superabili, atteso che un soggetto, pur non possedendo qualificazione S.O.A. per dette categorie, potrebbe comunque assumere ed eseguire in proprio i relativi lavori avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto. E, a tal riguardo, non sembra assumere particolare rilievo la previsione circa una

responsabilità solidale dell'impresa ausiliare, visto che quest'ultima comunque non partecipa all'esecuzione del contratto.

Il Codice dei Contratti dedica, poi, l'art. 50 all'avvalimento ai fini dell'attestazione S.O.A. In particolare, il comma 1 individua i criteri ai quali dovrà uniformarsi la disciplina dettata dall'emanando regolamento, prescrivendo la necessità della sussistenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359, commi 1 e 2, c.c. o tra l'impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliaria o tra ambedue le imprese, da un lato, e una terza impresa controllante sempre ai sensi dell'art. 2359, commi 1 e 2, c.c., dall'altro lato.

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 della attestazione S.O.A. A presidio della effettività della garanzia assunta, il comma 1, lett. c), dell'art. 50 sancisce che l'impresa ausiliata e l'impresa ausiliaria hanno l'obbligo di comunicare le circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle risorse e, ai sensi del successivo comma 2, l'omessa o non veritiera comunicazione delle circostanze di cui alla lett. c) del comma 1, comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 6, comma 11, nonché la sospensione dell'attestazione S.O.A., da parte dell'Autorità, sia nei confronti della impresa ausiliaria sia dell'impresa ausiliata, per un periodo da sei mesi a tre anni.

L'attestazione di qualificazione S.O.A. mediante avvalimento determina la responsabilità solidale della impresa concorrente e dell'impresa ausiliaria verso la stazione appaltante.

Si osserva che la Direttiva, nel circoscrivere l'ambito di operatività dell'avvalimento ai fini della qualificazione, si riferisce agli *"operatori economici appartenenti ad un gruppo"*, mentre la norma nazionale parla di un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. tra l'impresa ausiliata e quella ausiliaria.

Occorre, pertanto, verificare se il concetto di gruppo comunitario e quello nazionale di controllo siano in qualche modo sovrapponibili.

L'Autorità ha sottolineato come l'art. 45 della direttiva abbia introdotto per le gare di lavori, servizi e forniture nuove cause preclusive, nei confronti di soggetti che abbiano partecipato ad organizzazioni criminali o che si siano resi colpevoli di corruzione o frode a danno di interessi finanziari delle comunità europee o di riciclaggio di proventi di attività illecite. In tali casi (comma 1) l'esclusione è obbligatoria, mentre è prevista come facoltativa nei casi previsti dal comma 2 (è utilizzata la formula "può essere escluso"), ossia nei casi già contemplati nelle direttive previgenti (fallimento, liquidazione, di cessazione d'attività, di amministrazione controllata o di concordato preventivo, condanne passate in giudicato per un reato che incida sulla sua moralità professionale etc.).

Cause di  
esclusione

Quanto ai soggetti, nei cui confronti devono essere svolte le relative verifiche, viene fatto espresso riferimento ai dirigenti o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente.

La norma, analogamente, alle direttive previgenti, non menziona l'amministrazione straordinaria tra le ipotesi che possono legittimare l'esclusione dell'aspirante concorrente, il che ripropone il tema dell'incidenza di tale procedura sull'"affidabilità" di quest'ultimo (tema peraltro analizzato dall'Autorità nella determinazione n. 13/03), tenendo anche conto della legislazione vigente in tema di amministrazione straordinaria.

Quanto, infine, alle modalità di dimostrazione dell'inesistenza delle cause di esclusione, le previsioni della direttiva vanno valutate in coerenza con le norme nazionali in tema di semplificazione amministrativa.

In relazione a quanto sopra considerato si evidenzia che il Codice, in linea con quanto affermato dall'Autorità con la determinazione n. 13/03, non ha incluso l'amministrazione straordinaria tra le cause di esclusione dalle gare.

Occorre, tuttavia, evidenziare che in sede di stesura del regolamento attuativo previsto all'art. 5 del Codice stesso, sarà necessario uniformare la materia dei requisiti generali necessari per ottenere la qualificazione alle imprese con quelli previsti per la partecipazione alle gare.

Inoltre, il Codice ha provveduto all'art. 38, comma 3, a chiarire le modalità di dimostrazione dei requisiti stessi conformemente alla normativa in materia di semplificazione amministrativa.

