

partecipare alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici relativi a lavori.

Altra questione relativa alla compagine sociale delle SOA riguarda gli enti di certificazione della qualità aziendale, soggetti ai quali la normativa precedente, di cui al D.P.R. n. 34/2000, non inibiva in maniera tassativa la partecipazione nell'azionariato delle SOA.

In considerazione dell'esclusività dell'oggetto sociale delle SOA e del concreto rischio di commistione di interessi incidenti sulla correttezza della gestione degli organismi di attestazione, da sempre l'Autorità ha ritenuto contrario ai principi di indipendenza, imparzialità e trasparenza l'esercizio congiunto dell'attività di certificazione della qualità e dell'attività di attestazione, soprattutto se rivolte nei confronti del medesimo operatore economico. Detta posizione dell'Autorità ha ricevuto il pieno avallo del Consiglio di Stato nelle recenti sentenze 25 gennaio 2011, n. 510, e 16 febbraio 2011, n. 987.

Ricorsi al TAR ed alla Corte Costituzionale avverso disposizioni contrastanti con la libertà di iniziativa economica

A fronte di tale panorama normativo, una SOA, che avrebbe dovuto stravolgere *in toto* la propria composizione societaria per adeguarsi alla nuova disciplina regolamentare, ha impugnato dinanzi al TAR Lazio varie disposizioni, tra cui l'art. 66 del Regolamento, chiedendo contestualmente la rimessione della questione dinanzi alla Corte Costituzionale per asserito contrasto del combinato disposto dell'art. 40, comma 3, del Codice dei contratti pubblici e dell'art. 66 del D.P.R. n. 207/2010 con l'art. 41 della Costituzione in materia di libertà di iniziativa economica.

Il TAR Lazio ha accolto la richiesta della SOA ricorrente e, con ordinanza n. 9718 del 13 dicembre 2011, ha rimesso la questione alla Corte Costituzionale, sospendendo, nelle more della decisione della Consulta, l'efficacia della norma nella parte in cui vieta in maniera assoluta la partecipazione degli enti certificatori della qualità al capitale sociale delle SOA. La temporanea impossibilità di far valere il divieto di partecipazione azionaria al capitale delle SOA nei confronti degli enti di certificazione della qualità ha come diretta conseguenza la limitazione dell'intervento dell'Autorità sotto tale specifico profilo. Pertanto, fino a quando tale questione rimane *sub iudice*, il margine di azione dell'Autorità nei confronti

degli enti certificatori della qualità esula dall'ambito soggettivo dell'adeguamento della compagine sociale delle SOA ai sensi del primo comma dell'art. 66 e si esplica invece, per pacifico convincimento della giurisprudenza amministrativa di primo e secondo grado, in relazione al divieto oggettivo di esercizio congiunto dell'attività di certificazione della qualità e dell'attività di attestazione nei confronti della medesima impresa.

In tal senso, soccorre l'ultimo comma dello stesso art. 66 del Regolamento che, nei confronti di tutti i soggetti (diversi da quelli tassativamente previsti nel primo comma) per i quali non vige una preclusione assoluta di partecipazione all'azionariato delle SOA, l'Autorità può comunque negare l'autorizzazione alla partecipazione azionaria allorché il soggetto titolare della partecipazione possa influire sulla corretta gestione dell'organismo di attestazione o comprometterne il requisito di indipendenza.

L'Autorità mantiene, pertanto, sempre ferma la possibilità di inibire l'ingresso nella compagine sociale delle SOA a soggetti che non offrano sufficienti garanzie di indipendenza ed imparzialità sulla base di elementi significativi. Resta, quindi, in capo all'Autorità l'individuazione di ulteriori ipotesi di divieto di partecipazione alla compagine sociale delle SOA, ipotesi che concretizzano preclusioni non assolute e stabilite *a priori*, bensì relative e accertabili, di volta in volta, sulla base di elementi e circostanze puntuali. A tal riguardo, l'Autorità ha adottato strumenti di indagine più ampi e rigorosi, estendendo il proprio controllo sui potenziali soci anche a soggetti legati ai primi da vincoli di parentela o di coniugio, i quali, nel loro insieme, spesso costituiscono veri e propri centri di interessi lesivi per l'indipendenza e la corretta gestione delle SOA.

**Controllo su
compagine
sociale SOA in
capo all'AVCP**

4.1.4 Profili problematici afferenti all'applicazione della legge n. 183/2011 in relazione alle verifiche da effettuarsi ad opera delle SOA in sede di qualificazione.

Criticità frequentemente incontrate dalle SOA e poste al vaglio dell'Autorità riguardano le modalità di verifica del possesso dei requisiti dopo l'entrata in vigore della Legge di stabilità 12 novembre 2011, n. 183

che ha comportato alcune modifiche alla disciplina dei certificati e delle dichiarazioni sostitutive contenuta nel "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa" di cui al D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445.

La nuova normativa ha come obiettivo la completa "de-certificazione" del rapporto tra Pubblica Amministrazione e cittadini ed operano nel solco tracciato dal citato Testo Unico, dove era già previsto che nessuna amministrazione potesse richiedere atti o certificati contenenti informazioni già in possesso della P.A.

**Obiettivo De-certificazione :
divieto per le
SOA di
acquisire
certificati da
imprese**

Una delle principali novità introdotta dalla norma riguarda le certificazioni rilasciate dalle P.A. in ordine a stati, qualità personali e fatti, che sono valide e utilizzabili solo nei rapporti tra privati, laddove nei rapporti con gli organi della Pubblica Amministrazione e i gestori di pubblici servizi, tali certificati sono sempre surrogati dalle dichiarazioni sostitutive di certificazione o dall'atto di notorietà. Ne consegue, pertanto, che dal 1° gennaio 2012 le amministrazioni e i gestori di pubblici servizi non potranno più accettarli né richiederli: la richiesta e l'accettazione dei certificati costituiscono violazione dei doveri d'ufficio.

Il nuovo quadro normativo impone di operare per assicurare le certezze pubbliche attraverso l'acquisizione d'ufficio dei dati o dei documenti e gli idonei controlli a campione di cui agli artt. 71 e 72 del D.P.R. 445/2000 sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive.

Tali modifiche normative, applicabili alle pubbliche amministrazioni e ai gestori di pubblici servizi nei rapporti tra loro ed in quelli con l'utenza, coinvolgono anche l'attività amministrativa svolta dalle SOA, qualificate ai sensi dell'art. 40 del D.lgs. 163/06 quali soggetti che svolgono funzioni di natura pubblicistica nell'esercizio dell'attività di attestazione degli esecutori di lavori pubblici.

Ne consegue anche per le SOA il divieto di acquisire dalle imprese da attestare i certificati attinenti a stati, qualità personali e fatti, dovendo alternativamente acquisire direttamente i dati presso le amministrazioni certificanti o consentire la produzione da parte degli interessati solo di dichiarazioni sostitutive di certificazione o di atto di notorietà.

In tale ottica, le SOA hanno evidenziato, in primo luogo, alcune problematiche connesse alle verifiche relative al possesso del requisito della regolarità contributiva, alla luce della Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 16/01/2012, con la quale è stata dichiarata l'inammissibilità dell'autocertificazione della regolarità contributiva in quanto collegata ad un accertamento di ordine tecnico che non può per sua natura essere demandato al dichiarante.

Aderendo a tale Circolare, le SOA si troverebbero impossibilitate a ricevere dalle imprese sia la certificazione rilasciata dagli enti previdenziali (DURC) che la stessa autocertificazione.

Il chiarimento fornito dal Ministero del Lavoro e confermato dalle Direzioni Centrali dell'Inps ed Inail, si pone in realtà in contrasto con le previsioni contenute nel D.P.R. 445/2000, in particolare con l'art. 44 bis il quale, prevedendo che "le informazioni relative alla regolarità contributiva sono acquisite d'ufficio, ovvero controllate ai sensi dell'articolo 71, dalle pubbliche amministrazioni procedenti, nel rispetto della specifica normativa di settore", pare ammettere la possibilità di una autocertificazione da parte del soggetto interessato ed il successivo controllo da parte della P.A. con le modalità previste per la verifica delle autocertificazioni.

Ulteriore problematica collegata all'entrata in vigore della Legge di Stabilità, riguarda la disposizione dell'art. 76, comma 2, del D.P.R. 207/2010 che prevede che l'impresa che abbia intenzione di ottenere l'attestazione di qualificazione deve stipulare apposito contratto con una delle SOA autorizzate, con obbligo di produrre il certificato della Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura, completo di attestazione antimafia, dal cui oggetto sociale risultino le attività riconducibili alle categorie di opere generali e specializzate richieste.

Tale norma, non espressamente abrogata, sembra far sopravvivere in capo all'impresa l'obbligo di presentare il certificato della Camera di Commercio, in contrasto con la citata disposizione di legge, la cui applicazione nella materia in esame determina l'impossibilità delle imprese di produrre la certificazione di iscrizione alla Camera di Commercio, posto

**Problematiche
per le SOA di
acquisizione
DURC:
chiarimento
Ministero del
Lavoro**

SOA e
certificati
CCIAA

che il certificato rilasciato dalla CCIAA riporta la dicitura di non utilizzabilità nei rapporti con le P.A. Pertanto, in virtù della novella normativa l'iscrizione alla Camera di Commercio andrebbe comprovata mediante dichiarazione sostitutiva, successivamente sottoposta al controllo ex art. 71 del D.P.R. 445/2000 a cura della SOA presso la Camera di Commercio competente. L'impossibilità delle imprese a presentare la certificazione della Camera di Commercio produce conseguenze anche in relazione all'attestazione antimafia, che deve essere acquisita dalle SOA nella verifica del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lettera b) del D.lgs. 163/06. Prima dell'entrata in vigore della norma in esame, la produzione da parte dell'impresa del certificato di iscrizione della Camera di Commercio completo della dicitura di cui all'art. 9 del D.P.R. 252/1998, assolveva l'acquisizione da parte della SOA dell'attestazione antimafia, posto che, come previsto dall'art. 6, comma 2, del D.P.R. 252/1998, *"L'acquisizione agli atti dell'amministrazione interessata e degli altri soggetti di cui all'articolo 1 del presente regolamento, ovvero del concessionario di opere o servizi pubblici, delle certificazioni o attestazioni di cui al comma 1, munite della dicitura ivi prevista, rilasciate in data non anteriore a sei mesi, esonera dalla richiesta della comunicazione prevista dall'articolo 3 e dall'acquisizione dell'autocertificazione di cui all'articolo 5"*. Con la nuova normativa, a fronte del divieto per le imprese in merito alla presentazione del suddetto certificato, è venuta meno la possibilità di acquisizione da parte delle SOA della dicitura antimafia contenuta nel certificato della CCIAA, posto che ai sensi dell'art. 6, comma 3, del D.P.R. 252/1998, le richieste delle certificazioni e attestazioni della Camera di Commercio recanti la dicitura antimafia devono essere richieste dalla persona interessata o da persona dalla stessa delegata. Pertanto, le SOA non sembrerebbero legittimate a richiedere tale attestazione che, tra l'altro, anche se acquisita su delega del soggetto privato, risulterebbe inutilizzabile ai fini certificativi nei procedimenti amministrativi in quanto recante la dicitura prevista dalla L. 183/2011. Conseguentemente, per l'acquisizione della certificazione antimafia, le SOA dovranno provvedere all'acquisizione delle comunicazioni della Prefettura di cui all'art. 3 del citato D.P.R. 252/98, con

notevole rischio di allungamento dei tempi del procedimento, a fronte delle difficoltà di alcune SOA ad accedere al sistema informativo telematico delle certificazioni antimafia.

Ulteriore problematica sollevata dalle SOA riguarda il mancato riconoscimento da parte delle P.A. certificatrici, della natura e del ruolo svolto dalle SOA e le conseguenti difficoltà a carico di queste nell'acquisizione delle informazioni relative a stati, qualità oggetto delle autocertificazioni. In altre parole le SOA lamentano un'oggettiva difficoltà ad acquisire gratuitamente, senza oneri, come previsto dall'art. 43, comma 5, sopra citato, i documenti necessari alle verifiche sul possesso dei requisiti in capo alle imprese.

La nuova norma ha prodotto effetti anche in relazione alla dimostrazione dei requisiti speciali, in particolare al rilascio delle certificazioni di esecuzione lavori che contengono la dicitura del buon esito dei lavori e delle prestazioni, interpretate da parte di alcuni soggetti come attestazioni di stati, fatti e qualità rientranti nella normativa di semplificazione e pertanto autocertificabili dai soggetti interessati. Tale interpretazione pare invero confliggere con il carattere discrezionale della valutazione di buon esito che la Stazione Appaltante è tenuta a porre in essere nel rilascio delle certificazioni di esecuzione lavori che assumono carattere costitutivo del possesso del requisito.

4.1.5 Problemi connessi alla qualificazione durante il periodo transitorio individuato dal D.P.R. 207/2010

L'art. 357 del D.P.R. 207/2010 ha introdotto il regime transitorio, prevedendo che le attestazioni rilasciate in vigenza del D.P.R. 34/2000 mantengono validità fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse, ad eccezione delle attestazioni rilasciate nelle categorie cd. variate (in quanto modificate dal nuovo Regolamento nella determinazione e nel riconoscimento dei requisiti) per le quali è prevista la cessazione di validità a decorrere dal trecentosessantaseiesimo giorno dalla data di entrata in vigore del Regolamento. Sempre in relazione a tali attestazioni afferenti le cd. categorie variate, il D.P.R. 207/2010 introduce un meccanismo di

**Attestazioni
SOA e regime
transitorio**

proroga fondato sul combinato disposto tra il comma 13 e la previsione contenuta nel comma 16.

Le citate disposizioni hanno limitato la partecipazione alle gare nelle categorie variate nel periodo transitorio alle imprese in possesso di un'attestazione di qualificazione rilasciata nel previgente regime (D.P.R. 34/2000), laddove per le attestazioni rilasciate dalle SOA per le categorie variate ai sensi del D.P.R. 207/2010 al comma 17 del medesimo articolo 357 risulta espressamente previsto che le stesse possono essere utilizzate, ai fini della partecipazione alle gare, a decorrere dal trecentosessantaseiesimo giorno dalla data di entrata in vigore del regolamento. Ciò ha comportato l'impossibilità di accesso al mercato, durante il periodo transitorio, nelle categorie variate, per le imprese di nuova costituzione e per quelle già esistenti che, a seguito di operazioni societarie, hanno acquistato i rami d'azienda afferenti alle attività rientranti nelle declaratorie delle categorie variate, con ulteriore pregiudizio per le imprese che comunque hanno acquistato *medio tempore* una maggiore capacità esecutiva.

Certificati
lavori rilasciati
a seguito di
nuova
declaratoria di
categoria

Ulteriore problematica ha riguardato l'applicazione dell'art 357, comma 14 del D.P.R. n. 207/2010, il quale, al fine di rettificare le categorie variate (OG11, OS2, OS7, OS8, OS12, OS18, e OS21) rilasciate ai sensi del D.P.R. n. 34/2000 e renderle così compatibili con le nuove declaratorie contenute nello stesso regolamento, sancisce che " *le S.A., su richiesta dell'impresa interessata o della SOA attestante, provvedono ad emettere nuovamente per intero i certificati lavori secondo l'allegato B1*".

In adempimento a tale prescrizione, le S.A., entro il mese di giugno 2012, data che segna il completo passaggio al nuovo regime normativo, sono tenute alla riemissione di un numero elevato di CEL per consentire alle imprese il conseguimento delle attestazioni secondo il quadro normativo contenuto nel D.P.R. 207/2010.

La previsione della riemissione dei CEL ha destato diverse preoccupazioni in ragione delle difficoltà operative incontrate dalle S.A. nel reperimento degli atti contabili relativi ad appalti risalenti nel tempo; problematica resa ancora più evidente alla luce della previsione contenuta nella disposizione di cui all'art. 253, comma 9-bis del D.lgs. n. 163/2006 come modificata da

ultimo dall'art. 4, comma 2, lettera ll), legge n. 106/2011 che, in via transitoria, consente alle imprese, fino al 31 dicembre 2013, di utilizzare per la dimostrazione del requisito, i lavori realizzati nel decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA per il conseguimento della qualificazione.

4.1.6 Procedimenti ex art. 40, comma 9-quater, del D.lgs. 163/06

L'art. 38, c. 1, lett. m-bis), del D.lgs. 163/06 prevede, quale causa ostativa alla partecipazione alle gare ed al rilascio dell'attestazione di qualificazione, la presenza, a carico dell'operatore economico, di un'iscrizione nel Casellario Informativo relativa alla presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione. L'inserimento di detta annotazione consegue all'accertamento, da parte della SOA, della presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del conseguimento dell'attestazione di qualificazione ed al successivo accertamento, ad opera dell'Autorità, della riferibilità all'impresa dei fatti contestati in termini di dolo o colpa grave.

Tale ultimo accertamento viene effettuato ai sensi del comma 9-quater all'art. 40 del Codice, introdotto dal D.L. 70/2011, nell'ambito di un procedimento in contraddittorio con l'impresa interessata istruito ai sensi della legge n. 241/90.

Nel regime previgente era previsto l'inserimento dell'annotazione a seguito della dichiarazione di decadenza dell'attestazione ad opera dell'Organismo di attestazione per intervenuto rilascio dello stesso sulla base di documentazione che non ha trovato riscontro oggettivo da parte del soggetto emittente. La valutazione della riferibilità soggettiva all'impresa dei fatti contestati veniva effettuata soltanto su istanza di parte con lo scopo di consentire all'impresa la sottoscrizione di un nuovo contratto di attestazione prima del decorso del periodo interdittivo annuale.

La novità normativa ha recepito l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, subordinando l'operatività dell'interdizione

Iscrizioni nel
Casellario a
seguito di false
dichiarazioni o
falsa
documentazione

all'accertamento dell'imputabilità soggettiva dei fatti contestati all'impresa in termini di dolo o colpa grave.

L'Autorità, con proprio Regolamento interno, pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana - Serie Generale - n. 168 del 21 luglio 2011, e con annesso Comunicato agli Organismi di Attestazione, al fine di assicurare omogeneità nell'attuazione del dettato normativo, ha definito le linee guida per l'attivazione dei relativi procedimenti, fornendo indicazioni finalizzate al coordinamento delle due fasi di accertamento propedeutiche all'annotazione nel Casellario Informatico ai sensi dell'art. 40, comma 9 quater del D.lgs. 163/06.

Nell'attuazione della nuova normativa, l'Autorità ha attivato, nel corso del 2011, 60 procedimenti per la verifica dell'imputabilità delle imprese, sotto il profilo del dolo o della colpa grave, propedeutici all'inserimento nel Casellario Informatico delle relative annotazioni finalizzate all'operatività dell'interdizione alla partecipazione alle gare e al conseguimento dell'attestazione di qualificazione.

4.2 Obblighi di comunicazione all'Autorità ex art. 6, commi 9 e 11, D.lgs. 163/2006

Il potere dell'Autorità diretto ad acquisire informazioni da tutti i soggetti operanti nel mercato degli appalti pubblici è funzionale al perseguimento degli obiettivi istituzionali che la legge le ha attribuito ed è sorretto dalla previsione di sanzioni pecuniarie amministrative per il caso di mancata collaborazione da parte dei soggetti ai quali le informazioni sono richieste.

Il legislatore, nel sanzionare l'omissione non sorretta da un giustificato motivo, ha dunque previsto la sussumibilità della condotta omissiva nella fattispecie astratta delineata, previa valutazione, da parte dell'Autorità, della fondatezza e ragionevolezza del motivo eventualmente addotto per giustificare la mancata trasmissione della documentazione richiesta, o delle notizie richieste, anche non formalizzate in elementi documentali.

L'inadempimento sanzionabile si concretizza dunque allo scadere del termine perentorio (stante l'esplicita comminatoria, per il caso di inadempienza, della sanzione pecuniaria ex art. 6 commi 9 e 11) che

l'Ufficio procedente fissa, legittimamente, in relazione alla richiesta dei dati e degli elementi di informazione inerenti la procedura oggetto di vigilanza, a nulla rilevando la circostanza che l'omissione sia, o meno, frutto di un comportamento intenzionalmente diretto a contrastare detta attività, essendo sufficiente il fatto oggettivo della mancata risposta, a prescindere dalle motivazioni, ossia dall'elemento psicologico del soggetto inadempiente.

La portata applicativa della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 6, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006, oltre ai casi di mancata risposta alle richieste dell'Autorità (rifiuto od omissione), si estende come detto alle ipotesi di risposta tardiva nonché alle ipotesi di risposta incompleta. In quest'ultimo caso, valutati gli elementi di incompletezza, si ritiene sanzionabile la risposta incompleta alla stessa stregua di una mancata risposta, anche al fine di disincentivare condotte elusive di soggetti che, per evitare la sanzione, diano risposte sostanzialmente vuote, generando un ingiustificato ritardo alla corretta attività di vigilanza dell'Autorità.

Così configurato l'ambito del potere sanzionatorio dell'Autorità, è opportuno sottolineare che sovente vengono avviati procedimenti sanzionatori per violazione all'obbligo informativo a carico dei responsabili di enti previdenziali o assistenziali, per omessa/incompleta risposta nei termini in ordine alla regolarità contributiva ed alla eventuale quantificazione del debito di operatori economici, la cui verifica – in base alle dichiarazioni sostitutive rese dagli stessi sul requisito dell'art. 38 comma 1 lett. i – è essenziale ai fini del procedimento di annotazione sul Casellario Informatico.

In tali ipotesi, stante la necessità, per l'Autorità, di acquisire in tempi brevi le informazioni richieste, che per la maggior parte si compendiano in attività certificative di dati in possesso degli Istituti previdenziali, stante altresì la difficoltà di delineare inadempimenti nell'ipotesi di "risposte incomplete", lo strumento repressivo della sanzione amministrativa per ottenere la collaborazione di tali soggetti potrebbe essere evitato consultando le banche dati dei soggetti coinvolti nell'attività di competenza

**Estensione
dell'applicazione
delle sanzioni a
casi di tardiva
incompleta
risposta**

dell'Autorità, quali ad esempio, oltre ai citati Istituti previdenziali (Inps, Inail), l'Agenzia delle Entrate ed i Tribunali penali.

Una tale forma di collaborazione istituzionale, oltre ad escludere la necessità di irrogare sanzioni per mancata/ritardata/insufficiente risposta nei confronti di soggetti che per lo più non intendono violare il disposto normativo, consentirebbe all'Autorità una verifica in tempo reale delle posizioni degli operatori economici e di conseguenza un'azione di più efficace vigilanza e repressione di fenomeni distorsivi nel campo degli appalti pubblici. Tale collaborazione è stata espressamente prevista dal D.L. 5/2012 sulla semplificazione con l'istituzione della BDNCP e l'introduzione dell'obbligo per gli enti di mettere a disposizione della BDNCP la documentazione in loro possesso per le verifiche da parte delle Stazioni Appaltanti.

4.2.1 Obblighi di comunicazione all'Autorità' ex art. 74, comma 6, D.P.R. 207/2010

Il Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 prevede all'art. 74, comma 6, l'applicazione della sanzione pecuniaria fino ad € 25.822,00 a carico delle imprese che non provvedano a dare comunicazione all'Osservatorio delle variazioni relative ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 78, comma 1 del D.P.R. 207/10, nonché delle variazioni della direzione tecnica di cui all'art. 87, comma 6, da effettuarsi attraverso la compilazione ed invio del modulo allegato alla Determinazione dell'Autorità n. 3 del 6 aprile 2011.

In realtà l'obbligo di comunicare la variazione dei requisiti generali ai fini dell'inserimento nel Casellario Informatico, era già sancito dall'art. 27 comma 3 del D.P.R. 34/2000 ma, non avendo tale disposizione previsto l'irrogazione di alcuna sanzione in caso di mancato adempimento, la medesima non aveva trovato concreta applicazione.

Ai fini della sanzionabilità dell'impresa, è necessario che l'omissione possa esserle riferibile, sulla base degli ordinari canoni d'imputabilità. Va evidenziato che, con riguardo alle cause di esclusione dalle gare di appalto in cui è presente un elemento discrezionale, come la gravità di una

violazione la cui valutazione è affidata ad un soggetto terzo (la Stazione Appaltante o la SOA), la comunicazione va comunque effettuata, restando poi nella competenza della S.A. e della SOA la valutazione della gravità.

Va inoltre evidenziato che, al fine di non incorrere nelle sanzioni pecuniarie previste, le imprese devono segnalare anche le ipotesi di temporanea irregolarità contributiva (Cassa Edile, Inail, Inps). In relazione a dette comunicazioni si verificano casi di invio periodico da parte delle medesime imprese di perdita del requisito per irregolarità contributiva, e a breve distanza temporale invio della comunicazione del riacquisto del requisito, avendo l'impresa provveduto a regolarizzare la situazione contributiva.

Nel corso dell'anno 2011 si è proceduto, sulla base delle comunicazioni inviate dagli operatori economici, ad inserire nel Casellario Informatico n. 640 annotazioni, di cui n. 603 ai sensi dell'art. 87, comma 6 D.P.R. 207/2010 (variazione della direzione tecnica) e n. 37 ai sensi dell'art. 8 comma 5 D.P.R. 207/2010 (variazione dei requisiti generali). Considerando che le imprese qualificate ad oggi risultano essere 39.072, si rileva l'esiguità delle comunicazioni pervenute in relazione alla variazioni dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1 del D.lgs. n. 163/06.

Le cause di tale situazione sono probabilmente diverse, tra esse la mancata conoscenza da parte delle imprese dell'obbligo imposto dalla recente normativa; la preoccupazione da parte delle imprese di "autodenunciarsi", non potendo in seguito partecipare alle gare; una forma di negligenza o incuria che in precedenza, pur sussistendo l'obbligo, non era sanzionata.

Un ulteriore accenno va fatto all'introduzione degli obblighi di informazione a carico delle imprese di costruzioni supportati da sanzione pecuniaria in caso di inadempimento. Se da un lato l'obbligo di comunicazione appare soddisfacente in termini di conoscibilità in tempo reale delle variazioni rilevanti per le imprese qualificate nel campo dei lavori pubblici, dall'altro evidenzia la carenza normativa relativamente alle modifiche dei requisiti delle imprese operanti nel settore dei servizi e delle forniture, per le quali un tale obbligo di comunicazione non è previsto.

**Segnalazione
di irregolarità
contributive
temporanee**

4.3 Problematiche relative alla redazione e all'interpretazione, da parte delle stazioni appaltanti, dei bandi di gara aventi ad oggetto servizi e forniture

Nell'espletamento dell'attività sanzionatoria di cui all'art. 48 del Codice, sono state rilevate alcune criticità in ordine alle modalità di redazione dei bandi di gara da parte delle Stazioni Appaltanti, soprattutto con riferimento ai requisiti di capacità tecnica e finanziaria (art. 42 del Codice). Infatti, è stato verificato che sovente le S.A. introducono, nella *lex specialis* della gara d'appalto che intendono indire, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti mediante l'irragionevole restrizione del requisito relativo ai servizi analoghi, espletati in un determinato arco temporale, in dispregio dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e *par condicio*. In particolare, l'ente appaltante pone dei vincoli tali per i quali il concetto di "analogia" viene compresso fino ad identificarsi con il concetto di "identità".

In queste ipotesi, pur risultando apparentemente osservate le regole della concorsualità, i criteri stabiliti risultano talmente selettivi da estromettere di fatto gli ipotetici partecipanti alla procedura di gara ad eccezione del concorrente che si intende favorire. In tali fattispecie, il bando, pur non prevedendo espressamente una causa preclusiva alla partecipazione, sostanzialmente decreta un'espulsione a carico dei concorrenti diversi da quello prescelto.

Nel caso specifico, la Stazione Appaltante, nella *lex specialis* definisce i requisiti che devono possedere i partecipanti alla gara in maniera particolarmente restrittiva richiedendo che:

- l'Operatore economico abbia al suo interno una determinata figura (*Direttore Tecnico, Archivista, Addetto Operativo*). Pretesa questa assolutamente lecita ma che dovrebbe correttamente far parte di un ulteriore autonomo requisito;
- tale figura, che nel passaggio successivo del bando viene ristretta al Direttore tecnico (*il Direttore Tecnico dovrà essere in possesso dei seguenti requisiti*), abbia un determinato titolo di studio: anche questo appare lecito; meno lecito appare restringere a Direttore

tecnico la figura che dovrebbe far parte dell'organico del concorrente;

- tale figura, con i vincoli precedentemente stabiliti, abbia svolto una precedente analoga esperienza lavorativa presso due specifici datori di lavoro (*Archivi di Stato, Soprintendenza Archivistica*, per esempio);
- l'esperienza analoga abbia riguardato la direzione della *realizzazione di un inventario di un archivio comunale o provinciale o regionale redatto secondo i criteri della più recente dottrina archivistica*.

La medesima finalità, in altri casi, viene perseguita dalle Stazioni Appaltanti mediante un'interpretazione restrittiva – in fase di verifica dei requisiti di ordine speciale - di alcune clausole del bando, di per sé non idonee a limitare la concorrenza, ma che, a seguito di tale valutazione comportano un'alterazione della *par condicio*.

Al riguardo, appare utile richiamare il caso di un Ente comunale che nell'ambito di una procedura volta all'affidamento in concessione del servizio di accertamento, liquidazione e riscossione volontaria e coattiva dell'imposta comunale sulla pubblicità, avendo richiesto nel relativo bando di gara la realizzazione negli ultimi tre esercizi di un determinato fatturato globale di impresa, ha successivamente adottato un'interpretazione difforme e restrittiva rispetto a tale formulazione, evidenziando che il fatturato globale di impresa doveva essere inteso quale volume di affari del concessionario, rappresentato unicamente dalle somme introitate per il servizio reso alle amministrazioni concedenti, ovvero sia dal corrispettivo per il servizio di riscossione dei tributi (dall'aggio), e non dalle somme riscosse dai contribuenti che l'esattore deve riversare all'Ente concedente.

Un'altra criticità emersa con una certa frequenza riguarda l'interpretazione data dalle Stazioni Appaltanti al concetto di prestazione analoga; le medesime infatti, pur richiedendo, con riferimento al fatturato specifico, il pregresso espletamento di prestazioni similari a quella oggetto dell'appalto, in sede di verifica del possesso dei requisiti di carattere speciale, ritengono comprovato tale possesso solo in capo al concorrente che ha svolto prestazioni identiche. Tale condotta, tra l'altro, risulta in

**Bandi di gara
di servizi e
forniture:
l'attenzione
alla *par
condicio***

contrasto con il tenore delle clausole della *lex specialis* redatte dalle stesse Stazioni Appaltanti.

Bandi di gara
di servizi e
forniture:
prestazioni
analoghe

In merito, occorre evidenziare che i requisiti di qualificazione di cui all'art. 42 del Codice non debbono essere dimostrati mediante l'avvenuta esecuzione di attività identiche a quelle oggetto di gara, in quanto è necessario che la tipologia del servizio analogo svolto risulti inerente ad attività dal contenuto simile rispetto a quello oggetto dell'appalto, dovendosi trattare di prestazioni implicanti l'espletamento di compiti, attività, modalità di svolgimento fra loro comparabili, al fine di evitare una limitazione della concorrenza. La *ratio* della norma, infatti, è quella di ausilio nella individuazione, mediante requisiti relativi ad esperienze pregresse, di operatori economici qualificati ad eseguire l'appalto.

Emblematico, al riguardo, è il caso di una Stazione Appaltante che, nell'ambito di una procedura volta all'affidamento del servizio di manutenzione degli allestimenti antincendio degli automezzi in dotazione, ha, da un lato, prescritto l'espletamento negli ultimi tre anni di servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto e, dall'altro, in sede di verifica ex art. 48, ha escluso dal prosieguo della gara i concorrenti che avevano svolto interventi di manutenzione su automezzi destinati ad attività industriali, ma comunque dotati, al pari di quelli deputati allo spegnimento incendi, di impianti oleodinamici.

In un altro caso la Stazione Appaltante, nell'ambito di una procedura volta all'affidamento della fornitura di camicie, ha prima richiesto il pregresso espletamento di forniture analoghe a quelle oggetto dell'appalto, e successivamente, nel corso del *sub* procedimento di verifica ex art. 48 citato, ha escluso dal prosieguo della gara un concorrente che aveva effettuato forniture per indumenti comunque idonei a coprire la parte superiore del corpo e, pertanto, da considerarsi rientranti nel concetto di analogia, come sopra descritto.

La casistica sopra evidenziata, esemplificativa e non esaustiva, da imputarsi a comportamenti non del tutto lineari da parte delle S.A., - oltre a costituire una irragionevole limitazione soggettiva della possibilità di partecipare alle procedure di affidamento da parte di operatori economici

qualificati, ovvero di risultare aggiudicatari, a danno dei principi generali in tema di tutela della concorrenza, del libero mercato e della massima partecipazione alle gare - vanifica la *ratio* dell'art. 48 del Codice.

Inoltre, una non corretta e fuorviata applicazione del procedimento di verifica dei requisiti di ordine speciale da parte delle S.A. produce rilevante nocumento economico nei confronti degli operatori economici illegittimamente esclusi, ai quali viene *ex lege* incamerata la cauzione e segnalati all'Autorità per i provvedimenti di competenza

In questi casi il Consiglio, a valle dell'istruttoria condotta, procede all'archiviazione dei procedimenti sanzionatori, sovente con invito rivolto alle S.A. alla restituzione della cauzione escussa.

4.4 Casellario Informatico e attività sanzionatoria

Attraverso il Casellario Informatico degli operatori economici esecutori dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, istituito presso l'Osservatorio ai sensi dell'art. 7 comma 10 del D.Lgs 163/2006 e 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, vengono messe a disposizione delle Stazioni Appaltanti le informazioni necessarie ad individuare i soggetti che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, servizi e forniture; nonché informazioni utili all'accertamento dei requisiti di affidabilità e reputazionali degli operatori economici.

**Casellario
Informatico:
servizio reso
alle Stazioni
Appaltanti**

4.4.1 Il Casellario Informatico

Il Casellario è formato sulla base delle attestazioni trasmesse dalle SOA e delle comunicazioni delle Stazioni Appaltanti relative all'esclusione di concorrenti durante le procedure di gara, ovvero ai sensi dell'art. 8 lettera p) del Regolamento relativo ad episodi che si verificano durante l'esecuzione del contratto, ovvero gravi inadempienze contrattuali, anche con riferimento all'osservanza delle norme sulla sicurezza.

Le tipologie inserite nel Casellario Informatico vengono di seguito riportate: