

- modifica dell'art. 77 del D.P.R. 207/2010 con l'introduzione del co. 8, in virtù del quale nei casi di cessione, la verifica intermedia dell'attestazione va effettuata alla scadenza del primo anno successivo al rilascio dell'attestazione conseguente alla cessione medesima e non dopo tre anni. Si propone inoltre, in questo caso, che la verifica sia condotta da una SOA diversa da quella che ha rilasciato l'attestazione. La nuova disposizione dovrebbe essere così formulata:
 - Art. 77 D.P.R. 207/2010, co. 8: nell'ipotesi di attestazione rilasciata alla cessionaria a seguito di cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, l'impresa deve sottoporsi alla verifica di mantenimento dei requisiti, limitatamente alle categorie e classifiche correlate all'azienda o al ramo oggetto di cessione, decorso un anno dal rilascio dell'attestazione. In tal caso la verifica va effettuata da SOA diversa da quella che ha rilasciato l'attestazione oggetto della revisione, individuata dall'AVCP secondo criteri di rotazione. La verifica deve accertare che per l'anno successivo al rilascio dell'attestazione conseguente alla cessione, cifra di affari realizzata con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta del ramo o dell'azienda ceduta, dotazione di attrezzature tecniche e organico si siano mantenuti sui livelli medi degli anni presi a riferimento per il rilascio dell'attestazione, come indicati dall'art. 76, co. 11. Qualora l'impresa si sottoponga a verifica dopo la scadenza dell'anno di validità dell'attestazione, la stessa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza dell'anno sino alla data di effettuazione della verifica con esito positivo. Le stesse disposizioni si applicano in caso di affitto di azienda o di un suo ramo;
- modifica dell'art. 71, co. 4, D.P.R. 207/2010, prevedendo che nel campione oggetto di verifica da parte dell'Autorità debbano essere inserite sempre attestazioni rilasciate ad imprese cessionarie. La nuova disposizione dovrebbe essere così formulata:
 - Art. 71, D.P.R. 207/2010, co. 4 : *L'Autorità provvede periodicamente alla verifica a campione di un numero di attestazioni rilasciate dalle SOA, di anno*

in anno fissato dalla stessa Autorità. **Nella verifica a campione sono sempre inserite attestazioni rilasciate ad imprese cessionarie;**

- è stato inoltre proposto di estendere quanto previsto ai fini della qualificazione delle imprese cessionarie, anche alle ipotesi di affitto di azienda, nel caso in cui il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni e di estendere, altresì, la richiesta di perizia giurata anche all'ipotesi di affitto. Le nuove disposizioni dovrebbero essere così formulate:
 - Art. 76 D.P.R. 207/2010, co. 10: *Nel caso di cessione **o affitto** del complesso aziendale o del suo ramo, il soggetto richiedente l'attestazione presenta alla SOA perizia giurata redatta da un soggetto **competente in materia** nominato dal tribunale competente per territorio.*
 - Art.76 D.P.R. 207/2010, co. 11: *Ai fini dell'attestazione di un nuovo soggetto, nell'ipotesi in cui lo stesso utilizzi l'istituto della cessione o dell'affitto del complesso aziendale o di un suo ramo, le SOA accertano quali requisiti di cui all'articolo 79 sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione. **Tale accertamento viene condotto limitatamente ai requisiti posseduti nei due anni antecedenti alla cessione. Le stesse disposizioni si applicano nel caso in cui l'impresa affittuaria ricorra all'affitto del complesso aziendale o di un suo ramo.** Nel caso in cui l'impresa cedente ricorra alla cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, la stessa può richiedere alla SOA una nuova attestazione, riferita ai requisiti oggetto di trasferimento, esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo.*

8.1.4 CEL privati

Con riferimento alle certificazioni rilasciate da privati in occasione di esecuzione di lavori, al fine di evitare che anche in questo caso si utilizzino attestazioni false difficilmente verificabili, vi è l'esigenza di una modifica normativa, che subordini la possibilità per le imprese di spendere le certificazioni private ai fini della qualificazione solo quando sono accompagnate da dichiarazione sostitutiva di atto notorio ai sensi dell'art.

