

## **RASSEGNA NORMATIVA E DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI APPALTI ED OPERE PUBBLICHE**

a cura Massimo Pipino

- 1) Legge 20 novembre 2009, n. 166: “Disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari e per l’esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee”.**
- 2) Pubblicato il Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti relativo alle modalità di utilizzo del fondo per l’adeguamento dei prezzi dei materiali da costruzione**
- 3) Appalti pubblici: gare aperte anche alle imprese legate da rapporti di controllo**
- 4) Qualificazione nella categoria SOA OS2**
- 5) La produzione di un certificato richiesto “in originale” può essere sostituita dalla relativa copia conforme, purché corredata dall’autocertificazione del suo rappresentante legale resa nei modi di rito.**
- 6) Escluse dalle gare le imprese che non abbiano pagato il contributo dovuto all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, indipendentemente dalle omissioni commesse dalla Stazione appaltante nella compilazione della disciplina di gara, relativamente a tale adempimento**

### **1) Legge 20 novembre 2009, n. 166: “Disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari e per l’esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee”.**

Con la legge 20 novembre 2009, n. 166 è stato definitivamente convertito in legge, con modificazioni, il decreto legge n. 135 recante “disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari e per l’esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee”.

Il provvedimento, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 274 del 24 novembre scorso ed entrato in vigore il giorno successivo a quello di pubblicazione, contiene alcune importanti novità, che si passa di seguito ad illustrare.

### **Articolo 3 - Inserimento della lettera m-quater all’art. 38 del codice dei contratti pubblici**

L’articolo 3 prevede l’inserimento nell’ambito dell’art. 38 del codice dei contratti pubblici di una causa di esclusione, che riguarda le situazioni di “controllo” tra imprese partecipanti alla stessa gara. In realtà, la previsione generale, secondo cui è vietata la partecipazione contemporanea alla stessa gara di imprese che si

[www.commercialistatelematico.com](http://www.commercialistatelematico.com)

trovino tra loro in una situazione di controllo, ai sensi dell'art. 2359 c.c., o per le quali le rispettive offerte siano comunque riconducibili, in base ad elementi univoci, ad un unico centro decisionale, non costituisce affatto una novità, trattandosi di disposizione già contenuta all'art. 34, comma 2 del codice stesso. Tale ultima norma è, infatti, abrogata dalla norma in esame e la relativa disposizione è spostata nell'alveo dell'art. 38. La novità della disposizione contenuta nel decreto legge consiste, invece, nella successiva modifica, riguardante le modalità attraverso le quali i concorrenti dichiarano l'insussistenza della causa di esclusione in esame, inserite a seguito di una pronuncia in tal senso della Corte di Giustizia (sentenza del 19 maggio 2009, causa C-538/07). Infatti, si inserisce all'art. 38, comma 2 una previsione, secondo cui i concorrenti allegano alternativamente:

- 1) la dichiarazione di non trovarsi in una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. con alcuno dei partecipanti alla gara;
- 2) la dichiarazione di trovarsi in una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. e di avere formulato la propria offerta autonomamente, con l'indicazione del concorrente con cui sussiste la situazione di controllo.

La dichiarazione di cui al punto 2) deve essere corredata da documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, documenti da inserire in un'autonoma busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti rispetto ai quali accerti che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. Detta verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica. Le disposizioni sopra esaminate trovano applicazione nelle procedure i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati dopo l'entrata in vigore del decreto legge (26 settembre 2009); con riguardo alle procedure senza pubblicazione di avvisi o bandi, le disposizioni trovano applicazione a quelle per le quali, alla data di entrata in vigore del decreto legge, non fossero stati ancora inviati gli inviti a presentare offerta.

### **Articolo 3 ter - Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di concessioni autostradali - società miste ANAS-Regioni**

L'art. 3 ter modifica la disposizione di cui al comma 289, dell'articolo 2 della Legge n. 244/07 (Finanziaria 2008). In particolare, si prevede che, al fine della realizzazione di infrastrutture autostradali di esclusivo interesse regionale, interamente ricadenti nel territorio di competenza di una singola regione e previste dagli strumenti di programmazione vigenti, le funzioni ed i poteri di soggetto concedente ed aggiudicatore possono essere trasferiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ad un soggetto di diritto pubblico appositamente costituito in forma societaria e partecipata dall'ANAS S.p.A. e dalle regioni interessate o da soggetto da esse interamente partecipato, che esercita

esclusivamente i sopra indicati poteri e funzioni. Sono comunque fatti salvi i poteri e le funzioni conferiti a soggetti pubblici già costituiti alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge in esame, consentendo così il mantenimento di società di gestione autostradale, quali quelle costituite con la regione Lombardia e la regione Veneto.

### **Articolo 3 quinquies - Disposizioni per garantire la trasparenza e la libera concorrenza nella realizzazione delle opere e degli interventi connessi allo svolgimento dell'Expo` Milano 2015**

Con la disposizione in esame sono dettate specifiche disposizioni per garantire la trasparenza negli appalti e subappalti affidati per la realizzazione dell'Expo` di Milano.

In particolare, si prevede l'affidamento al Prefetto della provincia di Milano del compito di coordinare tutte le attività finalizzate alla prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata nell'affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici, nonché nelle erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche connessi alla realizzazione dell'Expo`. Al fine di svolgere efficacemente tali attività, il Prefetto si avvarrà del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere istituito ai sensi dell'art. 180, comma 2, del codice dei contratti pubblici, attraverso una sezione specializzata istituita presso la Prefettura.

I controlli antimafia sui contratti pubblici e sui relativi subappalti e subcontratti sono effettuati osservando le linee guida già emanate dal Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza in materia di grandi opere. Inoltre, per l'efficacia dei suddetti controlli antimafia, è prevista la tracciabilità dei flussi finanziari, attraverso modalità attuative da definire con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, che dovrà essere adottato entro 30 giorni dall'entrata in vigore della norma. Si prevede, infine, che con il medesimo decreto sia effettuata, presso la Prefettura di Milano, la costituzione di elenchi di fornitori e prestatori di servizi, che non presentino rischi di inquinamento mafioso, elenchi ai quali possono rivolgersi gli esecutori di lavori nella scelta dei propri subcontraenti.

### **Articolo 15 - Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica**

La norma in esame apporta alcune modifiche all'art. 23-bis del Decreto Legge n. 112/2008, convertito con la Legge n. 133/2008. In particolare, si conferma la regola generale del ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Si prevede, altresì, la possibilità di affidamento diretto a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio privato, per una partecipazione non inferiore al 40%, sia avvenuta mediante procedura ad evidenza pubblica, avente ad oggetto sia la qualità di socio che l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio. La possibilità, invece, del c.d. affidamento *in house* viene

fortemente limitata a situazioni eccezionali, nelle quali, per particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto ambientale, non sia possibile il ricorso al mercato. In tali casi, l'affidamento può essere effettuato direttamente a società che siano a capitale interamente pubblico e nel rispetto dei principi comunitari, ossia che l'ente locale eserciti sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi interni e che il soggetto affidatario svolga la parte principale dell'attività a favore dell'ente affidante. In caso di ricorso al c.d. affidamento *in house*, l'ente deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi di mercato e trasmettere una relazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per ricevere un parere preventivo, da rendersi entro 60 giorni, altrimenti si intende reso in senso favorevole.

Quanto al regime transitorio, si prevede che:

- 1) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 (data di entrata in vigore della legge n. 133/08), affidate direttamente, in conformità ai principi comunitari dell'*in house*, cessano improrogabilmente alla data del 31.12.2011;
- 2) le gestioni affidate a società mista, per le quali la gara per la scelta del socio privato non aveva ad oggetto anche l'affidamento dei compiti di gestione cessano alla data del 31.12.2011;
- 3) le gestioni affidate a società mista, per le quali la gara per la scelta del socio privato aveva ad oggetto anche l'affidamento dei compiti di gestione, cessano alla data di scadenza prevista nel contratto di servizio;
- 4) gli affidamenti diretti alla data del 1.10.2003, a favore di società pubbliche quotate in borsa e a quelle dalle stesse controllate, cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio, a condizione che la quota azionaria dell'ente pubblico scenda anche progressivamente al di sotto del 40% del capitale sociale entro il 30.06.2013 e non superi il 30% entro il 31.12.2015. Se ciò non avviene, gli affidamenti cessano improrogabilmente rispettivamente alla data del 31.06.2013 o del 31.12.2015;
- 5) tutte le altre gestioni che non rientrano nei 4 casi sopra visti, cessano al 31.12.2010.

Infine si prevede che le società, o loro controllanti e controllate, che gestiscono di fatto o per disposizione di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura che non sia ad evidenza pubblica ovvero di un affidamento a società a partecipazione mista pubblica e privata, nonché i soggetti ai quali è affidata la gestione delle reti, separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono comunque acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né indirettamente, né partecipando a gare. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono

concorrere però alla prima gara svolta per l'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica dello specifico servizio già a loro affidato.

**TESTO COORDINATO DEL DECRETO-LEGGE 25 settembre 2009, n. 135**

**Testo del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, coordinato con la legge di conversione 20 novembre 2009, n. 166**

Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 274 del 24-11-2009

*... Omissis ...*

**Art. 3.**

**Modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture - Adeguamento alla sentenza della Corte di Giustizia CE del 19 maggio 2009, resa nella causa C-538/07**

1. All'articolo 38, comma 1, del (( codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al )) decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dopo la lettera m-ter) è aggiunta, in fine, la seguente:

«m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.».

2. All'articolo 38, comma 2, del (( citato codice di cui al )) decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, è aggiunto, in fine, il seguente periodo:

«Ai fini del comma 1, lettera m-quater), i concorrenti allegano, alternativamente: a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura; b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione è corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.».

3. L'articolo 34, comma 2, del (( citato codice di cui al )) decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, è abrogato.

4. All'articolo 49, comma 2, lettera e), del citato codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le parole: «ne' si trova in una situazione di controllo di cui all'articolo 34, comma 2, con una delle altre imprese che partecipano alla gara» sono soppresse.

(( 4-bis. All'articolo 70, comma 11, lettera b), primo periodo, del citato codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, le parole: «l'offerta», ovunque ricorrano, sono sostituite dalle seguenti: «il contratto». ))

Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del presente decreto, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

*... Omissis ...*

**Art. 3-ter**

**Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di concessioni  
autostradali - Società miste ANAS-regioni**

(( 1. All'articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, il comma 289 è sostituito dal seguente:  
«289. Al fine della realizzazione di infrastrutture autostradali, di esclusivo interesse regionale, interamente ricadenti nel territorio di competenza di una singola regione e previste dagli strumenti di programmazione vigenti, le funzioni e i poteri di soggetto concedente e aggiudicatore possono essere trasferiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ad un soggetto di diritto pubblico appositamente costituito in forma societaria e partecipata dall'ANAS S.p.a. e dalle regioni interessate o da soggetto da esse interamente partecipato, che esercita esclusivamente i sopra indicati poteri e funzioni».

2. Sono fatti salvi i poteri e le funzioni conferiti ai soggetti pubblici già costituiti alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto ai sensi dell'articolo 1, comma 979, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni, e dell'articolo 2, commi 289 e 290, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, nel testo vigente prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. ))

**... Omissis ...**

**Art. 3-quinquies**

**Disposizioni per garantire la trasparenza e la libera concorrenza  
nella realizzazione delle opere e degli interventi connessi allo  
svolgimento dell'Expo Milano 2015**

(( 1. Il prefetto della provincia di Milano, quale prefetto del capoluogo della regione Lombardia, assicura il coordinamento e l'unità di indirizzo di tutte le attività finalizzate alla prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata nell'affidamento e esecuzione di contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, nonché nelle erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche connessi alla realizzazione del grande evento Expo Milano 2015.

2. Al fine di assicurare l'efficace espletamento delle attività di cui al comma 1, il Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere istituito ai sensi dell'articolo 180, comma 2, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, opera a immediato, diretto supporto del prefetto di Milano, attraverso una sezione specializzata istituita presso la prefettura che costituisce una forma di raccordo operativo tra gli uffici già esistenti e che non può configurarsi quale articolazione organizzativa di livello dirigenziale, né quale ufficio di carattere stabile e permanente.

Con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri della giustizia e delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono definite le funzioni, la composizione, le risorse umane e le dotazioni strumentali della sezione specializzata da individuare comunque nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente.

3. Presso il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno è istituito, con il decreto di cui al comma 2, il gruppo interforze centrale per l'Expo Milano 2015 (GICEX), che costituisce una forma di raccordo operativo tra gli uffici già esistenti e che non può configurarsi quale articolazione organizzativa di livello dirigenziale, né quale ufficio di carattere stabile e permanente. Con il medesimo decreto sono definite, nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente, le funzioni e la composizione del gruppo che opera in stretto raccordo con la sezione specializzata di cui al comma 2.

4. I controlli antimafia sui contratti pubblici e sui successivi subappalti e subcontratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture sono altresì effettuati con l'osservanza delle linee guida indicate dal Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere, anche in deroga a quanto previsto dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252.

5. Per l'efficacia dei controlli antimafia nei contratti pubblici e nei successivi subappalti e

subcontratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture e nelle erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche, e' prevista la tracciabilità dei relativi flussi finanziari. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta dei Ministri dell'interno, della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti, dello sviluppo economico e dell'economia e delle finanze, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono definite le modalità attuative del presente comma ed e' prevista la costituzione, presso la prefettura di Milano, di elenchi di fornitori e prestatori di servizi, non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, ai quali possono rivolgersi gli esecutori dei lavori oggetto del presente articolo. Il Governo presenta una relazione annuale alle Camere concernente l'applicazione del presente comma.

