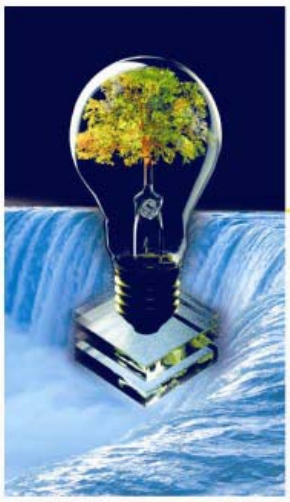
Confederazione Nazionale
dell'Artigianato e della Piccola
e Media Impresa
CNA Regionale dell'Emilia Romagna

ELYO Italia



Nuovi modelli per la qualificazione degli appalti pubblici e la valorizzazione dei sistemi imprenditoriali locali

LA MANUTENZIONE ED IL SERVIZIO ENERGIA

"Il bando di gara: strumento di qualificazione o di discriminazione delle imprese?"

Relazione di:
Antonio Carullo
Università degli Studi di Bologna

Bologna, 26 novembre 2007
Royal Carlton Hotel

La materia degli appalti pubblici sta vivendo una importante fase di evoluzione. Le direttive europee del 2004 confermano e sviluppano l'orientamento **pro-concorrenziale** della **DISCIPLINA COMUNITARIA**.
Il recepimento nella legislazione nazionale, con il **CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI**, offre un'opportunità di recupero dell'efficienza dell'azione pubblica alla luce del fatto che il buon funzionamento del mercato degli appalti pubblici rappresenta un fattore fondamentale di competitività delle imprese del nostro Paese e un passaggio obbligato per garantire la piena operatività del confronto concorrenziale – inteso come valore da promuovere oltre che da tutelare - nell'economia europea. Procedure di gara strutturate in modo da non introdurre discriminazioni, gestite in modo trasparente e adeguatamente pubblicizzate, rappresentano la cartina al tornasole del grado di apertura di un paese alla concorrenza europea.

Il rapporto di **correlazione** tra settore degli appalti pubblici e principio di libera concorrenza si manifesta in tutto l'articolato normativo comunitario, ad iniziare dal vasto insieme dei *Considerando* che precede l'articolato delle due direttive cui il codice dà attuazione.
Al principio della **concorrenza effettiva**

a) si ispira il **TCE** (artt. 28-30 e 43-55 sulla libertà di circolazione delle merci, lavoratori, servizi, capitali nonché sulla libertà di stabilimento; artt. 81 e ss. in tema di tutela e di valorizzazione della concorrenza tra le imprese dei Paesi CE, nell'àmbito di un mercato unico economico, comprensivo di un mercato unico degli appalti)
b) si ricollegano i principi di buon andamento ed imparzialità dell'agire amministrativo *ex* **art. 97 Cost.** (già **art. 41 Cost.**)
c) fa esplicito riferimento l'art. 117 Cost., in seguito alla riforma del **Tit. V** Cost.
d) volge la **l. n. 241/1990** e la **l. n. 15/2005**

Anche in giurisprudenza, è ormai noto l'orientamento dei giudici comunitari verso la costruzione di un "diritto europeo degli appalti", con particolare riferimento alla tutela della concorrenza e all'esigenza di coordinamento a livello comunitario delle procedure proprio al fine di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro
v. CGCE, 12 dicembre 2002, causa C-470-99 *Universale-Bau G.*; 17 settembre 2002, causa C-513/99 *Concordia Bus*, punto 81; 16 settembre 1999, causa C-27/98 *Metalmeccanica Fracasso s.a.*, punto 26

Con particolare riferimento dunque al settore dei contratti pubblici, occorre interrogarsi sul grado effettivo di **concorrenzialità delle procedure ad evidenza pubblica**, puntando in particolar modo ad inquadrare il rapporto tra <u>qualificazione e concorrenza</u> (nel settore che maggiormente interessa in questa sede, quello degli affidamenti di servizi) con riguardo alla individuazione dei *requisiti di partecipazione* che, va anticipato, impongono il rispetto dei principi di *proporzionalità* e *ragionevolezza* rispetto alla prestazione richiesta.
L'analisi, come vedremo, va condotta sul duplice piano dell'entità dei requisiti, sotto un profilo quantitativo, e con riguardo alla tipologia stessa di questi ultimi, da un punto di vista qualitativo (soprattutto se tra le condizioni di partecipazione alla procedura di affidamento figura l'espletamento di *servizi analoghi*), fermo restando la *funzione di garanzia* che gli stessi rappresentano per la p.a.
Sotto il profilo dei requisiti di partecipazione, sarà interessante anche volgere lo sguardo alle <u>A.T.I.</u> interrogandosi sulla possibilità che non tutte le imprese raggruppate debbano essere in possesso dei predetti requisiti e sul condizionamento della forma delle A.T.I. medesime da parte della S.A.
In un momento diverso si colloca poi la questione dei <u>criteri di aggiudicazione</u>.
L'esercizio del potere discrezionale da parte della S.A. nel prescrivere adeguati requisiti per la partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici potrebbe, invero, spingersi fin all'aggiudicazione; fase in cui, l'esercizio di un potere discrezionale dovrà comunque attenere alla valutazione dell'offerta, e mai del concorrente.

Non ultimo diviene importante considerare il monitoraggio nella **fase esecutiva dei contratti**.
L'andamento delle procedure competitive per la scelta del contraente privato è infatti un *test*

importante per valutare le capacità di programmazione, progettuali, tecniche e giuridiche delle p.a.. Il mercato degli appalti pubblici costituisce anche un indicatore della qualità delle amministrazioni. L'importanza di assicurare un'ampia ed effettiva concorrenzialità nelle procedure di gara si pone in diretto (forse inverso) rapporto con la determinazione di requisiti talmente elevati da ridurre sensibilmente il n° di concorrenti. Ciò non solo determina una riduzione di concorrenza sulle offerte presentate, ma si può accompagnare ad un ulteriore problematica. Infatti, soprattutto nei contratti complessi spesso si rileva una difficoltà per la PA di assicurare un'effettiva verifica (in particolare nei contratti complessi di *global service*; etc.) circa il corretto adempimento delle prestazioni eseguite. La concorrenza delle procedure di affidamento è suscettibile di incidere direttamente sull'efficienza dell'azione della PA laddove i servizi che essa affida sono attribuiti in condizioni di limitata concorrenzialità e di difficile verifica della qualità delle prestazioni rese.
Infine, la riflessione verso l'adozione di possibili schemi negoziali caratterizzati da una definizione delle prestazioni da assicurare secondo *standard* di risultato.

I. LA CONCORRENZIALITÀ DELLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA

1. Rapporto tra qualificazione e concorrenza (in particolare nell'ambito degli affidamenti di servizi)

Il **codice** dei contratti pubblici, proprio per la sua natura, risponde all'esigenza di fondo di semplificazione e di flessibilità, delle regole degli appalti pubblici.
Nel recepire i due testi comunitari (direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE), infatti, il codice cerca di combinare l'urgenza di attribuire alla S.A. strumenti di azione più flessibili con il compito di conformare l'esercizio di tale libertà all'*acquis communautair*e, ossia ai principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, reciprocità, proporzionalità e concorrenza (v. anche art. 2).
Molti istituti contemplati dal nuovo codice rispondono, in maniera più o meno specifica e diretta, all'obiettivo di conformare i principi in materia di appalti pubblici agli *standard* concorrenziali. Tra questi ricordiamo, ad esempio, l'introduzione di:
1) un maggiore rigore nella predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa
2) un più articolato contraddittorio nella fase di verifica delle offerte anomale
3) il principio di equivalenza delle specifiche tecniche inerenti le prestazioni contrattuali in edilizia

Primario il compito assegnato all'**AVCP** → creare le "pre-condizioni" affinché il confronto tra imprese nell'ambito della gara possa essere informato a criteri di non discriminazione, proporzionalità e trasparenza
(cfr. segnalazione sui *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*, 28 settembre 1999 e segnalazione sui *Bandi predisposti dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici – Consip S.p.A.*, 30 gennaio 2003).

Il rispetto del principio di **proporzionalità,** nella costruzione delle clausole e quale canone interpretativo sussidiario delle clausole di gara, e di **ragionevolezza** dei requisiti di partecipazione rispetto alla prestazione richiesta va valutato

→ sotto un profilo quantitativo (entità dei requisiti)
con riferimento all'individuazione dell'**oggetto della gara**
poiché ogni gara dovrebbe essere bandita in relazione ad una *prestazione valutata nella sua interezza* evitando di allargare indebitamente l'oggetto del bando così da precludere, di fatto, la partecipazione ad imprese che in ipotesi potrebbero profittevolmente realizzare una sola prestazione, o di frazionare detto oggetto così da escludere le imprese estere

→ sotto un profilo qualitativo (tipologie di requisiti)
circa l'individuazione dei **requisiti di partecipazione** alle gare, in particolare di *idoneità tecnica* e di *solidità economico-finanziaria* (nella specifica materia degli appalti di servizi, disciplina

contenuta *ante* Codice nel d.lgs. n. 157/1995, artt. 14-17 (di recepimento della Dir. 92/50/CEE, abrogata - ad eccezione dell'art. 41 - dalla Dir. 2004/18/CE, art. 82)
L'ente pubblico dovrebbe infatti rispettare i principi di ragionevolezza e imparzialità privilegiando criteri volti ad individuare le *effettive capacità tecniche* dei partecipanti evitando prescrizioni che di fatto favoriscano taluni operatori rispetto ad altri quali, ad esempio, l'aver già fornito all'ente pubblico prestazioni analoghe a quelle oggetto della gara

Stante la **natura di norma giuridica vincolante** riconosciuta al principio di proporzionalità (invocato, nelle procedure di gara, per legittimare la necessità di un'attenta valutazione comparativa, fra le esigenze di pubblico interesse e gli interessi privati: già CGCE, 13/07/1962, causa C-19/61, Mannesmann AG, c. Alta Autorità), è in generale inibita all'Amministrazione la possibilità di fissare in sede di bando requisiti di partecipazione *diversi, ulteriori e più restrittivi* di quelli legali, che travalicano il limite della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto all'oggetto dell'appalto, al solo fine di restringere eccessivamente il numero dei potenziali concorrenti.
Alcune tra le pronunce nazionali più significative evidenziano che i principi di proporzionalità e ragionevolezza costituiscono proprio il **fondamento e il limite dei "requisiti aggiuntivi"**.
L'art. 13 del d.lgs. 157/95 lascia integro il *potere dell'Amministrazione di fissare requisiti ulteriori ai fini della dimostrazione della idoneità economico finanziaria* dell'impresa partecipante, sempreché essi non appaiano in alcun modo illogici e sproporzionati, tenuto conto della rilevanza economica del contratto da stipulare; appare chiaramente contraria a principi di ragionevolezza e di proporzionalità la clausola che imponga ai concorrenti di dimostrare il possesso di requisiti di capacità economica e finanziaria che *eccedono di più di nove volte l'oggetto del contratto*.

Ancora, il criterio della **soglia di fatturato** realizzato dal partecipante può ostacolare l'ingresso sul mercato soprattutto laddove sproporzionata rispetto all'ammontare della prestazione oggetto della gara. Interessante l'orientamento dell'A.V.C.P. secondo cui la richiesta di un fatturato, nel triennio antecedente il bando, pari ad un importo superiore al doppio del valore dell'appalto, si manifesta come *non proporzionata e restrittiva della concorrenza* poiché l'operato delle stazioni appaltanti si deve conformare al rispetto del principio della concorrenza e rivestire carattere di ragionevolezza e proporzione, conformità che deve essere valutata in concreto in correlazione al valore dell'appalto (AVCP n. 62/2007).

In materia di requisiti di ammissione alle gare di appalto, le norme regolatrici (comunitarie e interne - ad es. art 43 codice sulla dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti che può essere fornita in diversi modi a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso) prevedono *fattispecie elastiche*, strutturate su *concetti non tassativi*, ma indeterminati, con la conseguenza che in sede di bando di gara l'Amministrazione appaltante ben può autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole:
si pensi, in tal senso, ad una **clausola territoriale** che, legata ad esigenze prettamente organizzative della S.A., connesse alla possibilità di poter operare un controllo delle operazioni con le economie di personale (essendo evidente che la dislocazione delle sedi operative delle imprese partecipanti – e quindi della futura aggiudicataria della gara – in un determinato ambito territoriale incide inevitabilmente sulle modalità e sui tempi di trasporto dei mezzi da riparare da e per la sede operativa nonché sulle modalità di effettuazione dei controlli da parte della S.A., con ricaduta sulla loro celerità, sui loro costi e sul tempo che il personale chiamato alla loro effettuazione dovrà ad essi dedicare), non sarebbe né illogica né irragionevole e non si porrebbe in contrasto con nessuno dei principi derivanti dalla normativa nazionale o comunitaria non traducendosi in una illegittima discriminazione tra le imprese che, in mancanza di sede operativa nell'ambito territoriale indicato, potrebbero ricorrere a soluzioni alternative quali il sistema del raggruppamento o del contratto d'affitto di ramo d'azienda o al comodato; ovvero ad un'apposita clausola che consente alla S.A. di limitare l'ammissione dei concorrenti, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica, soltanto a quelli che abbiano svolto e documentino **servizi identici** a quello oggetto dell'appalto nel triennio precedente (v. art. 13 d.lgs. n. 157/1995 che, nel disciplinare i requisiti di capacità economica, pretendeva espressamente il fatturato relativo a servizi identici a quello oggetto di gara) ove l'identità dei servizi sia *chiaramente ed inequivocabilmente espressa* e risponda ad un precipuo *interesse* dell'amministrazione; e ancora,

alla richiesta di idonee **referenze bancarie**, rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione e sindacabile solo nell'ipotesi che la stessa sia palesemente eccessiva avuto riguardo alla natura della gara

Va ricordato che, nella sua generale funzione di curatrice degli interessi pubblici, la p.a. deve poi conformare la sua attività, oltre che ai canoni di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa, anche a parametri di legittimità rinvenienti dalle **norme internazionali** (ad es. in materia di risparmio energetico scaturenti dal protocollo di Kyoto che riguardano il delicato settore del consumo energetico per cui non appare illogico e incoerente con il fine pubblico della gara in esame, richiedere alle imprese partecipanti di dimostrare una certa professionalità ed esperienza nel settore specifico del risparmio energetico)

1.2 Il riferimento ai cd. "servizi analoghi" costituisce un criterio potenzialmente restrittivo?

Il potere discrezionale della S.A. di prescrivere adeguati requisiti per la partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici è soggetto a limiti connaturati alla funzione affidata alle clausole del bando volte a prescrivere i requisiti speciali; funzione che consiste nel delineare - attraverso l'individuazione di specifici elementi sintomatici di capacità economica-finanziaria e tecnica - il profilo delle imprese che si presumono idonee sotto il profilo dell'affidabilità economica, finanziaria e tecnica a realizzare il programma contrattuale perseguito dall'amministrazione ed a proseguire nel tempo l'attività appaltata in modo adeguato e flessibile.
Ogni clausola del bando di gara che richiede l'espletamento di servizi analoghi "per almeno tre anni negli ultimi cinque" è stata interpretata nel senso dell'espletamento di detti servizi in ciascun anno del triennio considerato e non già nell'arco del triennio stesso (quindi anche in uno solo di essi), essendo la sua *ratio* quella di verificare l'affidabilità delle ditte partecipanti nel tempo, per almeno tre anni del quinquennio, considerato che la costanza di svolgimento dei servizi in questione costituisce plausibilmente criterio indicativo della serietà delle stesse.
Ogni prescrizione di tal genere, pur potendo variare entro limiti minimi e massimi, dovrebbe comunque rispondere ad *esigenze oggettive* dell'Amministrazione, adeguate e comunque non eccessive rispetto e commisurate all'effettivo *valore della prestazione*, adeguato in base alla specificità del servizio appaltando ed alle speciali caratteristiche della prestazione e della struttura in cui deve svolgersi, nel rispetto dei principi di ragionevolezza ed imparzialità dell'azione amministrativa e nel rispetto dei principi, di derivazione comunitaria ed immanenti nell'ordinamento nazionale, di concorrenza ed apertura del mercato degli appalti pubblici.
Ne deriva che, la valutazione dell'idoneità tecnica, finanziaria ed economica, quando si riferisce ad aspetti di carattere oggettivo (come il numero di servizi analoghi espletati dai concorrenti a dimostrazione della esperienza maturata nel settore), va effettuata, in via di principio, con riguardo al rilievo economico degli stessi (in conformità, peraltro, con quanto previsto in tema di capacità tecnica dall'art. 14 co. 1 lett. a) d.lgs. n. 157/1995) e non limitato al solo aspetto oggettivo dei servizi considerati.

Oltre che a garanzia della ***par condicio*** tra i partecipanti, tenuti a presentare le proprie offerte rispettando i soli requisiti richiesti nel bando, le prescrizioni del bando di gara, *lex specialis* del procedimento, sono poste a **garanzia della trasparenza della scelta della p.a.** e per questo non possono essere integrate o modificate dalla S.A. successivamente alla partecipazione dei concorrenti.
I requisiti per la partecipazione alle gare sono infatti preordinati ad assicurare la necessaria corrispondenza tra l'idoneità della ditta partecipante, alla quale il requisito è richiesto, ed il servizio, opera o fornitura oggetto della gara medesima. La previsione di requisiti di tale tipo risponde all'imprescindibile esigenza, a sua volta *connessa con il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa*, di ottenere, nel complesso, una *garanzia qualitativa* di un determinato ed atteso livello, riferita all'esecuzione dell'intero rapporto contrattuale, considerato in ciascuna delle singole fasi di svolgimento. Il possesso di requisiti pertinenti con l'oggetto della gara mira, quindi, ad assicurare che l'impresa, cui affidare la realizzazione dell'opera o lo svolgimento del servizio o della fornitura, possa ritenersi idonea ad effettuare la prestazione secondo un livello minimo di aspettative, sulla base di un indice presuntivo di idoneità.

Quale garanzia per l'amministrazione appaltante, relativamente alla veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa prescritti dal bando o dalla lettera di invito, è prevista la cauzione provvisoria con l'ulteriore obiettivo di salvaguardare l'amministrazione, oltre che dal rischio di partecipazioni strumentali o emulative, anche da vicende pregiudizievoli relative al contratto e ciò sia sotto il profilo della stipulazione (art. 75 co. 6 codice) che dell'esecuzione (co. 8). In tal senso, saranno consentite solo le variazioni espressamente previste (co. 5)

Si consideri peraltro che la più nota questione della c.d."**perdita di chance"** per una p.a., non garantendo la concorrenza, la espone ad un possibile risarcimento di danni erariali.

2. I requisiti delle A.T.I.

Ulteriore punto estremamente rilevante attiene all'utilizzo degli strumenti associativi, quale i raggruppamenti temporanei di imprese (R.T.I.), suscettibili di prestarsi a strumentalizzazioni anticoncorrenziali laddove invece la loro *ratio* vorrebbe essere proprio quella di consentire una più ampia partecipazione alle gare.
Dall'orientamento prevalente dell'**A.V.C.P.** si evince che al fine di evitare usi distorti dei R.T.I., i bandi dovrebbero escludere la possibilità del ricorso alla partecipazione in R.T.I. per quelle imprese che sarebbero già in grado di soddisfare singolarmente i requisiti tecnici e finanziari per partecipare alle gare.
In senso generale, i requisiti soggettivi di capacità tecnica ed economica, richiesti per la partecipazione ad una gara d'appalto di servizi, devono essere posseduti in via di massima da **ciascuna impresa raggruppata**, salvo che la legge o, soprattutto, il bando di gara dispongano altrimenti. La necessità di dimostrare il possesso della capacità tecnica è infatti relazionata all'esigenza di evidenziare l'**idoneità individuale** di un'impresa a svolgere un servizio pubblico, per cui, anche se riunita in A.T.I., in quanto componente della stessa, non è possibile prescindere da detta dimostrazione.

L'**art. 37 codice** prescrive che in caso di forniture e servizi:
a) tutte le imprese riunite devono essere in possesso dei requisiti generali di ammissione
b) si pone un problema di ripartizione solo per i requisiti di capacità economica e tecnica
c) alcuni requisiti di capacità economica e tecnica sono infrazionabili e non cumulabili (dichiarazioni bancarie, certificazione di qualità)

In giurisprudenza, prevale l'orientamento secondo cui il perseguimento di interessi sopraindividuali, tipico di una procedura ad evidenza pubblica, non consente che gli stessi siano perseguiti con l'utilizzo di imprese che non abbiano adeguatamente dimostrato la loro idoneità e la relativa esperienza individuale (Tar Sicilia Catania, sez. II, 09 febbraio 2005, n. 208; Tar Lazio, Roma, II-ter, n. 923/07).

Invero gli **artt. 186, co. 2 e 191, co. 9 codice**, non consentendo l'associazione di imprese da sole aventi classifiche di qualificazione insufficienti per la partecipazione ad una determinata gara richiedente classifica superiore, si pongono in contrasto con le previeni degli **artt. 47 e 48 della Direttiva 2004**, espressione di principi concorrenziali, secondo cui i soggetti riuniti in A.T.I. possono concorrere ai fini della dimostrazione dei requisiti tecnico, economico-finanziari necessari per la partecipazione alla gara infatti, gli operatori economici concorrenti in pubbliche gare d'appalto, possono, "se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro "legami con questi ultimi", in tal caso dovendo peraltro dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporranno "dei mezzi necessari", alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.
Conformemente al disposto si ritiene illegittima la clausola che, in caso di associazione temporanea d'imprese, pretende il requisito dell'iscrizione all'albo regionale in capo a tutte indistintamente le imprese associate. Sia in sede di ammissione alla gara, sia in sede di attribuzione del punteggio, anche la capacità economico-finanziaria (al pari di quella tecnico-

organizzativa) costituisce infatti un requisito di natura prettamente oggettiva, da valutarsi in quanto tale nei confronti del **raggruppamento complessivamente considerato**, e non anche nei riguardi delle singole imprese associate. La pretesa dell'amministrazione di sindacare la composizione strutturale dei soggetti partecipanti, graduando arbitrariamente il punteggio sulla base di elementi che non incidono sulla complessiva affidabilità economica del raggruppamento e penalizzando in definitiva le piccole e medie imprese che non raggiungano la rilevante soglia percentuale di fatturato indicata dal bando, si risolve quindi in una scelta non proporzionale alle finalità di interesse pubblico perseguite, e per giunta gravemente contraddittoria con le linee guida a cui si ispira la normativa nazionale e comunitaria in tema di associazioni temporanee, intesa precipuamente a favorire l'accesso ai pubblici appalti anche ad imprese individualmente non dotate dei necessari requisiti finanziari o tecnici di partecipazione, ma egualmente in grado di fornire un valido contributo concorrente alla realizzazione dell'opera o, come nella specie, del servizio (C.G.A.R.S., 26 gennaio 2006, n. 29).

Recenti pronunce del g.a. di primo grado hanno evidenziato che, se già vi sia nell'A.T.I. costituita o costituenda **almeno uno** dei contraenti generali da solo in possesso di classifica di qualificazione adeguata alla gara cui si intende partecipare (non essendo invece possibile, ai fini della necessaria qualificazione, la sommatoria della qualificazione posseduta dai vari soggetti associati o associandi, dovendo tale qualificazione essere per intero posseduta da almeno una delle imprese riunite), la partecipazione dei contraenti generali in forma associata deve ritenersi consentita (Tar Lazio Roma, sez.III 2 ottobre 2007, n. 9630).
In tal modo, tuttavia, la veste esteriore dell'A.T.I. rischia di agevolare il perseguimento di scopi anticoncorrenziali.

Va aggiunto che, nell'ipotesi di **aggiunta di a.t.i.**, in corso di gara, di un'impresa o sostituzione di un'impresa con un'altra nuova, diviene quasi impossibile svolgere un tempestivo e completo controllo del possesso dei requisiti, con grave ed irreparabile pregiudizio dell'interesse pubblico alla trasparenza delle procedure finalizzate alla selezione delle imprese appaltatrici ed alla affidabilità, capacità, serietà e moralità; non così, in caso di **recesso di un'impresa dall'a.t.i.** considerato che l'intestazione della sua quota di partecipazione all'impresa o alle imprese rimanenti non frustrano alcuna delle predette esigenze.

La riflessione deve poi spingersi a considerare l'eventuale **condizionamento della forma delle A.T.I. da parte della S.A.**, con riferimento all'associazione orizzontale, verticale e mista. In applicazione del principio del *favor partecipationis*, la giurisprudenza legittima l'ammissione ad una gara pubblica in qualità di Ati mista di un raggruppamento di imprese che non abbia le iscrizioni necessarie per partecipare come Ati orizzontale (Tar Valle d'Aosta Aosta, 10 giugno 2004, n. 66).
Come noto il d.P.R. n. 554/1999 (art. 95) riconosce la possibilità che una Ati orizzontale si qualifichi cumulando le iscrizioni possedute in tutte le categorie, comprese quelle scorporabili, ammettendo la qualificazione di una Ati orizzontale la cui mandataria possieda l'iscrizione in misura pari al 40% dell'importo della sola categoria prevalente, anziché dell'importo complessivo dei lavori.
Un consolidato indirizzo giurisprudenziale esclude la modificabilità delle associazioni temporanee di imprese tra la fase di prequalificazione e quella di presentazione dell'offerta, allorché la modifica di composizione riguardi la capogruppo. L'intervenuta modificazione soggettiva del raggruppamento sarebbe infatti in contrasto col principio, anch'esso più volte ribadito dalla giurisprudenza, della contestualità e simultaneità della valutazione delle imprese partecipanti alla gara (CdS, Sez. VI, n. 1452 del 18 marzo 2004 e Sez. V, n. 2335 del 18 aprile 2001).
L'orientamento primeggia altresì tra le pronunce dell'A.V.C.P. secondo cui non può ammettersi la presentazione di un'offerta da parte di un raggruppamento di imprese che, dopo essersi presentato in sede di prequalificazione quale costituenda associazione di tipo orizzontale, ha successivamente modificato la propria composizione, con particolare riguardo all'impresa mandataria (AVCP, delib. n. 19 del 21/03/2006).

3. La discrezionalità nella definizione dei criteri di aggiudicazione

Anche nella definizione dei **criteri di aggiudicazione**, la discrezionalità non dovrebbe mai tradursi in valutazioni del concorrente, bensì attenere all'offerta
Significativa, in tal senso, la cd. circolare Bonino (cfr. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI - CIRCOLARE 18 marzo 2007) sui principi da applicare, da parte delle S.A., nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi.
Gli uffici della Commissione europea – DG per il mercato interno - hanno segnalato al Governo italiano dei casi nei quali stazioni appaltanti italiane, nel redigere i bandi di gara, hanno preso in considerazione, come criteri per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, requisiti che attengono alla capacità tecnica del prestatore anziché alla qualità dell'offerta, in violazione della normativa comunitaria applicabile in materia.

A tal proposito, conviene porre in evidenza la preliminare distinzione tra criteri soggettivi di selezione del contraente, definiti dal giudice comunitario *criteri di idoneità dell'imprenditore* (CGCE, 20 settembre 1988, C-31/87, *Beentjes*) in virtù dei quali l'accertamento deve essere effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice in conformità ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica - artt. 47-52 Direttiva 2004/18/Ce e artt. 38-48 codice -
e *criteri di aggiudicazione* e quindi di «selezione dell'offerta» (CGCE 19 giugno 2003 in causa C-315/01 GAT) consistenti nel criterio del prezzo più basso ovvero, quando l'aggiudicazione si fa a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in diversi elementi variabili, quali il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, il rendimento, il valore tecnico - art. 53 Direttiva 2004/18/Ce e artt. 81-86 codice -
considerati pienamente *alternativi* (CGCE, Sez. II, 7 ottobre 2004, causa C-247/02) potendo le stazioni appaltanti liberamente scegliere a seconda delle caratteristiche concrete dell'opera da realizzare
(per inciso, va ricordato che il diverso *criterio della "media mediata"* fu censurato da CGCE, 28 marzo 1985, C-274/83, Commissione c. Italia).

Si tratta di elementi entrambi volti a garantire un *effetto di selezione in senso progressivo* - passando dalla fase più generale di qualificazione soggettiva a quella di effettiva manifestazione di preferenza per un'offerta specifica - che assolve anche ad una funzione di tutela dei **principi di trasparenza e *par condicio***, nel senso che, tra soggetti tutti potenzialmente idonei, ciò che deve fare la selezione è solo la migliore offerta e ciò sia con riferimento alle esigenze dell'amministrazione, sia in relazione a finalità premiali del concreto sforzo imprenditoriale che le singole offerte sottendono. Il gioco comparativo e, quindi, il momento concorrenziale si risolvono così nella sola verifica della miglior soluzione contrattuale, coincidente con la massimizzazione dell'interesse pubblico rispetto alle risorse dell'impresa concretamente disponibili per erogare la prestazione oggetto di affidamento. Ne consegue l'illegittimità della disciplina di una gara in cui detti momenti si influenzino, o, addirittura, si sovrappongano o confondano, e ciò in quanto in tal modo si darebbe àdito ad una scelta finale che non riguarda la proposta contrattuale "pura", essendo questa contaminata da aspetti non afferibili alle modalità ed all'economicità della specifica prestazione, ma ad una maggiore o minore capacità generale d'impresa, come tale nemmeno necessariamente destinata all'esecuzione dello specifico contratto e quindi sostanzialmente estranea alla sua causa ed al suo oggetto.
Inoltre, sotto il profilo della concorrenza, una siffatta commistione pone il considerevole rischio di limitare ingiustificatamente le possibilità di successo di imprese di minore grandezza, ma di una capacità ritenuta comunque sufficiente e che magari abbiano formulato una proposta contrattuale addirittura maggiormente conveniente.

La Circolare Bonino precisa che l'esperienza, la competenza, le referenze, i lavori già realizzati, le risorse disponibili sono elementi che possono essere utilizzati come criteri di selezione e non devono essere presi in considerazione nel momento di valutazione dell'offerta.
L'offerta deve, invece, essere valutata in base a criteri che hanno una *diretta connessione con l'oggetto dell'appalto* e che servono a *misurare il valore*, ciò che è escluso si possa fare con riferimento alle qualità soggettive dell'offerente (ad es., un'aggiudicazione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consente di determinare la qualità ed il valore tecnico dell'offerta prendendo in considerazione il metodo e l'organizzazione del lavoro ovvero la composizione del *team* proposto per lo svolgimento del servizio).

Già, CGCE, 26 settembre 2000, causa C-225/98, *Commissione c. Francia* affermava che la *ponderazione* di tali elementi di valutazione non può essere frutto di una indiscriminata scelta dell'amministrazione procedente ma è vincolata al rispetto di ben precisi parametri
- collegamento dei criteri con l'oggetto dell'appalto
- espressa menzione nel bando di gara o nel capitolato d'oneri
- garanzia di un'adeguata pubblicità

né *fattori di natura non meramente quantitativa* possono incidere sul valore di un'offerta e determinarne in misura considerevole il valore economico (es. esperienza o capacità tecnica dell'offerente, struttura organizzativa, abitudine alla realizzazione del tipo di progetto considerato dall'appalto e della qualità dei subappaltatori).

Negli **appalti di servizi**, in particolare, la prestazione è spesso condizionata dall'organizzazione e dall'esperienza di mercato dell'offerente che rendono difficile distinguere, nella redazione del bando e dei capitolati, i requisiti di ammissione dagli elementi che costituiscono in concreto il servizio. In sede di gara per l'aggiudicazione dei contratti con la P.A., la S.A. è tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nella *lex specialis* in ordine ai requisiti di partecipazione, ovvero alle cause di esclusione dalla gara, non essendovi spazio per valutazioni di carattere discrezionale sulla ricorrenza dei presupposti di carattere soggettivo od oggettivo come predeterminati, essendo quelli, e non altri, funzionali alla realizzazione dell'interesse pubblico (scelta del miglior contraente possibile in relazione allo specifico oggetto del contratto) che la stessa P.A. deve perseguire attraverso la procedura concorsuale.
Il «merito tecnico» del partecipante può, in ogni caso, divenire determinante nell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, condizionando i requisiti dei soggetti da ammettere alla gara, ma soprattutto gli elementi attinenti alla qualità e al valore intrinseco della prestazione; tuttavia, è stata in genere ritenuta illegittima la clausola della *lex specialis* di una gara per l'affidamento di un servizio pubblico con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa che prevede l'assegnazione di una quota rilevante di punteggio per l'elemento costituito dalla *qualità organizzativa* (e quindi per aspetti che non riguardano le concrete modalità di svolgimento del servizio ma per quelle che si rivelano più propriamente requisiti di capacità tecnica del soggetto partecipante, quali appunto le pregresse esperienze, la formazione del personale, le attrezzature tecniche e gli strumenti di studio) e quella che annovera, tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i vari profili della cd. *capacità operativa*.

Posizioni più possibiliste ritengono che la discrezionalità attribuita dalla disciplina comunitaria alle amministrazioni aggiudicatrici, sia in ordine all'individuazione dei criteri di aggiudicazione sia in relazione all'incidenza che tali criteri devono avere in relazione alla specificità del servizio, non preclude al committente di valutare gli elementi relativi all'*affidabilità dell'offerente*, oltre che in sede di fissazione dei requisiti minimi per l'ammissione alla gara, anche in sede di valutazione dell'offerta, allorché gli stessi *incidano sulla qualità del servizio in gara*. E' legittimo considerare l'esperienza della concorrente non solo in sede di preselezione, ma anche in sede di valutazione delle offerte.

II. Concorrenzialità ed esecuzione del contratto

1. Rapporto tra concorrenzialità della gara e controllo sull'esecuzione del contratto

Nella redazione dei bandi, il principio di proporzionalità condiziona l'esercizio della **discrezionalità amministrativa** circa i contenuti del bando. Il ragionamento fin qui condotto evidenzia come l'amministrazione, nella predisposizione del bando di gara, eserciti un potere attinente al *merito amministrativo* laddove inserisce disposizioni ulteriori rispetto al contenuto minimo *ex lege* previsto.
L'esclusione arbitraria dalle gare, sulla base di stringenti e troppo elevati requisiti, può determinare una riduzione di concorrenza sulle offerte presentate ma altresì un abbassamento del livello di efficienza dell'azione della p.a. in ordine alla effettiva verifica sull'adempimento delle prestazioni eseguite (in particolare nei contratti complessi di *global service*).

L'**efficienza della p.a.** richiede inoltre strumenti più elastici ed efficienti: ne deriva che l'attività contrattuale costituisce uno strumento generale, sempre che sia compatibile con i fini istituzionali cfr. art.4, co. 3, lett. e), l. 15 marzo 1997 n. 59.
La **verifica** dell'idoneità degli offerenti (nelle procedure aperte) e dei candidati (nelle altre procedure) e la loro selezione, rappresenta un momento delicato dell'intera procedura: l'individuazione dei requisiti di partecipazione (che per l'amministrazione procedente rappresenta un obbligo) può prestarsi se non correttamente intesa a costituire barriere all'ingresso dei mercati, precostituendo situazioni di potenziale vantaggio e finendo col violare le norme poste a tutela della concorrenza. E' importante che la verifica avvenga in ossequio a quanto elaborato in sede giurisprudenziale assicurando che:
→ la richiesta di informazioni *ex* artt. 47 e 48 sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto
→ la richiesta da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di livelli minimi di capacità economica, finanziaria, tecnica e professionale, verta su quanto specificato nel bando di gara
→ i livelli minimi di capacità siano comunque connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto.
Gli artt. 73-74 del codice impongono alle S.A., nella determinazione dei contenuti e delle offerte, di richiedere gli elementi essenziali prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'oneri nonché gli altri elementi e documenti utili o necessari nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'opera.
In altri termini, il rapporto tra qualificazione e concorrenza evidenzia la necessità di rispettare principi di proporzionalità e ragionevolezza dei requisiti di partecipazione rispetto alla prestazione richiesta, sotto un profilo sia quantitativo (entità dei requisiti), sia qualitativo (tipologie di requisiti), fermo restando la funzione di garanzia per la PA delle condizioni di partecipazione, senza che ciò si traduca nella creazione di barriere all'entrata.
A garanzia di una maggiore efficienza dell'azione amministrativa, l'impiego su larga scala delle nuove tecnologie nel settore degli appalti pubblici potrebbe favorire un clima di trasparenza ed economicità delle procedure agevolando altresì la più ampia partecipazione (soprattutto per le PMI) e competizione in sede di gara. Produrre, in altre parole, un impatto positivo sulla concorrenza (cfr. Commissione CE, comunicaz. su *e-government*, 26 settembre 2003). Sul piano concreto, l'utilizzo intelligente delle nuove tecnologie offre nuove opportunità al tessuto imprenditoriale delle PMI, spesso collocate anche in aree marginali del paese, al fine di sostenere un costo minore per partecipare a gare pubbliche (che rappresenta, in alcuni casi, una insormontabile "barriera all'accesso").

2. Possibili schemi negoziali

Come si è visto, il rapporto tra qualificazione e concorrenza mostra talune evidenze anche rispetto al rapporto sussistente tra concorrenza ed esecuzione del contratto e, in particolar modo, tra concorrenzialità della gara e controllo sull'esecuzione del contratto.
L'importanza di assicurare un'ampia ed effettiva concorrenzialità nelle procedure di gara si pone in diretto rapporto con la determinazione di requisiti talmente elevati da ridurre sensibilmente il n° di concorrenti. Ciò non solo determina una riduzione di concorrenza sulle offerte presentate, ma può influire su un'ulteriore problematica. Infatti, soprattutto nei contratti complessi spesso si rileva una difficoltà per la PA di assicurare un'effettiva verifica (in particolare nei contratti complessi di *global service*; etc.) circa il corretto adempimento delle prestazioni eseguite. In tale ipotesi si possono determinare situazioni suscettibili di incidere direttamente sull'efficienza dell'azione della PA, laddove i servizi che essa affida sono attribuiti in condizioni di limitata concorrenzialità e di difficile verifica della qualità delle prestazioni rese.
Una possibile soluzione potrebbe ravvisarsi nell'adozione di **forme negoziali** (in particolare nell'ambito dei contratti di servizio energia) che siano caratterizzate non tanto da una puntuale definizione del modo di realizzazione delle prestazioni da parte della S.A. – che rendono il contratto particolarmente complesso anche sotto il profilo del controllo dell'esatto adempimento delle prestazioni assunte – quanto da una definizione delle prestazioni da assicurare secondo *standard* di risultato (es. contratto cd. di *global service* nell'accezione propria, quale strumento dell'Amministrazione "per risultati" - chiara distinzione dei ruoli e "ribaltamento" dell'onere di efficienza nell'esecuzione delle prestazioni), in cui:
→ la capacità decisionale riguardo alle politiche gestionali, rimane in capo all'ente appaltante;

→ si demanda la gestione dei servizi all'impresa che assume, al riguardo, un vero e proprio obbligo di risultato nei confronti dell'amministrazione committente (proprio tale obbligo di risultato ha consentito di assimilare il contratto di global service a quello d'appalto: in tal senso, CdS, sez. VI, sentenza 6 luglio 2006, n. 4292).
Ciò peraltro determina una più chiara attribuzione delle **responsabilità** e una maggiore distinzione dei **ruoli**. Inoltre, corrisponde in misura assai maggiore alla stessa nozione di appalto *ex* art. 1655 c.c. dal momento che nel contratto di appalto la responsabilità dell'organizzazione della prestazione (dunque anche delle modalità di materiale esecuzione delle prestazioni) è ascritta alla responsabilità dell'appaltatore; dunque perché adottare un sistema nel quale il contratto della PA (capitolato speciale) disciplina aspetti che rientrano nell'ambito dell'organizzazione di impresa? Se è per ragioni di garanzia per la PA occorre chiedersi se effettivamente nella prassi ciò si rileva.