

L'attività consultiva e il precontenzioso

rinunciando ad opporre eccezioni in ordine alla validità e all'efficacia del contratto d'appalto.

7.1.2 Annullamento di contratto stipulato come contratto di appalto e non come concessione di servizi

In un caso, che riguardava un ente locale (Comune di Borgia), l'Autorità è stata interrogata sulla possibilità di annullare in autotutela l'atto che ha portato all'affidamento di una concessione di servizi. Preliminariamente, il quesito ha richiesto un'indagine intorno alla differente qualificazione contrattuale quale appalto e quale concessioni di servizi; successivamente, è stata valutata la legittimità e opportunità della procedura adottata nel caso di specie (procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara). L'indagine ha dunque preso le mosse dalla corretta qualificazione del contratto pubblico stipulato tra l'istante e la ditta aggiudicataria. A tal riguardo, è stato rilevato che nei contratti di concessione il corrispettivo dell'operatore economico consiste nel diritto di gestire il servizio o l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo. È stato anche chiarito che l'operatore economico assume il rischio della gestione e che, normalmente, il pagamento di una tariffa da parte di utenti quale corrispettivo del servizio evidenzia la presenza di un contratto di concessione, anche quando il rischio trasferito all'operatore economico risulta essere minimo. È stata rilevata, inoltre, la necessità che sull'operatore economico sia trasferito un rischio di domanda e un rischio di disponibilità, oltre che - nel caso di concessione di lavori - il rischio di costruzione. Tali indicazioni, inizialmente contenute in una decisione di Eurostat, sono ormai pacifiche in giurisprudenza e sono costantemente accolte dall'Autorità ai fini della corretta classificazione dei contratti pubblici (cfr. *Eurostat, Long term contracts between government units and nongovernment partners, AVCP*, determinazione 26 ottobre 2011 n. 6, parere di precontenzioso 9 febbraio 2011, n. 28, deliberazione 24 febbraio 2011, n. 29, deliberazione 31 marzo 2010, n. 19, determinazione 11 marzo 2010, n. 2)..

La Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla differenza tra appalto concessione, ha recentemente affermato che il rischio di gestione economica

Capitolo VII

del servizio deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato, il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio. Al contrario, non sono considerati determinanti quei rischi legati alla cattiva gestione da parte dell'operatore economico, dal momento che questo genere di rischi è insito in qualsiasi contratto, indipendentemente dalla tipologia.

Nel caso di specie, l'Autorità - in considerazione della mancanza del rischio di domanda, trattandosi di un servizio a domanda indifferenziata, e rilevando che la mera previsione di penali contrattuali non è sufficiente a determinare un rischio di disponibilità, essendo il sistema delle penali generalizzato per tutti i contratti pubblici e disciplinato dall'art. 133 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e dagli art. 145, 257 e 298 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 - ha ritenuto non trattarsi di una concessione di servizi. Peraltra, l'Autorità ha giudicato non rilevante, ai fini della corretta qualificazione il contratto, la natura di servizio pubblico locale di pubblica illuminazione. In tal senso, il fatto che una determinata attività sia storicamente considerata un servizio pubblico locale, come l'illuminazione, il trasporto pubblico, la distribuzione di acqua e gas e che - come tale - venga assunta dal legislatore o dagli enti locali sulla base di scelte politiche, non può mettere in dubbio che non tutti i servizi pubblici locali devono o possono essere affidati tramite concessione, giacché è possibile che siano prestati in forma di appalto e non tutte le concessioni di servizi sono servizi pubblici locali. Tutto ciò premesso, l'Autorità ha affermato che - anche nel caso in cui si ritenesse che il contratto presenti i caratteri della concessione - l'articolo 30 del d.lgs 163/2006 fissa i livelli minimi necessari dell'evidenza pubblica, che non necessariamente sono sufficienti ad assicurare il rispetto dei principi comunitari richiamati al comma 3. Nel caso specifico, l'Autorità, dopo aver considerato che la asserita concessione oggetto di affidamento assumeva un valore pari a più di sette volte la soglia stabilita per i servizi,

L'attività consultiva e il precontenzioso

ha ritenuto del tutto insufficiente la pubblicità realizzata dall'amministrazione comunale.

Poste queste premesse, l'Autorità - pur senza giungere ad affermare la necessità di annullamento della gara (e del contratto) in autotutela- ha tuttavia dato atto dell'orientamento prevalente del legislatore e della giurisprudenza che indicano la strada secondo cui i vizi di legittimità sintomatici di una grave alterazione delle condizioni di concorrenza tra gli operatori economici rendono l'interesse privato dell'aggiudicatario contraente tendenzialmente recessivo e giustificano un eventuale annullamento del contratto.

7.1.3 Sull'ambito di applicazione degli artt. 4 e 5 del D.P.R. 207/2010, concernente l'obbligo delle stazioni appaltanti di operare la ritenuta dello 0,50% sull'importo netto progressivo delle prestazioni

L'Autorità è stata interrogata sull'applicabilità delle disposizioni che riguardano l'intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza contributiva (art. 4 del D.P.R. n. 207/2010) e retributiva (art. 5 del D.P.R. n. 207/2010) dell'esecutore e del subappaltatore, nonché la connessa disposizione sul Documento unico di regolarità contributiva (art. 6 del D.P.R. n. 207/2010). Preliminarmente - ai fini della ricostruzione e della applicabilità della disciplina secondo i principi generali del diritto intertemporale - è stato riconosciuto che tali disposizioni non attengono propriamente agli aspetti procedurali dell'affidamento dei contratti pubblici, ma riguardano piuttosto la disciplina dell'esecuzione del contratto. Sotto il profilo teleologico, tuttavia, è stato dato atto che le predette disposizioni perseguono finalità generali, che vanno al di là della specifica tipologia di contratto pubblico oggetto di affidamento e sono propriamente volte a garantire l'osservanza della disciplina lavoristica, contributiva, previdenziale e assistenziale da parte dell'impresa esecutrice di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e del subappaltatore.

Alla luce di tale premessa è stato, tuttavia, precisato che la regolarità contributiva e il rispetto di ogni obbligo derivante dal rapporto di lavoro appaiono, altresì, una declinazione, in fase esecutiva, di quanto stabilito dal

Capitolo VII

Codice con le previsioni dell'art. 38, comma 1, lett. e) ed i), laddove si richiama - tra i requisiti generali di partecipazione alle gare - il necessario rispetto della disciplina lavoristica e delle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali. Al riguardo è stato richiamato il principio di diritto di recente riaffermato dal Consiglio di Stato secondo cui "il Durc regolare (...) è requisito che accompagna l'intera fase di esecuzione del contratto, essendo necessario al fine del pagamento secondo gli stati di avanzamento e al fine del pagamento della rata di saldo dopo il collaudo" (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 4 maggio 2012, n. 8).

In tal senso, è stato riconosciuto che l'art. 38 del Codice - gerarchicamente sovraordinato e funzionale ad introdurre le tutele lavoristiche, previdenziali e assistenziali nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici - rappresenta la norma primaria di cui le norme secondarie, contenute negli artt. 4, 5 e 6 del D.P.R. n. 207/2010 costituiscono diretta ed immediata attuazione in fase esecutiva del contratto.

Alla luce di queste considerazioni, l'Autorità ha riconosciuto la massima capacità di applicazione delle suddette norme. In primo luogo, riconoscendone l'applicabilità anche contratti in corso di esecuzione, senza violare il principio generale del *tempus regit actum*, non incidendo tale interpretazione sulla portata delle obbligazioni già assunte dalle parti. In secondo luogo, riconoscendone l'applicabilità indipendentemente dalla specifica tipologia di contratto pubblico oggetto di affidamento, includendo quindi anche contratti di durata, quali la fornitura di acqua, energia elettrica, in sede di liquidazione delle singole periodiche fatture inerenti i beni somministrati. In terzo luogo - in virtù della nozione comunitaria del concetto di imprenditore, che prescinde dalla natura pubblica o privata del soggetto medesimo - la disposizione è stata ritenuta applicabile ai suddetti contratti anche qualora gli stessi siano affidati ad aziende interamente pubbliche, operanti in regime di esclusiva. Infine, l'Autorità ha riconosciuto l'applicabilità della suddetta trattenuta anche alla fase di esecuzione degli appalti di servizi elencati nell'Allegato IIB, alla luce de interpretazione del Consiglio di Stato secondo cui il principio che tutti coloro che prendono parte all'esecuzione dei pubblici appalti devono essere in possesso dei

L'attività consultiva e il precontenzioso

requisiti morali di cui all'articolo 38 può essere considerato un principio di tutela della par condicio e dunque deve applicarsi anche nei contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice. Nei contratti esclusi può non esigersi il medesimo rigore formale dei cui all'articolo 38, ma resta inderogabile la sostanza, ossia il principio dei soggetti devono avere requisiti morali e che il possesso dei requisiti vada verificato (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 maggio 2012, n. 2825, cfr. altresì Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759).