6. Dal presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica».)

**... Omissis ...**

**Art. 15.**

**Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica**

1. All'articolo 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, terzo periodo, dopo le parole: «in materia di distribuzione del gas naturale», sono inserite le seguenti: «, le disposizioni del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e della legge 23 agosto 2004, n. 239, in materia di distribuzione di energia elettrica, le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali nonché quelle del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale.»;

(( a-bis) al comma 1, quarto periodo, dopo le parole: «sono determinati» sono inserite le seguenti: «, entro il 31 dicembre 2012,»;

b) i commi 2, 3 e 4 sono sostituiti dai seguenti:

«2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:

a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;

b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e (( l'attribuzione di specifici compiti operativi)) connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso

favorevole.»;

c) dopo il comma 4, è inserito il seguente: (( «4-bis. I regolamenti di cui al comma 10 definiscono )) le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4.»;

d) i commi 8 e 9 sono sostituiti dai seguenti:

«8. Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 è il seguente:

a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta “in house” cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. (( Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2; ))

b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, (( ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015. ))

e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

9. Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati (( e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti.»; ))

e) al comma 10, nell'alinnea le parole: «centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge



di conversione del presente decreto» sono sostituite dalle seguenti: «il 31 dicembre 2009»;  
f) al comma 10, alla lettera a) la parola: «diretti» è sostituita dalle seguenti: «cosiddetti in house» e dopo le parole:

«patto di stabilità interno» sono inserite le seguenti: «, tenendo conto delle scadenze fissate al comma 8,»;

g) al comma 10, la lettera e) è abrogata.

(( 1-bis. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 23-bis, comma 8, lettera e), del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano sono fatti salvi, nel rispetto delle attribuzioni previste dagli statuti delle predette regioni e province autonome e dalle relative norme di attuazione, i contratti di servizio in materia di trasporto pubblico locale su gomma di cui all'articolo 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, in atto alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

1-ter. Tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23-bis del citato decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio»

2. All'articolo 9-bis, comma 6, del decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 giugno 2009, n. 77, il quarto periodo è soppresso.

2-bis. All'articolo 195, comma 2, lettera e), secondo periodo, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, le parole: "diciotto mesi" sono sostituite dalle seguenti: "due anni".

2-ter. All'articolo 6, comma 1, lettera p), del decreto legislativo 13 gennaio 2003, n. 36, le parole: "31 dicembre 2009" sono sostituite dalle seguenti: "31 dicembre 2010".

2-quater. All'articolo 8-sexies, comma 2, terzo periodo, del decreto legge 30 dicembre 2008, n. 208, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2009, n. 13, la parola: "centoventi" è sostituita dalla seguente: "duecentodieci".))

... *Omissis* ...

\*\*\*

## **2) Pubblicato il Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti relativo alle modalità di utilizzo del fondo per l'adeguamento dei prezzi dei materiali da costruzione**

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 267 del 16 novembre 2009 è stato pubblicato il decreto 19 agosto 2009 adottato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che indica le modalità di utilizzo del Fondo per l'adeguamento dei prezzi dei materiali da costruzione di cui all'art. 1 comma 11 del decreto legge n. 162/2008.

Il suddetto articolo, infatti, nell'istituire il Fondo con una dotazione di 300 milioni di euro per l'anno 2009, disponeva che le modalità di accesso a detto fondo fossero stabilite con apposito decreto, nel rispetto dei principi della parità di accesso tra piccola, media e grande impresa di costruzione, nonché della proporzionalità per gli aventi diritto nell'assegnazione delle risorse.

In attuazione di tale disposizione, è stato adottato il decreto ministeriale in esame che definisce, ai fini della ripartizione del Fondo, le categorie di piccola, media e grande impresa con riferimento alle classifiche di attestazione SOA di cui al d.p.r. n. 34/2000, ed attribuisce a ciascuna di esse 100 milioni di euro.

Le stazioni appaltanti hanno trenta giorni di tempo dalla data di pubblicazione del decreto (avvenuta il 16 novembre 2009), **ossia fino al 16 dicembre 2009**, per inviare la richiesta di accesso al Fondo, ai fini della compensazione delle istanze presentate dalle imprese, e regolarmente pervenute alle stazioni appaltanti stesse nei termini fissati (entro l'8 giugno 2009, cioè entro trenta giorni dalla data di pubblicazione del decreto ministeriale 30 aprile 2009 avvenuta il 9 maggio 2009) (cfr. news 13/05/2009 n. 546, tra gli argomenti collegati). Per un'analisi più dettagliata dei contenuti del decreto, si rinvia alla seguente nota di commento.

#### **MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI DECRETO 19 agosto 2009**

##### **Modalità di utilizzo del Fondo per l'adeguamento dei prezzi di materiali da costruzione di cui all'articolo 1, comma 11 del decreto-legge n. 162 del 23 ottobre 2008. (09A13688)**

IL MINISTRO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modifiche, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»;

Visto il decreto-legge 23 ottobre 2008, n. 162, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 22 dicembre 2008, n. 201, concernente «Interventi urgenti in materia di adeguamento dei prezzi di materiali da costruzione, di sostegno ai settori dell'autotrasporto, dell'agricoltura e della pesca professionale, nonché di finanziamento delle opere per il G8 e definizione degli adempimenti tributari per le regioni Marche ed Umbria, colpite dagli eventi sismici del 1997»;

Considerato che il suddetto decreto-legge n. 162/2008 dispone, all'art. 1, commi 1 e 2, che vengano rilevate, con decreto ministeriale, le variazioni percentuali su base semestrale, in aumento o in diminuzione, superiori all'8%, relative all'anno 2008, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi e dispone altresì, all'art. 1, comma 2, che per detti materiali si fa luogo a compensazioni, in aumento o in diminuzione, nei limiti di cui ai commi 8, 9 e 10 del decreto-legge medesimo;

Visto il decreto ministeriale 30 aprile 2009, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 9 maggio 2009, n. 106, contenente la «Rilevazione dei prezzi medi per l'anno 2007 e delle variazioni percentuali, su base semestrale, superiori all'8%, relative all'anno 2008, ai fini della determinazione delle compensazioni dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi»;

Considerato che il decreto-legge n. 162/2008 stabilisce, all'art. 1, comma 4, che le istanze di compensazione per variazioni in aumento debbano essere presentate, a pena di decadenza, dall'appaltatore alla stazione appaltante entro trenta giorni dalla data di pubblicazione del citato decreto ministeriale 30 aprile 2009;

Considerato che il decreto-legge n. 162/2008 stabilisce, altresì, ai successivi commi 8 e 9, che si possa far fronte a dette compensazioni nei limiti delle risorse e con le modalità indicate all'art. 133, comma 7, del decreto legislativo n. 163/2006 e che, in caso di insufficienza delle predette risorse, tali compensazioni vengano riconosciute dalle Amministrazioni aggiudicatrici nei limiti della rimodulazione dei lavori e delle relative risorse presenti nell'elenco annuale di cui all'art. 128 del citato decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

Considerato che il comma 10, dell'art. 1, del decreto-legge n. 162/2008 stabilisce che, in caso di insufficienza delle risorse di cui ai commi 8 e 9 sopra menzionati, per i soggetti indicati nel citato

comma 10, si provveda alla copertura degli oneri fino alla concorrenza massima dell'importo di 300 milioni di euro, che costituisce tetto massimo di spesa, attraverso il Fondo per l'adeguamento prezzi di cui al successivo comma 11;

Visto l'art. 1, comma 11, del predetto decreto-legge n. 162/2008, che, nell'istituire, per le finalità di cui al suddetto comma 10, il Fondo per l'adeguamento prezzi con una dotazione di 300.000.000,00 di euro per l'anno 2009, dispone che con apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti siano stabilite le modalità di utilizzo del fondo stesso, garantendo la parità di accesso per la piccola, media e grande impresa di costruzione e la proporzionalità per gli aventi diritto nell'assegnazione delle risorse;

Visto il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze n. 42387 del 23 giugno 2009 con il quale e' stata disposta, tra l'altro, la variazione in termini di competenza e di cassa, per l'anno finanziario 2009, nello stato previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Dipartimento per le infrastrutture, gli affari generali ed il personale - sul capitolo 7192, di nuova istituzione, denominato «Fondo da ripartire per fronteggiare gli aumenti repentini dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatesi nell'anno 2008» - per l'importo di euro 300.000.000,00;

Vista la nota n. 1017 in data 15 luglio 2009 con la quale il Capo del Dipartimento per le infrastrutture, gli affari generali ed il personale assegna il suddetto capitolo 7192 alla Direzione generale per lo sviluppo del territorio, la programmazione ed i progetti internazionali;

Ritenuto di dover far riferimento agli articoli 3 e 28 del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 «Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici» ai fini dell'individuazione delle piccole, medie e grandi imprese di costruzione richiamate nell'art. 1, comma 11, del citato decreto-legge n. 162/2008, intendendosi per: piccola impresa: l'impresa qualificata ai sensi dell'art. 28 del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000 e l'impresa in possesso della qualificazione nella prima e seconda classifica di cui all'art. 3 del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000; media impresa: l'impresa in possesso della qualificazione dalla terza alla sesta classifica di cui all'art. 3 del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000; grande impresa: l'impresa in possesso della qualificazione nella settima e ottava classifica di cui all'art. 3 del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000;

Ritenuto, al fine di assicurare alle categorie della piccola, media e grande impresa parità di accesso al Fondo di € 300.000.000,00 di cui all'art. 1, comma 11, del decreto-legge n. 162/2008, di dover assegnare a ciascuna delle tre categorie una quota parte dello stesso Fondo pari a € 100.000.000,00;

Decreta:

Art. 1.

1. Ai fini della compensazione delle istanze regolarmente pervenute ai soggetti indicati all'art. 1, comma 10, del decreto-legge 23 ottobre 2008, n. 162 convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1 della legge 22 dicembre 2008, n. 201, nei termini fissati dall'art. 1, comma 4 del citato decreto-legge, e ritenute ammissibili ai sensi del decreto legge medesimo e del decreto ministeriale 30 aprile 2009, il Fondo per l'adeguamento prezzi, pari ad euro 300.000.000,00, è così ripartito:

- a) categoria «piccola impresa». Per «piccola impresa», per gli effetti del presente decreto, deve intendersi l'impresa qualificata per l'esecuzione dei lavori di cui all'art. 28 del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000, ovvero in possesso della qualificazione nella prima e seconda classifica di cui all'art. 3 del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000. A detta categoria è assegnata una dotazione pari ad euro 100.000.000,00;
- b) categoria «media impresa». Per «media impresa», per gli effetti del presente decreto, deve intendersi l'impresa in possesso della qualificazione dalla terza alla sesta classifica di cui all'art. 3 del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000. A detta categoria, è assegnata una dotazione pari ad euro 100.000.000,00;

c) categoria «grande impresa». Per «grande impresa», per gli effetti del presente decreto, deve intendersi l'impresa in possesso della qualificazione nella settima e ottava classifica di cui all'art. 3 del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000. A detta categoria è assegnata una dotazione pari ad euro 100.000.000,00.

2. Ciascuna impresa concorre alla distribuzione delle risorse assegnate alle categorie individuate dal precedente comma, esclusivamente in ragione della propria qualificazione ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000 a prescindere dall'importo del contratto aggiudicato.

3. Nel caso di raggruppamenti temporanei di concorrenti di tipo orizzontale e verticale, ai sensi dell'art. 37 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ciascun raggruppamento concorre alla distribuzione delle risorse assegnate alle categorie individuate al comma 1, esclusivamente in ragione della qualificazione posseduta, ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000, dall'impresa mandataria, a prescindere dall'importo del contratto aggiudicato.

4. Nel caso di operatori economici stabiliti negli altri Stati aderenti all'Unione europea, nonché di quelli stabiliti nei Paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, o in Paesi che, in base ad altre norme di diritto internazionale, o in base ad accordi bilaterali siglati con l'Unione europea o con l'Italia che consentano la partecipazione ad appalti pubblici a condizioni di reciprocità, l'individuazione della categoria di appartenenza di cui al comma 1, viene effettuata sulla base della documentazione prodotta ai sensi dell'art. 47 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

#### Art. 2.

1. Entro trenta giorni dalla pubblicazione del presente decreto, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, ciascuno dei soggetti indicati all'art. 1, comma 10, del decreto-legge n. 162 del 2008, invia al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Direzione generale per lo sviluppo del territorio, la programmazione ed i progetti internazionali - richiesta di accesso al Fondo di cui all'art. 1, comma 11, del decreto-legge n. 162/2008.

2. La richiesta di cui al comma 1 riporta tutte le istanze di compensazione trasmesse dalle imprese, qualora ritenute ammissibili ai sensi del decreto ministeriale 30 aprile 2009 e pervenute entro il termine di cui all'art. 1, comma 4, del decreto-legge n. 162/2008.

3. Per ciascuna delle istanze di compensazione di cui al comma 2, i soggetti indicati all'art. 1, comma 10, del decreto-legge n. 162 del 2008, inviano, altresì: la documentazione giustificativa prodotta dall'impresa; l'attestazione relativa all'importo definitivo ammesso a compensazione con la specificazione, secondo i criteri di cui al precedente art. 1, della categoria di appartenenza dell'impresa richiedente; la dichiarazione, ai sensi dell'art. 1, comma 8 del decreto-legge n. 162/2008 convertito in legge, comprovante l'insufficienza delle risorse finanziarie, risultanti dal quadro economico, per far fronte alla compensazione; la dichiarazione di aver provveduto, ai sensi dell'art. 1, comma 9 del citato decreto-legge n. 162/2008 convertito in legge, ad aggiornare l'elenco annuale della programmazione 2009-2011.

#### Art. 3.

1. Nell'ambito della ripartizione del Fondo ai sensi dell'art. 1, la Direzione generale per lo sviluppo del territorio, la programmazione ed i progetti internazionali assegna a ciascuno dei soggetti indicati all'art. 1, comma 10, del decreto-legge n. 162 del 2008, le risorse in ragione dell'importo complessivo delle istanze di compensazione ammissibili, ripartite per piccola, media e grande impresa.

#### Art. 4.

1. Nell'ambito della ripartizione del Fondo ai sensi dell'art. 1, qualora l'ammontare delle richieste di accesso di cui all'art. 2, comma 1, superi la quota del Fondo assegnata per ciascuna categoria di impresa, i soggetti indicati all'art. 1, comma 10, del decreto-legge n. 162/2008 partecipano in misura proporzionale alla distribuzione delle risorse disponibili.

2. La percentuale di partecipazione, da applicare a ciascuna richiesta di accesso al Fondo, è determinata rapportando l'ammontare della quota di Fondo assegnata a ciascuna categoria di

impresa all'importo complessivo delle richieste di accesso riferite alla medesima categoria d'impresa.

3. I soggetti indicati all'art. 1, comma 10, del decreto-legge n. 162/2008 applicano la percentuale calcolata ai sensi del comma 2 per ogni singola istanza di compensazione.

Art. 5.

1. Nel caso di raggruppamenti temporanei di concorrenti di cui al precedente art. 1, comma 3, i soggetti indicati all'art. 1, comma 10, del decreto-legge n. 162 del 2008 assegnano le risorse relative alla compensazione all'impresa mandataria che provvede ad attribuire le risorse alle imprese facenti parte del raggruppamento, in base ad accordi intercorsi tra le medesime imprese.

Art. 6.

1. La Direzione generale per lo sviluppo del territorio, la programmazione ed i progetti internazionali, provvede a comunicare ai soggetti indicati all'art. 1, comma 10, del decreto-legge n. 162 del 2008 l'assegnazione delle risorse che saranno loro attribuite, secondo le modalità di cui agli articoli precedenti, al fine della corresponsione a ciascuna impresa che ha presentato istanza di compensazione.

2. L'assegnazione delle risorse ai soggetti indicati all'art. 1, comma 10, del decreto-legge n. 162/2008 e' pubblicata sul sito internet del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Art. 7.

1. Il presente decreto e' trasmesso agli organi di controllo.

2. Il presente decreto e' pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

Roma, 19 agosto 2009

Il Ministro : Matteoli

Registrato alla Corte dei conti il 9 ottobre 2009

Ufficio controllo atti Ministeri delle infrastrutture ed assetto del territorio, registro n. 9, foglio n. 159

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 267 del 16 novembre 2009 é stato pubblicato il decreto 19 agosto 2009 adottato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che indica le **modalità di utilizzo del Fondo per l'adeguamento dei prezzi dei materiali da costruzione di cui all'art. 1, comma 11, del decreto legge n. 162/2008** . Il suddetto articolo, nell'istituire il Fondo con una dotazione di 300 milioni di euro per l'anno 2009, disponeva che le modalità di accesso a detto fondo fossero stabilite con apposito decreto, nel rispetto dei principi della parità di accesso tra piccola, media e grande impresa di costruzione, nonché della proporzionalità per gli aventi diritto nell'assegnazione delle risorse. Nel Decreto ministeriale 19 agosto 2009, le piccole, medie e grandi imprese sono individuate con riferimento al sistema di qualificazione SOA di cui al D.P.R. n. 34/2000 (artt. 3 e 28) come segue:

- **piccola impresa** è l'impresa qualificata per l'esecuzione dei lavori inferiori a 150.000 euro ovvero in possesso della qualificazione nella prima (fino a 258.228 euro) e/o nella seconda classifica (fino a 516.457 euro);
- **media impresa** è l'impresa in possesso della qualificazione dalla terza (fino a 1.032.913 euro) alla sesta classifica (fino a 10.329.138 euro);
- **grande impresa** è l'impresa in possesso della qualificazione nella settima (fino a 15.493.707 euro) e/o ottava classifica (oltre 15.493.707 euro)

**L'articolo 1** del decreto ministeriale, ai fini della compensazione delle istanze presentate dalle imprese, regolarmente pervenute presso le stazioni appaltanti nei termini fissati (entro l'8 giugno 2009, cioè entro trenta giorni dalla data di pubblicazione del decreto ministeriale 30 aprile 2009 - avvenuta il 9 maggio 2009 - concernente la rilevazione dei prezzi medi per l'anno 2007 e delle variazioni percentuali relative al 2008, ai fini della compensazione dei materiali da costruzione più significativi), nonché ritenute ammissibili, **assegna 100 milioni di euro a ciascuna delle tre categorie di imprese, come sopra definite.**

Ciascuna impresa si colloca in ciascuna delle suddette categorie in ragione della qualificazione posseduta, a prescindere dall'importo del contratto aggiudicato. Nel caso di raggruppamenti temporanei di tipo orizzontale e verticale, ciascun raggruppamento concorre alla distribuzione delle risorse assegnate alle sopra citate categorie, esclusivamente in ragione della qualificazione posseduta dall'impresa mandataria.

In altri termini, si ritiene che, ai fini della individuazione della fascia dimensionale cui far riferimento, occorra prendere in considerazione la qualificazione posseduta dall'impresa (secondo il disposto dell'art. 28 del D.P.R. n. 34/2000, ovvero in ragione della classifica risultante dall'attestazione SOA) al momento della partecipazione alla gara.

*Ad esempio: laddove un'impresa (singola o come mandataria di raggruppamento) in possesso di attestazione SOA nella VIII classifica (illimitato), abbia partecipato ad una gara, il cui bando di gara richiedeva, per la categoria prevalente, la VI classifica (lavori fino a 10.329.138 euro), tale impresa, ai fini dell'inquadramento nelle categorie dimensionali di cui al predetto art. 1, si collocherà nel gruppo delle grandi imprese. **L'articolo 2** dispone che **entro trenta giorni** dalla pubblicazione del decreto ministeriale in esame (16 novembre 2009) ossia entro il 16 dicembre 2009, **ciascuna stazione appaltante invii** al Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti - Direzione generale per lo sviluppo del territorio, la programmazione ed i progetti internazionali - **richiesta di accesso al Fondo** di cui all'art. 1, comma 11, del decreto legge n. 162/2008. La **richiesta deve riportare tutte le istanze** di compensazione trasmesse dalle imprese, qualora ritenute ammissibili.*

**Per ciascuna delle istanze** di compensazione, la stazione appaltante deve inoltre inviare:

- **documentazione giustificativa prodotta dall'impresa;**
- **attestazione relativa all'importo definitivo ammesso a compensazione** con la **specificazione della categoria di impresa** (piccola, media o grande secondo i criteri sopra descritti);
- **dichiarazione comprovante l'insufficienza delle risorse** previste in via ordinaria (somme a disposizione nel quadro economico del progetto o

ribassi d'asta, ai sensi dell'art. 133, comma 7 del D.lgs. n. 163/2006) per far fronte alla compensazione;

- **dichiarazione di aver provveduto ad aggiornare l'elenco annuale della programmazione dei lavori per il triennio 2009-2011.**

**L'articolo 3** prevede che nell'ambito della ripartizione del Fondo, la Direzione generale per lo sviluppo del territorio, la programmazione ed i progetti internazionali **assegna a ciascuna stazione appaltante le risorse in ragione dell'importo complessivo delle istanze di compensazione ammissibili, ripartite per piccola, media e grande impresa.**

**L'articolo 4** stabilisce che **se l'ammontare delle richieste di accesso al Fondo supera la quota del Fondo assegnata a ciascuna categoria di impresa** (100 milioni di euro), le stazioni appaltanti partecipano in **misura proporzionale** alla distribuzione delle risorse disponibili (rapporto tra l'ammontare della quota assegnata al Fondo e l'ammontare totale delle richieste di accesso riferite alla stessa categoria di impresa).

La stessa proporzione sarà applicata per ogni istanza di compensazione. *Ad esempio: a fronte di 100 milioni di euro disponibili nel gruppo delle "piccole imprese", e di istanze di compensazione di importo complessivo pari a 140 milioni di euro, la percentuale di partecipazione al Fondo sarà pari al 71,4% (100 milioni :140 milioni =0,714 x 100=71,4%). Ciò posto: data un'istanza di compensazione che ammonti a 40.000 euro, la somma che potrà essere riconosciuta sarà pari a 28.560 euro (40.000 x 0,714)*

**L'articolo 5** prevede che nel caso di raggruppamenti temporanei, le stazioni appaltanti assegnano le risorse relative alla compensazione all'impresa mandataria, che attribuisce le risorse alle imprese facenti parte del raggruppamento sulla base degli accordi intercorsi tra le stesse imprese.

**L'articolo 6** dispone, infine, che la corresponsione delle somme a titolo di compensazione alle singole imprese interessate sarà effettuata dalle stazioni appaltanti, previa assegnazione alle stesse delle relative risorse da parte della suddetta Direzione ministeriale, secondo le modalità sopra evidenziate. La comunicazione di assegnazione delle risorse alle stazioni appaltanti verrà pubblicata sul sito internet del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Roma, 1° dicembre 2009

\*\*\*

### **3) Appalti pubblici: gare aperte anche alle imprese legate da rapporti di controllo**

Il decreto per l'attuazione degli obblighi comunitari modifica la disciplina attualmente in vigore in materia di partecipazione alle gare di appalto da parte di imprese che si trovino in una situazione di controllo. Conseguentemente, la sola sussistenza di una condizione di controllo così come configurata dall'articolo 2359 del codice civile non ha più valore di causa di esclusione delle imprese dalla

partecipazione alle gare, dovendo sussistere anche l'imputabilità dell'offerta ad un unico centro decisionale.

L'articolo 3 del decreto legge 25 settembre 2009, n. 135 "Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari, pubblicato in G.U. 25 settembre 2009, n. 223 e convertito in legge n. 166 del 20 novembre 2009, pubblicata in G.U. 24 novembre 2009, n. 274, ha adeguato la normativa vigente in tema di esclusione dalla gara delle imprese in una situazione di controllo, recata dall'articolo 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei Contratti Pubblici), in ossequio a quanto statuti dalla Corte di Giustizia CE.

#### **La sentenza della Corte di Giustizia**

La Corte di Giustizia CE, con sentenza 19 maggio 2008, resa dalla causa C-538/07, dopo avere ribadito che esiste *"per le amministrazioni aggiudicatrici un obbligo assoluto di escludere dalla procedura di gara d'appalto le imprese che presentino offerte separate e concorrenti, qualora tali imprese siano legate fra loro da rapporti di controllo"*, ha censurato al normativa italiana (l'allora articolo 10 della Legge n. 109 del 1994, oggi trasfuso nell'articolo 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163 del 2006), per avere operato *"l'esclusione sistematica delle imprese tra loro collegate dal diritto di partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto pubblico"*.

Il Giudice europeo ha evidenziato, in particolare, come *"una tale normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti"*.

In esito della pronuncia del giudice europeo, il Governo ha modificato, mediante l'articolo 3 del citato Decreto Legge n. 135 del 2009, la vigente disciplina in materia di partecipazione alle gare di appalto da parte di imprese tra loro in situazione di controllo. Secondo l'originaria formulazione dell'articolo 34, comma 2, del Codice, *"i concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile"* non possono partecipare alla medesima gara. Ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, sono considerate società controllate quelle nelle quali una società possiede la maggioranza dei voti esercitabili in sede di Assemblea dell'altra, ovvero esercita un'influenza dominante nell'Assemblea ordinaria dell'altra. Sono considerate società collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole, per tale intendendosi l'esercizio di almeno un quinto dei voti, ovvero un decimo se la società ha titoli azionari quotati in borsa.



Conseguentemente, in base all'originaria formulazione dell'articolo 34, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici, la semplice sussistenza di una delle situazioni di cui al citato articolo 2359, determinava il divieto di partecipare alla medesima gara di appalto sia da parte della società controllante sia da parte della società controllata, senza alcuna possibilità di dimostrare l'insussistenza di comportamenti atti a produrre effetti discorsivi dei meccanismi concorrenziali.

L'articolo 3 del DL n. 135/2009, interviene sulla descritta normativa, abrogando l'articolo 34, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici, ed aggiungendo, all'articolo 38, comma 1, dello stesso, rubricato "requisiti di ordine generale", la lettera m-quater. In esito a tale modifica, sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, servizi e forniture i soggetti *"che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comportino che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale"*.

Il Decreto stesso aggiunge poi, all'articolo 38, comma 2, un ulteriore periodo, nel quale vengono precisate le modalità attraverso le quali i partecipanti devono rendere tale dichiarazione. A tal fine, i concorrenti allegano alternativamente:

- la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo, di cui all'articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura;
- la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di avere formulato autonomamente l'offerta, con l'indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione, allegando, altresì, i documenti inseriti in busta chiusa, atti a provare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta.

*"La stazione appaltante"*, prosegue il nuovo comma 2 dell'articolo 38, *"esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica"*. Il DL n. 135/2009 modifica anche l'articolo 49, "avvalimento" comma 2, lettera e), sopprimendo l'obbligo per l'impresa ausiliaria di dichiarare di non trovarsi *"in una situazione di controllo di cui all'art. 34, comma 2, con una delle altre imprese che partecipano alla gara"*.

Ai sensi dell'articolo 3, comma 5, del DL n. 135/2009, *"le disposizioni di cui al precedente articolo si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi .... Sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto (in vigore dal 26 settembre 2009), nonché, in caso di contratti senza pubblicazione, di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del presente decreto, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte"*.

#### **4) Qualificazione nella categoria SOA OS2**

La disciplina della qualificazione nelle categorie di lavori interferenti con beni soggetti al vincolo del Ministero dei Beni Culturali e delle relative Soprintendenze (OG2 – manutenzione, ristrutturazione e restauro di beni immobili, OS2 – restauro di beni mobili e OS25 – scavi archeologici) è regolata dal Codice dei Contratti (art. 198 e 201 del D.L.vo n. 163/2006 e s.m.i.) nonché dal DPR n. 34/2000 (Regolamento per la qualificazione delle imprese): i provvedimenti in questione, dettando le modalità di qualificazione in dette categorie, rimandano all’emanando schema di Regolamento sul Codice dei Contratti per l’introduzione di una possibile disciplina “ad hoc” per le imprese operanti nel settore dei beni culturali.

Nel frattempo e parallelamente rispetto alle attese modifiche regolamentari del Codice, in attuazione di quanto previsto dal Codice dei beni culturali (Decreto legislativo n. 42/2004), sono stati emanati il D.M. n. 53/2009 ed i successivi decreti 86 e 87, con i quali il Ministero dei beni culturali ha inteso prevedere una disciplina regolamentare delle competenze professionali e della formazione delle figure professionali che intervengono a vario titolo nelle attività conservative dei beni soggetti a vincolo ed in particolare per quelle relative al restauro di beni mobili. Mentre dunque la modifica del regolamento per ciò che concerne i beni immobili (categoria SOA OG2) e gli scavi archeologici (cat. SOA OS25) è ancora in fase di definizione, il Ministero dei beni culturali ha improvvisamente accelerato in ordine ai soggetti che esercitano attività sui beni mobili (OS2) ai fini di individuare con certezza chi ad oggi è da ritenersi in possesso della qualifica professionale di restauratore ovvero di collaboratore restauratore di beni culturali: ciò senza peraltro coordinarsi con il Ministero delle Infrastrutture per quanto attiene ai profili di qualificazione SOA.

