

Requisiti per accedere alla gara nel procedimento del promotore

di Rosalba Cori

La partecipazione alle gare bandite dalle pubbliche amministrazioni, pone due fondamentali ordini di problemi: 1) come garantire le amministrazioni circa la qualità e le capacità dei concorrenti; 2) come garantire la creazione di un mercato con il maggiore numero di concorrenti affidabili.

Non è sempre agevole dare risposte equilibrate. Il primo problema può suggerire all'amministrazione di chiedere requisiti di vario tipo e peso. Fra questi, per esempio, *curricula* attestanti esperienza consolidata e non breve.

Il secondo, al contrario, può volere una soluzione che incoraggi anche i “*new comers*”. Si tratta di uno snodo delicato che si può affrontare sia in termini generali di politica normativa, sia in termini di politica propria del decisore della gara (la singola amministrazione). Sotto quest'ultimo aspetto si pongono questioni di adeguata lettura delle norme vigenti.

REQUISITI DEL PROMOTORE-CONCESSIONARIO

La problematica appena richiamata può riguardare, in particolare, le associazioni temporanee d'impresa (“ATI”) che talvolta servono a consentire ai *new comers* di affacciarsi nel mercato delle gare. A questo ultimo proposito si possono immaginare varie fattispecie. In particolare, la fattispecie che viene analizzata in questo articolo, concerne i requisiti di qualificazione che deve possedere il promotore, che non sia anche in possesso dei requisiti del concessionario, che partecipa alla gara *ex art. 37 quater* della legge n. 109/1994 e ss.mm.ii. (“Legge”).

Si ricorda che, nella fase di presentazione della proposta ai sensi dell'art. 37-*bis* della Legge, il promotore deve possedere unicamente i requisiti in-

L'Autore è componente dell'Area Legale dell'Unità Tecnica “Finanza di Progetto” presso il CIPE.

dicati all'articolo 99, comma 1, del DPR n. 554/1999 ("Regolamento"). Solo nella successiva fase di affidamento della concessione il promotore deve dimostrare il possesso dei requisiti richiesti al concessionario ai sensi dell'articolo 98 del Regolamento.

Nel caso in cui il promotore, al momento della presentazione della proposta, possedeva soltanto i requisiti di cui all'art. 99, comma 1, del Regolamento, l'unico modo per acquisire la qualifica di concessionario è quello previsto dal medesimo art. 99, comma 3, ovvero "*associando o consorziando altri soggetti*".

Ciò che si vuole chiarire, soprattutto per risolvere problemi pratici di qualificazione, è se il promotore debba dimostrare, all'amministrazione aggiudicatrice, il possesso dei requisiti del concessionario attraverso la formale costituzione di un'ATI, del consorzio o della società di progetto, ovvero dichiararne semplicemente il possesso, applicando la norma generale di cui all'art. 13, comma 5 della Legge. Tale norma consente la presentazione di offerte da parte di associazioni temporanee di concorrenti o di consorzi di concorrenti, anche se non costituiti, purché l'offerta sia sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno i raggruppamenti o i consorzi e contenga "*l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, da indicare in sede di offerta e qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti*".

Ciò prescrive l'art. 10, comma 1 *quater*, ultimo periodo, della Legge. Quanto alla *verifica*, da parte dell'amministrazione, del possesso dei requisiti dell'aggiudicatario, questa avviene "*entro 10 giorni dalla conclusione delle operazioni di gara*".

DETERMINAZIONE N. 20/2001 DELL'AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI

Della questione ha avuto occasione di occuparsi l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici. Nella Determinazione n. 20 del 4 ottobre 2001, tra i vari argomenti trattati relativamente al procedimento *ex artt. 37-bis e ss.* della Legge, l'Autorità si sofferma sul tema.

Partendo dal presupposto della vincolatività della proposta del promotore, che viene espressamente sancita dall'art. 37 *quater*, comma 2 della Legge, per il caso in cui non vi siano altre offerte nella gara, l'Autorità ha

ritenuto necessario che il promotore, non in possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 98 del Regolamento, "si obblighi nei confronti della PA, già al momento della presentazione della proposta, ad associarsi con i partners necessari *prima dell'indizione della gara* di cui all'art. 37quater della Legge 109/1994 e successive modificazioni, e garantisca idoneamente tale successivo adempimento".

In tal modo, l'Autorità, ritenendo necessaria la concreta associazione delle imprese prima della presentazione delle offerte, afferma come necessaria la *verifica del possesso dei requisiti* propri del concessionario al momento dell'indizione della gara di cui all'art. 37quater della Legge.

Tale soluzione, però, si discosta dal dettato dell'art. 99, comma 3 del Regolamento, secondo il quale "Al fine di *ottenere l'affidamento della concessione*, il promotore deve comunque possedere, anche *associando o consorziando* altri soggetti, i requisiti previsti dall'articolo 98". La norma rinvia chiaramente al momento dell'aggiudicazione ("*ottenere l'affidamento della concessione*") il concreto possesso (*rectius*: verifica) dei requisiti del concessionario, anche associando o consorziando altri soggetti (i verbi coniugati al gerundio stanno ad indicare la fase ultima della gara, ovvero quella dell'aggiudicazione). Ovviamente non si tratta di disquisire soltanto sul tenore letterale del dettato legislativo, ma di ricordare questa norma con il resto delle disposizioni vigenti in materia e con la *ratio* che ad esse presiede.

Vale, infatti, ricordare che il succitato comma 5 dell'art. 13 della Legge, a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 9 della L. n. 415 del 1998, ha eliminato il divieto di costituire associazioni temporanee e consorzi concomitanti o successivi all'aggiudicazione.

La legge n. 415 del 1998 ha, infatti, introdotto anche nel settore dei lavori pubblici i nuovi principi, già seguiti negli appalti di forniture e servizi, relativi alle modalità ed al momento della costituzione del raggruppamento. Fa solo eccezione, nell'ordinamento giuridico italiano, il D.Lgs. n. 158/1995, in materia di settori esclusi, che prevede all'art. 23, comma 6, che "Non è consentita l'associazione anche in partecipazione o il raggruppamento temporaneo di imprese concomitante o successivo all'aggiudicazione della gara".

Si può ben affermare, a questo punto che, essendo venuto meno, anche in materia di lavori pubblici, l'obbligo della costituzione dell'ATI o dei consorzi prima della presentazione delle offerte, al promotore-concessio-

nario debbono applicarsi le stesse norme degli altri offerenti che partecipano alle procedure di evidenza pubblica. Si tratta di applicare il principio di non discriminazione.

I PRINCIPI COMUNITARI DI NON DISCRIMINAZIONE, PARITÀ DI TRATTAMENTO E PROPORZIONALITÀ

La soluzione prospettata dall'Autorità, appare, non pienamente coerente con la *ratio* della Legge e del relativo Regolamento di attuazione, che differenzia i requisiti del promotore da quelli del concessionario, al fine di ampliare il mercato dei promotori favorendo la presentazione delle proposte ad un più ampio numero di soggetti. Il rispetto di tale finalità suggerisce di non rendere più onerosa per il promotore la partecipazione alla gara *ex art. 37 quater* della Legge rispetto agli altri concorrenti della medesima gara.

Si ritiene, infatti, sufficiente che il promotore dimostri di *possedere* i requisiti del concessionario prima dell'indizione della licitazione privata *ex art. 37 quater*, indicando a quale concorrente, in caso di aggiudicazione, sarà conferito mandato speciale con rappresentanza o funzioni di capogruppo e assumendo l'impegno, in caso di aggiudicazione, ad uniformarsi alla disciplina vigente in materia di lavori pubblici con riguardo alle associazioni temporanee o consorzi, così come richiesto nella lettera di invito ai soggetti prequalificati, in applicazione dell'art. 13, comma 5 della Legge.

Appare, altresì, coerente con la *ratio* della Legge, consentire ai promotori di esplicitare le proprie *chances* partecipative senza appesantire le modalità di partecipazione (principio della tutela dei diritti dei singoli¹). Prevedere, infatti, l'obbligo di costituzione dell'ATI o del consorzio prima dell'aggiudicazione della gara, significherebbe aggravare le modalità di partecipazione del raggruppamento, prevedendo ulteriori oneri a loro carico non previsti per gli altri partecipanti alla gara.

Un'interpretazione restrittiva come quella dell'Autorità implicherebbe, d'altra parte, una violazione dei principi comunitari in materia di procedure di evidenza pubblica quali il principio della parità di trattamento ed il principio di non discriminazione². Significherebbe, inoltre, rendere più oneroso per i cosiddetti *new comers*, partecipare in raggruppamento o in consorzio alle gare vere e proprie e, di conseguenza, rendere più difficile per i promotori acquisire i requisiti di qualificazione del concessionario.

I REQUISITI SECONDO LEGGE E REGOLAMENTO E SECONDO LA “LEGGE SPECIALE” DELLA SINGOLA GARA

Il TAR Lombardia, Milano, Sez. III, nella sentenza del 2 luglio 2001, n. 4729, nell'affrontare il tema dei requisiti del promotore per la presentazione della proposta, ha ritenuto che *“l'art. 99 del regolamento approvato con il DPR n. 554/1999 consente a varie categorie di soggetti di assumere il ruolo di promotori e ne estende la partecipazione anche a soggetti diversi e ulteriori rispetto a quelli ammessi alle gare per l'affidamento ai lavori pubblici, senza tuttavia derogare ai principi generali”*.

In precedenza la Corte dei conti, nell'esaminare il sistema normativo che disciplina l'istituto dell'associazione temporanea di imprese, ha ritenuto che tutta la materia sia regolata da norme speciali, non suscettibili perciò di interpretazione analogica, tanto da costituire un sotto-sistema nel complesso quadro della disciplina degli appalti pubblici (Corte dei conti, Sez. contr. Stato, 30 maggio 1990, n. 32)

Tali orientamenti giurisprudenziali confermano che se il legislatore avesse voluto introdurre, relativamente all'acquisizione dei requisiti di qualificazione del concessionario, una disciplina più restrittiva per il promotore, avrebbe dovuto indicarla espressamente. In mancanza deve applicarsi la disciplina generale (art. 14 delle preleggi).

Fin qui il quadro legislativo. Altro discorso va fatto, passando a considerare i margini di discrezionalità delle singole amministrazioni nello stabilire le regole specifiche di ogni singola gara.

Una giurisprudenza ormai pacifica ritiene, infatti, che *“La disciplina che regola i requisiti di ammissione ad una gara per appalto di opere pubbliche nei confronti di imprese associate è posta in primo luogo a garanzia dell'Amministrazione, poiché ne tutela l'interesse a che la partecipazione sia circoscritta ai soli soggetti muniti dei necessari requisiti tecnico economici; pertanto, l'amministrazione stessa, nel predisporre la lex specialis della procedura, ben può rendere più rigorose le condizioni ordinarie, purché non si valichi il limite generale di ragionevolezza e logicità”* (Tar Napoli, 20.11.2000, n. 4317; Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661).

E', dunque, legittimo introdurre limiti più severi di quelli legislativi per quanto concerne i requisiti per l'ammissione alla gara per l'associazione temporanea di imprese, a condizione che tali limiti debbono essere validi per tutti, resi noti al momento dell'inizio della procedura di evidenza

pubblica (rispetto dei principi di pubblicità e di trasparenza). È questa una condizione minima.

Se l'amministrazione ritenesse opportuno chiedere al promotore la concreta costituzione dell'ATI, del consorzio o della società di progetto prima dell'indizione della gara *ex art. 37 quater* della Legge, tale clausola oltretutto deve essere inserita nel bando quale *lex specialis* della gara, deve essere *opportunitamente motivata*. Infatti si tratta di una richiesta ulteriore e maggiormente onerosa per i partecipanti alla gara, rispetto a quanto normativamente previsto. Simmetricamente e nel rispetto della coerenza degli atti amministrativi di un medesimo procedimento, tale previsione dovrebbe essere inserita anche nell'avviso pubblico di sollecitazione delle proposte, così da rendere noto, sin dall'inizio del procedimento *ex art. 37 bis* della Legge, tale ulteriore onere a carico dei partecipanti al procedimento, previsto dall'amministrazione nell'esercizio del proprio potere discrezionale.

IL NUOVO DIRITTO DI PRELAZIONE A FAVORE DEL PROMOTORE

La legge 1° agosto 2002, n. 166, recante “*Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti*”, ha apportato modifiche alla legge quadro in materia di lavori pubblici. In particolare, relativamente al procedimento del promotore, ha introdotto, tra gli altri, il principio secondo il quale, nella procedura negoziata di cui all'articolo 37-*quater*, il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente dall'amministrazione risultando aggiudicatario della concessione.

Ciò significa aver introdotto il diritto di prelazione a favore del promotore – peraltro già previsto da alcune leggi regionali – nel caso in cui quest'ultimo decida di adeguare la propria proposta a quelle giudicate più convenienti.

Introdurre tale norma all'interno del procedimento del promotore, se da una parte ha significato accogliere le richieste dei promotori preoccupati del rischio di soccombere in esito alla procedura negoziata e di vedere, così, vanificata l'attività svolta (salvo ottenere un limitato indennizzo), dall'altro rischia di creare rilevanti problemi giuridici. Primo fra tutti la violazione del diritto della concorrenza e, in particolare, del principio di parità di trattamento tra gli offerenti che partecipano alla procedura di evidenza pubblica³.

Verosimilmente, il rischio di non vedersi aggiudicare la concessione, aggravato dall'introduzione, a parità di condizioni, del diritto di prelazione

a favore del promotore, finirà per scoraggiare gli operatori del mercato dal partecipare a tali gare. Si rischia, di fatto, di annullare il rischio competitivo.

A parte tali notazioni critiche, si rileva che, l'attribuzione di tale diritto al promotore, oltre alla previsione della vincolatività della proposta nel caso in cui non vi siano altre offerte nella gara, aumenta le possibilità che il promotore sia anche l'aggiudicatario della concessione di costruzione e gestione. Il che potrebbe suonare come un argomento a favore dell'indicazione data dall'Autorità di vigilanza, ma a ulteriore scapito della realizzazione di una reale concorrenza.

QUALCHE CONCLUSIONE

Occorre, invece, rimanere ad un'interpretazione teleologica e coerente delle norme indicate. Vale, cioè, confermare che due sono gli interessi da valutare e contemperare: da una parte quello dell'amministrazione aggiudicatrice ad avere un soggetto promotore affidabile, in possesso dei requisiti richiesti dalla norma, atteso che in caso di gara deserta e dell'attribuzione del diritto di prelazione (a parità di condizioni rispetto all'offerta giudicata più conveniente all'esito della procedura di gara) sarà l'aggiudicatario della concessione. Dall'altro, quello del promotore a non veder pregiudicata la propria posizione rispetto a quella dei partecipanti alla gara *ex art. 37 quater*, i quali potranno qualificarsi semplicemente ai sensi del citato art. 13, comma 5 della Legge.

L'amministrazione nelle due suddette ipotesi è vincolata alla proposta del promotore, ma nel caso in cui non sia provata dal promotore medesimo la veridicità della dichiarazione del possesso dei requisiti richiesti dall'art. 98 del Regolamento sono previste alcune sanzioni a suo carico. Potranno essere escusse le cauzioni provvisorie, si potrà provvedere alla segnalazione, ai sensi dell'art. 10, comma 1 *quater* della Legge e dell'art. 27, comma 1, del DPR n. 34/2000, del fatto all'Autorità ai fini dell'adozione da parte della stessa dei provvedimenti di competenza, si potrà provvedere all'eventuale applicazione delle norme vigenti in materia di false dichiarazioni.

Appare, invece, gravoso per il promotore e per i *new comers* che entrano a far parte dell'ATI, nonché contrario ai principi della *par condicio* tra i concorrenti, quello di porre a carico del promotore-concessionario che partecipa alla gara *ex art. 37 quater* chiedere non soltanto il *possesso* dei re-

quisiti ex art. 98 del Regolamento, ma anche la *verifica* di tali requisiti, in un momento antecedente all'aggiudicazione, ovvero prima dell'indizione della gara.

Il contemperamento dei due interessi in gioco porta a ritenere sufficiente l'applicazione dell'art. 13, comma 5 della Legge, relativamente all'acquisizione dei requisiti di qualificazione del concessionario per il promotore che non ne sia in possesso al momento della presentazione della proposta ex art. 37 *bis* della Legge.

Vero è che, l'introduzione del diritto di prelazione a favore del concessionario, aumentando le possibilità che il promotore diventi anche l'aggiudicatario della procedura di gara, potrebbe consigliare l'amministrazione di tutelarsi maggiormente circa l'affidabilità del soggetto promotore, richiedendo nel bando di gara e, ancor prima nell'avviso di sollecitazione, requisiti maggiormente stringenti per il promotore-concessionario e, tra questi, anche la richiesta di concreta costituzione dell'ATI o del consorzio, al momento della presentazione dei requisiti per la partecipazione alla gara, prima ancora dell'aggiudicazione della stessa.

Insomma, qualora l'amministrazione aggiudicatrice non utilizzi il potere discrezionale sopra illustrato, si ritiene che il promotore, abbia l'obbligo di comunicare all'amministrazione l'associazione o il consorzio con altri soggetti al fine di comprovare i requisiti di cui all'art. 98 del Regolamento, ma non anche quello di costituire l'associazione, il consorzio o la società prima dell'effettiva aggiudicazione a seguito della procedura di evidenza pubblica prevista dall'art. 37 *quater* della Legge.

Il promotore, prima dell'indizione della gara, infatti, dovrebbe presentare all'amministrazione non soltanto il deposito delle cauzioni di cui all'art. 37 *quater*, comma 2 della Legge, ma anche la documentazione che attesti il *possesso* dei requisiti di qualificazione del concessionario ex art. 98 del Regolamento, nonché l'impegno di cui all'art. 13, comma 5 della Legge.

¹ In una costante giurisprudenza relativa alle libertà fondamentali del Trattato istitutivo della Comunità Europea, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ha affermato che le decisioni di rifiuto o di rigetto adottate dalle pubbliche autorità devono essere motivate e devono poter essere oggetto di ricorsi giurisdizionali da parte dei loro destinatari. V. Sentenza del 7 maggio 1991, causa C-340/1989, Vlassopoulou, punto 22.

² Sul tema si vedano: “*Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*” del 24 febbraio 1999, in GUCE C 121/2 del 29.04.2000; PCM, Dipartimento per le politiche comunitarie, Circolare 1 marzo 2002, n. 3944 “*Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori*”, in GU n. 102 del 03.05.2002.

³ Si ricorda la sentenza della Corte di Giustizia (Sezione Quinta) del 18 ottobre 2001 – causa C-19/00 (SIAC Construction Ltd contro County Council of the County of Mayo) – che, nel risolvere una questione pregiudiziale in materia di criteri di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori sottolinea due principi fondamentali: il rispetto del principio della *parità di trattamento* degli offerenti ed il principio – strumentale al primo – della notorietà dei criteri di aggiudicazione, che devono essere chiaramente menzionati nel bando di gara o nel capitolato d’oneri.

Inserire il diritto di prelazione nella procedura di evidenza pubblica, significa negare il principio della parità di trattamento tra gli offerenti, favorendone – per disposizione normativa – uno in particolare, già prima dell’indizione della gara.