7.1.4 Altri interventi di regolazione

Con l'art. 45, comma 1, del D.L. n. 201 del 06 dicembre 2011, convertito dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214, il legislatore ha introdotto il comma 2-bis nell'art. 16, D.P.R. n. 380/2001 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia). Tale modifica è andata ad incidere sulla disciplina della realizzazione delle opere a scompto degli oneri di urbanizzazione, prevista dagli articoli 32 e 122, comma 8, del D.Lgs. n. 163 del 2006.

A seguito delle menzionate modifiche, sono pervenuti all'Autorità numerosi quesiti aventi ad oggetto le possibili interpretazioni a vario titolo connesse alla nuova formulazione della normativa. I quesiti proposti riguardavano, in particolare, il criterio di determinazione della soglia di rilevanza comunitaria, la disciplina transitoria applicabile, l'ampiezza della nozione di "verde attrezzato", l'assoggettamento o meno delle procedure esecutive degli oneri di urbanizzazione primaria - al di sotto della soglia comunitaria ed oggi sottratte all'applicazione del Codice dei contratti - agli obblighi informativi nei confronti dell'Autorità ed alla disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla Legge 13 agosto 2010, n. 136.

In merito, attraverso le previsioni della Deliberazione in precedenza richiamata, si è ritenuto di evidenziare come, a seguito delle modifiche - introdotte dal comma 2-bis richiamato - alla disciplina della realizzazione delle opere a scompto degli oneri di urbanizzazione, qualora l'importo dei lavori afferenti le opere di urbanizzazione primaria sia inferiore alla soglia comunitaria, ai fini del calcolo per la determinazione della soglia di

La
Deliberazione
n. 46/2012
contenente
quesiti in merito
alla disciplina
delle opere a
scompto degli
oneri di
urbanizzazione

Capitolo VII

riferimento occorre valutare separatamente l'importo complessivo delle opere di urbanizzazione primaria da quello relativo alle opere di urbanizzazione secondaria. Si chiarisce inoltre nel provvedimento che, ove l'importo delle opere di urbanizzazione primaria sia superiore alla soglia comunitaria, rimane fermo il criterio indicato nella determinazione n. 7 del 2009.

Altro aspetto affrontato dalla Deliberazione è costituito, come accennato in precedenza, dall'assenza di un espresso regime transitorio. In proposito si è avuto modo di evidenziare come la nuova disciplina, contenuta nel citato D.L. n. 201/2011, si applichi agli interventi *"per i quali l'accordo tra amministrazione e privato si sia perfezionato successivamente all'entrata in vigore del decreto stesso (6 dicembre 2011)"*. Per gli accordi perfezionatisi prima del 6 dicembre 2011, invece, trova applicazione la previgente disciplina, ferma restando *"la facoltà del privato e dell'amministrazione comunale di addivenire, di comune accordo, ad una modifica della convenzione edilizia già stipulata"*.

A seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 9 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con Legge 24 marzo 2012, n. 27, che ha disposto l'abrogazione delle tariffe professionali, l'Autorità ha avviato un tavolo tecnico con gli operatori del settore e le istituzioni competenti, allo scopo di consultare il mercato per fornire indicazioni alle stazioni appaltanti circa le modalità di individuazione dei corrispettivi da porre a base di gara per prestazioni di servizi di ingegneria e di architettura - ivi compresi quelli previsti negli appalti di progettazione ed esecuzione di lavori pubblici di cui all'articolo 53, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163 del 2006 (di seguito "Codice") - nonché circa le modalità di determinazione dei requisiti di partecipazione alle gare e di verifica della congruità delle offerte.

Inoltre, in tale ambito, anche alla luce dei numerosi quesiti e segnalazioni pervenuti dagli operatori e dalle stazioni appaltanti, l'Autorità ha ritenuto necessario fornire alcune indicazioni con apposita Deliberazione, la n. 49/2012. Tale provvedimento si è occupato in particolare di tre profili specifici - le modalità di individuazione del corrispettivo da porre a base di gara; la determinazione dei requisiti di partecipazione; la verifica di congruità delle offerte - ed in proposito ha chiarito agli operatori che *"la*

La
Deliberazione
n. 49/2012
conteneente
quesiti in
merito a servizi
di architettura e
ingegneria
dopo la Legge
27/2012

L'attività consultiva e il precontenzioso

determinazione dell'importo a base di gara per i servizi di architettura ed ingegneria debba descendere da una corretta analisi della prestazione richiesta, al fine di garantire la qualità del servizio, di individuare le corrette modalità di affidamento e la relativa pubblicità, nonché di fornire elementi per la valutazione della congruità delle offerte”.

7.2 Il Precontenzioso

L'istituto in parola, introdotto sulla base dell'evoluzione della disciplina comunitaria dall'art.6, comma 7, lett. n) del D.Lgs.163/2006 e annoverabile tra gli strumenti del tipo *alternative dispute resolution* (A.D.R.), diretti ad assicurare una composizione delle controversie insorte tra le parti più agile e veloce rispetto al sistema giudiziario, assegna all'Autorità la funzione di componimento delle controversie insorte in fase di scelta del contraente. Si tratta di una funzione di natura consultiva, in base alla quale l'Autorità, su iniziativa delle parti interessate, è chiamata ad esprimere un parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara.

Attraverso tale istituto il legislatore ha voluto evidentemente introdurre un meccanismo deflattivo del contenzioso relativo alle procedure di gara, volto a prevenire e tendenzialmente a ridurre il ricorso al giudice amministrativo.

Pur trattandosi di un intervento privo di forza vincolante, la particolare qualificazione tecnica e la terzietà dell'organo emanante il parere, ne fanno uno strumento dotato di grande forza persuasiva in grado di porsi come una valida ed efficace soluzione per le liti insorte in fase di gara. Viene di fatto scoraggiato il ricorso al giudice per la soluzione della controversia, sia nel caso che l'avviso sia stato favorevole alle ragioni del privato, sia nell'ipotesi opposta, perché l'impresa potrebbe valutare l'inutilità di sottoporre al giudice motivi che non hanno superato il vaglio dell'AVCP.

I vantaggi che l'istituto presenta sono evidenti: deflazione del contenzioso giurisdizionale, contenimento di tempi e costi, in termini di strutture e di risorse umane, che il ricorso giurisdizionale richiede, nonché, per gli utenti che si rivolgono all'Autorità (privati ed amministrazioni), l'ottenimento

Caratteristiche e
finalità del
precontenzioso

Capitolo VII

senza dover versare alcun corrispettivo, di un parere finalizzato a rimuovere e correggere le violazioni lamentate dalle parti in una fase in cui le stesse possono ancora essere efficacemente emendate.

L'istituto del precontenzioso è disciplinato, oltre che dal richiamato art. 6, comma 7, lett.n) del D.Lgs. 163/2006, anche da un apposito Regolamento attuativo emanato dall'Autorità e da ultimo modificato nel marzo 2012 (pubblicato sulla G.U. serie generale del 17 marzo 2012) che ne disciplina nel dettaglio la procedura.

Gli elementi caratterizzanti il procedimento di precontenzioso, così come previsti dal citato Regolamento, possono essere così sintetizzati:

- il ricorso alla procedura è facoltativo, rimesso, cioè, alla libera iniziativa di una o di entrambe le parti; al fine di valorizzare la natura di strumento di conciliazione del precontenzioso, nell'ottica del pieno perseguitamento dell'obiettivo per cui lo stesso è nato, e cioè consentire di giungere ad una soluzione condivisa di potenziali controversie, mantenendo rapporti di reciproca collaborazione tra le parti interessate; nella recente modifica al Regolamento è stata inserita una distinta disciplina dell'istruttoria delle istanze, che tende ad incentivare la richiesta di parere congiunta garantendo un avvio dell'istruttoria non subordinato ad una valutazione di rilevanza (che è invece prevista per le istanze presentate singolarmente) e tempi particolarmente celeri di conclusione del procedimento;
- la questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità deve attenere ad una specifica procedura di gara e deve rappresentare una reale (ancorché potenziale) controversia insorta tra le parti durante lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica, restando così al di fuori dell'ambito di intervento del precontenzioso tutto quanto attiene alla fase di esecuzione dei contratti;
- nel corso del procedimento è garantito il principio del contraddittorio attraverso il deposito, da parte dei soggetti coinvolti, di memorie e documenti utili, attraverso modalità telematiche, senza particolari formalismi in modo da assicurare snellezza e celerità della procedura senza ulteriore aggravio a carico degli utenti;

L'attività consultiva e il precontenzioso

- trattandosi di procedimento che si attiva su istanza di parte, il parere emesso sarà strettamente collegato al *petitum*, non potendo andare al di là di quanto espressamente dedotto in sede di presentazione dell'istanza. Nel corso degli anni, dall'inizio dell'attività di precontenzioso (ottobre 2006), si è avuto modo di registrare un flusso pressoché costante di richieste (oltre 500 richieste di parere ogni anno), segno del favorevole accoglimento che tale strumento trova presso gli *stakeholder* del mercato dei contratti pubblici come valida alternativa al ricorso giurisdizionale, alla luce dei tempi e dei costi elevati che questo richiede. Significativi, pertanto, possono dirsi gli effetti deflattivi che si sono ottenuti, anche grazie al fatto che generalmente le stazioni appaltanti si sono spontaneamente adeguate all'orientamento espresso dall'Autorità; da evidenziare, inoltre, che, nelle ipotesi in cui la controversia, già portata all'attenzione dell'Autorità, sia stata ulteriormente rimessa al vaglio del giudice amministrativo, quest'ultimo ha, nella maggior parte dei casi, condiviso l'orientamento assunto dall'Autorità.

Il ricorso al precontenzioso da parte degli operatori del settore ha fatto dunque registrare un dato di continuità negli anni, anche a seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento (con il D.Lgs. 53/2010) dell'istituto dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso ex art.243-bis del D.Lgs.163/2006. In base a tale ultima disposizione l'operatore economico che intenda proporre ricorso giurisdizionale avverso provvedimenti della stazione appaltante ne informa quest'ultima attraverso una comunicazione recante una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio (salvo in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi e ulteriori); la stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione, invia le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela.

Sebbene i margini per presentare un'istanza di parere all'Autorità siano più ampi rispetto a quelli per l'informativa di ricorso, non essendo richiesta l'adozione di un atto immediatamente lesivo da parte della stazione appaltante e potendosi avviare il procedimento di precontenzioso anche

**L'impatto
delle
modifiche
legislative**

Capitolo VII

sulla base di un principio di controversia (è sufficiente anche un semplice scambio di corrispondenza tra le parti, proprio perché la finalità del precontenzioso è quella di orientare le scelte della stazione appaltante nel tenere comportamenti corretti e nell'adottare provvedimenti conformi alla normativa di settore), evidenti sono i punti di contatto tra i due istituti.

L'istituto della informativa di ricorso ha infatti in comune con il precontenzioso la finalità di evitare il ricorso al giudice amministrativo, sollecitando l'adozione di provvedimenti in autotutela della stazione appaltante o quanto meno una congrua motivazione in ordine alla mancata adozione degli stessi, così da risolvere in sede "precontenziosa", appunto, eventuali controversie tra stazione appaltante e operatore economico relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento di una procedura di gara; la comune finalità e il segmento temporale di intervento dei due istituti in parte coincidente (il parere all'Autorità non può più essere richiesto una volta intervenuto un provvedimento di aggiudicazione definitiva) può inevitabilmente determinare una sovrapposizione dei due strumenti.

Alla luce di quanto detto, sarebbe stato, pertanto, auspicabile trovare forme di coordinamento tra i due istituti, peraltro più volte invocate dall'Autorità stessa, in modo da consentire una utile interazione tra gli stessi. Ad esempio si potrebbe prevedere che, tutte le volte in cui il parere richiesto all'Autorità non possa essere reso (per esigenze di approfondimento istruttorio) nel termine di quindici giorni concesso alla stazione appaltante per l'eventuale adozione di provvedimenti in autotutela, e la stazione appaltante ritenga opportuno attendere il pronunciamento dell'Autorità al fine di assumere le proprie decisioni sulla scorta di un autorevole parere emesso dal massimo organo dell'Autorità indipendente di settore, tale comportamento della stazione appaltante possa essere positivamente considerato sotto il profilo della diligenza, in caso di eventuale ricorso giurisdizionale, ai fini della decisione sulla condanna al pagamento delle spese processuali e al risarcimento del danno.

Nonostante la sottolineata mancanza di coordinamento, tuttavia, si è potuto constatare come anche a seguito dell'introduzione dell'istituto della

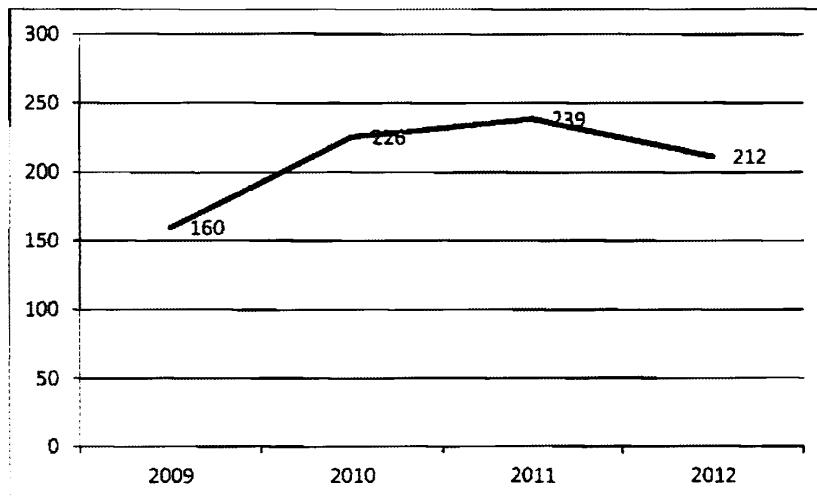
L'attività consultiva e il precontenzioso

informativa di ricorso, negli ormai oltre due anni di vigenza dello stesso, nessuna flessione delle richieste di parere si sia verificata e anche in presenza di una informativa di ricorso (cui difficilmente, peraltro, consegue l'adozione dei richiesti provvedimenti in autotutela da parte della stazione appaltante), magari avviata in parallelo ad una istanza di parere presso l'Autorità, l'operatore economico scelga di non proseguire nella direzione del ricorso giurisdizionale ma di coltivare preferibilmente il procedimento di precontenzioso dinanzi all'Autorità di Vigilanza, segno della vitalità di uno strumento che continua a svolgere una propria autonoma e specifica funzione.

Nel corso del 2012 il Consiglio dell'Autorità ha emesso 212 pareri relativi ad appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, di cui il 27% (n. 58) relativi ad istanze presentate da stazioni appaltanti, il 69% (n. 145) relativi ad istanze presentate da imprese, associazioni o ordini professionali e il 4% (n. 9) relativi ad istanze presentate congiuntamente dalla stazione appaltante e da uno o più operatori economici.

Dati quantitativi nel precontenzioso

Figura 1 - Numero pareri di precontenzioso rilasciati - Anni 2009/2012



Capitolo VII

In 97 casi l'Autorità ha formulato un giudizio di conformità della disciplina di gara e/o dell'operato della stazione appaltante ai principi e alla normativa di settore, mentre in 79 casi, nell'accogliere le doglianze prospettate dagli operatori economici o dalle associazioni di categoria, ha censurato la disciplina di gara predisposta dalla stazione appaltante o ritenuto illegittimi provvedimenti di esclusione e/o di ammissione oggetto di contestazione; nei restanti casi l'intervento dell'Autorità è andato nella direzione di indicare, a fronte di dubbi interpretativi mostrati dalle stazioni appaltanti, i comportamenti più opportuni da tenere o i provvedimenti da adottare nel rispetto della discrezionalità amministrativa che permane in capo alle stesse.

Le tematiche affrontate con il precontenzioso

Sotto il profilo del merito delle questioni sottoposte all'attenzione dell'Autorità, esse hanno riguardato principalmente contestazioni circa l'operato della stazione appaltante in sede di gara, in relazione all'ammissione ovvero all'esclusione di concorrenti dalla procedura, con riferimento al possesso dei requisiti di carattere generale o economico-finanziari e tecnico-organizzativi o alle modalità di presentazione della documentazione amministrativa; in molti casi si è trattato di segnalazioni rivolte ad ottenere una pronuncia dell'Autorità in ordine a clausole dei bandi di gara relative a requisiti di partecipazione, ritenute lesive della concorrenza, sproporzionate e illogiche e perciò limitative del mercato degli appalti.

Di seguito alcune delle principali e più ricorrenti tematiche affrontate in ambito precontenzioso nell'anno 2012.

Tassatività delle cause di esclusione art. 46, comma 1 bis

La novella legislativa che ha introdotto il comma 1 bis all'art.46 del Codice dei Contratti ha determinato la tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, riducendo il potere discrezionale delle stazioni appaltanti ed evitando che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali, la cui osservanza non risponde ad alcun apprezzabile interesse pubblico, con l'obiettivo di assicurare il rispetto dei principi di rilievo comunitario di massima partecipazione, concorrenza e proporzionalità.

L'attività consultiva e il precontenzioso

L'intento perseguito dal legislatore è stato, dunque, quello di evitare che il mancato adempimento di prescrizioni meramente formali potesse determinare una contrazione dei partecipanti alla gara, con conseguente riduzione della concorrenza e sacrificio dell'interesse della stazione appaltante a scegliere la migliore offerta tra un ampio ventaglio di soluzioni proposte; qualora l'ipotesi di esclusione prevista nella *lex specialis* non fosse riconducibile a quelle tipiche previste dal Codice dei Contratti, non sarebbe più possibile comminare l'esclusione.

Alla luce della richiamata *ratio* ispiratrice della disposizione, l'Autorità, più volte chiamata a valutare, in sede precontenziosa, la legittimità di clausole dei bandi gara che introducevano prescrizioni meramente formali a pena di esclusione, ha censurato, ad esempio, la clausola di un bando nella parte in cui prevedeva, a pena di esclusione, l'obbligo dei concorrenti di presentare copia del bando e del disciplinare di gara controfirmati su ogni pagina dal legale rappresentante, non potendosi ritenere la sottoscrizione del bando e del disciplinare un onere sostanziale e non formale. L'art. 46 co. 1 *bis*, infatti, fa esclusivo riferimento al difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali dell'offerta, mentre nell'ipotesi portata all'attenzione dell'Autorità si trattava dell'omessa sottoscrizione non già dell'offerta, ma dei documenti disciplinanti la gara la cui conoscenza ed accettazione si dà per presupposta dal momento in cui il concorrente partecipa alla gara con la presentazione di una offerta.

Analogamente veniva censurata anche una clausola che prevedeva che il plico dovesse contenere, a pena di esclusione, tre buste debitamente sigillate e controfirmate sui lembi di chiusura con l'indicazione del mittente e che su ciascuna delle tre buste dovesse essere riportata, a pena di esclusione, l'indicazione dell'impresa concorrente e dell'oggetto dell'appalto. L'indicazione dell'oggetto della gara su ciascuna delle tre buste custodite all'interno del plico correttamente sigillato e presentato dal concorrente è da considerarsi mera formalità non sorretta da alcuna apprezzabile *ratio* ed è pertanto da considerarsi illegittimo il provvedimento di esclusione disposto nei confronti di un concorrente che abbia omesso di riportare l'oggetto della gara sulla busta dell'offerta

Capitolo VII

economica posta all'interno del plico contenitore, essendo garantita l'esigenza di certezza circa il contenuto o la provenienza dell'offerta dalla inclusione in un unico plico sigillato e controfirmato sui lembi delle tre buste relative all'offerta dell'impresa concorrente.

Una delle tematiche affrontate con maggior frequenza in ambito precontenzioso, anche alla luce delle recenti modifiche della disciplina in esame, è quella relativa ai requisiti di ordine generale, spesso all'origine dei provvedimenti di esclusione adottati dalle stazioni appaltanti.

**Requisiti di
ordine generale
art. 38**

Preliminarmente, l'Autorità ha confermato la obbligatorietà del provvedimento di esclusione in tutte le ipotesi di omissione delle dichiarazioni previste dall'art. 38, anche a fronte della novella legislativa introdotta con il comma 1 bis dell'art. 46, dovendosi intendere quest'ultima norma nel senso che l'esclusione dalla gara può essere disposta sia nel caso in cui la legge o il regolamento la comminino espressamente sia nel caso in cui la legge imponga adempimenti doverosi o introduca norme di divieto, come nel caso dell'art. 38, pur senza prevedere espressamente l'esclusione.

L'incompletezza o la falsità delle dichiarazioni di cui all'art. 38, commi 1 e 2, e l'inosservanza degli adempimenti prescritti determinano, per il chiaro tenore della legge, l'esclusione dell'operatore economico a prescindere da una espressa previsione al riguardo della disciplina di gara (trattandosi di norma imperativa infatti la lacuna è colmata mediante il meccanismo di integrazione automatica) e senza che la stazione appaltante possa ricorrere al cd. soccorso istruttorio.

Con riferimento ai soggetti che sono tenuti a rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, l'Autorità ha sempre affermato che la finalità dell'articolo 38 citato è quella di attuare un controllo effettivo sull'idoneità morale degli operatori economici, con riferimento a tutti i soggetti in grado di impegnare all'esterno l'impresa, tanto da richiedere le dichiarazioni non solo in capo agli amministratori muniti di legale (e formale) potere di rappresentanza, ma anche ai direttori tecnici e, in determinate ipotesi, anche al socio di maggioranza. La disposizione normativa in parola va, dunque, interpretata nel senso che coloro i quali rivestono cariche societarie, alle quali è per legge istituzionalmente connesso il possesso di poteri rappresentativi, sono

L'attività consultiva e il precontenzioso

in ogni caso tenuti a rendere la dichiarazione in essa prevista. Con le modifiche apportate all'art. 38 dal D.L. 70/2011, il legislatore ha inteso estendere il controllo anche ai soci di società di capitali con socio unico o con meno di quattro soci, con la conseguenza che il procedimento di prevenzione o le condanne penali menzionate sono causa di esclusione anche se riguardano il socio persona fisica nel caso si tratti di socio unico di società di capitali ovvero di socio di maggioranza in società di capitali con meno di quattro soci.

Alla luce di ciò l'Autorità ha considerato sanzionabile il comportamento di un operatore economico che, ad esempio, in caso di società a responsabilità limitata con tre soci aventi egual quota di partecipazione, si sia limitato a produrre le sole dichiarazioni del titolare e del direttore tecnico omettendo di produrre anche quelle relative ai tre soci; essi, infatti, ancorché detengano in misura paritaria la partecipazione alla società, sono, ciascuno per suo conto, espressione di una convergente potestà dominicale e direzionale della società, ed è, pertanto, conforme, allo spirito della legge, che il controllo preventivo sia effettuato nei confronti di tutti e tre i soci.

Tra le principali tematiche affrontate in ambito precontenzioso nel corso dell'anno 2012, ricorrente risulta essere quella dell'avvalimento, affrontata, nei suoi diversi aspetti, in circa venti pareri.

In termini generali, l'Autorità ha ribadito costantemente che l'avvalimento dei requisiti speciali è, in linea di principio, di applicazione generale e consente al partecipante ad una gara di avvalersi dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico di un altro soggetto. Alla luce di tale consolidato orientamento, sono stati censurati alcuni bandi di gara, nella misura in cui escludevano ad esempio la possibilità di ricorrere all'avvalimento per soddisfare il requisito del possesso dell'attestazione SOA o per il requisito di capacità tecnica relativo ai servizi analoghi.

In merito alla possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento anche per la certificazione di qualità, l'Autorità ha confermato il proprio orientamento, sostenendo che la certificazione di qualità debba ritenersi un requisito soggettivo in quanto attinente ad uno specifico *status* dell'imprenditore (l'aver ottemperato a determinate disposizioni normative

Questioni
sull'avvalimento

Capitolo VII

preordinate a garantire alla stazione appaltante che l'esecuzione delle prestazioni contrattuali avverrà nel rispetto della normativa in materia di processi di qualità) e pertanto, non può essere oggetto di avvalimento.

Tale orientamento è stato ribadito anche con riferimento al caso particolare di avvalimento relativo alla certificazione COA rilasciata dall'ENAC, la quale attesta che il vettore aereo possiede la capacità professionale e l'organizzazione aziendale necessarie a garantire la conduzione degli aeromobili in condizioni di sicurezza e, ai sensi dell'art. 777 cod. nav., non è cedibile a terzi. La certificazione COA rappresenta, dunque, un requisito strettamente soggettivo inerente alla disciplina pubblicistica dello svolgimento dell'attività di trasporto aereo e, come tale, non può essere oggetto di avvalimento nelle gare d'appalto. Secondo l'orientamento ripetutamente espresso dall'Autorità, infatti, quando un'abilitazione ovvero il possesso di una certificazione assuma rilevanza nella disciplina pubblica delle attività economiche, e sia legata al possesso di requisiti di affidabilità attinenti all'idoneità professionale, ovvero sia sottoposta a limitazioni circa i soggetti in grado di esercitare quell'attività, non sarà possibile ammettere l'avvalimento, che finirebbe per sovvertire le scelte operate dal legislatore in ordine alla regolazione ed all'esercizio di determinate attività.

Altro profilo dell'istituto dell'avvalimento su cui l'Autorità è stata più volte chiamata a pronunciarsi è quello relativo al possibile ricorso all'istituto in esame *sub specie* di sommatoria delle attestazioni SOA rispettivamente possedute dalla concorrente ausiliata e dall'ausiliaria entrambe in una classe inferiore rispetto a quella richiesta dalla disciplina di gara. A tal proposito, l'Autorità ha affermato che va escluso dalla gara il concorrente che, al fine di colmare la parziale carenza della qualificazione SOA, si avvalga di un'impresa ausiliaria a sua volta priva dell'intero requisito richiesto dal bando. La finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità (tecnica e/o economica) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti, che ne siano privi, di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti, in coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici