

Firenze, 23 aprile 2015

**LA RIFORMA DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI IN VISTA DEL
RECEPIMENTO DELLE NUOVE DIRETTIVE EUROPEE**

Problematiche applicative e prospettive di evoluzione

Materiale didattico

Riforma del codice degli Appalti

- **Direttiva 2014/24/UE** sugli appalti pubblici
- **Direttiva 2014/25/UE** sulle utilities
- **Direttiva 2014/23/UE** sull'aggiudicazione dei contratti di concessione
- **Testo base del DDL delega in Commissione:** Nuovo testo proposto dai relatori e adottato dalla Commissione per il Disegno di Legge N. 1678. "Delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE e della direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE "
- **Fascicolo Iter parlamentare DDL S. 1678**

Soccorso istruttorio

- **Determina ANAC 8 gennaio 2015:** "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in materia di codice degli appalti". (Determina n. 1). (15A00512) (GU n.22 del 28-1-2015)

Bandi tipo

- D.Lgs. 163/06 (*estratto*)
- D.L. 90/14 convertito in Legge 114/14 (*estratto*)
- Determinazione AVCP 4/2012
- Comunicato ANAC 3/9/2014
- Bando Tipo n. 1 del 26 febbraio 2014 (servizi di pulizia e igiene ambientale)
- Nota illustrativa
- Bando Tipo n. 2 del 21 novembre 2014 (affidamento di lavori pubblici)
- Nota illustrativa
- Bando Tipo n. 2 del 21 novembre 2014 (affidamento di lavori pubblici)
- Relazione AIR

Legislatura 17^a - 8^a Commissione permanente

NUOVO TESTO PROPOSTO DAI RELATORI E ADOTTATO DALLA COMMISSIONE PER IL DISEGNO DI LEGGE -
N. 1678 - STEFANO ESPOSITO, PAGNONCELLI, RELATORI

Delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE e della direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE

Titolo breve: *delega recepimento direttive appalti e concessioni*

Art. 1.

1. Il Governo è delegato ad adottare un decreto legislativo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio rispettivamente sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici, nel rispetto dei principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 32, della legge 24 dicembre 2012, n. 234, e dei seguenti principi e criteri direttivi specifici, tenendo conto delle migliori pratiche adottate in altri Paesi dell'Unione europea:

a) divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246;

b) compilazione di un unico testo normativo denominato «Codice degli appalti pubblici e delle concessioni» recante le disposizioni legislative in materia di procedure di affidamento di gestione e di esecuzione degli appalti e delle concessioni disciplinate dalle tre direttive, garantendo in ogni caso l'effettivo coordinamento e l'ordinata transizione tra la vigente e la nuova disciplina, al fine di evitare incertezze interpretative ed applicative, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;

c) ricognizione e riordino del quadro normativo vigente nelle materie degli appalti pubblici e delle concessioni, al fine di conseguire una significativa riduzione del complesso delle disposizioni legislative, amministrative e regolamentari vigenti e un maggiore livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti, tenendo in debita considerazione gli aspetti peculiari dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture e dei diversi settori merceologici e di attività;

d) semplificazione e armonizzazione delle disposizioni in materia di affidamento degli appalti pubblici e delle concessioni, anche attraverso la promozione di soluzioni innovative nelle materie disciplinate con particolare riguardo allo sviluppo delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale;

e) trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, salvo casi espressamente previsti, anche tenendo conto della esigenza di concorrere, con la definizione di idonee misure, alla lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici, nonché, in ogni

caso, previsione di poteri di vigilanza e controllo sull'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici, finalizzati ad evitare la corruzione e i conflitti d'interesse ed a favorire la trasparenza;

f) attribuzione all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di più ampie funzioni di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni assunte dall'Autorità innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa;

g) riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti e semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti, con particolare riguardo all'accertamento dei requisiti di qualificazione, attraverso l'accesso a un'unica banca dati centralizzata;

h) razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, prevedendo l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnico-organizzativa sulla base di parametri obiettivi;

i) contenimento dei tempi e piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, effettuate sulla base del sistema di qualificazione di cui alla lettera *g)*, con possibilità, a seconda del grado di qualificazione conseguito, di gestire contratti di maggiore complessità e fatto salvo l'obbligo, per i comuni non capoluogo di provincia, di ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze di livello almeno regionale per gli affidamenti di importo superiore a un milione di euro;

l) introduzione di misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera;

m) utilizzo preferenziale, per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni, del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, misurata sul "miglior rapporto qualità/prezzo", anche al fine di garantire una più agevole individuazione ed esclusione delle offerte anomale;

n) creazione di un albo nazionale, gestito dall'ANAC, dei componenti delle commissioni giudicatrici di appalti pubblici e concessioni, prevedendo specifici requisiti di moralità, di competenza e di professionalità e la loro assegnazione nelle commissioni giudicatrici mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti che ne facciano richiesta in numero almeno doppio rispetto ai componenti da nominare;

o) garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e le concessioni sotto la soglia comunitaria, assicurando, anche nelle forme semplificate di aggiudicazione, la valutazione comparativa tra più offerte;

p) rafforzamento della funzione di controllo della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, con particolare riguardo ai poteri di verifica e intervento del responsabile del procedimento, del direttore dei lavori nei contratti di lavori e del direttore dell'esecuzione del contratto nei contratti di servizi e forniture, e vietando comunque, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, l'attribuzione dei compiti di responsabile o direttore dei lavori allo stesso contraente generale;

q) valorizzazione della fase progettuale negli appalti pubblici e nelle concessioni di lavori, promuovendo la qualità architettonica, anche attraverso lo strumento dei concorsi di progettazione, limitando il ricorso all'appalto integrato e privilegiando la messa a gara del progetto definitivo o esecutivo;