Il riconoscimento e l’attribuzione di dette qualifiche verranno disposte con provvedimenti del Ministero e daranno luogo ad appositi elenchi, distinti per categorie, che serviranno a dimostrare il possesso della qualifica ad ogni effetto di legge: il possesso o meno evidentemente condizionerà la possibilità di iscriversi alla categoria OS2 e comunque sarà condizione necessaria per tutte le fasi degli appalti di opere pubbliche di restauro di beni mobili ove venga in rilievo la figura del restauratore. A tal fine il Ministero ha pubblicato un bando sul sito [www.restauratori.beniculturali.it](http://www.restauratori.beniculturali.it) che consentirà, esclusivamente in via telematica, di presentare domande di iscrizione per il conseguimento della qualifica professionale di restauratore ovvero di coordinatore restauratore di beni culturali. Le domande dovranno tassativamente essere presentate entro il 31/12/2009, anche perché il superamento di detta data non consentirà di esercitare, almeno fino a nuove disposizioni, l’attività in questione, con conseguenti effetti negativi sulla propria attestazione SOA.

\*\*\*

**5) La produzione di un certificato richiesto “in originale” può essere sostituita dalla relativa copia conforme, purché corredata dall’autocertificazione del suo rappresentante legale resa nei modi di rito.**

Il disciplinare allegato al bando di una gara stabiliva - per quanto riguardava in particolare la produzione della certificazione di qualità - che questa dovesse essere prodotta, a pena di esclusione, tramite il relativo certificato in originale o in copia autenticata da un’Autorità amministrativa o da un Notaio ovvero tramite l’attestazione SOA, anch’essa in originale o in copia autenticata da un’Autorità amministrativa o da un Notaio. Una delle due imprese componenti un’ATI aveva prodotto copia della certificazione di qualità richiesta da detto disciplinare riportante la dicitura “copia conforme all’originale” apposta mediante timbro, debitamente sottoscritta dal legale rappresentante ed accompagnata dalla fotocopia della carta d’identità, sia del legale rappresentante stesso che del direttore tecnico. In esito alle operazioni effettuate nella seduta pubblica, l’Amministrazione appaltante comunicava alla costituenda ATI che non era stata ammessa alla gara poiché aveva usufruito della cauzione ridotta del 50%, avendo allegato fotocopia della certificazione di qualità relativa alle due ditte costituenti l’ATI, non autenticata da un’Autorità amministrativa o da un Notaio, come espressamente previsto dal disciplinare. L’ATI ha proposto ricorso ritenendo illegittimo il provvedimento adottato nei propri confronti dall’Amministrazione e l’Amministrazione intimata si è costituita chiedendo il rigetto del ricorso.

La sezione I del TAR Piemonte, con ordinanza cautelare, ha accolto la domanda di sospensione del provvedimento impugnato.

La *lex specialis* della procedura di gara in questione prescriveva espressamente che i concorrenti in possesso della certificazione di qualità UNI CEI ISO 9000 - rilasciata da organismi accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, ovvero della dichiarazione della presenza di elementi significativi tra loro correlati di tale sistema, ai sensi dell’articolo 40, comma 7, del D. Lgs 163/2006 - avrebbero usufruito della riduzione del 50% della cauzione provvisoria. Detti concorrenti dovevano, però, allegare, a pena di esclusione dalla procedura di gara, il certificato di qualità oppure l’attestazione SOA, entrambi in originale o in copia autenticata da un’Autorità amministrativa o da un Notaio.

La *lex specialis* non è passibile di interpretazioni estensive, poiché queste si tradurrebbero in una violazione procedimentale in danno di quei concorrenti che si allineano alla legge di gara, osservandone alla lettera le prescrizioni. Qualora la *lex specialis* prescriva che determinati requisiti possono essere provati soltanto con la produzione di determinati documenti, va esclusa la possibilità per

l'impresa concorrente di utilizzare lo strumento alternativo della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, perché ciò significherebbe forzare il meccanismo delle regole di gara e violare il principio della par condicio fra i concorrenti. Tuttavia tale principio non può essere applicato in modo assoluto, ma deve essere graduato secondo i fatti che devono essere provati in sede di gara. Poiché i concorrenti devono dimostrare esclusivamente il possesso del certificato di qualità e produrre l'attestazione SOA, si deve ritenere sufficiente la produzione degli stessi nella forma dell'autocertificazione resa dal rappresentante legale.

L'autocertificazione - che, come è noto, consiste nella facoltà, riconosciuta ad ogni interessato, di comprovare, con una propria dichiarazione, in sostituzione dei normali certificati, diversi fatti, stati o qualità personali - ha due principali forme: la *dichiarazione sostitutiva dell'atto di certificazione* (che sostituisce le attestazioni e i certificati, resi dalle pubbliche Amministrazioni) e la *dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà* (che riguarda fatti, stati o qualità personali, che siano a diretta conoscenza dell'interessato). In particolare, l'articolo 19 del DPR n. 455/2000 applicato nel caso in esame - riguardante le modalità alternative all'autenticazione di copie - stabilisce che *"la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà di cui all'articolo 47 [del DPR 455] può riguardare anche il fatto che la copia di un atto o di un documento conservato o rilasciato da una pubblica Amministrazione, la copia di una pubblicazione ovvero la copia di titoli di studio o di servizio sono conformi all'originale"*. Nel caso in esame, sono state riprodotte le formalità di cui al predetto articolo 19, con conseguente regolarità dell'autocertificazione: infatti, è stata prodotta la copia fotostatica del certificato richiesto - corredato da fotocopia della carta di identità del dichiarante - con la dicitura della sua corrispondenza all'originale e con la relativa sottoscrizione.

**N. 02334/2009 REG.SEN.**  
**N. 00750/2009 REG.RIC.**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte  
(Sezione Prima)  
ha pronunciato la presente  
SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 750 del 2009, proposto da:  
Impresa Costruzioni Rolla Geom. Pietro S.r.l. e Arcadia Costruzioni Sportive S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Maurizio Boifava e Luigi Gili, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Gili in Torino, via Vela, 29;

contro

Provincia di Novara, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Marta Ferrarese, con domicilio eletto presso l'avv. Daniela Rulent in Torino, corso V. Emanuele II, 170; nei confronti di Impresa Amigliarini S.n.c., Edildebres Coop. a r.l., New Scavi S.r.l., Etv Euromontaggi di Trotta Vito, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio; per l'annullamento

- del processo verbale delle operazioni di gara tenutesi il 8/6/29009, afferente la procedura aperta bandita dall'ente locale per l'affidamento della "costruzione nuova sede della Croce Rossa Italiana di Borgomanero, in esito al quale i preposti alla gara hanno dapprima comminato l'esclusione delle ricorrenti e, di seguito, pronunziato l'aggiudicazione provvisoria al costituendo R.T.I. controinteressato;
- della lex specialis della procedura ed, in particolare, la previsione di cui all'art. 3.a)4. del disciplinare di gara (cfr. All. n. 2 bis);
- di ogni altro provvedimento o atto amministrativo, comunque risalente all'amministrazione aggiudicatrice de qua, connesso od attuativo, ivi compresa, se ed in quanto esistente, ancorché ad oggi non conosciuta, la determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva dell'appalto di cui è gravame e per la conseguente condanna della stazione appaltante, ai sensi e per gli effetti degli artt. 23 bis l. 1034/71, 33 lett. d) e 35 del D. Lgs 80/1998 e 245 D. Lgs. 163/2006..

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Novara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 08/10/2009 il Primo Referendario dott. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

Con il ricorso in oggetto, parte ricorrente espone che la Provincia di Novara, con bando pubblicato il 7.5.2009, indicava una procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto la costruzione della nuova sede della croce rossa italiana di Borgomanero, il cui importo a base d'asta, determinato a corpo, era pari ad euro 989.565,16, da aggiudicarsi ai sensi dell'art. 82, comma 2, lett. b) del D. Lgs. 163/2006, con il criterio del prezzo più basso sull'importo dei lavori al netto degli oneri di sicurezza.

Si espone che il disciplinare di gara, al punto 3.a)4, quanto a termini e modalità di presentazione dell'offerta, e, in particolare, per la produzione delle certificazioni di qualità, stabiliva che tali certificazioni di qualità, UNI CEI ISO 9000, rilasciate da organismi accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, dovevano essere

allegate, a pena di esclusione, tramite il relativo certificato in originale o in copia autenticata da un'Autorità Amministrativa o da un Notaio, ovvero tramite attestazione SOA in originale o copia autenticata da un'Autorità Amministrativa o da un Notaio, a pena di esclusione.

Si espone ancora che l'impresa Arcadia, componente dell'ATI ricorrente, aveva prodotto copia della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001-2000 14001-2004 riportante la dicitura "copia conforme all'originale" apposta mediante timbro, debitamente sottoscritta dal legale rappresentante ed accompagnata dalla fotocopia della carta d'identità, sia del legale rappresentante stesso, che del direttore tecnico.

In esito alle operazioni effettuate nella seduta pubblica in data 8.6.2009, con nota 10.6.2009, l'Amministrazione comunicava al costituendo ATI che non era stato ammesso alla gara in quanto aveva usufruito dei benefici previsti dall'art. 40, comma 7, del D. Lgs. n. 163-06 (cauzione ridotta del 50%), ma aveva allegato fotocopia della certificazione di qualità, relativa alle due, ditte non autenticate da un'Autorità Amministrativa o da un Notaio, come espressamente previsto al punto 3.a).4 del disciplinare allegato al bando di gara. Secondo parte ricorrente, il provvedimento in epigrafe indicato sarebbe illegittimo, per i seguenti motivi:

1. Violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 2 e 75, comma 7, del d. lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione degli artt. 19, 38, 47, 71 e 77-bis del d.p.r. 445-2000. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 6 l. n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica sub specie di ragionevolezza, logicità e proporzionalità nella predisposizione delle cause di esclusione. Violazione e falsa applicazione dei principi informanti l'incedere amministrativo sub specie di principio di non aggravamento e semplificazione dell'agire amministrativo. Eccesso di potere per sviamento, illogicità ed ingiustizia manifesta.

Si costituiva l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza cautelare di questa sezione n. 579 del 16 luglio 2009, veniva accolta la domanda di sospensione del provvedimento impugnato.

Alla pubblica udienza dell'8 ottobre 2009, il ricorso veniva posto in decisione.

#### DIRITTO

Rileva il Collegio che l'ordinanza cautelare di questa sezione n. 579 del 16 luglio 2009 aveva già accolto la domanda di sospensione, considerata la tassatività ed eccezionalità dei limiti agli strumenti di semplificazione previsti dall'ordinamento in punto produzione certificazioni, limiti che devono trovare una qualche ragionevole giustificazione, nella specie, non ravvisabile. In effetti, la lex specialis della procedura e, in particolare l'art. 3.a).4, prescriveva espressamente che i concorrenti in possesso della certificazione di qualità UNI CEI ISO 9000, rilasciata da organismi accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, ovvero della

dichiarazione della presenza di elementi significativi tra loro correlati di tale sistema, ai sensi dell'art. 40, comma 7, del D Lgs 163 del 12.04.2006 usufruivano della riduzione del 50%; dovevano, però, allegare, a pena di esclusione, il relativo certificato in originale o copia autenticata da un'Autorità Amministrativa o da un Notaio, a pena di esclusione, ovvero attestazione SOA in originale o copia autenticata da un'Autorità Amministrativa o da un Notaio, a pena di esclusione.

È evidente che le formalità di produzione documentale di cui alla norma richiamata sono inequivocabilmente prescritte a pena di esclusione. Ed è pur vero che il meccanismo competitivo proprio della gara d'appalto è tale per cui la lettera della lex specialis non è passibile di interpretazioni estensive, dato che le stesse si tradurrebbero in una violazione procedimentale in danno dei concorrenti che si sono allineati alla legge di gara in modo pedissequo, osservandone alla lettera le prescrizioni (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2871).

Ciò che si contesta, ed infatti è oggetto di impugnazione da parte del ricorrente, è la stessa clausola di bando così come formulata (e doverosamente applicata, non potendo l'Amministrazione disapplicarla, ma occorrendo una previa pronuncia in via di autotutela che ritiri il bando), che si deduce come illegittima. È anche condivisibile, in via teorica, il principio secondo cui laddove la lex specialis di gara prescrive che determinati requisiti possono essere provati soltanto con la produzione di determinati documenti, va esclusa la possibilità per l'impresa concorrente di ricorrere allo strumento alternativo della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, perché ciò significherebbe forzare il meccanismo delle regole di gara e violare il principio della par condicio fra i concorrenti (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2871). Tuttavia tale principio non può essere applicato in modo assoluto, ma deve essere graduato a seconda dei fatti che devono essere provati in sede di gara.

Nel caso di cui alla predetta pronuncia del giudice di appello si trattava di dimostrare, nello specifico, un dato relativo alla proprietà e alla potenza dei mezzi occorrenti per la prestazione del servizio richiesto (occorreva la produzione della carta di circolazione o del certificato di idoneità tecnica alla circolazione dei mezzi da impiegare nell'espletamento del servizio di spalamento della neve e di spargimento del sale per il quinquennio 2005/2010) e, per tale motivo, è stata esclusa la dichiarazione sostitutiva. Si trattava, perciò, di una clausola di esclusione del tutto ragionevole, attesa la valenza tecnica del certificato che doveva essere oggetto di valutazione.

Non si trattava, pertanto, di una questione relativa al possesso o meno di un certificato o di un attestato, ma si trattava di una questione relativa al possesso di determinati requisiti tecnici, per i quali, del tutto ragionevolmente, ai fini della serenità della valutazione degli stessi, e vista la peculiarità del loro contenuto, se ne richiedeva la dimostrazione con mezzi di prova formali e tipizzati, con esclusione degli ordinari criteri di semplificazione. E, infatti, questa Sezione, con

l'ordinanza cautelare surrichiamata, ha affermato nettamente la tassatività ed eccezionalità dei limiti agli strumenti di semplificazione previsti dall'ordinamento in punto produzione certificazioni, limiti che devono trovare una qualche ragionevole giustificazione che, nella specie, non è ravvisabile.

Dovendo, infatti, i ricorrenti, dimostrare esclusivamente il possesso del certificato di qualità e l'attestazione SOA, si deve ritenere sufficiente la produzione della stessa autocertificata. L'obbligo imposto di produrre il certificato in originale o in copia autentica, ben lungi dal costituire un "eccesso di scrupolo" della Stazione appaltante (cfr. 8 dicembre 2008, n. 958), costituisce inadempimento gravoso, inutile e contrastante con i principi di semplificazione che la migliore dottrina ha recentemente qualificato come principi di valenza costituzionale (cfr. C. cost 350 del 2008). Si deve rammentare, in proposito che l'art. 47 del Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, dedicato alle dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà afferma che "l'atto di notorietà concernente stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato è sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo con la osservanza delle modalità di cui all'articolo 38. La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza". Il successivo art. 48, dedicato alle "Disposizioni generali in materia di dichiarazioni sostitutive" dispone che "Le dichiarazioni sostitutive hanno la stessa validità temporale degli atti che sostituiscono. Le singole amministrazioni predispongono i moduli necessari per la redazione delle dichiarazioni sostitutive, che gli interessati hanno facoltà di utilizzare. Nei moduli per la presentazione delle dichiarazioni sostitutive le amministrazioni inseriscono il richiamo alle sanzioni penali previste dall'articolo 76, per le ipotesi di falsità in atti e dichiarazioni mendaci ivi indicate. Il modulo contiene anche l'informativa di cui all'articolo 10 della legge 31 dicembre 1996, n. 675".

L'art. 38 (Modalità di invio e sottoscrizione delle istanze), al comma 3, soggiunge che "Le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi della amministrazione pubblica o ai gestori o esercenti di pubblici servizi sono sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore. La copia fotostatica del documento è inserita nel fascicolo. Le istanze e la copia fotostatica del documento di identità possono essere inviate per via telematica". Infine, l'art. 19 di detto D.P.R., applicabile nel caso di specie, e dedicato alle modalità alternative all'autenticazione di copie, stabilisce che "la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà di cui all'articolo 47 può riguardare anche il fatto che la copia di un atto o di un documento conservato o rilasciato da una pubblica amministrazione, la copia di una pubblicazione ovvero la copia di titoli di studio o di servizio sono conformi all'originale. Tale dichiarazione può altresì riguardare la conformità all'originale della copia dei documenti fiscali che devono essere obbligatoriamente



conservati dai privati”.

In linea generale, come è noto, l'autocertificazione consiste nella facoltà, riconosciuta ad ogni interessato, di comprovare, con una propria dichiarazione, in sostituzione dei normali certificati, diversi fatti, stati o qualità personali, quali la data e il luogo di nascita, la residenza, la cittadinanza, il godimento dei diritti civili e politici e così via. L'autocertificazione conosce due principali forme: la dichiarazione sostitutiva dell'atto di certificazione e la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà. La prima sostituisce le attestazioni e i certificati, resi dalle pubbliche amministrazioni. La seconda riguarda fatti, stati o qualità personali, che siano a diretta conoscenza dell'interessato. Entrambe si configurano come diverso modo di intendere l'azione amministrativa, in una prospettiva di potenziamento del favor verso il cittadino e della fiducia nei documenti informativi da esso formati e presentati alle amministrazioni. L'autocertificazione e le dichiarazioni sostitutive di notorietà sono utilizzabili solo nei rapporti con le amministrazioni pubbliche, intendendo tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni universitarie, le aziende e le amministrazioni dello Stato a ordinamento autonomo, le Regioni, Province, Comuni e Comunità montane, le Camere di commercio e qualsiasi altro ente di diritto pubblico, compresi gli enti pubblici economici. Sono, inoltre, utilizzabili nei rapporti con imprese esercenti servizi di pubblica necessità e di pubblica utilità: Poste, Enel, aziende concessionarie del servizio di distribuzione del gas e così via.

L'autocertificazione e le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà non possono essere, invece, utilizzate nei rapporti fra privati o con l'autorità giudiziaria nello svolgimento di funzioni giurisdizionali.

Gli istituti della "semplificazione documentale", cioè la semplificazione nella presentazione di documenti alla pubblica amministrazione, attraverso i principi dell'autocertificazione, hanno palesato, sin dalla loro introduzione, un'applicazione più che controversa nell'ambito delle procedure di gara dei pubblici appalti. Infatti, parte della giurisprudenza (ex multis: Tar Lombardia, terza sezione, 2099/02) escludeva la loro estensione alle procedure di evidenza pubblica, sulla base di un profilo di specialità che contraddistinguerebbe le procedure medesime. In particolare, con riferimento ai requisiti di "ordine penale", la citata giurisprudenza evidenziava, a sostegno del proprio orientamento, la nuova formulazione dell'articolo 75 del DPR 554/99, così come modificato dal DPR 412/00. Infatti, con la modificazione ora indicata, l'articolo 75, comma 2, stabilisce che i concorrenti in un pubblico appalto debbono "dimostrare, mediante la produzione di certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti, che non ricorrono le condizioni prescritte al medesimo comma 1, lettere b) e c"). Sembrava evidente, partendo dal mero dato letterale della norma, secondo la lettura della giurisprudenza (fra cui TAR Abruzzo, L'Aquila, 617/01; TAR Liguria, seconda sezione, 848/02; TAR Marche 950/02; Consiglio di Stato, quinta sezione, 4752/02), che la medesima costituisca deroga alle

norme generali in tema di autocertificazione, in quanto richiede espressamente la produzione di certificati.

Tuttavia, non erano mancate decise voci contrarie, come quella rappresentata da una pronuncia del TAR Campania (prima sezione, 7380/02), nella quale veniva espressamente affermato che "il Testo unico sulla documentazione amministrativa esprime principi semplificativi di portata generale, i quali risultano pienamente applicabili anche alla normativa sugli appalti".

L'orientamento restrittivo può considerarsi integralmente superato a seguito del sopravvenire dell'articolo 15 del collegato ordinamentale alla legge finanziaria 2003 (legge 3/2003). Tale articolo, integrando l'articolo 77 del DPR 445/00, prevede l'estensione degli istituti di semplificazione anche nelle procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali. Dunque, l'autocertificazione ha oramai acquisito piena cittadinanza nell'ambito delle procedure di gara pubblica, per cui, attualmente, le imprese autodichiarano, talora attraverso agevoli modelli opportunamente predisposti dalle stazioni appaltanti più diligenti, praticamente tutti i requisiti di partecipazione, fatti salvi, ovviamente, i controlli sul soggetto aggiudicatario e quelli rientranti nel particolare istituto della verifica a campione. In linea solo esemplificativa, i più importanti requisiti di gara, in regime di autodichiarazione, sono i seguenti: inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contribuzione sociale, secondo la legislazione del paese di residenza; insussistenza dello stato di fallimento, di liquidazione coatta, di amministrazione controllata o di concordato preventivo e insussistenza di procedimento in corso per la dichiarazione di una di tali situazioni; non commissione di gravi infrazioni, debitamente accertate, alle norme in materia di sicurezza e ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro e adempimento degli obblighi di sicurezza, ex legge 327/00; di essersi recato sul posto dove devono eseguirsi i lavori e di aver preso conoscenza delle condizioni locali, nonché di tutte le circostanze generali e particolari che possono aver influito sulla determinazione dei prezzi e delle condizioni contrattuali; insussistenza di situazioni di controllo, ex articolo 2359 c.c., o di collegamento, con altre ditte concorrenti; l'inesistenza di sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del c.p.p., per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale; di essere in regola con la normativa disciplinante il diritto del lavoro dei disabili (legge 68/1999).

Occorre, infatti, muovere dalla considerazione fondamentale che il legislatore, fin dal lontano 1968, ha previsto la facoltà dei cittadini di forgiare autonomamente attestazioni connotate da una certezza legale privilegiata, senza alcuna mediazione di una pubblica autorità legittimata a emanare atti fidejacenti. Tale importante facoltà, diretta anche a democraticizzare l'azione amministrativa, in quanto avvicina il cittadino alla medesima, venne accompagnata dalla previsione di opportune cautele, consistenti in accorgimenti formali intesi a rafforzare l'autoresponsabilità del dichiarante. Tali cautele, infatti, erano dirette a

perseguire un duplice obiettivo: rendere pienamente consapevole il cittadino della gravi conseguenze derivanti dall'eventuale accertamento della falsità di quanto dichiarato, e obbligarlo a comprovare esattamente la sua identità, in modo da eliminare, in via preventiva, ogni dubbio sulla paternità di un ipotetico falso. Dunque, richiamo dell'importanza di ciò che si intende dichiarare e prova dell'identità del dichiarante. Questo duplice obiettivo venne, inizialmente, conseguito attraverso la prescrizione di un'apposita autenticazione della sottoscrizione del dichiarante (articolo 20 legge 15/1968). Successivamente, il legislatore, per poter realizzare un rapporto di maggior fiducia con il cittadino, ha semplificato ancor più le autodichiarazioni, stimando alternativamente sufficiente, ai fini del conferimento del crisma della certezza, alle dichiarazioni sostitutive formate dai privati, o che esse fossero sottoscritte in presenza del dipendente addetto a riceverle o, in tutti gli altri casi, che alle stesse fosse unita una copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore. In particolare, come detto, l'art. 19 di detto D.P.R. applicato nel caso di specie, e dedicato alle modalità alternative all'autenticazione di copie, stabilisce che "la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà di cui all'articolo 47 può riguardare anche il fatto che la copia di un atto o di un documento conservato o rilasciato da una pubblica amministrazione, la copia di una pubblicazione ovvero la copia di titoli di studio o di servizio sono conformi all'originale. Di tale disposizione è stata fatta applicazione nel caso di specie, poiché è stata prodotta la copia fotostatica del certificato richiesto, con la dizione, della sua corrispondenza all'originale, con la relativa sottoscrizione. A tale copia era allegato il documento di identità.

Pertanto, anche se in maniera sintetica, vengono riprodotte le formalità di cui al predetto art. 19, con conseguente regolarità dell'autocertificazione. L'autocertificazione, essendo, come appena evidenziato, anche con riferimento all'evoluzione giurisprudenziale sul punto, una regola generale anche nel settore degli appalti pubblici, deve trovare generale applicazione, salvo eccezioni specifiche della legge; per esemplificare, l'art. 41 del Codice appalti stabilisce che "negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: a) idonee dichiarazioni bancarie; b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa; c) dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi".

In relazione alla relativa documentazione il legislatore si premura di specificare che "il concorrente attesta il possesso dei requisiti previsto nelle lettere b) e c) mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445; al concorrente aggiudicatario è richiesta la documentazione probatoria, a conferma di quanto dichiarato in sede di gara. Il requisito di cui al comma 1, lettera a), è comprovato con dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai

sensi della 1° settembre 1993 n. 385". Pertanto, nell'ipotesi di specie, la regola generale è l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445; è l'eccezione "dichiarazioni bancarie", che viene individuata con caratteri di specialità, in relazione alla specificità della predetta condizione di partecipazione. In relazione alla dimostrazione della capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi, l'art. 42, comma 4, del Codice appalti conferma la presenza di tale regola generale, atteso che si dispone che i requisiti previsti dal citato articolo possono essere provati in sede di gara mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizione del decreto del Presidente della Repubblica del 28 dicembre 2000 n. 445.

Per altro verso, l'autocertificazione, potrebbe essere esclusa, per ragioni specifiche, anche per scelta dell'Amministrazione, in sede di redazione del bando, scelta che deve, tuttavia, trovare qualche giustificazione, anche implicita, relativa all'essenzialità della produzione autentica o autenticata del certificato, compromettendo altrimenti la regola generale di semplificazione documentale nei rapporti cittadino-P.A.

Nel caso di specie, non soltanto non è ravvisabile una tale giustificazione negli atti della procedura di gara, ma una tale giustificazione non è stata fornita neppure dalle difese in questo giudizio e, pertanto, ciò non ne ammette la sussistenza nella fattispecie. Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, il ricorso deve essere accolto e, conseguentemente, devono essere annullati i provvedimenti impugnati.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, I sezione, pronunciandosi sul ricorso in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 08/10/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Primo Referendario, Estensore

Richard Goso, Primo Referendario

**L'ESTENSORE IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/10/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

\*\*\*

**6) Escluse dalle gare le imprese che non abbiano pagato il contributo dovuto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, indipendentemente dalle omissioni commesse dalla Stazione appaltante nella compilazione della disciplina di gara, relativamente a tale adempimento**

Un Comune ha indetto una procedura di gara, senza prevedere nella relativa documentazione l'obbligo in capo ai concorrenti del pagamento del contributo all'Autorità e senza procedere egli stesso ad accreditarsi presso il Sistema SIMOG, ai fini del rilascio del Codice CIG. In particolare, trattandosi di una gara di valore indeterminato e non essendo prevista nelle deliberazioni dell'Autorità alcuna specifica prescrizione per tale fattispecie, il Comune ha ritenuto che non sussistessero in questo caso i menzionati obblighi.