Proposta in
merito ai CEL
privati

47 D.P.R. 445/2000, rilasciata dal direttore dei lavori, che attesti l'avvenuta esecuzione a regola d'arte, assumendo la responsabilità di tale dichiarazione. Ciò consentirebbe, infatti, di porre un vincolo ad un fenomeno che rischia di essere fuori controllo, mediante l'individuazione di un soggetto, munito delle adeguate competenze tecniche, che nello svolgimento della propria attività, possa assumere la responsabilità della veridicità della certificazione resa. La richiesta di rendere una dichiarazione, la cui violazione comporta le sanzioni penali richiamate dall'art. 76 del medesimo D.P.R. 445/2000, appare invero una garanzia di veridicità più forte della semplice apposizione di sottoscrizione da parte del direttore dei lavori al certificato rilasciato all'impresa, già prevista dall'art. 86 co. 7. Ed infatti, mentre quest'ultima disposizione fa solo un generico riferimento ad una non meglio specificata 'responsabilità' del sottoscrittore del certificato, la dichiarazione ex art. 47 D.P.R. 445/2000 comporta una responsabilità 'qualificata'. Né può mai ritenersi che quest'ultima possa rappresentare un consistente aggravio di adempimenti a carico delle imprese, considerato che si tratta di una mera dichiarazione sostitutiva.

Inoltre, per il caso in cui la stessa si rivelasse falsa, potrebbe essere altresì prevista la possibilità per l'Autorità di aprire un procedimento sanzionatorio nei confronti del direttore dei lavori, che l'ha resa. Tale procedimento potrebbe concludersi con un provvedimento di annotazione sul Casellario, con conseguente impossibilità, per il soggetto sanzionato, di partecipare ad affidamenti pubblici di servizi professionali per il periodo di tempo indicato, e con la segnalazione del fatto alla Procura della Repubblica.

Sono state, pertanto, rappresentate le seguenti ulteriori proposte:

- modifica dell'art. 86, co. 7, del D.P.R. 207/2010 nel senso di introdurre la previsione che la certificazione di esecuzione dei lavori per committente privato oltre ad essere sottoscritta dal direttore dei lavori deve essere accompagnata, ai fini della sua spendibilità per la qualificazione, da una dichiarazione sostitutiva di atto notorio ai sensi dell'art. 47 D.P.R. 445/2000, resa dal medesimo direttore dei lavori, che

attesti l'avvenuta esecuzione a regola d'arte, assumendone la responsabilità. La nuova disposizione dovrebbe essere così formulata:

- Art. 86, co. 7 : *Fermo restando quanto previsto ai commi 5 e 6, nel caso indicato al comma 2 l'impresa deve presentare la certificazione di esecuzione lavori rilasciata dal committente e sottoscritta dal direttore dei lavori; i firmatari sono responsabili anche dell'indicazione degli eventuali subappaltatori, i quali dovranno altresì presentare la documentazione prevista al comma 5, lettera b). Nel caso indicato al comma 3, la certificazione è rilasciata direttamente dal direttore lavori. La certificazione di esecuzione dei lavori per committente privato oltre ad essere sottoscritta dal direttore dei lavori deve essere accompagnata, ai fini della sua spendibilità per la qualificazione, da una dichiarazione sostitutiva di atto notorio ai sensi dell'art. 47 D.P.R. 445/2000 resa dal medesimo direttore dei lavori, che attesti l'avvenuta esecuzione a regola d'arte, assumendo la responsabilità;*
- l'introduzione, dopo il co. 7, di un nuovo co. 7 bis, che richiami il procedimento sanzionatorio dell'Autorità ai sensi dell'art. 40, co. 9 quater del Codice dei Contratti;
- Art. 86, co. 7 bis: *Nel caso di non veridicità della dichiarazione sostitutiva di atto notorio ai sensi dell'art. 47 D.P.R. 445/2000 del direttore dei lavori, la SOA ne dà segnalazione all'Autorità per i provvedimenti di cui all'art. 40 co. 9 quater del D.lgs. 163/2006.*