- r) revisione e semplificazione della disciplina vigente per il sistema di garanzia globale di esecuzione per gli appalti pubblici di lavori;
- s) razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici;
- t) revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità e trasparenza, in ogni caso prevedendo la decadenza delle attestazioni in caso di procedure di fallimento, anche introducendo misure di premialità connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione di contratti eseguiti e la gestione dei contenziosi, nonché assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di *rating* di legalità;
- u) revisione della disciplina vigente in materia di avalimento, nel rispetto dei principi comunitari e dei principi della giurisprudenza amministrativa in materia, rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avalimento da parte dell'impresa ausiliaria e prevedendo che quest'ultima esegua direttamente le prestazioni per le quali mette a disposizione gli stessi requisiti e risorse, che possono ricomprendere anche beni strumentali;
- v) razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto;
- z) miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e delle concessioni per le piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione, anche attraverso il divieto di aggregazione artificiosa degli appalti;
- aa) valorizzazione delle attuali esigenze sociali ed ambientali, mediante introduzione di criteri e modalità premiali di valutazione delle offerte nei confronti delle imprese che operano nel proprio territorio, in ottemperanza ai principi di economicità dell'appalto, semplificazione ed implementazione dell'accesso delle micro, piccole e medie imprese, privilegiando gli aspetti della "territorialità" e della "filiera corta" e attribuendo un peso specifico anche alle ricadute occupazionali sottese alle procedure di accesso al mercato degli appalti pubblici;
- bb) garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e le concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico (cosiddetti affidamenti *in house*), assicurando, anche nelle forme di aggiudicazione diretta, la valutazione comparativa di più offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione;
- cc) previsione di una disciplina specifica per gli appalti pubblici di servizi, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera, definiti come quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, prevedendo l'introduzione di "clausole sociali" per la stabilità occupazionale del personale impiegato;
- dd) disciplina organica della materia delle concessioni, mediante l'armonizzazione e la semplificazione delle disposizioni vigenti, la previsione di criteri direttivi per le concessioni escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/23/UE e la definizione del concetto di "rischio operativo", con particolare riferimento alle "condizioni operative normali";
- ee) individuazione, in tema di procedure di affidamento, di modalità volte a garantire i livelli minimi di concorrenzialità, trasparenza e parità di trattamento richiesti dalla normativa europea;

ff) trasparenza nella eventuale partecipazione dei portatori qualificati di interessi nell'ambito dei processi decisionali finalizzati alla programmazione e all'aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni;

gg) previsione di forme di dibattito pubblico (sul modello del *débat public* francese) delle comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali aventi impatto sull'ambiente o sull'assetto del territorio;

hh) previsione dell'espressa abrogazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, con effetto dalla data di entrata in vigore del codice di cui alla lettera b), anche attraverso l'individuazione di un apposito regime transitorio, assicurando l'ordinato passaggio tra la previgente e la nuova disciplina;

ii) previsione dell'emanazione di un nuovo regolamento, contestuale al nuovo codice, recante la disciplina esecutiva e attuativa del codice di cui alla lettera b), ispirato a principi di razionalizzazione e semplificazione amministrativa e adottato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400;

ll) previsione dell'espressa abrogazione delle disposizioni del regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, con effetto dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui alla lettera ii), anche attraverso l'individuazione di un apposito regime transitorio, assicurando l'ordinato passaggio tra la previgente e la nuova disciplina.

2. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1 e in via preliminare alla redazione dello schema di decreto legislativo, la Presidenza del Consiglio dei ministri coordina, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, lo svolgimento delle consultazioni delle principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari della nuova normativa, previa definizione delle metodologie e delle modalità operative per lo svolgimento di tali consultazioni secondo gli *standard* internazionali di partecipazione ai processi di regolazione e tenuto conto della disciplina interna dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR).

3. Il decreto legislativo previsto dal comma 1, corredato della relazione tecnica di cui all'articolo 17, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, che dia conto della neutralità finanziaria del medesimo ovvero dei nuovi o maggiori oneri da esso derivanti, è adottato, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti i Ministri degli affari esteri e della cooperazione internazionale, della giustizia, dell'economia e delle finanze, entro il termine di cui all'articolo 31, comma 1, della legge 24 dicembre 2012, n. 234, sentito il parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, che si pronunzia entro trenta giorni; decorso tale termine il decreto legislativo è adottato anche in mancanza di detto parere. Sullo schema di decreto è altresì acquisito, ai sensi dell'articolo 14 del testo unico di cui al regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, il parere del Consiglio di Stato che si pronunzia entro trenta giorni; decorso tale termine il decreto legislativo è adottato anche in mancanza di detto parere. Sullo schema di decreto legislativo è altresì acquisito il parere delle Commissioni parlamentari della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica competenti per materia e per i profili finanziari, entro quaranta giorni dalla data di trasmissione secondo quanto previsto dall'articolo 31, commi 3 e 4, della legge 24 dicembre 2012, n. 234. Decorso tale termine, il decreto può essere comunque adottato.

4. Entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo di cui al comma 1 possono essere emanate disposizioni correttive ed integrative nel rispetto delle medesime procedure previste per

l'adozione del decreto legislativo attuativo della delega di cui al presente articolo e in base ai medesimi principi e criteri direttivi.

5. Il regolamento di cui al comma 1, lettera *ii*), è adottato su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti i Ministri dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, dei beni e delle attività culturali e del turismo, dello sviluppo economico, dell'economia e delle finanze e previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici. Sullo schema di regolamento il Consiglio di Stato esprime parere entro trenta giorni dalla data di trasmissione, decorsi i quali il regolamento può essere emanato. Il regolamento entra in vigore contestualmente al decreto legislativo di cui al comma 1. Con la procedura di cui al presente comma si provvede altresì alle successive modificazioni e integrazioni del regolamento.

6. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le autorità interessate provvedono agli adempimenti di cui al presente articolo con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente. In conformità all'articolo 17, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, qualora il decreto attuativo determini nuovi o maggiori oneri che non trovino compensazione al proprio interno, lo stesso decreto legislativo è emanato solo successivamente o contestualmente alla data di entrata in vigore dei provvedimenti legislativi che stanziino le occorrenti risorse finanziarie.

Fonte: www.senato.it

AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DETERMINA 8 gennaio 2015

Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in materia di codice degli appalti. (Determina n. 1). (15A00512)

(GU n.22 del 28-1-2015)

Premessa.

Il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), convertito, con modificazioni in legge 11 agosto 2014, n. 114, ha modificato con l'art. 39, rubricato «Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici», gli articoli 38 e 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (di seguito Codice), che riguardano - rispettivamente - i requisiti di ordine generale occorrenti per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici e i documenti e le informazioni complementari nonché la tassatività delle cause di esclusione.

La disposizione dell'art. 39 è collocata nel titolo IV del decreto-legge n. 90/2014, che riguarda le «Misure per lo snellimento del processo amministrativo e l'attuazione del processo civile telematico».

Tale collocazione deve essere tenuta in considerazione ai fini dell'esatta individuazione della sua portata espansiva, in un'ottica di deflazione del contenzioso amministrativo in materia di appalti pubblici, di cui una parte alquanto rilevante riguarda la fase di ammissione ed esclusione dalla gara (spesso per questioni di carattere puramente formale) ovvero contestazioni, da parte di alcuni concorrenti, in ordine all'ammissione di altri.

Per effetto di tale novella legislativa, è stato inserito nell'art. 38 del Codice, il nuovo comma 2-bis, ai sensi del quale «la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte».

