

RELAZIONE ANNUALE 2004

PARTE II

PAGINA BIANCA

Volume II

**ATTI DI SEGNALAZIONE AL GOVERNO
E AL PARLAMENTO**

PAGINA BIANCA

Atto di segnalazione n. 1/2004

Potere dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici in materia di annullamento o riduzione delle attestazioni di qualificazione rilasciate dagli organismi di attestazione - S.O.A. (14 gennaio 2004)

Recentemente sono emersi alcuni contrasti giurisprudenziali dei Tribunali Amministrativi Regionali in merito alla sussistenza del potere dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici di annullare o di ridurre, per classificazione o categoria, le attestazioni di qualificazione rilasciate alle imprese dalle S.O.A. - Organismi di attestazione.

ANALISI DELLA QUESTIONE

Si pone, pertanto, la questione se sia opportuno per esigenze primarie di tutela di interessi pubblici di preminente rilievo riconoscere espressamente sul piano legislativo la titolarità di questo potere all'Autorità, la cui spettanza si inferisce per ora grazie ad un ragionamento logico di tipo deduttivo dalla lettura coordinata delle norme vigenti in materia, oltreché sulla base di considerazioni di carattere sistematico e di un'attenta analisi della *ratio legis*.

CONSIDERAZIONI

Occorre, in primo luogo, esaminare la normativa del sistema di qualificazione.

Ai sensi dell'art. 4, co. 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., l'Autorità è istituita «al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'articolo 1, comma 1, nella materia dei lavori pubblici», a norma del quale «in attuazione dell'articolo 97 della Costituzione l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici deve garantirne la qualità ed uniformarsi a criteri di efficienza e di efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori». In particolare, ai sensi dell'art. 4 della L. 109/94 e s.m., l'Autorità, fra l'altro, «vigila affinché sia assicurata l'economicità di esecuzione dei lavori pubblici [...] sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare in materia verificando, anche con indagini campionarie, la regolarità delle procedure di affidamento dei lavori pubblici [...]; esercita i poteri sanzionatori [...] vigila sul sistema di qualificazione». Inoltre, in tema di qualificazione, l'art. 8, co. 3, della stessa L. 109/94 e s.m. prevede che tale sistema «è attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati dall'Autorità [...]»; l'art. 10, co. 1, del DPR 25 gennaio 2000, n. 34, ribadisce che «lo svolgimento da parte delle S.O.A. dell'attività di

attestazione della qualificazione [...] è subordinato all'autorizzazione dell'Autorità»; ai sensi del successivo comma 5, l'Autorità ha altresì il potere di revocare l'autorizzazione, in presenza dei particolari condizioni; l'art. 14 del DPR 34/2000 s.m. stabilisce che «l'Autorità [...] vigila sul sistema di qualificazione, e a tal fine controlla che le S.O.A. [...]» operino nel rispetto della normativa vigente e «provvede periodicamente alla verifica a campione di un numero di attestazioni rilasciate dalle S.O.A.» ed, infine, l'art. 16 del DPR 34/2000 sancisce che le «determinazioni assunte dalle S.O.A. in merito ai controlli stipulati dalle imprese per ottenere la qualificazione sono soggette al controllo dell'Autorità [...]».

Prendendo le mosse, ai fini della presente analisi, proprio dal testo delle succitate norme e considerato che, ai sensi dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole [...] e dalla intenzione del legislatore», si rileva che l'Autorità è titolare sia di un potere di vigilanza sia, con riferimento al sistema della qualificazione, di un potere di controllo, con la differenza che, mentre il potere di vigilanza «sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare in materia» (art. 4, co. 4, lett. b), L. 109/94 e s.m.) si estrinseca in un accertamento in ordine alla conformità del comportamento dei soggetti operanti nel settore alle disposizioni di legge, indirizzando la relativa attività verso obiettivi di pubblico interesse, più ampie invece sono le facoltà correlate al potere di controllo in tema di qualificazione.

Occorre inoltre considerare che l'attestazione di qualificazione rilasciata alle imprese dalle Società organismi di attestazione costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici (art. 1, comma 3, DPR 25 gennaio 2000, n. 34); dal che la conseguenza che le attestazioni S.O.A. creano certezze legali sull'idoneità delle imprese a partecipare alle gare di appalti pubblici di lavori, le quali non possono essere messe in discussione dalle stazioni appaltanti e che, pertanto, vanno necessariamente ricollegate all'esercizio di una oggettiva funzione pubblicistica espressione di potestà certificativa. Una funzione di oggettiva rilevanza pubblica, qual'è l'attestazione d'idoneità a partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici con il rilascio di un documento abilitante, è rimessa, quindi, nel nuovo sistema di qualificazione, a società private con scopo di lucro assoggettate, tuttavia, ad un regime speciale, sia con riferimento alla loro costituzione, sia con riferimento alla loro attività che, per tale profilo, è soggetta alla vigilanza e al controllo da parte dell'Autorità. Si tratta chiaramente dell'esercizio di *munus* pubblico (del tipo dell'attività del notaio, dell'avvocato, della società di revisione dei bilanci di società quotate in borsa) da parte di un soggetto privato che porta all'emanazione di un documento - attestato di qualificazione - avente natura di atto pubblico fidefaciente, la cui legittimità soggiace al potere di verifica e di controllo di questa Autorità di vigilanza.

Positivamente, la connotazione pubblicistica dell'attività delle S.O.A. scaturisce dalla autorizzazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (art.

10, comma 1, DPR n. 34/2000): detto provvedimento di autorizzazione alla qualificazione delle imprese, in una interpretazione coordinata e sistematica delle norme, ed indipendentemente dalla qualificazione meramente formale, ha natura composita, non servendo soltanto a legittimare le S.O.A. allo svolgimento di un'attività altrimenti preclusa (e per tale profilo si tratta di una autorizzazione-licenza), ma anche ad attribuire a tale attività attitudine certificatoria in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione alle gare, non suscettibile di contestazione da parte delle stazioni appaltanti (e per tale profilo l'atto autorizzativo implica la concessione di una funzione pubblica di tipo certificativo). Di modo che l'attestato di qualificazione, una volta rilasciato, abilita oggettivamente le imprese alla partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici ed il suo possesso, per tutta la durata di validità del documento, ha circolazione nel mercato facendo fede dell'idoneità dell'impresa.

Né la costruzione indicata può essere contraddetta con il rilievo che le S.O.A. rilasciano l'attestazione di qualificazione in espletamento di un rapporto contrattuale con l'impresa di cui vanno accertati i requisiti; come sostenuto dalla dottrina (tra gli altri, Cianflone e Giovanelli "*L'appalto di opere pubbliche*", 11^a edizione Giuffrè e Cirillo "*La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici emanati nell'esercizio dei poteri di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese*", in Riv. Trim. app. 4/2000, 743), la concreta gestione del nuovo sistema di qualificazione non è rimessa soltanto ad una contrattazione di tipo negoziale e privatistico. Anzi, proprio per evitare che la stessa si esaurisca in una contrattazione negoziale, è stato usato dal legislatore l'accorgimento di imporre delle rigide regole pubblicistiche cui l'impresa certificatrice deve uniformarsi; in modo che l'attestazione da essa rilasciata possa produrre gli effetti di atto di ammissione al mercato degli appalti, con esclusione di ogni valutazione di discrezionalità amministrativa e di autonomia contrattuale, consentendo soltanto discrezionalità tecnica in merito alla valutazione del possesso dei requisiti previsti. Ed è proprio per fare in modo che la funzione concessa alle S.O.A. non debordi dai limiti indicati che è prevista la vigilanza (art. 14 DPR 34/2000) ed il controllo (art. 16 DPR indicato) di questa Autorità: vigilanza e controllo che possono trovare esplicitazione non soltanto nel corso della permanente vigenza del rapporto contrattuale tra S.O.A. ed impresa, attraverso l'indicazione delle "condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contratto", ma che riguardano anche attestazioni definitivamente rilasciate ed oggettivamente circolanti nel mercato degli appalti di cui l'Autorità di vigilanza deve "provvede(re) periodicamente alla verifica a campione" (art. 14, comma 3, del DPR 34/2000 indicato).

Il controllo non deve essere riduttivamente considerato come mero accertamento della conformità a determinati canoni o prescrizioni o, in altri termini, la struttura del potere di controllo non può essere vista o, comunque non esclusivamente, come un accertamento, inteso come giudizio sull'attività controllata: dopo il giudizio c'è (*rectius*, deve indefettibilmente esserci) uno stadio ulteriore consistente nei provvedimenti che conseguono al giudizio, tanto che la dottrina dominante identifica nel procedimento di

controllo due fasi, la fase dell'accertamento e la fase della misura (con riferimento al momento comminatorio/sanzionatorio in relazione al fine di tutela che si vuole perseguire). Il potere di controllo comporta quindi, nella fase in cui si esamina l'attività controllata nel complesso del suo svolgersi, l'avvio di un procedimento di secondo grado ad iniziativa dell'organo di garanzia cui è istituzionalmente attribuito il potere di controllo medesimo, con il correlato obbligo di intervento da parte dell'Autorità sull'operato e sugli atti del soggetto controllato per verificare se l'attività sia stata svolta in modo congruo rispetto ai fini di pubblico interesse, alla tutela dei quali l'Autorità è istituzionalmente preposta (alcuni dei quali anche espressione di valori protetti a livello costituzionale, quali ad esempio il rispetto dei criteri di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa in materia di opere e lavori pubblici *ex art. 97 Cost.*, o riconosciuti a livello comunitario, come il principio della libertà di concorrenza tra gli operatori).

Dalle suesposte considerazioni discende, pertanto, che i compiti di controllo attribuiti all'Autorità in tema di qualificazione non solo si estrinsecano nel potere di rilascio dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di attestazione; nel potere di vigilanza, anche dopo il rilascio, sull'attività di qualificazione e sulla presenza in capo alle S.O.A. dei requisiti tecnico - giuridici previsti dalla legge sul rispetto delle condizioni previste dalla legge e dal regolamento, ma ricomprendono anche il potere dell'Autorità di incidere sull'operato, *id est* sulla validità delle attestazioni rilasciate dalle S.O.A., riducendole o invalidandole.

Come poc'anzi esposto, la fondatezza di tale tesi trova un fondamento normativo proprio nell'art. 14 del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m., giacché se è vero che l'Autorità, a prescindere da una richiesta di parte, provvede alla verifica a campione di un determinato numero di attestazioni, è *in re ipsa* che la verifica sarebbe fine a se stessa e quindi risulterebbe svuotata di ogni effettività se non fosse consentito all'Autorità di incidere sulle attestazioni.

LA CRISI DERIVATA DA DIVERGENTE ORIENTAMENTO DEL TAR LAZIO

Alcune pronunce del giudice amministrativo di primo grado (da ultimo, Tar Lazio, sez. III, 11 settembre 2003, n. 7567) hanno stigmatizzato il potere dell'Autorità limitandolo alla mera indicazione alla S.O.A. del comportamento da seguire e, nel caso in cui quest'ultima rimanesse inerte, l'unico rimedio consentito consisterebbe nell'inizio del procedimento di revoca dell'autorizzazione concessa alla stessa S.O.A.

È di palmare evidenza che, intanto, in attesa della definizione del procedimento di revoca dell'autorizzazione alla Società organismo di attestazione (novanta giorni, ai sensi dell'art. 10, co. 6, del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m.), si assisterebbe al permanere della situazione di indebita o almeno irregolare situazione nel mercato di talune imprese erroneamente legittimate

a svolgere attività in concorrenza con altri soggetti giuridici che, al contrario, possiedono i requisiti previsti *ex lege*.

Inoltre, la definizione della controversia interpretativa tra S.O.A. e Autorità potrebbe essere devoluta alla cognizione del Tar e poi del Consiglio di Stato, in sede di impugnativa del provvedimento di revoca dell'autorizzazione, nei tempi non brevi necessari perché sia il giudice amministrativo a definire il giudizio, senza preoccupazione della realtà che nel frattempo si concreta.

Sulle conseguenze di turbamento del mercato degli appalti giova precisare che questa Autorità ha adottato i provvedimenti di annullamento delle attestazioni allorché, in sede di controllo sulle attestazioni di qualificazione rilasciate dalle S.O.A., è emerso il fenomeno, particolarmente delicato, dei certificati lavori "falsi" presentati dalle imprese ai fini del rilascio dell'attestazione. Più precisamente si è appurato il sistematico ricorso a certificazioni totalmente o parzialmente false al fine di creare sul mercato imprese "virtuali", ma in possesso di regolare attestazione di qualificazione.

In ragione della funzione assegnata all'attestazione è corretto presumere che la volontà di creare imprese *virtuali* sia strumentalmente diretta a creare fenomeni distorsivi nel delicato settore degli appalti pubblici sia sotto il profilo dell'economicità dell'esecuzione dell'opera sia sotto il diverso, e non meno importante profilo, delle possibili infiltrazioni mafiose negli appalti.

Si sottolinea il profilo della incidenza sulla economicità dell'opera pubblica, in quanto è evidente che il mercato degli appalti ed il relativo costo di esecuzione viene di fatto distorto da offerte presentate da imprese virtuali dirette esclusivamente a pilotare la soglia di anomalia ai fini dell'affidamento degli appalti, eludendo di fatto la concorrenza e quindi a svantaggio del mercato e del pubblico erario.

Comunque il pregiudizio che discende da un'attestazione illegittimamente rilasciata o illegittimamente non revocata è evidente ove si consideri l'ipotesi di attestazioni di qualificazione rilasciate sulla base di certificati di esecuzione lavori falsi, producendo documentazione circa il possesso di requisiti economici finanziari e tecnico organizzativi che non trovano riscontro in atti o attestazioni di pubbliche amministrazioni.

Infatti, il legittimo possesso di attestazione costituisce elemento fondamentale dei principi di trasparenza e *par condicio* che informano lo svolgimento di gare d'appalto. Il soggetto che ottiene l'attestazione sulla base di documenti falsi altera il regolare svolgimento della gara, altera la libera concorrenza tra le imprese, non assicura la buona esecuzione dell'opera, in conclusione non rispetta le regole del gioco che sono l'elemento essenziale del procedimento di gara la cui osservanza assicura l'individuazione del "giusto contraente".

È macroscopico quindi il pericolo di una grave turbativa del mercato, con un impatto devastante sul sistema, che discende dalla permanenza nel set-

tore dei lavori pubblici di un operatore che millanti requisiti economici finanziari e tecnico-organizzativi sulla base di certificati non veritieri, con conseguente alterazione dei meccanismi della libera concorrenza.

Si sottolinea, poi, il profilo dell'infiltrazione mafiosa nel mondo degli appalti nella considerazione che la finalità di affidare opere pubbliche ad imprese prive di fatto dei necessari requisiti per la relativa realizzazione è quella diretta principalmente a consentire la presenza in cantiere di imprese di comodo.

A riprova di quanto sopra, si segnala che, in una recente indagine sulla infiltrazione mafiosa negli appalti finalizzata all'acquisizione, alla gestione ed al controllo degli appalti pubblici banditi in Sicilia, sono stati rinviati a giudizio i legali rappresentanti di diverse imprese di costruzioni già oggetto di controllo *ex art. 14* del DPR n. 34/2000 da parte di questa Autorità e già oggetto di provvedimento di annullamento dell'attestazione per certificati lavori falsi.

I provvedimenti di annullamento delle attestazioni sono stati adottati, pertanto, al fine di perseguire le ragioni di pubblico interesse in tema di partecipazione alle gare e di garantire il regolare funzionamento del mercato delle opere pubbliche e, nel presupposto, che l'attestazione è certamente un atto a rilevanza pubblica.

Alcuni dei suddetti provvedimenti di annullamento sono stati, tuttavia, oggetto di annullamento o di ordinanza di sospensiva sulla base del già citato consolidato orientamento del TAR Lazio circa *"l'insussistenza in capo all'Autorità di un potere di annullamento diretto delle attestazioni"* e la conseguenza di tali pronunce ha comportato, in pratica, una *"riabilitazione"* delle imprese che potranno, in tal modo, tornare a partecipare agli appalti pubblici, rientrare nei cantieri degli appalti già conseguiti, acquisire nuovi cantieri, partecipare alle gare, inquinare il mercato.

Per quanto riguarda il percorso indicato dal giudice amministrativo, che l'Autorità inviti la S.O.A. a modificare l'attestazione e, nell'eventualità di inerzia, proceda alla revoca dell'autorizzazione concessa alla S.O.A. è da rilevare come lo stesso risulti del tutto scollegato dalla realtà operativa. Si richiamano le recenti dichiarazioni del Procuratore Nazionale Antimafia circa le infiltrazioni mafiose nelle S.O.A., in cui si fa riferimento ai tempi non brevi che caratterizzano la giustizia amministrativa.

E', infatti, inverosimile, sotto il primo profilo, ritenere che la S.O.A., potenzialmente infiltrata dalla mafia, su semplice richiesta dell'Autorità, elimini diligentemente e tempestivamente dal mercato le imprese da lei stessa attestate. Quand'anche non vi sia infiltrazione mafiosa nella realtà non risulta praticabile la soluzione di affidare alla S.O.A. il ritiro dell'attestazione. Le S.O.A. hanno già rappresentato la impossibilità di procedere al ritiro delle attestazioni, anche dopo l'annullamento da parte dell'Autorità, tant'è che

questa ha dovuto commettere questo incarico alla Guardia di Finanza. E' poi preoccupante rilevare che, in attesa dell' eventuale pronuncia del giudice amministrativo sul procedimento di revoca dell'autorizzazione alla S.O.A., le imprese irregolarmente attestate continuano a partecipare agli appalti ed eseguire i lavori. Occorre, inoltre, rilevare che l'eventuale revoca della S.O.A. non risolverebbe il problema delle imprese irregolarmente attestate. L'attuale quadro normativo, infatti, prevede che le attestazioni emesse dalla S.O.A. revocata sono valide a tutti gli effetti e l'impresa attestata irregolarmente avrebbe altri 90 giorni per indicare la S.O.A. a cui trasferire la documentazione e, nel frattempo, partecipare agli appalti.

Sotto il secondo profilo, il percorso ipotizzato dal TAR Lazio non tiene in considerazione diverse e più importanti esigenze del settore dei lavori pubblici: l'esigenza di certezza e celerità che caratterizza il settore dei lavori pubblici e l'esigenza del regolare svolgimento della gara e della buona esecuzione dell'opera.

Il giudice amministrativo, tuttavia, ben conosce i fenomeni distorsivi del settore dei lavori pubblici e le esigenze del regolare svolgimento della gara e della buona esecuzione dell'opera, ma ha ritenuto di organizzare i dati formali del dettato normativo in un orientamento disatteso da altri giudici amministrativi di primo grado perciò non più aditi dai ricorrenti interessati.

Qual che possa essere la esatta interpretazione della norma, è determinante rilevare che la soluzione non può essere offerta dagli orientamenti giurisprudenziali, sia per i tempi non certo brevi, sia per le contrastanti decisioni che caratterizzano la giustizia amministrativa. E infatti, rispetto alle pronunce del TAR Lazio, i ricorsi in appello promossi dall'Autorità non sono ancora stati discussi.

Intanto si affermano le profonde incertezze degli operatori del settore dei lavori pubblici e si creano sospensioni delle procedure di affidamento dei lavori e blocchi dei cantieri in attesa di conoscere l'esito finale dei lunghi giudizi.

Da ciò il presente atto che segnala la necessità ed indispensabilità di un intervento del legislatore affinché venga riconosciuto esplicitamente ed in modo non equivoco il potere dell'Autorità di intervenire direttamente sulle attestazioni, laddove si accerti, con tutte le necessarie garanzie del contraddittorio, che le stesse siano state rilasciate in assenza dei necessari requisiti previsti.

Ai fini di garanzia delle esigenze di tutela del mercato e della libera concorrenza fra gli operatori, per la cura ottimale quindi dell'interesse pubblico sotteso al settore dei pubblici appalti, il sistema stesso deve articolarsi in: 1) procedimenti autorizzatori che riconoscano la idoneità dei soggetti privati, le Società organismi di attestazione, a valutare la qualità delle imprese che possono partecipare agli appalti pubblici; 2) interventi regolatori dell'Autorità che indirizzino l'attività delle S.O.A. verso fini di pubblico in-

teresse; 3) potere di controllo per la verifica della sussistenza dei requisiti che hanno dato luogo al rilascio della attestazione, con correlata facoltà di annullare o modificare quest'ultima.

I compiti di controllo attribuiti all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. e dal DPR 25 gennaio 2000, n. 34, in tema di qualificazione delle imprese per la partecipazione alle gare di appalto di opere pubbliche, quindi non solo si estrinsecano nel potere di rilascio dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di attestazione e nel potere di vigilanza, anche dopo il rilascio, sull'attività di qualificazione e sulla presenza in capo alle S.O.A. dei requisiti tecnico-giuridici previsti dalla legge, sul rispetto delle condizioni previste dalla legge e dal regolamento, ma non possono non ricomprendere anche il potere dell'Autorità di incidere sulle attestazioni rilasciate alle imprese dalle S.O.A., riducendole o invalidandole, come riconosciuto anche dal Tar Sicilia - sez. di Catania - sez. I, 3 febbraio 2003, n. 172.

In conclusione, si segnala l'opportunità di un intervento del legislatore che riconosca all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici esplicitamente ed in modo inequivoco il potere di intervenire, annullandole o modificandole, le attestazioni di qualificazione rilasciate alle imprese dalle Società organismi di attestazione, laddove si accerti, con tutte le necessarie garanzie di contraddittorio con la controparte, che le medesime illegittimamente siano state rilasciate o non siano state revocate. E la norma potrebbe avere la seguente formulazione:

All'art. 14 del DPR n. 34/2000, dopo il comma 3, è aggiunto il seguente comma: *"Il potere di controllo attribuito all'Autorità in tema di qualificazione, ricomprende anche il potere di annullare o rettificare le attestazioni rilasciate alle imprese dalle S.O.A."*

Atto di segnalazione n. 2/2004

Cooperative sociali e fondazioni. Requisito del capitale sociale di cui all'articolo 98, comma 1, lettera b) del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 (31 marzo 2004)

E' stata sottoposta all'attenzione dell'Autorità la questione riguardante la possibilità per le cooperative sociali e le fondazioni di assumere la qualità di soggetti concessionari di lavori pubblici, pur in mancanza del requisito di cui alla b) (capitale sociale) dell'art. 98, comma 1, del DPR 554/99.

ANALISI DELLA QUESTIONE

La disposizione di cui all'articolo 98, comma 1, lettera b), del DPR 554/99 testualmente richiede il requisito del "capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento" ai soggetti che intendono partecipare alle gare per l'affidamento di concessione di lavori pubblici.

Detto requisito può ravvisarsi unicamente nelle società di capitali, con ciò escludendo la possibilità che soggetti di natura diversa partecipino all'affidamento di concessioni di costruzione e gestione, nonché di *project financing*.

Infatti, sia nel rapporto concessorio, ai sensi dell'art. 19 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., sia in quello che si instaura a seguito della procedura di *project financing* di cui all'art. 37 *bis* e segg. della stessa legge, è richiesto al soggetto concessionario quel particolare requisito ravvisabile soltanto nelle società di capitali, che è dato dal capitale sociale, il quale, al di là del dato letterale, sostanzialmente traduce il concetto di solidità economica e gestionale del soggetto imprenditoriale.

Va inoltre sottolineato che i requisiti di cui all'articolo 98 citato sono richiesti anche qualora il concessionario sia costituito da un raggruppamento temporaneo di imprese e devono essere posseduti sia dalle mandanti che dalla mandatarie nella misura definita dall'art. 95 del regolamento stesso, poiché l'intento normativo è quello di richiedere un elevato grado di solidità economico-finanziaria ai *singoli soggetti* che si presentano come potenziali concessionari.

Il requisito indispensabile del capitale sociale, non risultando formalmente assimilabile al concetto di patrimonio, almeno inteso in senso tradizionale, comporta la non ammissibilità delle cooperative sociali e delle fondazioni alle procedure per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici.

CONSIDERAZIONI

1 - Al fine di approfondire le problematiche sollevate, con particolare riferimento alle società cooperative, occorre rilevare che, anche alla luce della riforma recata dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, il concetto di capitale applicabile a tale tipologia di società sembra essere per sua natura mutevole, poiché in tali soggetti è prevalente l'elemento personalistico e lo scopo mutualistico, come si evince sia dall'articolo definitorio (art. 2511 c.c.) "le cooperative sono società a capitale variabile con scopo mutualistico", sia dall'art. 2524 c.c. "il capitale sociale non è determinato in un ammontare prestabilito".

Deve, però, osservarsi che per le stesse occorre prendere in considerazione l'ulteriore elemento rappresentato dal "patrimonio netto" il quale, oltre al capitale, comprende anche le riserve indivisibili. Si tratta cioè di riserve patrimoniali che i soci non possono dividersi durante la vita della cooperativa, né all'atto dello scioglimento della stessa; è, cioè, un patrimonio che rappresenta un elemento di forte garanzia sia nei confronti dei soci, sia nei confronti di terzi.

Che il patrimonio sia elemento di garanzia è, peraltro, dimostrato da alcune scelte effettuate dal legislatore:

- La delibera del CICR 03/03/1994, con la quale si stabilisce che ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, la raccolta del prestito sociale non possa eccedere il limite del triplo del patrimonio (inteso come capitale versato e riserve) risultante dall'ultimo bilancio approvato;
- L'art. 58 della legge 23 dicembre 1998 n. 448, il quale consente alle cooperative di emettere obbligazioni in misura non superiore al valore del patrimonio, anche questo inteso come capitale versato e riserve risultanti dall'ultimo bilancio approvato;
- L'art. 5 della legge 31 gennaio 1992, n. 59, recante norme di emissione di azioni di partecipazione cooperativa, fa riferimento al patrimonio quale limite oltre il quale non è possibile collocare tali azioni.

Di converso, quando il legislatore ha inteso fare riferimento al solo capitale sociale (es. legge 24 giugno 1996, n. 197 in materia di agenzie di lavoro interinale), ha posto la condizione che al capitale sociale partecipasse almeno un Fondo mutualistico di cui agli articoli 11 e 12 della legge 59/92, nella evidente consapevolezza delle difficoltà da parte di una cooperativa di soddisfare il requisito previsto dalla legge.

Peraltro, lo stesso legislatore, ai sensi della previsione contenuta all'art. 18, comma 2, lettera c) del DPR 25 gennaio 2000 n. 34, ha ritenuto il capitale netto, costituito dal totale della lettera A del passivo di cui all'art. 2424 del