**Offerta  
economicamente  
più vantaggiosa**

L'Autorità ha osservato come l'art. 53 della direttiva n. 18 stabilisca che le stazioni appaltanti devono indicare nel bando di gara o nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo, il punteggio minimo ed il massimo attribuibile per ogni criterio e lo scarto tra i due punteggi deve essere appropriato, cioè deve essere idoneo a fotografare le effettive differenze tra le offerte per lo specifico profilo oggetto di valutazione.

La norma pone un principio preordinato a regolare la fissazione dei valori minimi e massimi assegnabili per ciascun criterio, ponendo così fine alla prassi in uso presso alcune stazioni appaltanti che successivamente alla ricezione delle offerte fissano criteri e sottocriteri di valutazione delle stesse. E ciò al fine di garantire la trasparenza della procedura e la parità di trattamento dei concorrenti.

In sede di recepimento, inoltre, è stato suggerito di stabilire, in linea con la giurisprudenza comunitaria, che le amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in luogo del prezzo più basso, in tutte le ipotesi in cui le stesse lo ritengano opportuno per ragioni di pubblico interesse, ivi compresa l'ipotesi di appalti inferiori alla soglia comunitaria.

Quanto sopra è stato integralmente recepito agli artt. 83 e 122 del Codice.

**Offerte anomale**

Con riferimento all'istituto in questione, l'Autorità ha proposto di valutare l'ipotesi di una completa rivisitazione del meccanismo di fissazione della soglia di anomalia e della procedura di verifica delle offerte.

Ciò, in quanto il sistema attualmente vigente, infatti, ha mostrato i propri limiti sia in relazione alla esclusione per gli appalti inferiori alla soglia comunitaria sia per quanto attiene all'automaticità della fissazione della soglia sulla base delle offerte presentate.

Ciò ha comportato la criticità di operare sulla base di una soglia di anomalia ottenuta mediante un meccanismo esclusivamente aritmetico,

suscettibile di essere condizionato dalle imprese partecipanti e non sempre rispondente agli effettivi valori di mercato.

Fermo restando, quindi, il principio del necessario contraddittorio con gli offerenti per verificare la correttezza delle loro proposte, è parso opportuno suggerire la modifica dell'attuale sistema in ragione di un concetto di "anomalia" basato su dati provenienti dal mercato dedotti da appalti pregressi.

Il Codice ha invece mantenuto il criterio aritmetico per la fissazione della soglia previsto dalla normativa sui lavori pubblici, estendolo anche a forniture e servizi (art. 86, comma 1).

Tuttavia, è importante sottolineare come al comma 3 dello stesso articolo è stato previsto che detto criterio non è esclusivo potendo l'Amministrazione aggiudicatrice sottoporre a verifica ulteriori offerte che ritenga motivatamente sospette.

Inoltre, come richiesto dall'Autorità, è stato uniformato alla normativa comunitaria il procedimento del contraddittorio successivo per la verifica dell'anomalia, elencando a titolo non esaustivo le giustificazioni ammissibili.

Infine, relativamente agli appalti sotto la soglia comunitaria, la precedente previsione circa l'esclusione automatica è stata resa meramente facoltativa per le stazioni appaltanti, in linea con l'interpretazione fornita dall'Autorità nella determinazione n. 6/2005.

La direttiva ha lasciato agli Stati membri la facoltà di prevedere le centrali di committenza oppure di limitare il ricorso al sistema di acquisti centralizzati solo per determinate categorie di appalti.

Centrali di  
committenza

Nel sistema italiano tale modello ha trovato attuazione attraverso la Consip, per l'acquisto centralizzato di beni e servizi, mentre per i lavori non è attualmente consentito.

L'Autorità ha sottolineato che, mentre non sembrano esserci particolari difficoltà per attuare detta novità normativa nei settori di forniture e servizi, l'art. 19 della legge n. 109/1994 vietava la concessione di committenza; divieto voluto dal legislatore nazionale al fine di impedire all'amministrazione di trasferire ad altri i propri poteri e le proprie funzioni,

ad eccezione dell'unica deroga ammessa in favore dei Provveditorati alle opere pubbliche o alle amministrazioni provinciali.

Al riguardo, quindi, l'Autorità ha suggerito di inserire la previsione in questione soprattutto per i casi in cui singoli appalti rientrano in un quadro più generale di intervento, ammettendo in tali casi la delega di funzioni di stazione appaltante a favore del soggetto istituzionale competente a coordinare fra loro i singoli interventi.

Il Codice ha disciplinato l'istituto in questione all'art. 33 solo in via generale, confermando il divieto della cosiddetta concessione di committenza.

**Lavori  
complementari**

L'art. 61 della direttiva, consentendo l'affidamento diretto al concessionario di lavori complementari all'opera originaria non previsti nel progetto e nel contratto iniziali, prevede una identità tra soggetto esecutore dei lavori originari e dei lavori complementari, con ciò impedendo che questi ultimi possano essere oggetto di affidamento separato rispetto ai primi.

Al riguardo, l'Autorità ha evidenziato la necessità di chiarire, in sede di recepimento, se i lavori complementari possano essere affidati al concessionario, in quanto titolare del contratto di concessione, ovvero, qualora i lavori siano stati affidati dal concessionario a terzi, questi ultimi debbano eseguire anche i lavori complementari.

Ciò in quanto la *ratio* della norma sembra essere quella di mantenere l'unitarietà tra lavori originari e lavori complementari che, pur essendo affidati in momenti diversi per esigenze sopravvenute, sono tuttavia parte di un progetto unitario, per cui a tale unitarietà funzionale dovrebbe corrispondere un'unitarietà a livello soggettivo.

E' evidente, tuttavia, il rischio che si accompagna ad una simile previsione, quello cioè di "estendere" il concetto di "lavori complementari" ad interventi che tali non sono e di consentire, in tal caso, un affidamento diretto all'impresa esecutrice, sottraendo quindi detti lavori al mercato degli appalti.

E' sembrato, dunque, necessario richiedere che, in sede di recepimento, fosse limitato il ricorso all'istituto in esame, attraverso previsioni stringenti e particolareggiate che riguardino:

- il ricorrere di circostanze impreviste;
- il grave pregiudizio che l'Amministrazione sopporterebbe ad appaltare i lavori separatamente; ovvero
- i lavori complementari siano strettamente necessari al completamento dell'opera.

Il Codice all'art. 147 sembra aver recepito le considerazioni esposte dall'Autorità sia per quanto riguarda il riferimento all'operatore economico che esegue l'opera, sia per quanto attiene ai presupposti legittimanti il ricorso all'istituto in questione.

Pur se la direttiva unificata non contiene disposizioni afferenti gli appalti *in house*, considerati dalla giurisprudenza comunitaria un'eccezione alla regola dell'evidenza pubblica, l'Autorità ha evidenziato l'opportunità che, in occasione del recepimento, si tenessero presenti le innovazioni in materia derivanti dalla giurisprudenza comunitaria.

Affidamenti  
*in house*

L'obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato degli appalti alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione. Il principio generale appena delineato può, però, trovare delle eccezioni, (sent. Corte di giustizia europea del 18/11/1999, causa C-107/98, c.d. "Teckal") per cui nel caso in cui i contraenti siano formalmente dotati di personalità giuridica, il negozio giuridico da questi concluso può, in via del tutto eccezionale, essere equiparato ad un affidamento *in house*, purché vengano rispettati i seguenti criteri cumulativi elaborati dalla giurisprudenza: 1. l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare nei confronti della società contraente un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; 2. tale società contraente deve, a sua volta, realizzare la parte più importante della sua attività per l'amministrazione o per le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano. Occorre, però, considerare che la pronuncia "Teckal" si riferisce ad un'entità

distinta ma interamente detenuta da autorità pubbliche e, in ogni caso, dichiarata quale eccezione alla regola della gara.

Diverso appare il caso il cui all'impresa pubblica partecipi uno o più soci privati e vengano, quindi, costituite le c.d. società miste. Per comprendere se ed a quali condizioni sia possibile concludere un negozio "*in house*" anche in tale circostanza, è utile richiamare la recente ed ormai nota sentenza della Corte di Giustizia CE del 11/01/2005 n. 26 – causa C26/03, in riferimento alla direttiva 92/50. In tale pronuncia il giudice comunitario ha precisato che la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. Infatti, il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi è subordinata a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, mentre qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente.

Sulla base della suddetta pronuncia, pertanto, la partecipazione (anche) minoritaria del privato in una società impedisce che si possa parlare di operazione interna o di *in house providing*.

Va peraltro ricordato che il modello societario si presta a numerosi rilievi circa la sussistenza delle condizioni di affidamento diretto dei servizi, anche nel caso di società interamente pubbliche, come rilevato dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 2316 del 22/04/2004 il quale ha rimesso alla Corte di Giustizia la valutazione di compatibilità col diritto comunitario, in particolare con la libertà della prestazione di servizi, il divieto di discriminazione e l'obbligo di parità di trattamento, trasparenza e libera concorrenza, di cui agli artt. 12, 45, 46, 49 e 86 del Trattato, dell'affidamento diretto, ossia in deroga ai sistemi di scelta del contraente di cui alla Direttiva 92/50 CEE, ad una società per azioni, a capitale interamente pubblico.

Sulla base di tali principi sembrerebbe opportuno delimitare la portata operativa del affidamento *in house*, anche con riferimento all'affidamento dei servizi pubblici locali, come disciplinati dal T.U. n. 267/2000 (art. 113), il quale

contempla la possibilità di affidamento *in house* del servizio a società miste, purché il socio privato venga scelto con procedure ad evidenza pubblica. Ipotesi che sembra confliggere con i principi giurisprudenziali e normativi appena illustrati, salvo l'ipotesi eccezionale dell'affidamento *in house* ad un "ente strumentale" dell'amministrazione, per il quale ricorrano i presupposti del c.d. "controllo analogo" sopra delineati, dovendo sempre trovare applicazione la generale regola dell'evidenza pubblica, a tutela dei principi comunitari di non discriminazione e di trasparenza. Alla problematica suesposta il Codice, nella sua definitiva versione, non sembra aver fornito una risposta esaustiva, limitandosi ad indicare le condizioni necessarie affinché le società con capitale pubblico, che non siano organismi di diritto pubblico, non siano tenute all'applicazione del Codice stesso.

## 2. Il nuovo ruolo dell'Autorità

Per quanto riguarda il secondo profilo di riflessione, ossia il nuovo ruolo che l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici è chiamata a svolgere, occorre, in primo luogo, ricordare che sia la direttiva 2004/17/CE sia la direttiva 2004/18/CE contengono una disposizione in tema di "meccanismi di controllo" - rispettivamente l'art. 72 e l'art. 81 - che riconosce agli Stati membri la facoltà di designare o istituire un organismo indipendente, al fine di assicurare l'applicazione delle direttive stesse tramite "meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti".

In considerazione di ciò il legislatore nazionale ha approvato la legge comunitaria 2004 che, all'art. 25, prevede la delega al Governo ad adottare uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento delle direttive medesime.

Tra i principi e i criteri direttivi della suddetta delega il legislatore indica il "conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in attuazione della normativa comunitaria, dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina", precisando che "l'Autorità, caratterizzata da indipendenza funzionale e

autonomia organizzativa, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di organizzazione e di analisi dell'impatto della normazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione".

Come emerge dalle riflessioni precedentemente condotte sui contenuti innovativi delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, il legislatore comunitario, pur perseguendo con le nuove direttive l'obiettivo di garantire un maggior grado di flessibilità alle procedure di scelta del contraente - stemperandone talune rigidità che non rispondono alle esigenze dei committenti pubblici - ha tuttavia mantenuto nel nuovo quadro normativo di settore la centralità delle regole di concorrenza, ribadendo che la flessibilità non può in alcun caso avvenire a scapito del rispetto del principio generale di libera concorrenza, assicurato essenzialmente dalla trasparenza delle procedure di aggiudicazione, che garantisce la parità di trattamento degli offerenti (*par condicio*), con conseguente sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti.

In questo quadro di maggiore discrezionalità delle stazioni appaltanti, ma anche di riequilibrio tra iniziativa del mondo delle imprese e quella dell'Amministrazione, il Consiglio di Stato (in sede di parere sullo schema di decreto legislativo di recepimento) riconosce il ruolo centrale dell'Autorità che viene a costituire il momento di garanzia del rispetto dei principi di tutela della libera concorrenza e dei principi di buon andamento sia nella fase dell'affidamento sia in quella della esecuzione dei contratti (art. 2 del Codice), nonché il punto di riferimento e di raccordo con il mondo delle autonomie.

Pertanto, le innovazioni recate all'ordinamento della Autorità dalla legge delega e dal Codice sono incisive e profonde.

Innanzitutto nella denominazione che muta, in quanto l'area di competenza viene a ricomprendere *tutti i contratti pubblici*, non solo relativi ai lavori, ma anche ai servizi ed alle forniture, sia nei settori ordinari che in quelli speciali (*ex esclusi*), sia pure per questi ultimi

con diverse limitazioni relative all'attività di vigilanza.

In ordine all'aspetto ordinamentale il Codice, sulla scorta della legge delega, riconosce che l'Autorità è connotata da indipendenza funzionale, di giudizio e di valutazione e da autonomia organizzativa.

A questi connotati, recati dal Codice, si aggiunge quello dell'autonomia finanziaria, attribuito dalla legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006) attraverso un sistema di quasi totale autofinanziamento (aspetto per il quale si rinvia alle considerazioni espresse nel paragrafo successivo).

Quanto ai nuovi compiti dell'Autorità rispetto a quanto già previsto dalla legge quadro, si evidenziano in particolare:

- 1) L'art. 6, co. 7, lett. b), che attribuisce all'Autorità il compito di vigilare sui contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice, verificando, con riferimento alle concrete fattispecie contrattuali, la legittimità della sottrazione al codice.
- 2) La successiva lett. f) dello stesso comma che introduce esplicitamente la possibilità di fare proposte al Governo per le modifiche della legislazione, attività peraltro già posta in essere dall'Autorità in passato mediante atti di segnalazione al Governo ed al Parlamento.
- 3) La lett. m), sempre dello stesso comma, che, conformemente alla giurisprudenza amministrativa ormai consolidata in materia, accorda maggiori poteri inerenti alla vigilanza sul sistema di qualificazione e consistenti nella possibilità di annullare direttamente, ovvero di sospendere, in via cautelare, le attestazioni delle imprese.
- 4) La lett. n) sempre del medesimo comma 7 dell'art. 6, ove si prevede che "su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti (l'Autorità) esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante le procedure di gare, formulando un'ipotesi di soluzione". Questa nuova competenza era stata configurata in sede di schema inviato al Consiglio di Stato come una vera e propria attività di composizione delle controversie insorte tra stazioni appaltanti ed operatori economici durante le procedure di gara, da svolgere in tempi ristretti non superiori a 20 giorni. Ciò

conformemente alle indicazioni contenute nella direttiva 89/665/CEE, al fine di assicurare il funzionamento di quei meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti invocati dall'ordinamento comunitario. La formulazione finale della norma, tuttavia, caratterizza la funzione come meramente consultiva; funzione peraltro già svolta dall'Autorità in passato, con risultati molto positivi, a supporto ad un mondo di operatori non sempre preparato a districarsi in una congerie di norme e di prescrizioni di non facile lettura e di non semplice coordinamento. Detta attività, di carattere del tutto facoltativo, è stata promossa quasi sempre ad iniziativa solo di una delle parti interessate e non solo nella fase della procedura di gara, ma anche di quella dell'esecuzione del contratto.

- 5) E' da ricordare anche la disposizione contenuta nello stesso art. 6, co. 9, lett. d), secondo la quale l'Autorità può avvalersi del Corpo della Guardia di Finanza che può utilizzare, nell'espletamento delle indagini richieste, i poteri ad esso attribuiti per gli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e alle imposte sui redditi. Questa previsione viene a rimuovere diverse limitazioni che impedivano alla Guardia di Finanza di esercitare l'intero corredo di strumenti a disposizione nell'espletamento delle indagini affidate dall'Autorità come in alcuni casi si appalesava necessario.
- 6) E' confermato, poi, al comma 11 dello stesso art. 6, il sistema sanzionatorio di carattere pecuniario posto a garanzia del dovere d'informazione gravante su tutti gli operatori dei settori interessati, con l'estensione dello stesso - ed è questa la novità - anche per le richieste fatte dalle stazioni appaltanti o dagli enti aggiudicatori agli operatori economici affinché comprovino il possesso dei requisiti di partecipazione, ovvero quelli di qualificazione richiesti anche dagli organismi di attestazione.
- 7) Passando all'art. 8, degna di nota è l'integrazione al 1° comma suggerita dal Consiglio di Stato, secondo la quale "al fine di migliorare la qualità dei suoi atti, l'Autorità istituisce metodi di consultazione preventiva consistenti nel dare preventivamente