Nell'art. 46 del Codice è stato, invece, inserito il comma 1-ter a tenore del quale «le disposizioni di cui all'art. 38, comma 2-bis, si

applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarita' degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara».

Le predette disposizioni, ai sensi del citato art. 39 del decreto-legge n. 90/2014, convertito in legge n. 114/2014, si applicano alle sole procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge.

Le norme sopra riportate sono finalizzate a superare le incertezze interpretative ed applicative del combinato disposto degli articoli 38 e 46 del Codice (oggetto di orientamenti giurisprudenziali non univoci, come si illustrerà in seguito) mediante la procedimentalizzazione del soccorso istruttorio (che diventa doveroso per ogni ipotesi di omissione o di irregolarita' degli elementi e delle dichiarazioni rese in gara) e la configurazione dell'esclusione dalla gara come sanzione unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione, regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni carenti, entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (e non più da carenze originarie) (in tal senso, Ad. Pl. Cons. St. n. 16 del 30 luglio 2014).

Tuttavia la formulazione delle disposizioni in esame necessita di chiarimenti - con particolare riferimento all'individuazione delle fattispecie ascrivibili alla «mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarita' essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive» ed alle «irregolarita' non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili» di cui all'art. 38, comma 2-bis - e di coordinamento normativo, avendo riguardo all'impatto della novella normativa sulle cause tassative di esclusione, così come previste dalla normativa previgente - non modificata dalla nuova norma - e specificate nella determinazione dell'Autorita' n. 4 del 10 ottobre 2012, integrata e modificata dalla presente per le parti incompatibili (alla luce della nuova disciplina sul soccorso istruttorio e delle indicazioni al riguardo fornite con il presente atto).

Le difficoltà esegetiche connesse alla qualificazione come essenziali o meno delle irregolarita' degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, nonché all'individuazione delle dichiarazioni non indispensabili, si riflettono, infatti, sia sulla correttezza dei provvedimenti che la stazione appaltante dovrà assumere in gara, in ordine alla possibilità per il concorrente di regolarizzare le stesse nonché di evitare o meno l'applicazione della sanzione pecuniaria prescritta dall'art. 38, comma 2-bis, sia sulla corretta individuazione di tutte quelle cause tassative di esclusione strettamente connesse al contenuto dell'offerta ovvero alla segretezza della stessa, in presenza delle quali, in ossequio al principio di parità di trattamento e di perentorietà del termine di presentazione dell'offerta, non si ritiene possa essere ammessa alcuna integrazione e/o regolarizzazione.

Cio' tenendo conto, peraltro, che la nuova disciplina del soccorso istruttorio in nessun caso può essere utilizzata per il recupero di requisiti non posseduti al momento fissato dalla lex specialis di gara, quale termine perentorio per la presentazione dell'offerta o della domanda.

Sotto tutti i profili sopra indicati, si rende, pertanto, necessario - nei termini che seguono - un intervento dell'Autorita' volto a dirimere i dubbi interpretativi delle norme in esame al fine di orientare, in tale ambito, il comportamento degli operatori del

settore.

1. Oneri dichiarativi e nuovo comma 2-bis dell'art. 38 del Codice.

Come noto, l'art. 38, comma 1, del Codice dispone che non possono partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, ne' possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti, i soggetti che si trovano in una delle situazioni indicate nelle lettere da a) a m-quater) della stessa disposizione.

Tali requisiti (come sottolineato dall'Autorita' nella determinazione n. 1/2010) devono essere posseduti dall'operatore economico partecipante alla gara al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte o della domanda di partecipazione nel caso di procedure ristrette e devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento fino alla stipula del contratto. Nel caso di subappalto, momento saliente e' quello del rilascio dell'autorizzazione.

Il principio espresso dall'art. 38 del Codice, secondo il quale la partecipazione alle gare pubbliche richiede, in capo ai partecipanti, il possesso di inderogabili requisiti di moralita', rappresenta un principio di carattere generale. Si tratta, infatti, di un fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza che il soggetto che contrae con l'amministrazione sia affidabile e, quindi, in possesso dei requisiti di ordine generale e di moralita' che la norma tipizza (cfr. Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2725).

Ai fini della dimostrazione di tali inderogabili requisiti di partecipazione, il comma 2 dell'art. 38, consente all'operatore economico di produrre in gara una dichiarazione sostitutiva, stante quanto previsto dall'art. 77-bis del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000.

Conseguentemente, le stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 43 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000, effettuano la verifica del possesso dei requisiti richiesti dall'art. 38 e dichiarati dagli operatori economici in autocertificazione, acquisendo «d'ufficio le relative informazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, dell'amministrazione competente e degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti».

Ciascun operatore economico partecipante ha, quindi, l'onere di dichiarare tutte le situazioni e/o circostanze potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale espressamente previsti dalla norma.

Al fine di chiarire la portata di tale onere dichiarativo sono intervenute, con numerose pronunce, sia l'Autorita' sia la giurisprudenza amministrativa, ancorche' con indirizzo non univoco.

In particolare - con riferimento al testo dell'art. 38 precedente alle modifiche normative in esame - l'Autorita' ha chiarito che oltre all'ipotesi di falsita', anche l'omissione o l'incompletezza delle dichiarazioni previste in tale disposizione normativa costituivano motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica, anche in assenza di una espressa previsione del bando di gara (da ultimo, parere di precontenzioso n. 144 del 20 giugno 2014).

La giurisprudenza amministrativa, secondo un'interpretazione sostanzialistica della norma in esame, che valorizza una lettura teleologica della stessa, ha invece affermato che il primo comma dell'art. 38 del Codice prevede l'esclusione dalla gara in presenza del dato sostanziale del mancato possesso dei prescritti requisiti.

Pertanto, solo l'insussistenza in concreto delle cause di esclusione previste dall'art. 38 citato, comporterebbe ope legis il predetto effetto espulsivo. Effetto che, del resto, l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE contempla solo nell'ipotesi di grave colpevolezza e di false dichiarazioni nel fornire informazioni, non ravvisabile nel caso in cui il concorrente non consegua alcun vantaggio in termini competitivi, essendo in possesso di tutti i requisiti previsti (sulla tesi sostanzialistica, Cons. St., sez. III, 6 febbraio 2014, n. 583; sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5883).

Il giudice amministrativo ha però espresso anche avviso di segno contrario, affermando come nelle procedure ad evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni fosse già di per sé un valore da perseguire in conformità al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità (nel quale si inquadrano le esigenze di ordinato svolgimento della gara e di trasparenza), in quanto consente la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; pertanto, una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) doveva considerarsi di per sé stessa lesiva degli interessi tutelati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meritasse «sostanzialmente» di partecipare alla gara (Cons. St., sez. III, 16 marzo 2012 n. 1471, in tal senso anche la più recente sent. Cons. St., sez. III, 24 giugno 2014, n. 3198).

In altri termini, perfino in assenza di espressa comminatoria nella lex specialis di gara - stante l'eterointegrazione della disposizione di legge de qua per l'evidente natura di ordine pubblico che la sorregge - l'inosservanza dell'obbligo di rendere, al momento della presentazione della domanda di partecipazione, le dovute dichiarazioni previste dall'art. 38 del Codice comportava l'esclusione del concorrente, senza che fosse consentito alla stazione appaltante disporre la regolarizzazione o l'integrazione, non trattandosi di mera irregolarità, vizio o dimenticanza di carattere puramente formale (cfr. Cons. St., sez. III, 14 dicembre 2011, n. 6569).

Tale dibattito giurisprudenziale deve ritenersi in parte superato, alla luce della nuova disposizione di cui al comma 2-bis dell'art. 38 del Codice.

La novella legislativa dispone, infatti, che in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2, il concorrente è sanzionato mediante pagamento, in favore della stazione appaltante, di una sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria.

In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere.

La disposizione aggiunge che, nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione.

La nuova previsione, dunque, esclusivamente per i casi della mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2, prevede l'obbligo del concorrente di pagare, in favore della stazione

appaltante, la sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, il cui versamento e' garantito dalla cauzione provvisoria, e cio', e' da ritenere, solamente al fine di poter integrare e regolarizzare le relative omissioni e/o carenze.

L'esclusione del concorrente dalla gara, invece, sara' disposta dalla stazione appaltante esclusivamente a seguito dell'inutile decorso del termine assegnato ai fini della regolarizzazione (cioe' senza che il concorrente integri o regolarizzi le dichiarazioni carenti o irregolari).

La finalita' della disposizione e' sicuramente quella di evitare l'esclusione dalla gara per mere carenze documentali - ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni - imponendo a tal fine un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, prima della valutazione dell'ammissibilita' dell'offerta o della domanda, e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante (in tal senso, Ad. Pl. Cons. St. n. 16/2014 cit.).

Sulla base di tale disposizione, pertanto, ai fini della partecipazione alla gara, assume rilievo l'effettiva sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti e non le formalita' ne' la completezza del contenuto della dichiarazione resa a dimostrazione del possesso dei predetti requisiti.

Si conferma in tal modo l'orientamento giurisprudenziale a tenore del quale occorre dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (completezza delle autodichiarazioni rese dai concorrenti) e, dunque, l'esclusione dalla gara potra' essere disposta non piu' in presenza di dichiarazione incompleta, o addirittura omessa, ma esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante ovvero non possieda, effettivamente, il requisito.

Sotto tale profilo, la novella in esame sembra finalizzata, altresì, alla deflazione del contenzioso derivante da provvedimenti di esclusione dalle gare d'appalto, per vizi formali - cui non corrisponda l'interesse sostanziale alla reale affidabilita' del concorrente - sulle dichiarazioni rese dai partecipanti, con conseguente possibile riduzione dei casi di annullamento e di sospensione dei provvedimenti di aggiudicazione, cio' che, peraltro, si desume dalla collocazione dello stesso art. 39, nel Titolo IV del decreto-legge n. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014, dedicato alle «misure per lo snellimento del processo amministrativo e l'attuazione del processo civile telematico», come sopra gia' accennato.

1.1. Irregolarita' essenziali degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2-bis dell'art. 38 del Codice.

La formulazione dell'art. 38, comma 2-bis, del Codice, non specificando alcunché in ordine al concetto di essenzialita' delle predette irregolarita', ne' con riferimento alla non indispensabilita' delle dichiarazioni carenti, lascia sostanzialmente, alle singole stazioni appaltanti, l'individuazione dei casi nei quali e' consentita la produzione, l'integrazione e la regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni di cui all'art. 38, commi 1 e 2. Circostanza, questa, da cui potrebbero derivare comportamenti disomogenei, laddove si consideri che una stessa fattispecie venga trattata in maniera differente da un'amministrazione all'altra.

Cio' rende indispensabile il presente intervento regolatorio, in modo da fornire un'interpretazione della norma che consenta un'applicazione uniforme della stessa, da parte delle stazioni appaltanti e degli operatori del settore. A tal fine si osserva quanto segue.

E' ragionevole ritenere che con la nozione di irregolarita' essenziale il legislatore abbia voluto riferirsi ad ogni irregolarita' nella redazione della dichiarazione, oltre all'omissione e all'incompletezza, che non consenta alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa, ai fini dell'individuazione dei singoli requisiti di ordine generale che devono essere posseduti dal concorrente e, in alcuni casi, per esso dai soggetti specificamente indicati dallo stesso art. 38, comma 1, del Codice.

Tale interpretazione si desume, oltre che dalla ratio sottesa alla norma - che, peraltro, nel prevedere una specifica sanzione pecuniaria, intende realizzare l'obiettivo di evitare che a fronte della generale sanabilita' delle carenze e delle omissioni, gli operatori siano indotti a produrre dichiarazioni da cui non si evinca il reale possesso dei singoli requisiti generali e l'esatta individuazione dei soggetti che devono possederli - anche da un dato testuale della medesima, che assume maggior pregnanza da una lettura sistematica dei primi due periodi del citato comma 2-bis.

Infatti, nel secondo periodo della norma appena richiamata e' espressamente stabilito che nei casi di irregolarita' essenziale «la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perche' siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere».

L'espresso riferimento al contenuto delle dichiarazioni ed ai soggetti che le devono prestare, rende palese l'intento del legislatore di estendere l'applicazione della norma a tutte le carenze - in termini di omissioni, incompletezze e irregolarita' - riferite agli elementi ed alle dichiarazioni di cui all'art. 38 nonche' agli aspetti relativi all'identificazione dei centri di imputabilita' delle dichiarazioni stesse.

Per quanto attiene al contenuto occorre ribadire che le situazioni ostative ivi previste incidono tutte necessariamente sull'affidabilita' professionale dell'impresa e, dunque, eventuali irregolarita' nella relativa dichiarazione devono ritenersi essenziali in quanto incidenti sull'individuazione del requisito in capo all'impresa stessa (ovvero ai soggetti operanti al suo interno).

Allo stesso modo vanno ricondotte nella categoria delle irregolarita' essenziali, le carenze della dichiarazione che attengono all'individuazione dei soggetti responsabili della stessa. Ci si riferisce, ad esempio, all'omessa produzione del documento di identita' a corredo della dichiarazione o alla mancanza della sottoscrizione della dichiarazione stessa ovvero alla stessa mancata indicazione dei soggetti cui fanno riferimento le lettere b) e c) del comma 1 dell'art. 38, laddove la stazione appaltante abbia espressamente richiesto tali indicazioni negli atti di gara e le connesse loro dichiarazioni.

La dichiarazione sostitutiva costituisce infatti fonte di responsabilita', anche penale, in conseguenza della eventuale falsita' dell'atto, pertanto, le irregolarita' che riguardano l'esatta individuazione del responsabile della dichiarazione, vanno sicuramente ricondotte nell'alveo della essenzialita'.

In sintesi le carenze essenziali riguardano l'impossibilit  di stabilire se il singolo requisito contemplato dal comma 1 dell'art. 38 sia posseduto o meno e da quali soggetti (indicati dallo stesso articolo). Cio' che si verifica nei casi in cui:

a) non sussiste dichiarazione in merito ad una specifica lettera del comma 1 dell'art. 38 del Codice;

b) la dichiarazione sussiste ma non da parte di uno dei soggetti o con riferimento ad uno dei soggetti che la norma individua come titolare del requisito;

c) la dichiarazione sussiste ma dalla medesima non si evince se il requisito sia posseduto o meno.

Cio' secondo quanto prescritto negli atti di gara ed in conformita' alle modalita' in essi specificamente indicate.

La stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 30 luglio 2014, n. 16, deve essere sostanzialmente riferita alla possibilit  che legittimamente la stazione appaltante esiga la dichiarazione sul possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, del Codice, in forma sintetica e da parte del solo rappresentante legale dell'impresa (fermo restando l'obbligo delle dichiarazioni di cui al comma 2 dell'art. 38 del Codice). Qualora, tuttavia, la stazione appaltante richieda, nella lex specialis di gara, le singole dichiarazioni di cui all'art. 38, e da parte di tutti i soggetti ivi indicati, le stesse devono essere rese come richiesto negli atti di gara. Del resto la nuova disciplina del soccorso istruttorio puo' ritenersi implicita ammissione normativa della facolta' delle stazioni appaltanti di richiedere in modo analitico, e da parte di tutti i soggetti interessati dalla norma, le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1 del Codice.

Un caso particolare e' costituito dall'omessa indicazione delle sentenze di condanna di cui al comma 1, lettera c) dell'art. 38 del Codice, che devono essere dichiarate espressamente, secondo quanto prescrive il comma 2 del medesimo articolo.

Orbene, riguardo a questo specifico caso, giova evidenziare che la nuova disciplina del soccorso istruttorio mira ad evitare l'esclusione dalla gara per fatti e circostanze di carattere formale che attengono alle dichiarazioni rese.

L'omessa indicazione delle sentenze di condanna riportate dai soggetti di cui alla citata lettera c), tuttavia, se avviene secondo modalita' che integrino gli estremi di una dichiarazione negativa del concorrente (perche' dichiara espressamente di non averne riportate, eventualmente anche contrassegnando sul modulo predisposto dalla stazione appaltante la casella relativa all'assenza delle sentenze), laddove, invece, le stesse sussistano, la fattispecie integra gli estremi del falso in gara con tutte le implicazioni in termini di non sanabilit  della dichiarazione resa (perche' la stessa non sarebbe semplicemente mancante ovvero carente ma non corrispondente al vero) e conseguente esclusione del concorrente dalla gara nonche' segnalazione del caso all'Autorita'.

Diversamente, se la dichiarazione relativa alla presenza delle sentenze di condanna e' completamente omessa, ovvero se si dichiara di averne riportate senza indicarle, puo' essere richiesto rispettivamente di produrla o di indicare le singole sentenze riportate.

La novella in esame, infatti, non incide sulla disciplina delle false dichiarazioni in gara, che resta confermata. Pertanto ai sensi dell'art. 38, comma 1-ter del Codice, ove la stazione appaltante accerti che il concorrente abbia presentato una falsa dichiarazione o

una falsa documentazione, si da' luogo al procedimento definito nel citato comma 1-ter dell'art. 38 ed alla comunicazione del caso all'Autorita' per l'applicazione delle sanzioni interdittive e pecuniarie fissate nella disciplina di riferimento (art. 38, comma 1-ter e art. 6, comma 11, del Codice).

La disposizione in esame fa poi riferimento ad altra categoria di irregolarita', ossia la mancanza o l'incompletezza di dichiarazioni non indispensabili alle quali - come nel caso delle irregolarita' non essenziali - non seguono sanzioni ne' obblighi di regolarizzazione da parte del concorrente.

Pur non essendovi menzione nella norma in esame, deve rilevarsi la possibilita' che siano presenti irregolarita' o carenze della dichiarazione che non possono considerarsi essenziali ma nel contempo non sussumibili neanche nella categoria delle non essenziali e non indispensabili, appalesandosi, invece come dichiarazioni o elementi esigibili da parte della stazione appaltante ai fini di una celere e certa verifica - in ossequio al principio di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) - dell'autodichiarazione resa dal concorrente per l'ammissione alla gara.

In tal senso viene in rilievo un tertium genus che riguarderebbe, per lo piu' ipotesi di completamento o chiarimento delle dichiarazioni e dei documenti presentati, in ordine ai quali deve ritenersi possibile, per la stazione appaltante attivare il soccorso istruttorio, senza irrogare alcuna sanzione pecuniaria.

Si tratterebbe in tal caso di irregolarita' non essenziali ma che tuttavia afferiscono ad elementi indispensabili se considerati sotto il profilo della celere e sicura verifica del possesso dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti, in un'ottica di buon andamento ed economicita' dell'azione amministrativa, cui devono concorrere anche i partecipanti alla gara, in ossequio ai principi di leale cooperazione, di correttezza e di buona fede, e che la stazione appaltante puo', in ogni caso, richiedere ai sensi dell'art. 46, comma 1 del Codice, non modificato dalla nuova disciplina del soccorso istruttorio.

Si pensi ad esempio, alla richiesta dell'indicazione della posizione Inps, Inail, Cassa edile, ai fini della verifica della regolarita' contributiva, o all'indicazione degli estremi del decreto (e del Tribunale competente) relativo all'ammissione al concordato con continuita' aziendale; si pensi, inoltre, all'esatta indicazione dell'indirizzo dell'agenzia delle entrate territorialmente competente per la verifica del rispetto degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, ecc.

Tale assunto, peraltro, trova conferma nella disposizione dell'art. 43 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000, sopra richiamata, secondo la quale le stazioni appaltanti effettuano la verifica del possesso dei requisiti richiesti dall'art. 38 e dichiarati dagli operatori economici in autocertificazione, acquisendo «d'ufficio le relative informazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, dell'amministrazione competente e degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti».

Sulla base di tali indicazioni, pertanto, le stazioni appaltanti procederanno - caso per caso - alla valutazione delle irregolarita' essenziali e dell'indispensabilita' degli elementi e delle dichiarazioni di cui all'art. 38, secondo l'illustrato procedimento di cui al nuovo comma 2-bis del medesimo articolo, potendo esigere, senza sanzione alcuna, il completamento o l'integrazione delle

dichiarazioni rese, tramite tutte quelle informazioni utili ad una celere definizione del procedimento di verifica delle stesse autodichiarazioni rese.

1.2 Applicazione della sanzione.

Stante il tenore della disposizione di cui all'art. 38, comma 2-bis, secondo cui la sanzione e' fissata «in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro», le stazioni appaltanti sono tenute a fissare negli atti di gara l'importo della sanzione (entro i limiti normativamente previsti), in modo da autovincolare la loro condotta a garanzia dell'imparzialita' e della parita' di trattamento nei confronti delle imprese concorrenti. Con specifico riferimento agli appalti suddivisi in lotti, la sanzione deve essere commisurata all'importo del lotto per cui si concorre.

La norma non contempla, invece, la possibilita' di graduare la sanzione in ragione della gravita' dell'irregolarita' commessa o in relazione alle singole fattispecie escludenti contemplate nel comma 1 dell'art. 38 (tenuto conto, peraltro, che tali fattispecie incidono tutte sull'affidabilita' morale dell'impresa), in ragione del fatto che, in ogni caso, la sanzione e' correlata all'unica categoria dell'essenzialita' della mancanza, incompletezza ed irregolarita'.

La sanzione individuata negli atti di gara sara' comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio; essa e' correlata alla sanatoria di tutte le irregolarita' riscontrate e deve pertanto essere considerata in maniera onnicomprensiva.

La sanzione e' comminata, inoltre, esclusivamente al soggetto le cui dichiarazioni sono carenti e devono essere integrate e/o regolarizzate, anche nel caso di presentazione dell'offerta da parte di RTI (che non costituisce soggetto diverso dai concorrenti) sia esso costituendo o costituito. La sanzione deve essere comminata anche all'impresa ausiliaria (in ipotesi di avvalimento) qualora la stessa produca una dichiarazione ex art. 38 carente (dichiarazione che deve essere prodotta ai sensi dell'art. 49, comma 2, lettera c) del Codice). Cio', si ritiene, in ragione della particolare disciplina dell'istituto, secondo cui: il concorrente soddisfa i requisiti di partecipazione mediante quelli posseduti dall'ausiliaria, quest'ultima e' responsabile in solido con il primo, il concorrente e' escluso dalla gara per le false dichiarazioni dell'ausiliaria (art. 49, comma 3 del Codice).

Per quanto riguarda il rapporto tra accordi quadro ed appalti specifici si evidenzia che la disciplina del soccorso istruttorio, ivi compresa l'irrogazione della sanzione, riguarda la singola procedura di gara, pertanto, se l'accordo quadro prevede un successivo rilancio competitivo, la sanzione va applicata anche alle carenze essenziali relative alle dichiarazioni dell'appalto specifico.

In caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, invece, la stazione appaltante procedera' all'esclusione del concorrente dalla gara. Per tale ipotesi la stazione appaltante dovra' espressamente prevedere nel bando che si proceda, altresì, all'incameramento della cauzione esclusivamente nell'ipotesi in cui la mancata integrazione dipenda da una carenza del requisito dichiarato. All'incameramento, in ogni caso, non si dovra' procedere per il caso in cui il concorrente decida semplicemente di non avvalersi del soccorso istruttorio.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 10 dicembre 2014, n.

34, infatti, fornendo una lettura evolutiva dell'art. 75 del Codice, anche alla luce della nuova disciplina del soccorso istruttorio, ha affermato la legittimità (della previsione nei bandi della «sanzione») dell'incameramento della cauzione provvisoria in caso di mancanze relative ai requisiti generali di cui all'art. 38, con riferimento a tutti i concorrenti e non al solo aggiudicatario.

Per tutti gli altri casi di mancata integrazione, a seguito di richiesta della stazione appaltante, che non dipendano da una carenza del requisito, l'amministrazione aggiudicatrice provvederà a segnalare il fatto all'Autorità che gestirà la comunicazione quale notizia utile ai sensi dell'art. 8, comma 2, lettera dd) del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.

L'aver previsto che la sanzione sia garantita dalla cauzione provvisoria pone tuttavia una serie di problemi applicativi.

Innanzitutto, nella procedura ristretta la cauzione provvisoria non viene presentata unitamente alla richiesta di invito, cioè è stato da taluni letto quale impedimento all'applicazione della sanzione nella procedura in questione.

Al riguardo sembra opportuno sottolineare, in primis, che la cauzione provvisoria costituisce garanzia del versamento della sanzione, non presupposto per la sua applicazione.

Inoltre, l'art. 38, comma 2-bis, richiama espressamente il comma 2 della stessa disposizione, il quale a sua volta fa riferimento alle dichiarazioni sostitutive prodotte dal candidato e dal concorrente.

Una lettura congiunta delle due disposizioni, conduce dunque a confermare l'applicabilità del procedimento di cui al citato art. 38, comma 2-bis - e dunque anche della disciplina sanzionatoria ivi contemplata - alle procedure ristrette. La sanzione infatti è correlata alla omissione o alle irregolarità negli elementi o nelle dichiarazioni resi sui requisiti di partecipazione ed è prevista per tutte le procedure di aggiudicazione contemplate nel Codice, non prevedendo la norma esclusioni o limitazioni del suo campo applicativo.

La sanzione in esame, pertanto, nelle ipotesi sopra indicate, potrà essere comminata anche nelle procedure nelle quali - almeno nella fase iniziale - non sia prevista la presentazione della garanzia provvisoria.

Altro tema connesso alla funzione di garanzia attribuita alla cauzione provvisoria è costituito dall'esatta determinazione del quantum della cauzione; al riguardo, tenuto conto dell'esigenza di non aggravare gli oneri economici connessi alla partecipazione alla procedura di gara, si ritiene che la suddetta funzione di garanzia non determini un aumento dell'importo della cauzione provvisoria. È fatto salvo, tuttavia, l'obbligo di reintegrarla qualora venisse parzialmente escussa per il pagamento della sanzione; cioè, beninteso, sul presupposto che lo stesso concorrente opti per tale modalità di corresponsione in luogo del pagamento diretto. Resta fermo che la mancata reintegrazione della cauzione costituisce causa di esclusione del concorrente dalla gara. Le stazioni appaltanti dovranno indicare nel bando di gara l'obbligo di reintegrazione, pena l'esclusione. In relazione alle difficoltà applicative connesse al previsto sistema di garanzia della sanzione tramite cauzione, l'Autorità si riserva di inviare apposita segnalazione a Governo e Parlamento.

2. Nuovo soccorso istruttorio ex art. 46, comma 1-ter del Codice.

La descritta nuova disciplina in ordine alla dimostrazione dei requisiti di ordine generale in gara, ha importanti riflessi anche

sul soccorso istruttorio riferito ad elementi e dichiarazioni diverse e ulteriori rispetto a quelle contemplate dall'art. 38 del Codice.

Come noto, l'art. 46 del Codice prevede che «nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati» (comma 1).

Conseguentemente «La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal (...) codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle» (comma 1-bis).

Infine, è intervenuto il nuovo comma 1-ter, introdotto nella norma dall'art. 39 del decreto-legge n. 90/2014, convertito in legge n. 114/2014, il quale prevede che «Le disposizioni di cui all'art. 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara».

Nell'ambito del quadro normativo previgente, sulla base del dato letterale dell'art. 46, comma 1, dunque, nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio era circoscritta al caso in cui la documentazione prodotta da un concorrente fosse carente di taluni elementi e dunque la stazione appaltante, nel rispetto del favor participationis, richiedeva l'integrazione o i chiarimenti in ordine al contenuto della stessa.

Inoltre, al fine di delimitare il perimetro di tale istituto, il legislatore ha previsto con il comma 1-bis della disposizione de qua, le cause tassative di esclusione, limitando le fattispecie escludenti a:

- 1) il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice e dal decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di attuazione del Codice) o da altre disposizioni di legge vigenti;

- 2) l'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;

- 3) la non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Come evidenziato dall'Autorità nella determinazione n. 4/2012, la ratio della disposizione in esame è rinvenibile nell'intento di garantire un concreto rispetto dei principi di rilievo comunitario di massima partecipazione, concorrenza e proporzionalità nelle procedure di gara, evitando che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali, la cui osservanza non risponda ad alcun apprezzabile interesse pubblico.

La norma individua, infatti, i vincoli ed i criteri che le stazioni

appaltanti, nonché la stessa Autorita', devono osservare nell'individuazione delle ipotesi legittime di esclusione, allorché redigono, rispettivamente, i documenti di gara ed i bandi-tipo ai sensi dell'art. 64, comma 4-bis del Codice.

Le eventuali prescrizioni imposte a pena di esclusione nei bandi, diverse da quelle derivanti dal Codice e dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti ovvero che non siano riconducibili alle ulteriori ipotesi prospettate dall'art. 46, comma 1-bis, sono nulle per espressa previsione del medesimo articolo. La sanzione della nullità, in luogo di quella dell'annullabilità, comporta che le clausole di bandi e lettere di invito, laddove prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale.

Sulla base delle considerazioni che precedono, l'Autorita' ha adottato la citata determinazione n. 4/2012, ai fini dell'individuazione delle cause di esclusione legittime secondo i criteri stabiliti dall'art. 46, comma 1-bis, specificando che le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, sono tenute a motivare espressamente in ordine alle eventuali deroghe rispetto a quanto ivi previsto, intendendosi per tali le previsioni di ulteriori ipotesi di esclusione.

Anche la giurisprudenza amministrativa è intervenuta, con numerose pronunce, sull'istituto del soccorso istruttorio - ancorché con riferimento al regime precedente all'entrata in vigore del decreto-legge n. 90/2014, convertito in legge n. 114/2014 - al fine di individuarne il corretto ambito applicativo e la sua reale portata espansiva.

È stato chiarito (ex multis Ad. Pl. n. 9/2014) come tale istituto si risolva in un doveroso ordinario modus procedendi volto a superare inutili formalismi in nome del principio del favor participationis e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti.

L'esegesi rigorosa delle disposizioni di riferimento, nasceva dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo potesse alterare la par condicio, violare il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incidere sul divieto di disapplicazione della lex specialis contenuta nel bando, eludere la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura.

Invocando, altresì, il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti - in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze derivanti da eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione - sono stati individuati i distinti concetti di regolarizzazione documentale e di integrazione documentale. È stato, quindi, ritenuto inoperante l'istituto del soccorso istruttorio, nei casi in cui venivano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie in presenza di clausola, in tal senso, univoca).

Pertanto, il giudice amministrativo - sulla base del tenore testuale dell'incipit del comma 1 dell'art. 46 («Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45 ...») - ha ritenuto che il soccorso istruttorio consentisse di completare dichiarazioni o documenti già presentati, solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa, essendo, assolutamente, precluso al concorrente supplire a carenze dell'offerta, successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi.

Parimenti, il soccorso istruttorio e' stato pacificamente ammesso in termini di possibilita' di chiedere chiarimenti, delucidazioni ovvero aggiornamenti in ordine a dichiarazioni e documenti gia' presentati.

Cio' premesso, e' evidente come la novella normativa introdotta dall'art. 39 del decreto-legge n. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014, con riferimento alle previsioni di cui all'art. 46 del Codice, determini un superamento dei principi sopra enunciati, comportando un'inversione radicale di principio; inversione in base alla quale e' generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarita', con il solo limite intrinseco dell'inalterabilita' del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilita' delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara.

Occorre sottolineare al riguardo che ne' il comma 1, ne' il comma 1-bis dell'art. 46 sono stati modificati dalla disposizione sopra richiamata e, pertanto, si ritiene di dover fornire una lettura del nuovo comma 1-ter, che tenga conto di quanto disposto in tali previsioni normative, secondo un'interpretazione logico-sistematica delle disposizioni de quibus.

Come indicato in premessa, infatti, il comma 1-ter stabilisce che le disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis, si applicano ad ogni ipotesi di mancanza, di incompletezza o di irregolarita' degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.

Dal dato letterale della norma, emerge chiaramente come sia consentito in sede di gara procedere alla sanatoria di ogni omissione o incompletezza documentale, superando l'illustrato limite della sola integrazione e regolarizzazione di quanto gia' dichiarato e prodotto in gara. Inoltre, il riferimento ivi contenuto anche agli elementi e non solo alle dichiarazioni, consente un'estensione dell'istituto del soccorso istruttorio a tutti i documenti da produrre in gara, in relazione ai requisiti di partecipazione ma non anche per supplire a carenze dell'offerta.

