

Gara

# Fioccano i pareri consultivi dell'Autorità in tema di cauzione provvisoria, subappalto, avvalimento

**DELIBERAZIONE AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE 15 novembre 2006, n. 82**

**Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da CMP S.p.a. - Realizzazione dei lavori di costruzione di n. 32 alloggi di edilizia residenziale pubblica in Comune di Riccione, Area 1 via Veneto**

Sono sempre più numerose le istanze di parere per la soluzione delle controversie presentate, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. n. 163/2006, all'Autorità di vigilanza; il numero crescente delle suddette istanze appare una diretta conseguenza della circostanza che la stessa Autorità ha adottato un regolamento sul procedimento per la proposizione delle stesse che, discostandosi sensibilmente dal dato normativo del Codice dei contratti, estende l'effettivo ambito di operatività dell'istituto. Il rischio di ciò è che l'attuale struttura dell'Autorità non sia attrezzata per rispondere alla domanda dei più disparati operatori.

Qui di seguito sono esaminate tre dei pareri resi dall'Autorità nell'ambito dei summenzionati procedimenti.

## Ritenuto in diritto

Ai sensi dell'art. 75, comma 5, del D.Lgs. n. 163/2006 la cauzione provvisoria deve avere validità per almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta. Il comma in esame dispone, inoltre, che il bando può richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore in relazione alla durata presumibile del procedimento e può altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, su richiesta della stazione appaltante.

Il tenore letterale della disposizione in esame consente di ritenere che la facoltà riconosciuta dalla S.A. in ordine alla richiesta dello specifico impegno a rinnovare la garanzia, laddove la stessa S.A. intenda farvi ricorso, come nel caso di specie, impone ai concorrenti la presentazione di espressa dichiarazione nei termini richiesti dal bando.

La mancanza di detta dichiarazione legittima la S.A. a

procedere all'esclusione dell'offerente non potendosi procedere ad integrazione documentale, in quanto per giurisprudenza consolidata l'Amministrazione aggiudicatrice di un appalto può invitare a completare o a chiarire la documentazione e le dichiarazioni presentate nella sola ipotesi di regolarizzazione dei documenti medesimi e, una volta accertato che la documentazione depositata ai fini della partecipazione alla gara è difforme e carente rispetto a quella prevista dalla *lex specialis* della gara, e che quest'ultima non presentava alcun margine di ambiguità, deve escludersi che carenze di tal fatta siano riconducibili alla categoria dei meri errori materiali o ad irregolarità di ordine formale, così che si configura un vizio dell'offerta, che non consente alla stazione appaltante di ammettere al procedimento di gara l'offerente (Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5198).

**DELIBERAZIONE AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE  
15 novembre 2006, n. 81**

**Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal comune di Gairo - Realizzazione dei lavori di completamento campeggio comunale di Coccorocci**

Ritenuto in diritto

La questione sollevata riguarda l'applicabilità del divieto di subappalto di cui all'art. 37, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006 oltre che alle categorie di cui all'art. 72, comma 4, del D.P.R. n. 554/99, anche alle categorie generali.

Detta questione non ha trovato unanime risoluzione in sede giurisdizionale, tanto che la giurisprudenza prevalente (cfr. Cons. Stato, sez. VI n. 4671/03 e Cons. Stato, sez. IV, n. 6701/04, T.A.R. Brescia n. 1349/2006), ritiene che il divieto di subappalto per le lavorazioni appartenenti alla categoria OG11 possa operare solo laddove il bando di gara, che costituisce la *lex specialis* della stessa, lo preveda espressamente.

Secondo la citata giurisprudenza è pertanto illegittima

l'esclusione dell'impresa non in possesso di qualificazione in una categoria generale scorporabile, indicata nel bando in aggiunta alla categoria prevalente, qualora il bando non preveda espressamente il divieto di subappalto.

Pertanto, anche questa Autorità, con la determinazione n. 31/2002, ha invitato le stazioni appaltanti a prevedere nei bandi di gara specifiche regole al riguardo.

Nel caso di specie, il bando relativo alla gara in questione indicava genericamente la categoria OG1 per un importo pari ad euro 200.904,15 e la categoria OG11 per un importo pari ad euro 102.195,85 e richiedeva, ai fini della partecipazione alla gara, il possesso dell'attestazione SOA o ARA, di cui alla L.R. n. 14/2002, relativa ad almeno una delle categorie indicate.

**DELIBERAZIONE AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE  
15 novembre 2006, n. 80**

**Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da FEDERLAZIO - Lavori di recupero e conservazione della Villa Imperiale del Casale nel Comune di Piazza Armerina**

Ritenuto in diritto

1. In relazione alla nota di chiarimenti resa dalla S.A. alle imprese si evidenzia quanto segue.

La previsione normativa di cui all'art. 5, comma 3, del D.Lgs. n. 30/2004, richiamata dall'art. 253, comma 30, del D.Lgs. n. 163/2006, riconosce all'Amministrazione la facoltà di richiedere - come requisito aggiuntivo di qualificazione - l'esecuzione di specifici lavori della medesima *species* di quelli che si intendono affidare.

Da ciò consegue che il chiarimento fornito dalla S.A. in merito alla natura di detti requisiti ulteriori non può essere interpretato come elemento di novità rispetto a quanto disposto dal bando, ma esclusivamente alla stregua di chiarimento circa la riconducibilità dei requisiti stessi nella categoria OS2.

2. Per quanto attiene alle modalità di dimostrazione degli ulteriori requisiti richiesti occorre evidenziare che, nel caso di specie, essi presentano caratteristiche diverse: uno ha carattere quantitativo (l'aver eseguito lavori di

restauro di mosaici per un importo complessivo di euro 700.000,00) ed uno qualitativo, il cd. lavoro di punta (l'aver eseguito un lavoro di restauro di mosaici di notevole complessità ossia di importo non inferiore a euro 200.000,00).

Relativamente al requisito specifico concernente il lavoro di punta, ne è prescritto il possesso da parte di almeno uno degli associati e non è consentita la relativa dimostrazione attraverso la sommatoria di due o più lavori di importo inferiore.

**IL COMMENTO**  
di Arrigo Varlaro Sinisi

**Il ruolo «conciliativo» dell'Autorità**

Una delle principali novità del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che non sia direttamente collegato alla direttive comunitarie, è certamente costituito dall'introduzione di un meccanismo per la risoluzione delle controversie insorte durante una gara, rimesso all'Autorità per la vigilanza.

In proposito l'art. 6, comma 7 lett. n) del Codice dei contratti prevede che l'Autorità «su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l'art. 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266».

Scopo evidente della norma è quello di favorire una deflazione del contenzioso in materia; in questo senso l'auspicio del legislatore è evidentemente nel senso che i chiarimenti dell'Autorità siano idonei a dissuadere le imprese dal proporre azioni giurisdizionali per la soluzione di controversie insorte in sede di gara.

Il Codice ha stabilito poche ed essenziali regole da rispettare per adire l'Autorità:

1) ambito oggettivo: la richiesta di parere deve verte-  
re su di un caso concreto e deve essere relativa ad una  
questione insorta durante lo svolgimento di una gara;

2) ambito soggettivo: la norma si applica a tutti i  
soggetti (stazioni appaltanti o concorrenti) tenuti ad os-  
servare il Codice dei contratti (anche in relazione ai co-  
siddetti «settori speciali» - artt. 206 ss. - ed alle opere  
sottoposte alla disciplina della cosiddetta «legge obietti-  
vo» artt. 161 ss.);

3) condizione per la proposizione della richiesta:  
l'Autorità può essere adita su iniziativa «della stazione  
appaltante e di una o più delle altre parti»;

4) natura del parere: il parere dell'Autorità non è  
vincolante per le parti; esso può anche prospettare una  
possibile soluzione della controversia;

5) onerosità del servizio: in base alla previsione men-  
zionata all'ultimo periodo della norma in commento,  
l'Autorità potrà stabilire una tariffa sulla base dell'effetti-  
vo costo del servizio.

La norma, a ben vedere, istituzionalizza quella che,  
per certi versi, era una prassi. In passato, infatti, l'Auto-  
rità - al di là dei compiti ad essa espressamente attribuiti  
per legge - si era già distinta per una particolare vocazio-  
ne a rendere pareri a stazioni appaltanti, imprese, asso-  
ciazioni di categoria ecc., su qualsiasi questione connes-  
sa alla materia dei lavori pubblici, ivi comprese quelle  
sorte durante l'esecuzione di un contratto d'appalto.

Pareri autorevoli, ma non vincolanti per le parti.