8.1.5 Criticità emerse dal parere del Consiglio di Stato n. 3014 del 26 giugno 2013

Con parere consultivo n. 3014 del 26 giugno 2013, espresso in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, promosso dall'AGI e da ulteriori grandi società esecutrici di opere pubbliche, il Consiglio di Stato, con forza vincolante per l'amministrazione, ha riconosciuto l'illegittimità di alcune disposizioni del D.P.R. 207/2010 che concorrono a definire l'attuale assetto del sistema di qualificazione, determinando, in tal modo, la necessità di una rivisitazione complessiva di tale sistema.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che il sistema risultante dal combinato disposto dell'art. 109 e dell'art. 107, co 2, del D.P.R. 207/2010, relativo alle modalità di esecuzione di opere in categorie specialistiche e superspecialistiche e di relativa qualificazione, presenti *'vizi di contraddittorietà ed illogicità che possono essere ricondotti alla violazione del principio di eguaglianza o al vizio di eccesso di potere'*. La contraddittorietà è stata rilevata, nello specifico, rispetto al principio generale espresso dallo stesso art. 109, co. 1 del D.P.R. 207/2010, che sancisce la regola secondo cui l'affidatario dei lavori in possesso della qualificazione nella categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera, anche qualora sia privo delle relative qualificazioni. Rispetto a tale principio, infatti, l'art. 107, co. 2, indica un numero talmente elevato di categorie a classificazione obbligatoria o superspecialistiche, non realizzabili direttamente dall'affidatario sprovvisto della relativa qualificazione, che la regola generale della "sufficienza" della qualificazione nella categoria prevalente diventa l'eccezione, destinata a trovare applicazione solo in casi marginali (le categorie specialistiche a classificazione obbligatoria sono 46 su 52 categorie complessivamente indicate dalla Tabella dell'allegato A al D.P.R. 207/2010, e cioè di oltre l'88%). Il Consiglio di Stato ritiene, inoltre, che molte delle categorie specializzate indicate nell'allegato A come categorie a qualificazione obbligatoria siano in concreto prive di connotati di particolare 'specialità', circostanza che contribuirebbe ulteriormente a rendere il sistema contraddittorio ed illogico. Le norme impugnate non realizzerebbero un adeguato punto di equilibrio tra due opposte esigenze: da un lato consentire all'impresa munita della qualificazione OG di svolgere direttamente una serie di lavorazioni complementari all'intervento principale e, dall'altro, imporre il ricorso a qualificazioni specialistiche in presenza di interventi di rilevante complessità tecnica o tecnologica che richiedono competenze particolari.

Sotto ulteriore profilo, il Consiglio di Stato ha censurato altresì la previsione regolamentare dell'art. 85, co. 1, lett. b), nn. 2 e 3, nella parte in cui non consente all'impresa affidataria, a prescindere dalla quantità di

lavori subappaltati, di utilizzare ai fini della qualificazione, l'importo dei lavori subappaltati decurtato della quota eccedente il 30% o 40%,. Ciò in quanto l'applicazione concreta della disposizione può determinare disparità tra situazioni sostanzialmente analoghe - a seconda che venga superato o meno il limite percentuale previsto - e ciò senza adeguata giustificazione.

In merito a quanto ritenuto dal Consiglio di Stato sugli artt. 107 co. 2 e 109 comma 2 del D.P.R. 207/2010, l'Autorità ritiene che un passaggio critico del parere consista nel ritenere 'obbligatori' il ricorso al subappalto nelle ipotesi di cui all'art. 109, co. 2 e la costituzione di ATI nell'ipotesi di cui all'art. 107, co. 2, trascurando il fatto che si tratta, invece, di scelte obbligate solo se l'impresa di costruzioni non è in possesso della qualificazione per le categorie speciali o specialistiche di volta in volta richieste e che le grandi imprese ricorrenti sono per la maggior parte già in possesso di tali categorie, come si evince dagli attestati di qualificazione presenti nel Casellario. A ciò si aggiunga che la soglia minima per la scorporabilità di una lavorazione (importo superiore al 10% del valore complessivo dell'appalto o superiore a 150.000 euro) è una soglia molto bassa se si considerano opere medie e grandi. Da ciò si evince che il sistema, in concreto, non è preclusivo o lesivo della concorrenza per le medie e grandi imprese e un qualche rilievo possono avere, per contro, le obiezioni mosse dalle imprese specialistiche per le quali si paventa una considerevole riduzione del mercato.

Critico, appare, inoltre, l'accoglimento del rilievo dei ricorrenti relativo al limite del 30% al subappalto delle Strutture, Impianti e Opere Speciali (SIOS). La possibilità di ricorrere al subappalto per le SIOS è stata introdotta con il terzo decreto correttivo al Codice, per modificare la precedente disciplina (che prevedeva l'inammissibilità del subappalto, se la categoria specialistica era di importo superiore al 15% dell'importo totale dei lavori) e renderla analoga a quella già vigente per la categoria prevalente.

Ciò posto, in ogni caso, alla luce del parere del Consiglio di Stato si rende indispensabile una revisione dell'attuale impianto normativo.

In tale ottica si dovrebbero in primo luogo considerare con estremo rigore gli elementi caratterizzanti le categorie che necessitano di essere valutate effettivamente come "super-specialistiche" ai sensi dell'art. 107, co. 2 del D.P.R. 207/2010, tanto da richiedere in senso assoluto una specifica esperienza pregressa non surrogabile attraverso l'operatività nei settori generali.

**Proposta
dell'Autorità**

Sempre nell'ottica del principio del contenimento e del bilanciamento espresso dal Consiglio di Stato, si dovrebbe revisionare la tabella dell'Allegato A, che definisce a qualificazione obbligatoria la quasi totalità delle categorie specialistiche (OS).

In merito alle censure mosse all'art. 85, l'Autorità rileva che la disposizione, più che illogica, appare troppo rigida nella ripartizione delle percentuali tra le due categorie. La stessa rigidità, peraltro, si riscontra nel subappalto delle categorie specialistiche secondo la disciplina prevista dall'art. 37 co. 11 del Codice. Infatti la norma prevede che, se le categorie di opere specialistiche non superano il 15% dell'importo contrattuale (totale dei lavori da appaltare), dette lavorazioni possono essere subappaltate per intero, altrimenti, in caso di superamento di tale soglia, se ne può subappaltare soltanto il 30%. Pertanto, anche nel caso di lieve superamento della soglia, in ipotesi 15,1%, l'impresa potrebbe subappaltare solo il 4,53% (30% del 15%) che è, ancora una volta, una quota rigidamente inferiore all'intero.

L'apparente illogicità rilevata dal Consiglio di Stato, quindi, più che essere occasionalmente legata all'art. 85, risponde ad una scelta di fondo del legislatore di limitazione del subappalto, coerente con la normativa antimafia, di ordine pubblico, ove si rinviene la stessa limitazione al subappalto.

Ciò nonostante, attesa la vincolatività del parere del Consiglio di Stato, si ravvisa la necessità di una riscrittura più chiara della norma in esame, al fine di rimuovere le difficoltà interpretative della stesura attuale, eventualmente graduando meglio la ripartizione tra categoria prevalente e categorie scorporabili nel caso di superamento per il subappalto delle percentuali suddette del 30% e 40%.

Nelle more dell'auspicato intervento legislativo, l'Autorità ha ritenuto di emanare un Comunicato⁶, al fine di chiarire che alla luce delle considerazioni svolte dal Supremo consesso di giustizia amministrativa nel parere consultivo n. 3014/2013 e dell'avviso espresso dall'Autorità nel citato Atto di Segnalazione n. 3/2013, una corretta interpretazione della disposizione di cui all'art. 85, co. 1, lett. b), nn. 2 e 3 del D.P.R. 207/2010, non dovrebbe più tenere conto della parte della norma che prevede, nell'ipotesi di subappalto oltre la quota del 30 o 40 per cento, la limitazione al 10 per cento per l'utilizzabilità dei lavori subappaltati ai fini della qualificazione nella categoria scorporabile. Ciò in quanto, come evidenziato, il D.P.R. del 30 ottobre 2013 ha decretato l'annullamento in parte della disposizione regolamentare in esame, che può pertanto ritenersi in vigore per la parte non colpita dalle censure del giudice amministrativo. Ne consegue, che ai sensi del citato art. 85, co. 1, lett. b), nn. 2 e 3, in caso di subappalto eccedente le quote del 30 e del 40 per cento, - fermo restando quanto previsto dall'art. 37, co. 11, del Codice - l'impresa affidataria può utilizzare, ai fini della qualificazione nella singola categoria scorporabile, l'intero importo dei lavori dalla stessa direttamente eseguiti in tale categoria, nonché una quota dei lavori subappaltati (pari ad un massimo del 30% o del 40%) avvalendosi in alternativa per la qualificazione nella categoria prevalente, ovvero ripartita tra categoria prevalente e categoria scorporabile

Il citato parere del Consiglio di Stato è stato recepito dal D.P.R. del 30 ottobre 2013, emanato per la definizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, proprio con riferimento all'illegittimità degli articoli 109, co. 2 (in relazione all'allegato A, e, in particolare, alla «Tabella sintetica delle categorie»), 107, co. 2, 85, co. 1, lettera b), numeri 2 e 3). Il sistema, pertanto, dovrà essere rivisto nel suo complesso.

Occorre in merito evitare che le revisioni da apportare all'attuale sistema censurato dal Consiglio di Stato provochino uno sbilanciamento del sistema a favore delle imprese di più grandi dimensioni operanti nel settore

⁶ Comunicato del Presidente n. 1/2014 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 34 del 11/2/14

generale, a discapito di quelle più piccole, che eseguono solo lavorazioni specialistiche. Al riguardo si segnala che con decreto c.d. SalvaRoma ter (D.L. 16/2014) è stata introdotta una disposizione (art. 20) che, al fine di garantire la stabilità del mercato, mantiene in vita le norme contenute nel D.P.R. 207/2010, e segnatamente gli articoli 107, co. 2 e 109, co. 2, abrogate dal D.P.R. del 30 ottobre 2013 in attuazione del parere reso dal Consiglio di Stato n. 3014/2013, che le ha dichiarate illegittime, nelle more dell'adozione degli atti regolamentari sostitutivi. La proroga di validità non potrà eccedere il termine ultimo fissato al 31 dicembre 2014. Nulla viene detto, invece, con riguardo all'art. 85, pure colpito dalle censure del Consiglio di Stato e, pertanto, allo stato le uniche indicazioni agli operatori del settore rimangono quelle fornite dall'Autorità con il Comunicato n. 1/2014 già sopra citato.

8.1.6 La sentenza della Corte di Giustizia Europea del 10 ottobre 2013 causa C-94/12 in materia di avvalimento plurimo

Con Sentenza del 10 ottobre 2013 resa nella causa C-94/12 la Corte di Giustizia Europea si è pronunciata in materia di avvalimento plurimo, rilevando l'incompatibilità con gli artt. 47, paragrafo 2 e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del 31/03/2004 di una disposizione nazionale, come quella dell'art. 49, co. 6, del D.lgs. 163/2006, che vieta in via generale agli operatori economici partecipanti ad un appalto pubblico di lavori di avvalersi per la stessa categoria di qualificazione delle capacità di più imprese.

Detta interpretazione consente, a parere della Corte, l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non solo degli operatori economici, ma anche delle amministrazioni aggiudicatrici, oltre ad essere idonea a facilitare l'accesso delle PMI a questo mercato.

Tenuto conto delle peculiarità del sistema di qualificazione disciplinato dal Codice, l'Autorità è intervenuta per armonizzare le indicazioni della CGE con il quadro normativo nazionale.

Come noto, prima della pronuncia della Corte di Giustizia, l'Autorità e la giurisprudenza amministrativa, anche alla luce del disposto dell'art. 49, co. 6, D.lgs. 163/2006, avevano espressamente statuito il divieto di cumulo, mediante avvalimento, di più attestazioni non individualmente sufficienti a colmare il requisito richiesto dal bando di gara, al fine di totalizzare la classifica di qualificazione necessaria all'ammissione alla procedura concorrenziale.

La *ratio* di tale divieto è stata individuata nell'esigenza di non vanificare il sistema delineato dal legislatore, rendendo possibile che alla gara partecipi un soggetto privo dei requisiti di qualificazione, che si avvale di un soggetto a sua volta privo di tali requisiti. Infatti, è stato ritenuto che la finalità pro-concorrenziale dell'istituto dell'avvalimento dovesse essere perseguita entro il limite della garanzia, per la stazione appaltante, di ricevere la migliore prestazione che non sarebbe assicurata se nessuno dei soggetti concorrenti possedesse i requisiti preventivamente identificati in relazione all'oggetto e agli importi di gara; detti requisiti sono richiesti, infatti, come presupposto della capacità del partecipante di realizzare, se aggiudicatario, la prestazione offerta. Verrebbe compromessa, altrimenti, la *ratio* della preordinazione di un sistema di requisiti di qualificazione per categorie di lavori e classifica (per importi nel loro ambito), se nessuno dei concorrenti o dei soggetti ausiliari fosse poi, in concreto, vincolato a possederli.

Al riguardo va osservato che nel mercato dei contratti pubblici non si pone solo l'esigenza di tutelare la concorrenza ma vi è, piuttosto, la necessità del rispetto di un più ampio complesso di principi - anche di matrice comunitaria - individuati dall'art. 2 del Codice dei Contratti. Tra questi principi vengono in considerazione anche quelli di economicità, efficacia, tempestività e correttezza dell'azione amministrativa, mentre il principio di libera concorrenza, pur di pari rango, è intimamente connesso con i conseguenti principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Pertanto, l'Autorità ha ritenuto opportuno fornire alcune indicazioni in merito all'ammissibilità dell'avvalimento plurimo nel settore dei lavori

pubblici, al fine di garantire che l'avvalimento di più imprese per una stessa categoria di qualificazione assicurati, comunque l'idoneità della capacità esecutiva dell'impresa ausiliata rispetto al valore dei lavori oggetto di gara. In mancanza, la finalità pro-concorrenziale dell'istituto in parola finirebbe per essere perseguita a danno dell'interesse pubblico a selezionare un operatore economico in grado di eseguire con buon esito i lavori oggetto dell'affidamento, con il risultato di produrre un eccessivo squilibrio nell'attuazione dei principi fondamentali di cui all'art. 2.

Va rilevato, peraltro, che il sistema delineato dal Codice dei Contratti Pubblici e dal relativo Regolamento già conosce disposizioni che attenuano la portata generalizzata dell'art. 49 co. 6.

La somma delle classifiche risulta, infatti, espressamente prevista per i consorzi stabili dall'art. 36, co. 7, del Codice, secondo cui *"Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Per i lavori, la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate (...)"*.

Inoltre, per i Raggruppamenti Temporanei di Imprese di tipo orizzontale, l'art. 92, co. 2, del Regolamento stabilisce che: *"(...) i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nella misura minima del quaranta per cento dell'importo dei lavori; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del dieci per cento dell'importo dei lavori (...)"*. Pertanto, anche in questo caso è consentita, sebbene nei limiti del rispetto dell'anzidetta percentuale, la somma delle classifiche dalle imprese raggruppate.

Sul punto si rileva che l'Autorità, nella Determinazione n. 2/2012 in tema di "avvalimento in sede di gara", aveva evidenziato che nei casi in cui il legislatore ha voluto ammettere il frazionamento dei requisiti tra più soggetti ha introdotto una specifica disciplina, relativa al regime di responsabilità delle imprese raggruppate o consorziate nei confronti della

SA, che offre adeguate cautele rispetto all'adempimento, nonché ai requisiti minimi richiesti all'impresa mandataria e alle imprese mandanti nel RTI.

Inoltre, in tema di consorzio stabile, l'art. 36 del Codice prevede espressamente la responsabilità solidale dei consorziati nei confronti della stazione appaltante. Tale regime di responsabilità giustifica la peculiare disciplina del consorzio stabile dal momento che è proprio la solidarietà di tutti i consorziati a far sì che vi sia l'interesse comune a che l'opera venga realizzata correttamente perché, in caso contrario, vi è comune responsabilità sul piano patrimoniale⁷.

In materia di RTI e consorzi ordinari l'art. 37 del Codice stabilisce al comma 5 che *"L'offerta dei concorrenti raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante (...)".*

Al di fuori delle ipotesi sopra contemplate, nelle quali il frazionamento dei requisiti viene controbilanciato, quantomeno, dal regime di responsabilità solidale, il nostro ordinamento, in sede di disciplina relativa alla qualificazione ed in particolare per ciò che attiene alla verifica del requisito dell'adeguata idoneità tecnica, individua precisi criteri quantitativi per consentire l'utilizzo di diverse lavorazioni eseguite, al fine della dimostrazione di un requisito di capacità unitario.

Ed infatti, ai sensi dell'art. 79, co. 5, lett. c), del D.P.R. 207/2010 l'adeguata idoneità tecnica dell'impresa deve essere dimostrata, tra l'altro, anche *"dall'esecuzione di un singolo lavoro, in ogni singola categoria oggetto della richiesta, di importo non inferiore al quaranta per cento dell'importo della qualificazione richiesta, ovvero, in alternativa, di due lavori, nella stessa singola categoria, di importo complessivo non inferiore al cinquantacinque per cento dell'importo della qualificazione richiesta, ovvero, in alternativa, di tre lavori, nella stessa singola categoria, di importo complessivo non inferiore al sessantacinque per cento dell'importo della qualificazione richiesta; gli importi sono determinati secondo quanto previsto dall'articolo 83"*. Si tratta della dimostrazione dei cd.

⁷ In tema di consorzio stabile il Consiglio di Stato, con Sentenza Sez. III, 14 gennaio 2013, n. 145 ha affermato che si tratta di *"un soggetto che si connota per la creazione a priori di una struttura unificata tra le imprese consorziate che in tal modo si aggregano e, ferma restando l'autonomia soggettiva di queste ultime, postula un legame associativo ben più stretto che in ogni altra forma di collegamento prevista dalla legge"*, configurandolo come una *"forma intermedia tra le associazioni temporanee di imprese e la concentrazione delle stesse"*.

“lavori di punta”, la cui entità è idonea a dimostrare il possesso da parte dell’impresa della capacità tecnica, economica ed organizzativa di eseguire un lavoro avente un valore congruente con l’importo della classifica richiesta. Detta capacità non può essere ottenuta sommando lavorazioni di importo inferiore ai minimi indicati dall’art. 79, co. 5 lettera c) del Regolamento, dal momento che è proprio l’entità del lavoro di punta che concorre a dimostrare la capacità esecutiva dell’impresa. Il legislatore ha infatti ritenuto che l’impresa debba dimostrare una capacità tecnico-esecutiva minima rispetto alla classifica di qualificazione conseguita (importo lavori eseguibili).

Va considerato che l’introduzione nel nostro ordinamento della figura dell’avvalimento plurimo, secondo quanto asserito dalla Corte di Giustizia, potrebbe consentire la partecipazione alla gara dell’impresa ausiliata con più imprese ausiliarie, senza che nessuna abbia da sola il requisito di cui all’art. 79, co. 5 lettera c) in relazione alle categorie e classifiche richieste dal bando. In tal caso, un’interpretazione sistematica delle disposizioni del nostro ordinamento, sopra richiamate, imporrebbe di individuare quelle cautele necessarie a garantire l’interesse pubblico alla corretta esecuzione dell’appalto.

Al riguardo si deve ricordare che in ordine al regime di responsabilità delle imprese nei confronti della stazione appaltante in caso di avvalimento, dal combinato disposto dei co. 4 e 10 dell’articolo 49 del Codice emerge che l’impresa ausiliaria rimane formalmente estranea, sia alla gara che al contratto (difatti è specificato che in ogni caso il contratto si intende eseguito dall’impresa ausiliata), ancorché è individuato un regime di responsabilità solidale tra l’impresa ausiliaria e l’ausiliata verso la SA, in riferimento alle prestazioni oggetto del contratto. Ed, infatti, si discute circa la natura di tale responsabilità, contrattuale o extracontrattuale, e si tratta di una questione che non riveste interesse solo sotto un profilo teorico, ma comporta riflessi pratici, ad esempio sull’onere della prova o la presunzione di responsabilità. Inoltre, per quanto concerne nello specifico, la portata della responsabilità che grava sull’impresa ausiliaria rispetto alle prestazioni che costituiscono oggetto del contratto pubblico, ci sono diverse

interpretazioni, riassumibili in due posizioni: la prima ritiene che il vincolo di solidarietà dovrebbe riferirsi alle sole prestazioni eseguite dall'impresa principale ricorrendo all'avvalimento; la seconda estende la responsabilità dell'impresa ausiliaria all'intero contratto d'appalto. Solo la prima soluzione consente, in effetti, di calibrare il vincolo di responsabilità in rapporto alle risorse effettivamente promesse dall'ausiliario, al punto che si ritiene che una responsabilità solidale integrale potrebbe aversi solo in presenza di un avvalimento che coinvolga la generalità delle risorse dell'ausiliario, come accadrebbe nel caso di prestito dei requisiti di capacità economica (ad es. il fatturato) ovvero dell'azienda o di un suo ramo.

Tuttavia, tale soluzione, se da un lato ha il pregio di non aggravare eccessivamente la posizione degli ausiliari e, pertanto, non scoraggia il ricorso all'avvalimento, dall'altro, lato non offre alla stazione appaltante le stesse garanzie che avrebbe con il regime di responsabilità solidale che caratterizza, invece, la disciplina dei RTI o dei consorzi, sopra richiamata.

Al riguardo è opportuno considerare che le maggiori criticità in relazione alla garanzia di esecuzione per le stazioni appaltanti si pongono per il frazionamento proprio del requisito dell'idoneità tecnica, piuttosto che per altri requisiti di qualificazione, come ad esempio quello della capacità economico-finanziaria. Ciò discende dal fatto che possedere adeguata idoneità tecnica, secondo categorie e classifiche individuate dal bando, significa possedere la capacità esecutiva adeguata all'oggetto della prestazione, anche in virtù della pregressa esperienza maturata. Pertanto, un frazionamento eccessivo di tale requisito può tradursi nell'ammissione alla gara, ed in ipotesi alla stipulazione del contratto, di soggetti in concreto privi di quella esperienza di esecuzione specifica che costituisce, di fatto, la principale garanzia di buona esecuzione per la stazione appaltante.

**Posizione
dell'AVCP
sull'avvalimento
plurimo**

Al fine di evitare che il ricorso all'avvalimento plurimo con frazionamento dei requisiti richiesti dal bando potesse mettere a rischio la capacità degli operatori economici di eseguire effettivamente le prestazioni offerte, l'Autorità ha fornito alcune indicazioni alle SA con il Comunicato del Presidente del 20 marzo 2014.

Posto che non può essere mantenuto un divieto di carattere generale come quello dell'art. 49, co. 6 del Codice, va tuttavia considerato che la stessa CGE ammette espressamente che *“non si può escludere l'esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori. In un'ipotesi del genere l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo delle capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo ricorso ad un numero limitato di operatori economici ... laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto interessato”*.

L'Autorità ha, quindi, raccomandato alle SA, nei casi in cui risulti necessario in relazione all'oggetto dell'appalto pretendere requisiti minimi di qualificazione nel bando, di motivare adeguatamente tale scelta in ragione della natura della prestazione richiesta e dell'esigenza di poter fare affidamento sulla capacità dell'aggiudicatario di eseguire l'opera a regola d'arte. Ciò, infatti, sarebbe del tutto conforme al principio di massima concorrenza, richiamato dalla recente sentenza della CGE qui in esame, e garantirebbe il contemporaneo perseguimento anche degli altri principi di rango Costituzionale ed europeo, richiamati dall'art. 2 del Codice.

8.1.7 Comunicato alle SOA n. 80 del 27 marzo 2013 inerente la valutazione dei requisiti per la qualificazione nella categoria OG11 alla luce delle innovazioni introdotte dall'art. 79, co. 16, del D.P.R. 207 del 5 ottobre 2010.

Il Regolamento D.P.R. 207/2010 ha introdotto un nuovo regime per la qualificazione nella categoria OG11 prevedendo all'art. 79, co. 16, che: *“Per la qualificazione nella categoria OG 11, l'impresa deve dimostrare di possedere, per ciascuna delle categorie di opere specializzate individuate con l'acronimo OS 3, OS 28 e OS 30 nella tabella di cui all'allegato A, almeno la percentuale di seguito indicata dei requisiti di ordine speciale previsti dal presente articolo per l'importo corrispondente alla classifica richiesta: categoria OS3: 40%; categoria OS28: 70%; categoria OS 30: 70%”*. Gli attestati rilasciati secondo il nuovo regime regolamentare sono divenuti utilizzabili solamente al termine del periodo

transitorio (4 dicembre 2012). Pertanto, l'anno 2013, a partire dal quale ha trovato piena applicazione il nuovo regime di qualificazione, è stato caratterizzato da richieste di intervento dell'Autorità, finalizzate principalmente a sollecitare chiarimenti in ordine all'interpretazione della normativa afferente la qualificazione nella categoria OG11. L'Autorità, a fronte di dubbi interpretativi venuti in rilievo, nella seduta del 27 marzo 2013, ha fornito alcune indicazioni operative volte ad agevolare l'applicazione delle nuove regole di qualificazione che richiedono, per la valutazione dei requisiti di carattere speciale, il raggiungimento di determinate percentuali calcolate sulle categorie specialistiche di cui si compone la categoria generale OG11.

Il richiamo generale alla valutazione dei requisiti di carattere speciale ha fatto sorgere dubbi in relazione all'individuazione dei singoli requisiti rientranti nel disposto dell'art. 79, co. 16. In relazione alle possibili interpretazioni l'Autorità ha ritenuto di aderire ad un'interpretazione volta a circoscrivere la portata della medesima disposizione ai soli requisiti di "idoneità tecnica" di cui al co. 5, lett. b) ("importo complessivo dei lavori eseguiti in categoria") e lett. c) ("importo lavoro/i di punta in categoria"), escludendo la valutazione delle suddette percentuali per i requisiti speciali non direttamente rapportati ad una specifica categoria di qualificazione, ossia la cifra d'affari in lavori, l'attrezzatura tecnica ed il costo del personale.

In altre parole, solo nella dimostrazione dell'idoneità tecnica di cui all'art. 79, co. 5, lettere b) e c), l'impresa deve dimostrare di possedere "... per ciascuna delle categorie di opere specializzate individuate con l'acronimo OS 3, OS 28 e OS 30 nella tabella di cui all'allegato A, almeno la percentuale di seguito indicata dei requisiti di ordine speciale previsti dal presente articolo per l'importo corrispondente alla classifica richiesta: - categoria OS 3: 40%; - categoria OS 28: 70%; - categoria OS 30: 70%".

Un'ulteriore problematica che ha investito la qualificazione nella categoria OG11 ha riguardato la documentazione comprovante la dimostrazione della suddetta adeguata idoneità tecnica. L'Autorità, rilevato che il Regolamento individua la categoria in esame come "la fornitura,