

### 3.2.3 L'attività consultiva

L'Autorità, su istanza delle Stazioni Appaltanti, ha esaminato prevalentemente, come previsto dall'art. 69, 3° comma del Codice dei Contratti, alcune clausole inserite negli atti di gara, ispirate alla promozione ed alla valorizzazione di esigenze sociali (cd. clausole sociali).

Clausole sociali  
negli atti di gara

In particolare, nelle fattispecie rappresentate, sono state esaminate alcune clausole, inserite negli atti di gara, che contenevano l'esplicita intenzione della Stazione Appaltante di coinvolgere nell'esecuzione dell'appalto, con lo scopo di favorirne l'occupazione, soggetti rientranti nella categoria di "persone svantaggiate" con specifiche difficoltà di inserimento nel mercato del lavoro (es. basso livello di istruzione; età anagrafica...etc).

L'Autorità, previa valutazione della conformità con il diritto comunitario, ha rilevato che le clausole sociali che prevedono categorie di aiuti sono compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato (Regolamento generale di esenzione per categoria), a condizione che tali aiuti siano di esigua entità (c.d. aiuti *de minimis*), in quanto in tal caso non si avrà alcun potenziale effetto sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati membri, ritenendo che ciò non determini indebite interferenze in sede di requisiti di partecipazione, né comprometta la libertà imprenditoriale e competitiva degli operatori economici potenziali aggiudicatari.

L'Autorità ha altresì rilevato che le clausole che richiedono all'impresa aggiudicataria un formale impegno all'utilizzo prioritario degli stessi operai della precedente ditta affidataria del servizio rappresentano una clausola di "salvaguardia" sociale e in particolare uno strumento di lotta alla precarizzazione e disoccupazione a tutela di lavoratori qualificabili come svantaggiati (Regolamento CE n. 800/2008 del 6 agosto 2008) purché non inficanti la libertà di iniziativa economica, sotto il profilo dell'organizzazione d'impresa.

A seguito del mutamento normativo apportato dal referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011, l'Autorità ha adottato un parere sulla interpretazione dell'art. 8 del D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168.

Tale articolo stabilisce la incompatibilità degli amministratori, dei dirigenti e dei responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di Stazione Appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, nello svolgimento di incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Tale divieto opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado.

**Incompatibilità  
sulla gestione di  
servizi pubblici  
locali**

Le incompatibilità contemplate dalla norma sono finalizzate a mantenere distinte le funzioni dei soggetti che presiedono alla regolazione e quelle dei soggetti che esercitano l'attività di gestione dei servizi pubblici economici in ambito locale, al fine di ridurre i casi di conflitto d'interessi.

L'Autorità ha affermato che, con riferimento alla disciplina del procedimento di gara, la Stazione Appaltante è tenuta all'applicazione della normativa precedente all'abrogazione, poiché vigente al momento della pubblicazione dei relativi atti. Viceversa, con riguardo alla fase di esecuzione, l'amministrazione non dovrà ritenersi vincolata ad essa, in quanto i relativi atti verranno adottati in un momento in cui la normativa è stata espunta dall'ordinamento giuridico.

Infine, con specifico riferimento all'incompatibilità riferita ai rapporti di parentela intercorrenti tra alcuni partecipanti alla gara ed i consiglieri comunali, l'AVCP ha rilevato che nei confronti degli amministratori vi è un obbligo di astensione rispetto alla discussione od alla votazione "di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado". Se ne desume che in ogni caso i consiglieri comunali legati da vincoli di parentela entro il quarto grado con alcuni soggetti operanti all'interno di un'Associazione Temporanea di Impresa partecipante alla gara, debbano all'occorrenza astenersi dall'assumere deliberazioni che riguardino sia l'affidamento del servizio pubblico locale che la sua gestione.

**Rapporto tra SA e  
subappaltatore  
con riferimento al  
debito/credito**

L'Autorità ha analizzato il delicato rapporto tra la disciplina che regola le procedure concorsuali e la disciplina del subappalto, ritenendo che il contratto di subappalto, pur potendo essere ricompreso nella categoria dei contratti derivati e subendo pertanto alcuni effetti dal contratto soprastante, mantiene comunque un elevato grado di autonomia

rispetto al contratto di appalto, con la conseguenza che non si crea tra la Stazione Appaltante ed il subappaltatore alcun rapporto diretto di debito/credito. La fattispecie del pagamento diretto può essere inquadrata come una delegazione di pagamento *ex lege* tra l'appaltatore, il subappaltatore e la Stazione Appaltante. Quest'ultima, pagando il subappaltatore, adempie la propria obbligazione nei confronti dell'appaltatore e, in virtù della delegazione, estingue anche l'obbligazione dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore. I rapporti, sorti in virtù di distinti contratti, rimangono pertanto autonomi.

L'Autorità, analizzando la natura del credito del subappaltatore, in ipotesi di fallimento dell'appaltatore, ha ritenuto, nel silenzio del legislatore sul punto, che l'eventuale pagamento della Stazione Appaltante disposto, anche a favore del subappaltatore, dopo la dichiarazione di fallimento o la richiesta di ammissione al concordato costituirebbe un vulnus al principio della *par condicio creditorum*.

Nel caso di fallimento dell'appaltatore, la Stazione Appaltante può effettuare il pagamento dei debiti nei confronti dell'appaltatore a favore della procedura fallimentare, sia che abbia optato per il cd. pagamento diretto, sia che abbia sospeso i pagamenti a favore dell'appaltatore a seguito della mancata presentazione delle fatture quietanzate poiché la posizione del subappaltatore nel fallimento è specificamente garantita dalle misure adottabili dagli organi della procedura fallimentare.

In caso di concordato preventivo, è opinione dell'AVCP che sulla base di quanto disposto nel bando di gara ai sensi dell'art. 118, comma 3 del D.lgs. 163/2006, la Stazione Appaltante che avesse sospeso i pagamenti a favore dell'appaltatore dovrà pagare a quest'ultimo, una volta che questi abbia saldato il proprio debito con il subappaltatore; potrà altresì pagare direttamente il subappaltatore, sempre nella misura stabilita dal concordato.

Infine, qualora il fallimento dell'appaltatore sopraggiunga a seguito della consegna dei lavori, ma prima della conclusione del procedimento di collaudo, l'Autorità rileva che il fallimento dell'appaltatore scioglie il contratto (ai sensi dell'art. 81 della Legge fallimentare), senza che sia

consentito alla Stazione Appaltante di proseguire la relazione con la curatela. Il contratto perderà efficacia *ex nunc* e non si producono le conseguenze restitutorie rispetto alle obbligazioni già adempiute, normalmente connesse alla risoluzione, ma solamente i cd. effetti liberatori rispetto alle prestazioni ancora da eseguire.

La Stazione Appaltante, pertanto, sarà tenuta al pagamento di quanto realizzato dall'appaltatore fino al momento del fallimento in base ai prezzi contrattuali secondo quanto verificato dalla commissione di collaudo.

L'Autorità ha esaminato l'ambito di applicazione delle norme del Regolamento attuativo che regolano l'innovativo istituto dell'intervento sostitutivo della Stazione Appaltante nel caso di inadempienza contributiva dell'appaltatore o del subappaltatore.

**Intervento  
sostitutivo della  
SA in caso di  
inadempimento  
contributivo  
dell'appaltatore**

L'Autorità, su istanza degli interessati, è intervenuta sulla applicabilità di tale istituto agli enti, diversi dalle casse edili, che certificano la regolarità contributiva degli architetti ed ingegneri lavoratori autonomi nei casi previsti dagli art. 38, comma 1, lett. i) e 90, comma 7 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ritenendo che non si possa procedere ad un'interpretazione analogica dell'art. 4, comma 2 del Regolamento perché l'art. 6 del Regolamento parla espressamente di "*adempimenti INPS ed INAIL, nonché cassa edile per i lavori, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento*" e perché tra i soggetti destinatari della normativa in questione non sono inclusi coloro i quali godono della tutela e soddisfazione privilegiata dei crediti di cui all'art. 4 comma 2 del Regolamento.

L'Autorità ha espresso il proprio parere in ordine alla possibilità di rilasciare un attestato di qualificazione ad una fondazione sulla scorta del diritto interno e del diritto comunitario ed ha rilevato che il soggetto abilitato a partecipare alle gare pubbliche è l' 'operatore economico' che offre sul mercato lavori, prodotti o servizi, secondo un principio di libertà di forme (persone fisiche o persone giuridiche). La giurisprudenza comunitaria ha affermato che per 'impresa', pur in mancanza di una sua definizione nel Trattato, va inteso qualsiasi soggetto che eserciti attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di

finanziamento (Sentenza Corte di giustizia 1.7.2008, causa C-49/07, e richiami ivi indicati); che costituisce attività economica qualsiasi attività che consiste nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato (Corte di giustizia 10.1.2006); che l'assenza di fine di lucro non esclude che un soggetto giuridico che esercita un'attività economica possa essere considerato impresa (Corte di giustizia 29.11.2007).

**Attestato di  
Qualificazione  
delle fondazioni**

L'Autorità ha inoltre specificato che in ogni caso la Stazione Appaltante è tenuta ad effettuare un esame specifico, condotto caso per caso, sullo statuto delle persone giuridiche al fine di valutare gli scopi istituzionali per cui sono state costituite e verificare se gli enti partecipanti alla gara possano statutariamente svolgere attività di impresa offrendo la fornitura di beni o la prestazione di servizi sul mercato, pur senza rivestire la forma societaria.

Ove lo statuto della fondazione consenta alla stessa di svolgere anche attività d'impresa, considerata la neutralità, tanto della veste giuridica (fondazione), quanto dell'assenza dello scopo di lucro, l'Autorità è dell'avviso che una fondazione può partecipare alle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti, sempre nel rispetto dei limiti previsti dallo Statuto. Di riflesso, essendo in vigore in Italia un sistema di qualificazione obbligatoria per l'esecuzione di lavori pubblici, rispetto al quale l'Autorità esercita attività di vigilanza, è possibile per le SOA avviare il procedimento per il rilascio dell'attestato di qualificazione a favore di una fondazione, purché la stessa sia in possesso di tutti i requisiti di capacità generale e speciale richiesti per il rilascio dell'attestato.

**Disciplina nella  
esecuzione di  
opere a scomputo**

Sempre nell'ambito della propria attività consultiva, l'Autorità ha valutato l'applicazione della disciplina nella esecuzione di opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso ex art. 16, D.P.R. 380/2001. La fattispecie esaminata prevedeva, nell'ambito di una operazione volta a scomputare le opere di urbanizzazione, l'obbligo, in capo ai privati, di dar corso alla realizzazione, a propria cura e spese, di parte degli edifici pubblici previsti in un precedente accordo di programma, stabilendo che anche per la realizzazione di tali lavori deve essere indetta una pubblica gara.

L'Autorità, infatti, ha ritenuto che nel misurare gli oneri di urbanizzazione da scomputare al privato, non sussiste uno stretto rapporto di sinallagmaticità con il valore delle opere da realizzare.

L'Autorità ha affrontato la delicata questione delle modalità di calcolo della cauzione definitiva, in caso di affidamento di un contratto di mutuo, in relazione alla singolare natura giuridica dei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi di natura finanziaria.

L'Autorità ha ritenuto che nel caso dei servizi finanziari l'oggetto della procedura di gara sia rappresentato dal valore del servizio stesso che in via estimativa è commisurato al costo degli interessi passivi e delle altre forme di remunerazione richieste quale corrispettivo per il servizio di mutuo.

L'Autorità ha dunque sostenuto che, nel caso in cui oggetto della gara di appalto sia un servizio bancario e finanziario, l'importo della cauzione definitiva debba essere commisurato al valore stimato di cui all'art. 29, comma 12, lett. a.2) del Codice stesso, poiché l'espressione "*importo contrattuale*" sul quale deve essere calcolata la percentuale di garanzia definitiva fa riferimento all'oggetto del contratto e dunque al servizio di mutuo reso.

**Modalità di calcolo della cauzione definitiva**

L'Autorità ha esaminato l'ammissibilità di una centrale di committenza partecipata da privati e la compatibilità di tale modello con l'art. 13 della Legge 13 agosto 2010, n. 136 e s.m.i. essendo permesso anche ai soggetti di cui all'art. 32 comma 1, lett. g) del D.lgs. 163/2006 di aderire alla Stazione Unica Appaltante.

L'Autorità ha rilevato che il modello delle centrali di committenza gode da diversi anni di crescente favore da parte dei legislatori nazionali e regionali che trova esplicita disciplina nella direttiva 2004/18/CE.

Oltre alla conosciuta CONSIP S.p.A. (società a totale partecipazione pubblica), infatti, esistono molti esempi regionali di centrali di committenza, in particolare nel settore sanitario, in grado di apportare i notevoli risaputi vantaggi derivanti dalla centralizzazione degli acquisti.

**Parere su centrali di committenza partecipate da privati**

Nel caso esaminato dall'AVCP, la centrale di committenza che presenta alcuni elementi di peculiarità rispetto ai modelli più diffusi nel

nostro ordinamento dovrebbe essere costituita per la realizzazione delle opere pubbliche del Grande Progetto Logistica e Porti. Dovrebbe trattarsi di una società a totale partecipazione statale, Regione, Comune ed Autorità Portuale e dovrebbe affidare contratti di lavori pubblici. Questa centrale di committenza è costituita al solo fine di realizzare un complesso progetto infrastrutturale. Dei due modelli proposti dall'Istante, società a partecipazione pubblica o mista pubblico - privata, l'Autorità ha ritenuto compatibile con la normativa di settore solamente il primo poiché i soggetti privati titolari del permesso di costruire possono incidentalmente trovarsi a svolgere la funzione di Stazione Appaltante.

Nel caso in cui le amministrazioni interessate decidessero (o avessero già deciso) di affidare ai privati la funzione di Stazione Appaltante secondo quanto disposto dall'art. 32 citato, questi ultimi potrebbero comunque avvalersi dell'attività della centrale di committenza senza dover necessariamente partecipare al capitale della stessa. In base all'art. 2, comma 1 del D.P.C.M. 30 giugno 2006, infatti, alla Stazione Unica Appaltante "*possono aderire*" tutti i soggetti di cui all'art. 32 del D.lgs. 163/2006 e dal disposto dell'art. 4 del medesimo decreto si evince chiaramente che il termine "*aderire*", espressamente utilizzato dal legislatore, non deve essere inteso come "*costituire*" la SUA. Si dice, infatti, che "*i rapporti tra la SUA e l'ente aderente sono regolati da convenzioni*" ed è evidente, in base alla lettura organica di tutte le disposizioni rilevanti, che il D.P.C.M. regola l'attività di una particolare centrale di committenza che si assume costituita, la SUA, e non la sua costituzione *ab origine*. L'accesso di determinate categorie di privati (titolari di permesso di costruire, in questo caso) ai servizi di tale centrale di committenza è eccezionalmente consentito dal fatto che si tratta del ritorno di una funzione amministrativa, occasionalmente delegata al privato, nella sfera di competenza di un soggetto che, come quello delegante, è un'amministrazione aggiudicatrice (sulla possibilità che i soggetti privati possano accedere alle convenzioni quadro stipulate da una centrale di committenza si veda la segnalazione dell'AGCM S1178, consultabile sul sito istituzionale).

Tuttavia, nel caso specifico l'AVCP ha invitato l'istante a valutare con attenzione la concretezza e l'attualità dell'interesse della Camera di Commercio all'assegnazione di contratti per la realizzazione di infrastrutture che, in base alla documentazione in atti, non sembrano essere connessi all'esercizio delle funzioni ad essa affidate dalle legge. All'Autorità, inoltre, è stato chiesto quale sia, tra le amministrazioni aggiudicatrici e la centrale di committenza, il soggetto competente a svolgere l'attività di verifica e validazione dei progetti. Nel ribadire integralmente quanto espresso nella citata delibera, l'Autorità ha ritenuto che le suddette attività ben possono essere svolte dalle amministrazioni aggiudicatrici che garantiscono la terzietà dell'attività di controllo ed il possesso di particolari e stringenti requisiti di professionalità e qualificazione in capo ai soggetti tenuti ad effettuare la verifica.

Anche nel corso del 2011, l'Autorità è stata molto coinvolta in attività di contenzioso essendo pervenuti ulteriori 187 nuovi ricorsi che, sommati a quelli già pendenti presso i vari organi giurisdizionali ed ai 65 ricorsi straordinari al Capo dello Stato (non ancora definiti con provvedimento), fanno raggiungere il numero totale di 1391 ricorsi pendenti.

Contenzioso  
dell'AVCP

Le questioni che l'Autorità è chiamata ad affrontare, coadiuvata nella difesa in giudizio dall'Avvocatura di Stato, sono eterogenee e risultano impugnati atti di indirizzo ed a rilevanza generale (atti di determinazione, deliberazioni), ovvero pareri di precontenzioso o pareri sulla normativa. Inoltre, sono oggetto di impugnazione i provvedimenti in materia di qualificazione (principalmente la revoca di autorizzazioni all'esercizio dell'attività di società di attestazione e la decadenza dell'attestato di qualificazione). Si riscontra, infine, un elevatissimo contenzioso in materia di provvedimenti sanzionatori irrogati dall'Autorità in esito alle segnalazioni rese dalle stazioni appaltanti ai sensi degli artt. 38 e 48.

L'entità dei ricorsi può forse considerarsi quale indicatore della scarsa chiarezza della disciplina di settore che, nel tentativo di essere molto dettagliata, finisce per dettare discipline incomplete o farraginose che necessitano dell'intervento interpretativo del giudice. Infatti, la iper-regolamentazione, oltre all'ingessatura del mercato di riferimento, può

causare difficoltà di coordinamento delle disposizioni dettate per i diversi istituti, con il risultato di sovrapposizione e contraddizione ed il conseguente rischio di ingenerare confusione e di stimolare la litigiosità di chi è chiamato ad applicarle.

Al fine di scongiurare tale pericolo e nell'ottica di supportare gli operatori del settore impegnati nell'interpretare il complesso panorama giurisprudenziale di riferimento, l'Autorità ha curato la realizzazione e l'aggiornamento del Massimario, pubblicato nel proprio sito, nel quale è possibile consultare facilmente i provvedimenti giurisdizionali, già massimati, in materia di contrattualistica pubblica ed i lodi arbitrali depositati presso la Camera Arbitrale.

Con la cura del Massimario l'Autorità si propone pertanto di mettere a disposizione degli "addetti ai lavori" una guida interpretativa, costantemente aggiornata, di reale ausilio nella quotidiana applicazione della normativa.

I temi intorno ai quali si concentrano le massime sono tutti quelli disciplinati dal Codice dei contratti, oltre ad altri temi di particolare interesse e attualità quali l'affidamento dei servizi pubblici locali, l'affidamento *in house* e a società miste, comunque sussumibili nella disciplina codicistica in forza dell'applicazione dei principi generali di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza.

Nel Massimario è altresì presente la massimazione degli atti dell'Autorità (circa 334 atti tra determinazioni, deliberazioni, pareri di precontenzioso e pareri sulla normativa).

Anche i pareri espressi dall'Autorità sui quesiti di natura giuridica, formulati sia dagli operatori pubblici e privati del settore - soggetti esterni - che dagli stessi uffici interni dell'Autorità, rappresentano una preziosa guida operativa capace di sciogliere dubbi interpretativi e di orientare gli operatori e svolgono un'importante funzione deflattiva del contenzioso.

Attraverso l'adozione dei pareri sulla normativa l'Autorità ha potuto esprimere valutazioni e fornire orientamenti su questioni di notevole rilievo sia per i soggetti coinvolti che per le tematiche giuridiche affrontate.

In particolare, l'Autorità ha espresso pareri in ordine alla ascrivibilità dei soggetti richiedenti nell'ambito delle amministrazioni aggiudicatrici quali gli organismi di diritto pubblico.

Si può citare il caso della S.I.A.E. sulla cui natura di amministrazione aggiudicatrice l'Autorità ha indagato e delle ex IPAB trasformate in fondazioni/associazioni di diritto privato.

Altro esempio di intervento dell'Autorità è quello relativo al parere espresso in merito alla procedura di investimento indiretta dell'INAIL che, tramite l'acquisto di quote di fondi immobiliari o di titoli di società immobiliari, intendeva finanziare investimenti nel territorio abruzzese.

Altri pareri hanno avuto ad oggetto la valutazione della legittimità o dell'operatività di singole clausole del bando o del contratto quale, ad esempio, il diritto di prelazione previsto a favore di Grandi Stazioni S.p.A., nel caso di concessione da parte di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. del diritto di sfruttamento economico in esclusiva dei complessi immobiliari delle stazioni "Alta velocità" rispetto ad eventuali offerte e/o rilanci di imprese terze.

Altro importante contributo dell'Autorità alla composizione di un esauriente quadro di riferimento nella materia dei contratti pubblici è rappresentato dalle valutazioni, espresse su richiesta del Ministero degli Affari Esteri, circa la sussistenza dell'interesse del Governo italiano a costituirsi avanti alla Corte di Giustizia della Comunità Europea nei procedimenti di pronuncia pregiudiziale ex art. 267 TFUE instaurati a seguito di domanda di autorità giurisdizionali dei paesi comunitari.

Nell'ambito della valutazione della compatibilità della normativa nazionale con la normativa comunitaria, si ha l'occasione per puntualizzare e chiarire l'ambito di applicazione di numerosi istituti. È il caso, ad esempio, della problematica circa i requisiti dell'affidamento *in house* ove si verifichi che uno dei Comuni associati possieda una sola azione della società strumentale e non abbia un controllo effettivo della società. L'Autorità per queste fattispecie ha evidenziato con la determinazione n. 7 del 21 ottobre 2010, le condizioni legittimanti il ricorso a tali accordi.

Seminario  
on-line su  
tracciabilità  
dei flussi  
finanziari

L’Autorità, in collaborazione con Forum PA, ha curato un *webinar* (seminario on line) sui “Nuovi obblighi di tracciabilità finanziaria nei contratti pubblici: istruzioni per l’uso”.

Questo evento è stato realizzato come progetto pilota anche per saggiare/verificare la risposta degli utenti in vista della possibilità di definire e strutturare un innovativo progetto di stabile comunicazione con i numerosi operatori pubblici e privati del mercato degli appalti pubblici, dando così un maggior impulso al ruolo dell’AVCP come soggetto che eroga servizi a favore della propria *community*.

L’evento formativo si è svolto nella forma del seminario *on-line*, via *web*, gratuito, con una durata programmata di circa un’ora, aperto alla partecipazione in diretta e contemporanea di circa 500 iscritti ai quali è stata data anche la possibilità di usufruire di un servizio di messaggistica istantanea (*chat*) dedicato a Q&A (domande e risposte). Il *webinar* in oggetto è stato governato da un moderatore e ad esso hanno partecipato tre relatori, selezionati tra i maggiori esperti della materia all’interno dell’Autorità.

L’iniziativa ha avuto notevole successo ed ha avuto grande adesione (circa 1.605 soggetti) e le iscrizioni sono state sospese; vi hanno assiduamente partecipato 1.152 iscritti che hanno rivolto centinaia di domande nel corso dell’evento durato ben oltre il tempo previsto. Si è trattato dunque di un evento straordinario che ha evidenziato l’elevato bisogno formativo/informativo da parte degli operatori pubblici e privati e si è dimostrato un’occasione utile e preziosa per approfondire un tema di grande interesse come quello della tracciabilità dei flussi finanziari introdotta dall’art. 3 della legge n. 136/2010.

Del notevole gradimento e dell’alto grado di soddisfazione riscontrato si è avuta conferma anche attraverso le risposte al questionario distribuito al termine del *webinar*. In virtù di tali risultati, questa iniziativa è stata pubblicata sul Forum della PA, oltre che sul sito dell’AVCP nel quale si sono registrati decine di migliaia di accessi.

## CAPITOLO IV

### LA QUALIFICAZIONE DEL MERCATO E L'ATTIVITA' DI VIGILANZA SUL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DELLE IMPRESE DI COSTRUZIONI

#### 4.1 Novità introdotte dal D.P.R. 207/2010 in materia di SOA

Con la Determinazione n. 1 del 15 marzo 2011, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 77 del 4/4/2011 - Supplemento Ordinario n. 91, l'Autorità ha fornito chiarimenti sull'applicazione delle sanzioni amministrative alle Società Organismo di Attestazione (SOA), previste all'art. 73 del Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti pubblici.

Con il predetto atto, i cui contenuti sono stati illustrati nel capitolo relativo all'attività regolatoria, l'Autorità ha fornito, oltre ad istruzioni sulle nuove fattispecie, anche indicazioni sulla entrata in vigore delle sanzioni, tenuto conto del combinato disposto dell'art. 359, comma 2, del Regolamento e dell'art. 253, comma 2, ultimo periodo, del Codice, in ragione del quale le sanzioni previste dall'art. 73 del Regolamento erano irrogabili già quindici giorni dopo la sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, e cioè a partire dal 25 dicembre 2010, a differenza di tutte le altre disposizioni regolamentari, in vigore solo 180 giorni dopo la pubblicazione.

Per risolvere il problema di disciplina transitoria, circa l'applicabilità delle predette norme sanzionatorie, l'Autorità ha precisato che l'impianto sanzionatorio previsto dall'art. 73 era applicabile anticipatamente rispetto al restante corpo del Regolamento solo nella misura in cui si riferisse a violazioni di obblighi e doveri comportamentali delle SOA già previsti nel Codice o nel previgente D.P.R. 34/2000, quest'ultimo, del resto, applicabile fino all'entrata in vigore del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Per maggiore chiarezza, la descrizione analitica delle singole fattispecie sanzionabili è stata fornita nelle linee guida allegate alla suddetta Determinazione, specificando, per ciascuna di esse, l'entrata in vigore.

**Chiarimenti in merito ad applicazione di sanzioni amministrative alle SOA**

#### **4.1.1 Primi casi di applicazione delle sanzioni alle SOA previste dall'art. 73 del D.P.R. 207/2010.**

Nell'anno 2010 l'Autorità ha adottato un specifico Regolamento sanzionatorio nei confronti delle SOA, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n.77 del 04/04/2011, al fine di disciplinare l'esercizio del potere sanzionatorio. Nel Regolamento sono riportati i passaggi procedurali, soprattutto a garanzia del diritto di difesa, e i criteri di determinazione delle sanzioni pecuniarie e dei periodi di sospensione dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione, mediante l'adozione di formule matematiche lineari in cui sono presenti coefficienti individuati mediante algoritmi di calcolo che tengono conto di elementi oggettivi e soggettivi di gravità delle violazioni commesse e di eventuali circostanze aggravanti e/o attenuanti. In tal modo si è voluto garantire l'oggettività e la trasparenza delle modalità di irrogazione della sanzione.

Prime  
sanzioni a  
SOA

Per quanto riguarda l'applicazione del citato Regolamento, allo stato risultano già avviati i primi procedimenti sanzionatori, di cui uno già conclusosi con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria. In particolare, così come previsto dall'art. 8, comma 9, del D.P.R. 207/2010, l'Autorità ha provveduto ad inserire nel Casellario, nella sezione dedicata alle SOA, il provvedimento relativo alla sanzione irrogata.

#### **4.1.2 L'adeguamento del capitale sociale delle SOA rispetto alle nuove soglie minime introdotte dal Regolamento**

L'art. 64, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010 ha stabilito una soglia più alta del capitale sociale minimo che le SOA devono interamente versare per poter esercitare l'attività di attestazione. Rispetto alla precedente normativa di cui al D.P.R. n. 34/2000, tale soglia minima è praticamente raddoppiata, attestandosi ad un milione di euro. Per l'adeguamento a tale requisito, il legislatore ha concesso alle SOA esistenti un lasso temporale di 180 giorni dall'entrata in vigore del Regolamento (scaduto il 5 dicembre scorso), prevedendo anche l'obbligo di comunicazione all'Autorità. L'inadempienza delle SOA all'adeguamento del capitale sociale alla soglia minima di legge

comporta la dichiarazione di decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione.

Al fine di disciplinare in maniera uniforme e trasparente le complesse operazioni societarie finalizzate all'aumento del capitale sociale degli organismi di attestazione, l'Autorità ha emanato il Comunicato alle SOA n. 66 del 12 luglio 2011, che regola le acquisizioni di partecipazioni azionarie del capitale sociale delle SOA, per effetto dell'aumento del capitale sociale, ai sensi dell'art. 66 del D.P.R. n. 207/2010. In tale Comunicato, in considerazione delle varie modalità di aumento del capitale sociale (a titolo gratuito/a titolo oneroso), l'Autorità ha stabilito espressamente che, per poter rispettare il requisito di legge, le SOA con capitale sociale inferiore a 1.000.000 di euro devono comunicare all'Autorità la delibera di un aumento gratuito del capitale sociale, ovvero inoltrare un'istanza di autorizzazione preventiva a seconda dell'opzione adottata per procedere all'aumento di capitale sociale rispettivamente a titolo gratuito o a titolo oneroso.

Escluso un numero esiguo di SOA che possedevano già un capitale sociale adeguato alla nuova soglia minima, delle restanti, circa il 50%, ha proceduto ad operazioni di aumento del capitale sociale a titolo gratuito, mentre l'altra metà ha fatto ricorso all'aumento del capitale a titolo oneroso. Alcune di esse hanno posto in essere una duplice operazione, aumentando a titolo gratuito parte del capitale sociale e a titolo oneroso la restante quota necessaria per il raggiungimento della soglia di legge.

Le operazioni di aumento del capitale sociale a titolo gratuito non sono state oggetto di preventiva richiesta di autorizzazione all'Autorità, poiché tali operazioni societarie non comportano nuovi conferimenti da parte di soci o terzi e lasciano inalterate la compagine sociale preesistente e la misura di partecipazione dei singoli soci. Nell'ambito di tali operazioni, l'Autorità ha invece valutato la provenienza della provvista attraverso la quale si era formata la riserva imputabile al capitale ai fini dell'aumento gratuito. La valutazione nel merito del meccanismo di formazione della riserva si è rivelata funzionale al controllo del rispetto del principio di indipendenza e di corretta gestione delle SOA. L'Autorità, per rendere

**Adeguamento  
del capitale  
sociale SOA:  
comunicato  
AVCP  
n. 66/2011**

effettivo tale controllo, ha chiesto alle SOA di comunicare, prima di procedere all'operazione di aumento gratuito del capitale sociale, le condizioni dell'operazione e di indicare in maniera specifica la provenienza del denaro utilizzato per la formazione della riserva disponibile da impiegare a capitale. Tale comunicazione non integra un'istanza di autorizzazione preventiva ai sensi dell'art. 66 del D.P.R. n. 207/2010 e, quindi, non preclude l'esecuzione dell'aumento gratuito del capitale sociale da parte della SOA.

Aumento  
oneroso  
capitale  
sociale SOA:  
obbligo  
rilascio nulla -  
osta

In ordine alle operazioni di aumento oneroso del capitale sociale delle SOA, l'Autorità ha ribadito la necessità del rilascio del nulla osta, annoverando l'ipotesi dell'acquisto di azioni, a qualsiasi titolo, di una o più partecipazioni azionarie di cui all'art. 66 del D.P.R. n. 207/2010. Ciò in considerazione del fatto che la fattispecie dell'aumento oneroso del capitale sociale si caratterizza per la necessaria presenza di nuovi apporti di capitale che possono essere richiesti ai soci oppure ai terzi e può, quindi, dar luogo ad una variazione delle partecipazioni azionarie oppure all'ingresso di terzi nella compagine sociale. La necessità di sottoporre al controllo preventivo dell'Autorità non solo i trasferimenti delle azioni ma principalmente ogni variazione della compagine sociale delle SOA, a prescindere dal titolo o dalla fonte giuridica di tale variazione, ha consentito di verificare, anche nell'ambito di operazioni societarie funzionali all'adeguamento del capitale sociale alla soglia di legge, il rispetto dei principi di indipendenza ed imparzialità nonché la sussistenza dei requisiti generali richiesti in capo ai soci dall'art. 64 del D.P.R. n. 207/2010.

L'obbligo per le SOA, in caso di aumento oneroso del capitale sociale, di presentare formale istanza di rilascio del nulla osta all'acquisto delle azioni, istanza corredata da una serie di documentazione comprovante, tra l'altro, la capacità reddituale e/o patrimoniale dell'acquirente all'investimento, ha consentito all'Autorità di poter svolgere un controllo particolarmente efficace e rigoroso di ciascuna operazione societaria che, in taluni casi, si è sostanziato in un rigetto dell'istanza per carenza dei requisiti e/o mancato rispetto del principio di indipendenza e in un contestuale invito alla SOA a presentare nuova istanza nei successivi 30 giorni. In caso di mancata

presentazione di una nuova istanza nel termine suddetto ovvero di rigetto anche della seconda istanza, viene avviato il procedimento per la dichiarazione di decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione per carenza del requisito di cui all'art. 64, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010.

#### **4.1.3 L'adeguamento della compagine sociale delle SOA**

L'entrata in vigore del Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici ha posto rilevanti problematiche di carattere interpretativo in relazione al sistema di qualificazione SOA.

L'art. 66 del Regolamento è sicuramente la norma che ha suscitato maggiori criticità in considerazione del suo impatto sulla compagine sociale degli organismi di attestazione.

Il primo comma della citata disposizione stabilisce la preclusione assoluta di partecipazione, diretta o indiretta, al capitale sociale delle SOA per alcune categorie di soggetti, tra cui le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti di certificazione dei sistemi di qualità aziendale, gli operatori economici che possono essere affidatari di contratti di lavori pubblici, i soggetti che possono espletare servizi di ingegneria e di architettura relativi alla progettazione e direzione lavori, nonché le regioni e le province autonome.

Il novero dei soggetti ai quali è preclusa in via tassativa la partecipazione nell'azionariato delle SOA è più ampio di quello previsto nella precedente normativa di cui al D.P.R. n. 34/2000. Ragione per cui il legislatore ha concesso alle SOA un lasso temporale di 180 giorni dall'entrata in vigore del Regolamento (entro il 5 dicembre 2011) per adeguare la loro compagine sociale alle nuove prescrizioni. La nuova disciplina recata dall'art. 66 del D.P.R. n. 207/2010 ha coinvolto anche l'Autorità nell'esercizio della vigilanza sull'intero sistema di qualificazione.

Va ricordato che, risolvendo una questione interpretativa sorta con la originaria formulazione, il primo comma dell'art. 66 del Regolamento ha espressamente riferito il divieto tassativo di partecipazione al capitale delle SOA esclusivamente ai soggetti, indicati all'art. 34 del Codice, ammessi a

**Compagine sociale SOA: preclusione assoluta per alcune categorie di soggetti**