In dottrina (1) si è rilevato che la «nuova» norma  
consentirebbe alle parti di rivolgersi all'Autorità, chie-

dendone il parere su di una determinata controversia ed  
impegnandosi ad osservarla. Si tratterebbe - secondo la  
medesima dottrina - di una ipotesi assimilabile al «bian-  
cosegno», in cui le parti chiedono ad un terzo di riem-  
pire il contenuto del loro accordo, sottoscritto in bian-  
co.

L'ipotesi, senz'altro suggestiva, appare tuttavia di dif-  
ficile percorribilità.

Ciò soprattutto se si considera che il contenzioso in  
materia di gare solitamente ha ad oggetto la tutela di  
interessi legittimi che, in quanto tali - ed a differenza  
dei diritti soggettivi - sono sottratti alla libera disponibi-  
lità delle parti. Diverso sarebbe il discorso del contenzio-  
so legato all'esecuzione di un contratto, il quale tuttavia  
esorbita dall'ambito di applicazione della norma d'inte-  
resse.

Resta in ogni caso la terzietà del soggetto chiamato a  
rendere il parere, la cui autorevolezza dovrebbe dissua-  
dere da comportamenti difformi dalle indicazioni rice-  
vute.

**Il regolamento dell'Autorità**

Il 10 ottobre 2006 la Commissione dell'Autorità ha  
approvato il *Regolamento sul procedimento per la soluzione  
delle controversie ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. n) del  
D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.*

Detto regolamento scandisce in sette articoli i termi-  
ni della procedura, le modalità di presentazione ed i  
contenuti dell'istanza.

Pur in presenza di termini assai serrati per la conclu-  
sione dell'istruttoria, è comunque prevista la possibilità -  
su istanza di parte, ovvero, se ritenuta necessaria, del-  
l'Ufficio Affari Giuridici Settore Precontenzioso, che ge-  
stisce la pratica - di audizione delle parti interessate.

Nel dettarsi le regole della procedura, la Commissio-  
ne dell'Autorità sembra tuttavia aver travisato un prin-  
cipio assai rilevante contenuto nella norma della legge  
da cui trae origine il regolamento stesso. L'iniziativa di  
adire l'Autorità deve essere presentata congiuntamente  
dalla stazione appaltante e da almeno una delle parti in-  
teressate (siano esse cointeressati o controinteressati). In  
questo senso, la congiunzione correlativa «e» («su ini-  
ziativa della stazione appaltante e di una delle parti...»),  
posta tra i due soggetti, non lascia spazio a dubbi: l'ini-  
ziativa ha valore solo se è stata presentata dalla stazione  
appaltante (soggetto necessario) e da almeno una delle  
parti interessate (altri soggetti).

Il regolamento dell'Autorità ha stravolto tale prin-  
cipio.

Nota:

(1) R. De Nicolis, *La definizione precontenziosa delle liti nel Codice appalti*,  
in questa Rivista, 2006, 1376.

L'art. 2 (rubricato *Soggetti richiedenti*) del regolamento prevede infatti che «La stazione appaltante, una parte interessata ovvero più parti interessate possono, singolarmente o congiuntamente, rivolgere all'Autorità istanza di parere per la formulazione di una ipotesi di soluzione della questione insorta durante lo svolgimento di una gara ...». Secondo la norma regolamentare, dunque, la stazione appaltante non è più parte istante necessaria per adire l'Autorità.

L'effetto prodotto dal regolamento è disastroso: una cosa, infatti, è prevedere (come fa il Codice) che la stazione appaltante sia parte necessaria del procedimento «conciliativo», altra cosa è consentire a chiunque abbia interesse di adire l'Autorità al fine di acquisire un parere su una determinata questione relativa ad una gara, anche se la stazione appaltante non aderisce all'iniziativa. Nel primo caso è agevole prevedere che la stazione appaltante, in pendenza del parere dell'Autorità, non adotterà iniziative di sorta in ordine agli sviluppi della gara ed una volta ottenuto il chiarimento, difficilmente si scosterà dallo stesso, salvo adeguata motivazione. Viceversa, se la richiesta di parere è presentata (solo) da una parte diversa dalla stazione appaltante, non vi è ragione per la quale quest'ultima debba necessariamente «arrestare» la procedura di gara, evitando effetti pregiudizievole per chiunque.

In proposito, la previsione contenuta all'art. 4, comma 4 del regolamento, secondo cui «qualora l'istanza è presentata da una parte diversa dalla stazione appaltante, con la comunicazione di avvio del procedimento l'Autorità formula alla stazione appaltante l'invito a non porre in essere atti pregiudizievole ai fini della risoluzione della questione, fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità», appare essere più un auspicio che una effettiva prescrizione.

La stazione appaltante, infatti, in alcun modo è tenuta a conformarsi all'invito dell'Autorità, ben potendo determinarsi, senza ritardi e senza conseguenze, a procedere nell'espletamento delle procedure di gara.

D'altra parte, la *liberalizzazione* da vincoli di sorta alla possibilità di rivolgere istanza di parere all'Autorità rischia di creare una pioggia di richieste da parte delle imprese (e non solo, come si vedrà nel prosieguo), anche in considerazione del fatto che almeno fino ad oggi nulla devono pagare per ottenere il richiesto parere all'Autorità (2).

Le considerazioni che precedono consentono di affermare che il pur apprezzabile tentativo del legislatore di creare i presupposti per agevolare una deflazione del contenzioso amministrativo, rischia di essere frustrato da una previsione regolamentare che appare più orientata ad ampliare il coinvolgimento dell'Autorità nell'esame di controversie, piuttosto che favorire un'effettiva deflazione del contenzioso.

Per altri versi, l'esplosione delle richieste di pareri rivolte all'Autorità che è stata registrata fino ad ora, comporta inevitabilmente l'espletamento di istruttorie som-

marie e, quindi, di pareri non sempre adeguatamente motivati.

Era questo l'obiettivo che ha animato il legislatore nel momento in cui ha concepito questo nuovo modo di risolvere le controversie?

Qualche dubbio rimane.

I pareri in rassegna (n. 80, n. 81 e n. 82) sono stati rispettivamente chiesti da una federazione di imprese, una stazione appaltante, un'impresa e, seppure indirettamente, dall'Associazione nazionale delle imprese di costruzioni.

### Deliberazione n. 82/2006: in tema di esclusione da un gara

Con parere n. 82 in data 15 novembre 2006, l'Autorità si è occupata, su istanza di un'impresa di costruzioni, di un caso in cui la stessa impresa era stata esclusa - a suo dire illegittimamente - da una gara per non aver presentato l'impegno del garante a rinnovare, su richiesta della stazione appaltante, la garanzia fideiussoria provvisoria per la durata di ulteriori 180 giorni nel caso in cui al momento della sua scadenza non fosse ancora intervenuta l'aggiudicazione.

Ad avviso dell'istante il tenore della dichiarazione resa dal garante, secondo la quale «la presente garanzia viene rilasciata anche ai sensi dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006» rispondeva pienamente a quanto richiesto dal bando.

L'Autorità ha rilevato che, ai sensi dell'art. 75, comma 5, del D.Lgs. n. 163/2006, la cauzione provvisoria deve avere validità per almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta; ed ancora, che il bando può richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore in relazione alla durata presumibile del procedimento e può altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, su richiesta della stazione appaltante.

Il tenore letterale della disposizione in esame - ad avviso dell'Autorità - consente di ritenere che la facoltà riconosciuta dalla S.A. in ordine alla richiesta dello specifico impegno a rinnovare la garanzia, laddove la stessa stazione appaltante intenda farvi ricorso, come nel caso di specie, «impone ai concorrenti la presentazione di espressa dichiarazione nei termini richiesti dal bando».

Conclude quindi l'Autorità, nel senso che la mancanza di detta dichiarazione legittima la stazione appaltante a procedere all'esclusione dell'offerente, non po-

#### Nota:

(2) Nel momento in cui l'Autorità stabilirà il tariffario da applicarsi per il rilascio dei pareri, è agevole ipotizzare che si ridurrà il numero delle richieste provenienti dai concorrenti. Viceversa, il recente incremento del costo del contributo unificato per la proposizione di ricorsi amministrativi giurisdizionali, potrebbe ulteriormente incentivare il coinvolgimento dell'Autorità.

tendosi procedere, nel corso della gara, ad integrazione documentale (3).

Il parere dell'Autorità presta il fianco a talune critiche.

L'Autorità, in relazione alla fattispecie esaminata, non chiarisce se la clausola - ex art. 75, comma 5, seconda parte - contenuta nel bando era stata richiesta dalla stazione appaltante «a pena di esclusione».

La questione appare di non poco momento.

A differenza della richiesta dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 133 del Codice dei contratti - prevista, ex lege (art. 75 comma 8) «a pena di esclusione» - per quella di cui alla seconda parte del comma 5 del medesimo art. 75 non è prevista alcuna sanzione. Pertanto, salvo che la *lex specialis* di gara non lo preveda espressamente, è discutibile che, ove un concorrente non rilasci l'impegno del fideiussore ex art. 75, comma 5 seconda parte, lo stesso concorrente possa essere legittimamente escluso dalla gara.

Nel caso di specie poi il concorrente afferma di avere comunque presentato l'impegno del fideiussore, ancorché reso con una formulazione piuttosto ampia.

Ma non è questo il punto.

Ciò che rileva è che la decisione o comunque l'istruttoria effettuata dall'Autorità nel caso in esame non è affatto convincente; delle due l'una: o la *lex specialis* di gara ha previsto come causa di esclusione la mancata presentazione di una espressa dichiarazione di impegno del fideiussore nel senso sopra evidenziato, ed allora ciò doveva essere evidenziato nel parere in commento - che diversamente rischia di essere immotivato - ; ovvero, la *lex specialis* di gara non prevedeva, tra le clausole di esclusione, il caso di cui trattasi: se così fosse, la conclusione cui giunge l'Autorità nel parere in commento non è condivisibile.

In tema di individuazione dei requisiti di gara, la giurisprudenza è costante nell'affermare che operano sostanzialmente almeno due principi: 1) le clausole di esclusione dalla gara vanno intese nel senso che assicurino la massima partecipazione, per cui, ove si rilevi una loro equivocità, se ne deve ammettere un'interpretazione nel modo più favorevole all'ammissione delle offerenti; 2) le speciali prescrizioni sulle formalità da seguire, sono da intendere nel senso sopra enunciato soltanto quando una formalità non sia prescritta a pena di esclusione. Le formalità prescritte nei bandi, nelle lettere d'invito, nei capitolati, devono dunque sempre essere intese come ispirate ai predetti fini (4).

Sul punto, i giudici di Palazzo Spada hanno sì in qualche caso affermato la legittimità della sanzione dell'esclusione di un'impresa da un gara, per avere omesso di produrre la dichiarazione d'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia di cui trattasi, ma in quel caso la sanzione dell'esclusione era prevista espressamente nel bando di gara (5).

### Deliberazione n. 81/2006: in tema di subappalto della categoria OG11

Con parere n. 81 in data 15 novembre 2006, l'Autorità si è occupata della *vexata questio* relativa all'applicabilità del divieto di subappalto di cui all'art. 37, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006, oltre che alle categorie di cui all'art. 72, comma 4, del D.P.R. n. 554/99, anche alle categorie generali.

L'Autorità ricorda che la problematica non ha trovato unanime risoluzione in sede giurisdizionale. In ogni caso la giurisprudenza prevalente ritiene che il divieto di subappalto per le lavorazioni appartenenti alla categoria OG11 possa operare solo laddove il bando di gara, che costituisce la *lex specialis* della stessa, lo preveda espressamente. Diversamente, l'esclusione sarebbe illegittima.

Il caso in esame è quindi risolto dall'Autorità in linea con la giurisprudenza prevalente e quindi, poiché il bando non prevedeva alcun espresso divieto, correttamente la stazione appaltante non ha escluso l'impresa che, ove non in possesso della qualificazione nella categoria scorporabile OG11, ben avrebbe potuto subappaltare la stessa (sempre che, aggiungiamo, l'impresa lo abbia espressamente dichiarato al momento della presentazione dell'offerta: ma tale circostanza non è chiara nella ricostruzione dei fatti così come appare nel testo della deliberazione in commento).

### Deliberazione n. 80/2006: in tema di avalimento

La deliberazione n. 80/06 si occupa, seppure marginalmente, dell'istituto dell'avalimento.

Il caso portato all'attenzione dell'Autorità era relativo ad una appalto di beni culturali il cui bando prevedeva il divieto di avalimento in relazione al requisito derivante dalla previsione normativa di cui all'art. 5, comma 3, del D.Lgs. n. 30/2004, richiamata dall'articolo 253, comma 30, del D.Lgs. n. 163/2006, che riconosce alla stazione appaltante la facoltà di richiedere - come requisito aggiuntivo di qualificazione - l'esecuzione di specifici lavori della medesima *species* di quelli che si intendono affidare.

L'ANCE ha segnalato il suddetto bando all'Autorità, evidenziando come detta previsione fosse in contrasto con la violazione dei principi di massima partecipazione e concorrenza delle imprese alla gara.

#### Note:

(3) A supporto del parere, l'Autorità richiama quella giurisprudenza secondo la quale la stazione appaltante può invitare a completare o a chiarire la documentazione e le dichiarazioni presentate nella sola ipotesi di regolarizzazione dei documenti medesimi e, una volta accertato che la documentazione depositata ai fini della partecipazione alla gara è non difforme e carente rispetto a quella prevista dalla *lex specialis* della gara, e che quest'ultima non presentava alcun margine di ambiguità (Cons. stato, sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5198).

(4) *Ex pluribus*, Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2003, n. 7120; recentemente Cons. Stato, sez. VI, n. 121/2007.

(5) Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2001, n. 3183.

Ad avviso dell'Autorità il bando era perfettamente legittimo, atteso che che: «il divieto di ricorso all'avvalimento contenuto nel bando di gara non altera la concorrenzialità fra le imprese, tenuto conto della speciale natura dell'opera e, quindi, della previsione di carattere speciale e di settore di cui all'ultimo periodo del comma 30 dell'art. 253 del D.Lgs n. 163/2006 in base alla quale, ai fini della valutazione della sussistenza del requisito specifico, possono essere utilizzati unicamente i lavori effettivamente realizzati dal soggetto esecutore».

La riportata opzione interpretativa dell'Autorità, nella parte in cui coglie nel comma 30 dell'art. 253 del D.Lgs n. 163/2006 una norma speciale riservata al comparto dei beni culturali, non appare condivisibile.

Detta disposizione, infatti, altro non è che una norma transitoria, emanata in attesa dell'entrata in vigore del regolamento di qualificazione di cui all'art. 201 dello stesso Codice.

La seconda parte del comma 30 in esame - sempre in attesa del regolamento di qualificazione di cui all'art. 201 - attribuisce alle stazioni appaltanti la facoltà di prevedere negli atti di gara, quale ulteriore requisito di partecipazione al procedimento d'appalto, l'avvenuta esecuzione, nell'ultimo decennio, di lavori nello specifico settore cui si riferisce l'intervento, individuato in base alla tipologia dell'opera oggetto dell'appalto. Tale previsione trova la sua genesi all'art. 24, comma 2 del D.P.R. n. 34/2000, secondo cui: «I lavori sui beni immobili soggetti alle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali sono utilizzati ai fini della qualificazione soltanto dall'impresa che li ha effettivamente eseguiti sia essa aggiudicataria o subappaltatrice».

Orbene, se è condivisibile quanto ritenuto dall'Autorità, ossia che tale disposizione costituisce una deroga al principio generale - previsto al precedente comma dello stesso art. 24 - secondo cui è consentito all'impresa aggiudicataria recuperare una quota percentuale delle lavorazioni eseguite dal subappaltatore, altrettanto non può dirsi in ordine alla disciplina dell'avvalimento.

Come noto, attraverso tale istituto il concorrente ad un gara può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, «avvalendosi dei requisiti di altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto». La congiunzione avversativa «o», nel citato periodo del primo comma dell'art. 49, autorizza a ritenere che qualunque tipo tra le suddette categorie di requisiti, oltre alla SOA, può essere «acquisita» dal concorrente attraverso l'avvalimento.

Non vi è ragione per ritenere che tale previsione, di carattere generale, sia derogata dall'art. 253; norma che, giova ribadire, è sottesa unicamente alla disciplina transitoria del Codice (ed in particolare, il comma 30, per lo specifico settore dei beni culturali).

Unica possibilità per limitare il ricorso all'avvalimento è quella prevista nella seconda parte del comma 7

dell'art. 49 del Codice dei contratti, in base al quale «Il bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso» (6).

È evidente che il ricorso a tale facoltà è, come chiaramente riportato nella menzionata norma, connesso alla «natura o all'importo dell'appalto» e, dunque, necessita di una congrua motivazione della stazione appaltante in tal senso.

Di tutto ciò non vi è menzione nella deliberazione in commento.

Nota:

(6) MANCA TESTO NOTA.