Nel corso delle operazioni di gara, uno dei due concorrenti ha rilevato che l'altro, non avendo pagato il contributo, dovesse essere escluso dalla procedura, atteso che tale pagamento ne costituisce condizione di ammissibilità, anche qualora il bando nulla disponga in tal senso e l'importo a base d'asta sia indeterminato. In ragione di tali contestazioni, il Comune ha escluso il primo concorrente, per non aver pagato il contributo, ed ha aggiudicato provvisoriamente il contratto al secondo concorrente. Il Comune, inoltre, considerato che le omissioni commesse in sede di indizione della procedura di gara avevano ingenerato incertezze e dubbi nei partecipanti, ha formulato un'istanza di parere all'Autorità al fine di conoscerne l'orientamento sui fatti rappresentati. È stata quindi avviata l'istruttoria procedimentale, a riscontro della quale il *concorrente aggiudicatario provvisorio* ha chiesto l'assegnazione definitiva del contratto, sostenendo la legittimità dell'esclusione dell'altro concorrente per non aver pagato il contributo all'Autorità. Dal canto suo, il *concorrente escluso* - evidenziando che la disciplina di gara prevedeva esclusivamente specifici adempimenti ai fini della partecipazione alla procedura, senza alcuna menzione dell'obbligo di pagamento del contributo all'Autorità e senza alcuna indicazione del Codice CIG - ha sostenuto l'illegittimità della propria esclusione poiché contraria ai principi di massima partecipazione e *par condicio* tra gli operatori economici. Il mancato pagamento del contributo sarebbe stato, infatti, indotto dall'erronea formulazione della disciplina di gara, priva del riferimento al contributo, nonché dalla mancata attivazione da parte del Comune della procedura di attribuzione del Codice CIG presso il Sistema SIMOG.

Peraltro, il *concorrente escluso* ha evidenziato che, in ogni caso, il pagamento effettuato dal concorrente aggiudicatario provvisorio non avrebbe alcuna efficacia poiché privo delle caratteristiche necessarie e sufficienti ad identificare la procedura di gara, essendo sullo stesso riportato esclusivamente il codice fiscale del concorrente e non anche il Codice CIG che ne consentirebbe l'ascrivibilità alla procedura in questione.

Il caso sottoposto all'Autorità, con l'allegata richiesta di parere n. 92, riguarda, da un lato, l'obbligatorietà del pagamento del contributo dovutole ai fini della partecipazione alle procedure di gara per l'affidamento dei contratti pubblici - anche nell'ipotesi in cui tale obbligo non sia previsto nella disciplina di gara ed il valore del contratto non sia determinato - dall'altro, la necessità che le Stazioni Appaltanti attivino la procedura di attribuzione del Codice CIG, mediante accreditamento presso il Sistema SIMOG.

Con specifico riferimento alla obbligatorietà di detto pagamento, l'Autorità ha più volte sostenuto che questo, ove dovuto, costituisce condizione di ammissibilità dell'offerta alla procedura di gara e non può venir meno neanche nell'ipotesi in cui non vi sia alcuna prescrizione in tal senso nella *lex specialis*, dal momento che gli operatori economici sono sempre e comunque tenuti ad effettuare tale pagamento, pena l'esclusione dalla procedura di gara.

Parimenti, non può essere motivo di esenzione da detto pagamento il fatto che il valore dell'appalto non sia determinato dalla *lex specialis*, poiché nessun tipo di esenzione contributiva sussiste in casi simili né in capo alle Stazioni Appaltanti né in capo agli operatori economici. Una delle *“Risposte ai quesiti sui contributi in sede di gara”* (FAQ n. 29 consultabile sul sito internet dell'Autorità), infatti, disciplina espressamente tale fattispecie, disponendo che qualora l'importo a base di gara non sia indicato, la misura del contributo da versare avviene considerando l'importo massimo previsto dalla deliberazione del 24 gennaio 2008.

\* \* \* \* \*

Le *Stazioni Appaltanti* che intendano avviare una procedura finalizzata alla realizzazione di lavori pubblici - ovvero all'acquisizione di servizi e forniture - hanno l'obbligo di accreditarsi presso il Sistema SIMOG, per ottenere il Codice CIG, anche qualora l'importo a base d'asta non sia determinato.

Qualora le *Stazioni Appaltanti* non si siano accreditate presso detto sistema - oppure abbiano omissis di richiedere il Codice CIG o di indicarlo sulla documentazione di gara - dovranno procedere a pubblicare un avviso di rettifica.

Nel caso in esame, il *Comune appaltante*, non avendo proceduto in tal senso al momento dell'indizione della gara ed essendo oramai la procedura stessa giunta alla fase di aggiudicazione provvisoria - fase in cui non è più possibile ovviare all'omissione mediante la pubblicazione di un avviso di rettifica che comunichi ai concorrenti il Codice CIG - dovrà acquisire detto Codice presso il Sistema SIMOG e versare la relativa quota di contribuzione, anche se sono ormai scaduti i termini. Il *Comune appaltante* dovrà poi comunicare il Codice CIG acquisito al concorrente aggiudicatario provvisorio, al fine di consentirgli di integrare la documentazione già prodotta in sede di partecipazione a comprova dell'avvenuto pagamento, con un'apposita autodichiarazione che, riportando i dati mancanti concernenti la gara, certifichi che il pagamento del contributo all'Autorità prodotto in sede di gara è stato effettuato esclusivamente ai fini della partecipazione alla procedura di gara in questione.

\* \* \* \* \*

Riguardo al caso di specie, l'Autorità ritiene che il provvedimento di esclusione adottato dal *Comune appaltante* nei confronti del concorrente sia conforme alla normativa di settore.

***Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori,  
Servizi e Forniture***

**PARERE N. 92 DEL 10/09/2009**

**PREC 54/09/S**

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Marsiconuovo - Servizio di tesoreria Comunale ex articolo 213 del D.Lgs. n. 267/2000 - S.A.: Comune di Marsiconuovo (PZ).

**Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

**Considerato in fatto**

In data 21 gennaio 2009 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale il Comune di Marsiconuovo ha rappresentato di aver indetto la procedura di gara in oggetto, senza prevedere nella documentazione di gara l'obbligo del pagamento del contributo all'Autorità in capo ai concorrenti e senza procedere all'accreditamento della procedura stessa presso il Sistema Informativo di Monitoraggio delle Gare (SIMOG) ai fini del rilascio del Codice Identificativo della Gara (CIG). In particolare, trattandosi di una gara avente valore indeterminato e non essendo prevista alcuna specifica prescrizione per tali fattispecie nelle deliberazioni adottate dall'Autorità concernenti il versamento del contributo di gara (Deliberazioni 10 gennaio 2007, 24 gennaio 2008, 30 luglio 2008), il Comune ha ritenuto che non sussistessero nel caso di specie i menzionati obblighi. Tuttavia, nel corso delle operazioni di gara, uno dei due concorrenti istituti bancari, la Banca di Credito Cooperativo Monte Prugno di Roscigno e di Laurino ha rilevato che l'altra concorrente, la Banca Popolare di Bari, non avendo provveduto al versamento del contributo all'Autorità dovesse essere esclusa dalla procedura, dal momento che il pagamento in questione costituisce condizione di ammissibilità alla gara, anche nell'ipotesi in cui il bando nulla disponga in tal senso e l'importo a base d'asta sia indeterminato.

In ragione di tali contestazioni, il Comune di Marsiconuovo ha proceduto all'esclusione della Banca Popolare di Bari, per non aver effettuato il pagamento della tassa di gara, aggiudicando provvisoriamente il contratto all'altro concorrente.

Tuttavia, considerato che le omissioni poste in essere in sede di indizione della procedura di gara hanno ingenerato incertezze e dubbi in capo ai partecipanti, il Comune ha formulato un'istanza di parere al fine di conoscere l'orientamento dell'Autorità in ordine ai fatti rappresentati. Conseguentemente, si è avviata

l'istruttoria procedimentale, a riscontro della quale la Banca di Credito Cooperativo Monte Pruno di Roscigno e di Laurino, aggiudicataria provvisoria, ha richiesto di ottenere l'assegnazione definitiva del contratto, sostenendo la legittimità dell'esclusione dell'istituto bancario concorrente per non aver effettuato il versamento del contributo all'Autorità. Dal suo canto, la Banca Popolare di Bari, invece, evidenziando che la disciplina di gara prevedeva esclusivamente specifici adempimenti ai fini della partecipazione alla procedura, senza alcuna menzione dell'obbligo di versamento del contributo all'Autorità e senza alcuna indicazione del Codice CIG, identificativo della gara, ha sostenuto l'illegittimità della propria esclusione in quanto contraria ai principi di massima partecipazione e *par condicio* tra gli operatori economici. Il mancato versamento del contributo sarebbe stato, infatti, indotto dall'erronea formulazione della disciplina di gara, priva del riferimento al contributo, nonché dalla mancata attivazione della procedura di attribuzione del Codice CIG presso il Sistema SIMOG.

Peraltro, la stessa Banca Popolare di Bari ha evidenziato che, in ogni caso, il versamento effettuato dall'istituto bancario aggiudicatario non avrebbe alcuna efficacia in quanto privo delle caratteristiche necessarie e sufficienti ad identificare la procedura di gara, essendo sullo stesso riportato esclusivamente il codice fiscale del concorrente e non anche il Codice CIG che ne consentirebbe l'ascrivibilità alla procedura in questione.

### **Ritenuto in diritto**

La problematica sottoposta a questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati, attiene, da un lato, all'obbligatorietà del versamento del contributo all'Autorità ai fini della partecipazione alle procedure di gara per l'affidamento dei contratti pubblici nell'ipotesi in cui tale obbligo non sia previsto nella disciplina di gara e il valore del contratto non sia determinato, dall'altro, alla necessità di attivare la procedura di attribuzione del Codice Identificativo della Gara (CIG), mediante accreditamento presso il Sistema Informativo di Monitoraggio delle Gare (SIMOG). Con specifico riferimento alla questione concernente l'obbligatorietà del versamento del contributo per la partecipazione alle procedure di gara, occorre premettere che l'Autorità si è più volte pronunciata sull'argomento, sostenendo che il versamento del menzionato contributo costituisce condizione di ammissibilità dell'offerta alla procedura di gara con l'effetto che la mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento comporta l'esclusione dell'impresa concorrente, anche nell'ipotesi in cui la *lex specialis* nulla preveda in tal senso (cfr. da ultimo il parere n. 25 del 31 gennaio 2008, parere n. 189 del 19 giugno 2008, parere n. 69 dell'11 giugno 2009). È stato, inoltre, precisato che l'onere contributivo non sussiste, invece, nelle ipotesi in cui l'importo a base d'asta sia inferiore a 150.000 euro. In tal senso, dispongono proprio le deliberazioni che l'Autorità ha emanato in attuazione dell'articolo 1, commi 65 e 67 della Legge 23 dicembre 2005 n. 266 (Deliberazioni 10 gennaio 2007, 24 gennaio 2008, 30 luglio 2008), alla stregua delle quali gli operatori



economici che intendono partecipare a procedure di scelta del contraente sono tenuti al pagamento della contribuzione quale condizione di ammissibilità alla procedura di selezione, nonché devono dimostrare, al momento della presentazione dell'offerta, di avere versato la somma dovuta a titolo di contribuzione, in quanto la mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara.

Né l'obbligo di contribuzione viene meno nelle ipotesi in cui non vi sia alcuna prescrizione in tal senso nella disciplina di gara dal momento che, come più volte affermato dall'Autorità in precedenti pronunce (più recentemente, cfr. parere n. 25 del 31 gennaio 2008, parere n. 189 del 19 giugno 2008, parere n. 69 dell'11 giugno 2009), gli operatori economici, anche qualora la *lex specialis* non contenga prescrizioni in ordine all'obbligo contributivo, sono ugualmente tenuti ad effettuare tale versamento, stante il fatto che la dimostrazione del pagamento del contributo costituisce per essi condizione di ammissione a presentare l'offerta.

Allo stesso modo, non può essere motivo di esenzione dal versamento del contributo ai fini della partecipazione alla gara il fatto che il valore dell'appalto non sia determinato dalla *lex specialis*, dal momento che le Risposte ai quesiti sui contributi in sede di gara (consultabili sul sito internet dell'Autorità) disciplinano espressamente tale fattispecie, disponendo che qualora l'importo a base di gara non sia previsto, la determinazione del contributo da versare avviene considerando l'importo massimo previsto dalla deliberazione del 24 gennaio 2008 (cfr. FAQ n. 29), stabilendo in tal modo che nessun tipo di esenzione contributiva sussista in casi simili in capo alla Stazione Appaltante e all'operatore economico. Ne consegue che qualora una Stazione Appaltante accerti, nel corso delle operazioni di gara, che un concorrente non abbia versato il contributo all'Autorità deve procedere alla sua esclusione a prescindere dal fatto che la *lex specialis* nulla preveda in tal senso e che il valore del contratto sia indeterminato.

Alla luce di tali premesse e considerando i fatti rappresentati nel caso di specie, il Comune di Marsiconuovo, escludendo la Banca Popolare di Bari per non aver provveduto al versamento del contributo, ha agito conformemente alle menzionate deliberazioni dell'Autorità, che qualificano l'obbligo contributivo quale condizione di ammissibilità a presentare l'offerta. Infatti, né la circostanza che la *lex specialis* non riportasse espressamente il menzionato obbligo quale condizione di partecipazione, né l'indeterminatezza del valore posto a base di gara costituiscono fattispecie esimenti in capo alla Banca Popolare di Bari, tenuta, in ogni caso, al versamento del contributo ai fini della partecipazione alla gara. Con specifico riferimento all'altra questione prospettata, relativa all'obbligo sussistente in capo alla Stazione Appaltante di procedere all'attivazione della procedura di accreditamento presso il sistema SIMOG, occorre premettere che nelle Istruzioni relative alle contribuzioni dovute ai sensi dell'articolo 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005 n. 266 di soggetti pubblici e privati,

(consultabili sul sito internet dell'Autorità) alla sezione Modalità e termini di versamento della contribuzione è previsto che le Stazioni Appaltanti che intendono avviare una procedura finalizzata alla realizzazione di lavori o opere pubbliche, ovvero all'acquisizione di servizi e forniture debbono individuare uno o più dipendenti che procedano alla richiesta di accreditamento presso il Sistema Informativo di Monitoraggio delle Gare (SIMOG), per ottenere il Codice Identificativo della Gara (CIG) salvo nelle ipotesi in cui si tratti di lotti di servizi e forniture di importo inferiore a 20.000 euro o di lotti di lavori inferiore a 40.000 euro. Non essendo prevista altra fattispecie esclusa, l'esonero dall'obbligo di attivazione della procedura di accreditamento al Sistema SIMOG non può ritenersi estendibile altresì alle ipotesi in cui l'importo a base d'asta non sia determinato.

Pertanto, qualora la Stazione Appaltante non abbia provveduto ad effettuare la relativa procedura di accreditamento, la stessa dovrà ovviare all'omissione commessa secondo le modalità indicate dall'Autorità: nel caso in cui la Stazione Appaltante abbia ommesso di richiedere il CIG o di indicarlo sulla documentazione di gara, la medesima deve procedere a pubblicare un avviso di rettifica (FAQ n. 6 delle Risposte ai quesiti sui Contributi in sede di gara), mentre qualora l'Ente Appaltante abbia provveduto a perfezionare l'originaria procedura di scelta del contraente senza richiedere il Codice CIG e le circostanze non consentano, in relazione allo stato di avanzamento del procedimento, l'assunzione di specifici provvedimenti correttivi, deve procedere ad acquisire il Codice CIG e versare – pur se scaduti i termini temporalmente previsti – la relativa quota di contribuzione (FAQ n. 6 delle Risposte ai quesiti sugli obblighi informativi verso l'Autorità di cui all'articolo 7, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006).

Analizzando i fatti rappresentati nel caso di specie alla luce delle menzionate premesse, appare evidente come l'omissione in cui è incorso il Comune di Marsiconuovo, in ordine all'attivazione della procedura di accreditamento della gara presso il Sistema SIMOG al fine di ottenere il rilascio del Codice CIG, non è confortata da specifiche esenzioni in tal senso disposte dall'Autorità per i casi in cui il valore del contratto posto a base di gara non sia determinato. Ne consegue che il Comune di Marsiconuovo avrebbe dovuto attivare la procedura di accreditamento presso il Sistema SIMOG e deve pertanto sanare l'omissione posta in essere. Tuttavia, non avendo proceduto in tal senso al momento dell'indizione della gara ed essendo oramai la procedura stessa giunta alla fase di aggiudicazione provvisoria, fase in cui non è più possibile ovviare all'omissione mediante la pubblicazione di un avviso di rettifica che comunichi ai concorrenti il Codice CIG, il Comune di Marsiconuovo, in ossequio alle prescrizioni di cui alla FAQ 6 sugli obblighi informativi verso l'Autorità di cui all'articolo 7, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006, dovrà provvedere ad acquisire il Codice CIG presso il Sistema SIMOG e versare la relativa quota di contribuzione, anche se sono ormai scaduti i termini; inoltre, dovrà comunicare il medesimo Codice CIG alla concorrente aggiudicataria, al fine di consentirle di integrare la documentazione

prodotta in sede di partecipazione a comprova dell'avvenuto pagamento con un'apposita autodichiarazione che, riportando i dati mancanti concernenti la gara, certifichi che il versamento del contributo all'Autorità prodotto in sede di gara sia stato effettuato esclusivamente ai fini della partecipazione alla procedura di gara in questione (in tal senso, FAQ 27 sui Contributi in sede di gara).

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione adottato dal Comune di Marsiconuovo nei confronti della Banca Popolare di Bari è conforme alla normativa di settore e che il Comune medesimo è in ogni caso tenuto ad effettuare la procedura di accreditamento presso il Sistema SIMOG al fine di ottenere il Codice CIG ed a versare la relativa quota di contribuzione e deve in ogni caso consentire alla concorrente aggiudicataria di integrare la documentazione presentata a comprova del versamento contributivo effettuato.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 settembre 2009

\*\*\*

### **Nelle gare di appalto di lavori pubblici, l'obbligo del possesso del requisito della qualità non è determinato dall'importo dell'appalto stesso ma da quello dei lavori che ciascun concorrente intenda assumere**

Nella sentenza del TAR Sicilia Palermo sez. III 2/9/2009 n. 1461 (pubblicata a seguire), viene riproposta l'interpretazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici resa più volte (\*) e confermata, anche con specifico riferimento ai raggruppamenti temporanei d'impresa, in forza del *parere per la soluzione delle controversie n. 125/2007*. In tale parere l'Autorità esprime l'avviso che l'obbligo di dimostrare il possesso del *requisito di qualità* sussiste soltanto quando l'importo dei lavori che il concorrente intende assumere richieda una classifica di qualificazione per la quale il possesso della certificazione UNI EN ISO 9001:2000 sia già divenuto obbligatorio, secondo la cadenza temporale disciplinata, in rapporto alle classifiche, dall'articolo 4 e dall'allegato B del D.P.R. n. 34/2000.

Ciò poiché, come già chiarito nella *determinazione n. 29/2002*, il possesso del sistema di qualità non è requisito connesso all'importo dell'appalto, bensì è un requisito di classifica SOA. Per quanto attiene al possesso del requisito di qualità nelle associazioni temporanee di imprese - atteso che la ratio della normativa in materia è proprio quella di agevolare la partecipazione alle gare delle imprese di piccole dimensioni, onde evitare restrizioni del mercato degli appalti di lavori pubblici - il consentire la partecipazione ad un appalto, per il quale viene

richiesta ad esempio la classifica III (*fino a euro 1.032.913*) anche ad imprese riunite in possesso di classifica I (*fino a euro 258.228*) e II (*fino a euro 516.457*) non risulta alterare la par condicio tra i concorrenti che partecipano alla gara in forma singola e in forma associata. Ne consegue che le imprese riunite di cui al citato esempio, qualora con le iscrizioni da ciascuna possedute coprano l'importo dell'appalto, possono essere ammesse alla gara, anche se prive del requisito di qualità non prescritto nelle suddette classifiche.

Diversamente argomentando, le imprese qualificate nelle classifiche I e II, che non abbiano acquisito il requisito della qualità, non potrebbero mai associarsi per eseguire lavorazioni di importo superiore alla classifica II, vanificando così l'istituto dell'associazione temporanea di imprese.

(\*) deliberazioni n. 182/2003; n. 241/2003; n. 27/2004;

**N. 01461/2009 REG.SEN.**

**N. 00703/2009 REG.RIC.**

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso recante il numero di registro generale 703 del 2009, proposto dalla ditta PATRIARCA GEOM. SALVATORE, in persona del legale rappresentante pro tempore, con domicilio eletto in Palermo, via G. Serpotta, 66, presso lo studio degli Avvocati Carmelo Giurdanella, Rosaria Zammataro e Gabriella Caudullo, che la rappresentano e difendono;

contro

il Comune di Castelvetro, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Francesco Vasile, con domicilio eletto in Palermo, via A. Narbone, 58, presso lo studio dell'Avv. Gaetano Giuffrida;

nei confronti di

ESSE. DI. EMME Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Nicolò Scandaliato, con domicilio eletto in Palermo, via V.zo Di Marco, 41, presso lo studio dell'Avv. Giovanni Battista Scalia, per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia, quanto al ricorso principale:

- del verbale di gara del 25 febbraio 2009, relativo all'affidamento dei lavori di realizzazione della strada "A" della zona industriale;
- di ogni altro provvedimento antecedente o successivo, comunque connesso, presupposto o consequenziale;

quanto al ricorso incidentale:

- “del provvedimento del 25 febbraio 2009, reso con verbale di pari data, nella parte in cui ammette alla gara l’offerta presentata dall’impresa Patriarca Geom. Salvatore, ricorrente in via principale”;
- degli atti a esso connessi e consequenziali.

Visto il ricorso introduttivo del giudizio, con i relativi allegati;

Vista la comparsa di costituzione del Comune intimato;

Visti la comparsa di costituzione in giudizio e il successivo ricorso incidentale della

controinteressata ESSE. DI. EMME s.r.l.;

Vista l’ordinanza n.555 del 26 maggio 2009 di accoglimento della domanda di sospensione cautelare presentata in via incidentale dalla ricorrente principale e di fissazione dell’udienza per la discussione del merito del ricorso;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 21 luglio 2009 il Referendario Anna Pignataro e uditi per le parti i difensori delle parti presenti, così come specificato nel verbale d’udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

Con ricorso ritualmente notificato il 9 aprile 2009 e depositato il successivo 20, la Ditta Patriarca Geom. Salvatore ha impugnato il provvedimento di cui in epigrafe chiedendone l’annullamento, vinte le spese, deducendo, in fatto, che, in data 25 febbraio 2009, sono state espletate le operazioni del pubblico incanto per l’affidamento dell’appalto relativo ai “lavori di realizzazione della strada “A” del piano particolareggiato della zona industriale, per un importo pari a € 782.839,03 più € 58.923,37 per gli oneri di attuazione del Piano di sicurezza, in esito alle quali, mediante sorteggio tra le offerte, contenenti identico ribasso, presentate delle 284 imprese ammesse - su 310 concorrenti - è risultata aggiudicataria la prima sorteggiata Esse. Di. Emme. Costruzioni s.r.l., e seconda sorteggiata la ricorrente medesima.

Il ricorso è affidato a seguenti tre motivi:

1) Violazione dell’art. 38 del D.lgs. 163/2006; violazione del punto 3 del disciplinare di gara; eccesso di potere e difetto di istruttoria.

Dal certificato SOA prodotto in gara dalla società controinteressata emergerebbe che vi sono due direttori tecnici, ma soltanto uno ha reso la dichiarazione di cui al punto 3 del disciplinare di gara, richiesta a pena di esclusione;

2) Violazione dell’art. 38 del D.lgs. 163/2006 sotto ulteriore profilo; violazione del punto 3 del disciplinare di gara.

Nel 2008 la controinteressata ha acquistato tre aziende, ma le dichiarazioni di cui al punto 3 del disciplinare di gara che dovevano essere rese anche dagli amministratori e direttori di queste ultime sono state omesse;

3) Violazione dell’art. 75, comma 7 del D.lgs. 163/2006.

La cauzione versata è ridotta della metà (1% invece di 2%) in assenza della

documentazione relativa al possesso dei requisiti per godere di tale beneficio e della specifica dichiarazione di volersene avvalere. Si è costituita in giudizio la controinteressata Esse. Di. Emme. Costruzioni s.r.l. S.r.l., proponendo, altresì, ricorso incidentale, articolato su due motivi, col quale ha dedotto che l'impresa ricorrente principale andava esclusa per difetto di adeguata qualificazione e perché priva della attestazione di qualità, chiedendo, quindi, la reiezione del ricorso principale per carenza d'interesse.

Il Comune di Castelvetro si è costituito in giudizio, sostenendo l'infondatezza dei motivi di ricorso principale e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza collegiale n. 555 del 26 maggio 2009 è stata accolta l'istanza di sospensione del provvedimento impugnato e fissata l'udienza di trattazione del merito ai sensi dell'art. 23-bis, comma 3°, della L. n. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 della L. n. 205/2000.

In vista dell'udienza pubblica, la ricorrente principale ha prodotto memoria. Dopo il rinvio chiesto dalla controinteressata al fine della definizione del procedimento di notificazione del ricorso incidentale e della sua trattazione congiunta con il principale, alla pubblica udienza del 7 luglio 2009, su conforme richiesta dei procuratori delle parti presenti, la causa è stata posta in decisione.

#### DIRITTO

1. In via preliminare, deve essere esaminato il ricorso incidentale - che ha potenzialmente effetti paralizzanti rispetto alle censure articolate con il ricorso principale, essendo diretto a far valere cause di esclusione della ricorrente principale che non sarebbero state rilevate dal seggio di gara -, innanzitutto, sotto il profilo della sua ammissibilità, avendone eccepito parte ricorrente principale la tardività del deposito.

1.1. Secondo l'impresa controinteressata, la tardività del deposito rispetto alla data della notifica avviata mediante consegna all'ufficiale giudiziario il 12 aprile 2009, che ha provveduto tramite il servizio postale, e conclusa con la ricezione da parte del destinatario in data 14 aprile (il termine ultimo di cinque giorni, dimezzato ai sensi dell'art. 23 bis della legge TAR, sarebbe scaduto il 17 maggio 2009, domenica, e, quindi, posticipato al successivo giorno 18) trarrebbe origine dal consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, per il notificante, la notificazione si perfeziona al momento della consegna del ricorso all'ufficiale giudiziario. L'eccezione non è fondata.

Al riguardo, occorre fare riferimento alla più recente rielaborazione della materia ad opera della giurisprudenza del Consiglio di Stato, alla quale il Collegio - che la condivide - ritiene di doversi uniformare, compiutamente espresso dalla decisione della Sez. V, 29 novembre 2005, n. 6774, poi ribadito dalla decisione 19 aprile 2007 n. 1790, nonché dalla sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3749. Secondo la prima pronuncia richiamata, la cui motivazione sul punto giova riportare testualmente, "evidente è l'errore in cui è incorso il giudice di primo grado nel computare il termine per il deposito muovendo dalla data di spedizione da parte dell'Ufficiale giudiziario, tramite il servizio postale e non, invece, da quello in cui

si è perfezionata la consegna del piego (o l'ultima consegna, trattandosi di pluralità di intimati) da parte dell'addetto al servizio postale, all'indirizzo del destinatario. A quanto pare, l'errore è stato indotto, oltre che da un lettura forzata della sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 2002, n. 477, anche dall'orientamento espresso, in argomento, da questa stessa Sezione, con la decisione 6 ottobre 2003 n. 5897, la quale è però, allo stato, abbondantemente superata da riflessioni ulteriori della giurisprudenza su tale specifico aspetto della questione, a seguito degli approfondimenti conseguenti alla applicazione che, dell'istituto (dopo l'intervento della Corte costituzionale), è stata fatta dalla Corte Suprema di Cassazione e degli insegnamenti desumibili da successive pronunce della stessa Corte costituzionale (n. 28 del 23 gennaio 2004 e n. 107 del 2 aprile 2004). La lettura corretta della prima pronuncia del giudice delle leggi sulla illegittimità delle norme che, in materia di notificazione, ne facevano decorrere gli effetti, nei confronti dell'istante, dal suo perfezionamento, deve essere effettuata tenendo nel debito conto ciò in cui è stata fatta risiedere l'illegittimità costituzionale, ovvero il far ricadere, sul soggetto che richiede (o nell'interesse del quale è richiesta) la notificazione, gli oneri di attività materiali sottratte alla sua disponibilità. Ovviamente ciò non implica anche che tali oneri debbano ricadere sul destinatario dell'atto, né che la declaratoria d'incostituzionalità si sia pure riflessa sulle modalità di computo dei termini per il deposito dell'atto o per l'iscrizione della causa a ruolo. Per il destinatario, l'atto produce i suoi effetti secondo le regole ordinarie, desunte da quelle che disciplinano il perfezionamento della notificazione (a mezzo Ufficiale giudiziario o mediante recapito a mezzo posta); quanto al deposito dell'atto, ai fini dell'incardinamento del giudizio, o per tutte le altre finalità connesse al deposito degli atti notificati, le norme che ne fissano i termini hanno sempre riguardo al perfezionamento, reale o legale, per il destinatario, della notificazione. In questo senso sono le numerose pronunce della Corte Suprema di Cassazione, che specificamente affrontano il problema del deposito del ricorso per cassazione, che è l'istituto che maggiormente si avvicina, analogicamente, al deposito dell'atto introduttivo del giudizio amministrativo (...).

In definitiva deve essere affermato che, nel caso in cui il ricorso giurisdizionale sia stato notificato a mezzo del servizio postale, mentre ai fini del rispetto del termine per proporre l'impugnazione è sufficiente che il ricorso sia stato consegnato all'ufficiale giudiziario entro detto termine, il consolidamento di tale effetto anticipato per il notificante dipende dal perfezionamento del procedimento notificatorio nei confronti del destinatario ed è da tale data che devono farsi decorrere i termini per il deposito del ricorso, unitamente agli ulteriori atti prescritti dall'art. 21 L. n. 1034 del 1971 (salvo il ritardo nella restituzione dell'avviso di ricevimento, che, mentre da un lato non giustifica il tardivo deposito del ricorso, dall'altro consente di ritardare il deposito della prova dell'avvenuta notificazione)."

Alla luce di tale orientamento deve ritenersi tempestivo il deposito del ricorso

incidentale, notificato al destinatario il 14 aprile 2009 e depositato il successivo 19 aprile e, dunque, ammissibile il ricorso medesimo.

1.2. Passando, ora, al merito, con il primo motivo del ricorso incidentale, l'impresa controinteressata si duole della omessa esclusione della ricorrente principale, deducendo la "violazione di legge per inosservanza degli artt. 3, comma 2 del DPR n.34/2000 in combinato disposto con l'art. 95, commi 1 e 2 del DPR 554/99, l'art. 1, comma 2 del DPCM 10 gennaio 1991, n. 55, come richiamato dall'art. 13, comma 1 della legge n. 109/1994, e gli artt. 37 e 40 del D. lgs. n. 163/2006; eccesso di potere sotto il profilo del difetto di presupposto e del travisamento dei fatti; illegittimità del provvedimento di ammissione alla gara dell'offerta presentata dall'ATI Patriarca Geom. Salvatore".

Premesso che il bando di gara richiedeva, ai fini della partecipazione, il possesso della categoria OG3, classifica III (sino a 1.032.913 Euro), si afferma che le due imprese facenti parte dell'ATI orizzontale ricorrente, essendo titolari, rispettivamente, la capogruppo Patriarca della classifica II (sino ad Euro 516.456,90) e l'associata Amato Mario, della classifica I (sino ad Euro 258.228,00), non potevano, benché associate, vantare requisiti sufficienti a integrare la categoria OG3, classifica III, sino a 1.032.913 Euro, poiché la somma della classifica I e della classifica II, aumentata di un quinto, raggiungerebbe soltanto un importo pari a 929.622 Euro.

Sostiene, in sostanza, la ricorrente incidentale che il parametro secondo cui valutare la sufficienza della qualificazione non avrebbe dovuto essere l'importo dei lavori posto a base di gara, ma la classifica necessaria ai sensi dell'art. 3 comma 1 del D.P.R. 34/2000 per la realizzazione di siffatti lavori. Ne conseguirebbe l'illegittimità della ammissione alla gara della ricorrente principale.

L'argomento non è fondato.

In linea con quanto questo tribunale ha già avuto occasione di affermare (cfr. sez. III, sentenza 30 gennaio 2007, n.770), ai sensi dell'art. 95, comma 1, del D.P.R. 544/1999 la qualificazione dell'impresa singola è, per principio di ordine generale, rapportata allo "importo totale dei lavori" e che, a mente del comma 2 dello stesso articolo, tale criterio si applica ai raggruppamenti temporanei di imprese, i quali, per l'effetto, possono sommare le loro singole (inadeguate) qualificazioni al fine di raggiungere l'importo richiesto. L'art. 3 ("Categorie e classifiche"), comma 2, del D.P.R. n. 34/2000 dispone, a sua volta, che "La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara". Ne segue che, fermo quest'ultimo requisito minimo, prescritto per le singole imprese, il raggruppamento è normativamente concepito come lo strumento giuridico - imprenditoriale attraverso con cui talune imprese,



possibilmente non qualificate per l'intero importo dei lavori, riescono a raggiungere la soglia di qualificazione richiesta sfruttando la sommatoria dei requisiti singolarmente posseduti (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 13 settembre 2002, n. 2420).

Ora, mentre per l'impresa singola la qualificazione richiesta va, inevitabilmente, riferita al numero ordinale (I, II, III, etc.) della classifica dalla stessa posseduta (nel senso che l'importo massimo di essa dev'essere superiore o uguale allo specifico importo dei lavori per i quali si concorre), per le imprese raggruppate l'unico criterio che può funzionare (pena il concreto svuotamento della stessa funzione giuridico - imprenditoriale che la legge chiaramente riconosce ai raggruppamenti) è quello del cumulo delle singole classifiche, che, proprio perché sommatoria di queste, non deve necessariamente raggiungere l'importo massimo della classifica astrattamente richiesta dal bando di gara, bensì l'importo totale dei lavori secondo la regola di ordine generale di cui all'art. 95, comma 1, D.P.R. 544/1999 cit.. Né ciò determina un diverso trattamento tra imprese singole e imprese riunite in quanto, mentre l'impresa singola si avvale di una sua propria classifica per concorrere alla gara (e quindi: o corrispondente all'importo dei lavori; oppure non può ritenersi adeguata), la riunione di imprese deve avvalersi - per postulato - della sommatoria delle singole classifiche possedute dalle imprese riunite (passibili di aumento del quinto ex comma 2, del D.P.R. n. 34/2000). Tale sommatoria, pertanto, sarà adeguata all'appalto sol che raggiunga la soglia dell'importo totale dei lavori. Come recentemente osservato dal Consiglio di Stato (Sez. V, 10 gennaio 2007, n. 58), l'espressione del bando, secondo cui è richiesto il possesso di una classifica fino al corrispondente importo, consente di prendere in considerazione la classifica richiesta "... in tutti gli intervalli di valore compresi fra l'importo minimo ... e quello massimo ..., e non nel senso di richiedere il possesso della qualificazione per l'importo massimo della classifica". È stato, in particolare, osservato come la clausola del bando che, nel definire il requisito, indichi una certa classifica con l'espressa specificazione del suo importo massimo, mutua "... un elemento indicativo desunto dalla definizione normativa della classifica, contenuta nell'art. 3, comma 4, del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, senza aggiungere alcun elemento volitivo ulteriore"; sicché l' "... espressione «fino a», ... individua il termine finale di un segmento che va da un minimo (il valore immediatamente superiore a quello massimo della classifica precedente) ad un massimo (quello finale espressamente riferito alla classifica richiesta), e logicamente assolve alla funzione di includere nella classifica stessa tutti e ciascuno dei valori intermedi compresi nel segmento, fra il minimo e il massimo che lo delimitano". Viene, pertanto, confermato che, ove l'importo dei lavori si collochi, come nella presente fattispecie, all'interno del "segmento" relativo alla classifica richiesta, è sufficiente che la sommatoria delle classifiche possedute dalle imprese riunite raggiunga detto importo e non anche il livello massimo della classifica come contemplata nel D.P.R. n. 34/2000. Nel caso di specie, a fronte dell'importo dei

lavori di che trattasi, pari ad Euro 841.762,40 (di cui Euro 782.839,03 soggetti a ribasso d'asta), legittima appare l'ammissione dell'ATI ricorrente principale, siccome costituita tra l'impresa Patriarca Geom. Salvatore, titolare della classifica II, nella categoria OG3, per l'importo di Euro 516.456,90 e l'impresa Amato Mario, titolare, nella categoria OG3, della classifica I, per l'importo di Euro 258.228,00, dato che la somma di detti importi qualifica le dette imprese - tenuto conto dell'incremento del quinto - ad eseguire i relativi lavori fino all'importo di Euro 929.521,88).

1.3. Con il secondo motivo, si denuncia la "violazione di legge per inosservanza dell'art. 4 del D.P.R. n. 34/2000 e dell'art. 8, comma 3, lettere a) e b) da quest'ultimo richiamato, dell'art. 48 del D.lgs. n. 163/2006, nonché dell'art. 12 del bando di gara; eccesso di potere sotto il profilo della par condicio e del favor participationis, nonché sotto il profilo dell'erroneità e del difetto di istruttoria del procedimento di gara". La ricorrente, invero, sarebbe priva dell'attestazione di qualità così come richiesta dalle norme richiamate. Tale censura non è meritevole di favorevole considerazione.

Il bando prevede espressamente la necessità dell'attestazione di qualità della serie UNI CEI EN 45000, ai sensi del combinato disposto dell'art. 8, comma 3, lettere a) e b) della legge 109/94 e s.m.i. e dell'art. 4 del D.P.R. n. 34/2000, ma, "con le esenzioni e le scadenze di cui alla tabella requisito qualità, allegato B, al D.P.R. n. 34/2000". L'allegato B del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 (che indica il regime inerente il requisito della qualità), per le classifiche I e II prevede che non sia dovuta la certificazione della gestione per la qualità, proprio per non aggravare la posizione e l'onere certificativo di quelle imprese che possiedono classifiche relative a determinati importi - e, segnatamente, le classifiche I e II - (in tal senso T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 28 ottobre 2006, n. 2039). Sul punto è ferma l'interpretazione resa dall'Autorità di vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture (cfr. la determinazione n. 29/2002 e le deliberazioni n. 27/2004, n. 241/2003, n. 182/2003) recentemente confermata, anche con specifico riferimento ai raggruppamenti temporanei d'impresa, in forza del parere n. 125 del 22 novembre 2007, secondo cui " l'obbligo di dimostrare il possesso del "requisito qualità" sussiste soltanto quando l'importo dei lavori che il concorrente intende assumere richieda una classifica di qualificazione per la quale il possesso della certificazione UNI EN ISO 9001:2000 sia già divenuto obbligatorio, secondo la scadenza temporale disciplinata (in rapporto alle classifiche) dall'art. 4 e dall'allegato B del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34. Ciò in quanto, come già chiarito nella determinazione n. 29 del 6 novembre 2002, il possesso del sistema di qualità ovvero degli elementi significativi e correlati del sistema di qualità non è requisito connesso all'importo dell'appalto, bensì è un requisito di classifica SOA. Per quanto attiene al possesso del sistema di qualità nelle associazioni temporanee di imprese, atteso che la ratio della normativa in materia è proprio quella di agevolare la partecipazione alle gare delle imprese di piccole dimensioni, onde evitare restrizioni del mercato degli appalti di lavori

pubblici, non risulta alterare la par condicio tra i concorrenti che partecipano alla gara in forma singola e in forma associata, consentire la partecipazione ad un appalto per il quale viene richiesta la classifica III anche ad imprese riunite in possesso di classifica I e II. Ne consegue che, se il raggruppamento di che trattasi copre con le iscrizioni possedute l'importo dell'appalto, può essere ammesso alla gara, anche se privo del requisito della certificazione (del Sistema Qualità), il cui possesso non è prescritto nella classifica I e II (...) Diversamente argomentando, le imprese qualificate con classifiche I e II, che non abbiano acquisito il requisito della qualità, non potrebbero mai associarsi per eseguire lavorazioni di importo superiore alla II classifica, vanificando l'istituto dell'associazione temporanea di imprese” .

1.4. Per quanto sopra osservato, il ricorso incidentale va respinto.

2. Devono, ora, essere esaminate le censure articolate con il ricorso principale. Il Collegio ravvisa la fondatezza del primo e del secondo motivo – che per la loro connessione possono essere esaminati congiuntamente - , giacché la dichiarazione prescritta, espressamente a pena di esclusione, dal punto 3 del disciplinare di gara non risulta effettivamente resa (tale omissione non è contestata, in fatto, dal Comune resistente) né da uno dei due direttori tecnici, l'Architetto Massimo Morelli - figurante in tale qualità nel certificato SOA prodotto in gara dalla aggiudicataria, anche se non indicato nel certificato camerale non essendo un elemento essenziale dello stesso ( in tale senso il parere dell' Autorità di vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture, n.154 del 20 dicembre 2007) -, né dagli amministratori e direttori tecnici delle tre aziende acquisite dall'aggiudicataria nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara (dalle imprese cedenti e secondo le scadenze temporali così indicate nel certificato camerale versato in atti: la Saturno Lavori s.r.l. e la Euro Edil s.r.l. in data 6 agosto 2008 e la impresa Romano Gianmario in data 5 novembre 2008). Sull'obbligatorietà dell'allegazione di tale dichiarazione da parte di tali ultimi soggetti nell'ipotesi di cessione di azienda o di ramo di azienda si è espresso, in senso positivo, recentemente, il Consiglio di Giustizia Amministrativa, sez. giurisdizionale, con la decisione 6 maggio 2008, n.389.

3. In conclusione: l'ammissione alla gara della ricorrente principale resiste al ricorso incidentale; il provvedimento impugnato col ricorso introduttivo non resiste, invece, alle dirimenti censure contenute nei primi due motivi di ricorso, che comportano l'accoglimento del ricorso principale, con assorbimento del terzo motivo non esaminato, e per l'effetto, l'annullamento del provvedimento impugnato.

4. Alla soccombenza segue, come di regola, la condanna alle spese del giudizio, nella misura indicata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso incidentale; accoglie il ricorso

principale, e per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Castelvetro e la Esse di. Emme s.r.l., in solido, al pagamento in favore della società ricorrente delle spese processuali e degli onorari di causa che liquida in complessivi € 2.000,00 (Euro duemila/00), oltre I.V.A. e C.P.A., come per legge, e rifusione del contributo unificato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Maria Cappellano, Referendario

Anna Pignataro, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE  
IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
Il 02/09/2009  
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

Massimo Pipino  
21 Dicembre 2009