L'ampliamento dell'ambito applicativo del soccorso istruttorio - tale da consentire il completamento o l'integrazione dell'offerta - infatti, altererebbe la par condicio, il libero gioco della concorrenza, violerebbe il canone di imparzialita' e di buon andamento dell'azione amministrativa, eluderebbe la natura decadenziale dei termini cui e' soggetta la procedura (Ad. Pl. Cons. St. n. 9/2014 cit.), non ultimo, implicherebbe la violazione del principio di segretezza delle offerte.

Gli stessi principi sopra richiamati, inducono altresì ad affermare che l'istituto in parola non puo', in ogni caso, essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione, mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

Resta fermo, in sostanza, il principio per cui i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dal concorrente - che deve essere, altresì, in regola con tutte le altre condizioni di partecipazioni - alla scadenza del termine fissato nel bando per la presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione, senza possibilita' di acquisirli successivamente.

2.1. Impatto del «nuovo» soccorso istruttorio sulla disciplina delle

cause tassative di esclusione.

La reale portata innovativa del comma 1-ter dell'art. 46 del Codice deve essere ravvisata nel fatto che il legislatore ha avvertito la necessita' di richiamare le disposizioni di cui al comma 2-bis dell'art. 38 - che, di fatto, introducono la piu' ampia possibilita' di sanatoria in ordine alle carenze documentali (elementi e dichiarazioni) - in seno ad un articolo che concerne «Documenti e informazioni complementari» nonche' la «Tassativita' delle cause di esclusione».

Ma vi e' di piu'. Il comma 1-ter dell'art. 46, ritiene applicabile il meccanismo introdotto dal comma 2-bis dell'art. 38 ad ogni ipotesi di incompletezza o irregolarita' degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.

Tutto cio' induce a ritenere che la disposizione in parola introduca, inevitabilmente, delle importanti novita' sulla disciplina delle cause tassative di esclusione, di cui al comma 1-bis della stessa disposizione.

Si ritiene, in particolare, che la novella in esame abbia si' confermato le fattispecie ascrivibili alla categoria delle cause tassative di esclusione (l'art. 39 del decreto-legge n. 90/2014 non interviene, infatti, sui commi 1 e 1-bis dell'art. 46) ma, operando «a valle» di tale individuazione, consenta, ora, che siano resi, integrati o regolarizzati (nella fase iniziale della gara) anche gli elementi e le dichiarazioni (anche di terzi) prescritti dalla legge, dal bando o dal disciplinare di gara, la cui assenza o irregolarita' sotto la previgente disciplina determinavano l'esclusione dalla gara (si tratta di ipotesi, evidentemente, ulteriori rispetto alle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1 del Codice).

Pertanto, ove vi sia un'omissione, incompletezza, irregolarita' di una dichiarazione con carattere dell'essenzialita' - da individuarsi come tale in applicazione della disciplina sulla cause tassative di esclusione - la stazione appaltante non potra' piu' procedere direttamente all'esclusione del concorrente ma dovra' avviare il procedimento contemplato nell'art. 38, comma 2-bis del Codice, volto alla irrogazione della sanzione pecuniaria ivi prevista ed alla sanatoria delle irregolarita' rilevate.

Si ritiene, infatti, che le irregolarita' essenziali, ai fini di quanto previsto dall'art. 38, comma 2-bis, coincidono con le irregolarita' che attengono a dichiarazioni ed elementi inerenti le cause tassative di esclusione (come individuate nella determinazione n. 4/2012), previste nel bando, nella legge o nel disciplinare di gara, in ordine alle quali non e' piu' consentito procedere ad esclusione del concorrente prima della richiesta di regolarizzazione da parte della stazione appaltante - fatta eccezione per quelli che afferiscono all'offerta nei termini sopra indicati - come specificato nei successivi paragrafi.

2.2 Carenze ed irregolarita' essenziali sanabili (e non).

Cio' premesso, tenuto conto delle posizioni espresse dall'Autorita' nella, piu' volte, richiamata determinazione n. 4/2012 - fermo restando che l'assenza del requisito e la violazione delle disposizioni che attengono a status e condizioni in cui devono trovarsi i concorrenti alla scadenza del termine, comportano, in ogni caso, l'esclusione del concorrente dalla gara - occorre stabilire, innanzitutto, quali sono gli elementi, la cui mancanza, incompletezza ed irregolarita' non puo' essere sanata, in quanto le relative

dichiarazioni e gli adempimenti normativamente prescritti incidono direttamente sul contenuto dell'offerta ovvero sulla sua segretezza.

In particolare, con riferimento agli elementi che influiscono sulla «incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali» di cui al comma 1-bis dell'art. 46, si osserva in via preliminare che, ai sensi degli articoli 73 e 74 del Codice:

le domande di partecipazione e le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare il candidato ed il suo indirizzo, nonché la procedura a cui la domanda di partecipazione si riferisce; esse sono, inoltre, corredate dei documenti prescritti dal bando;

le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'onori e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l'offerente ed il suo indirizzo, nonché la procedura cui si riferiscono, le caratteristiche ed il prezzo della prestazione offerta, unitamente alle dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione.

Con dizione sostanzialmente identica, il comma 3 dell'art. 73 ed il comma 5 dell'art. 74 prevedono che le stazioni appaltanti richiedano gli elementi essenziali menzionati, nonché gli altri elementi e documenti necessari ovvero utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto ed alle finalità dell'offerta.

E' onere delle stazioni appaltanti redigere in modo chiaro la documentazione di gara, evidenziando gli adempimenti posti a pena di esclusione.

Ne consegue che:

1) la sottoscrizione della domanda e dell'offerta da parte del titolare o del legale rappresentante dell'impresa o di altro soggetto munito di poteri di rappresentanza, prevista dagli articoli 73 e 74 del Codice costituisce un elemento essenziale di entrambe. La sottoscrizione dell'offerta ha la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa; la sottoscrizione della domanda di partecipazione è un elemento essenziale che attiene propriamente alla manifestazione di volontà di partecipare alla gara.

In entrambe le ipotesi, la sottoscrizione costituisce, pertanto, un elemento essenziale; tuttavia, non impattando sul contenuto e sulla segretezza dell'offerta, la sua eventuale carenza si ritiene sanabile. Infatti, ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente (che escluda l'incertezza assoluta sulla provenienza), dal combinato disposto dell'art. 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter del Codice, risulta ora sanabile ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità (anche) degli elementi che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla legge (al bando o al disciplinare di gara), ivi incluso l'elemento della sottoscrizione, dietro pagamento della sanzione prevista nel bando;

2) con riferimento alla presentazione della cauzione provvisoria, prevista dall'art. 75 del Codice, a corredo dell'offerta, essa assolve - come noto - allo scopo di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno, nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario.

Tale cauzione assolve, peraltro, anche allo scopo di garantire la

stazione appaltante per il pagamento delle sanzioni pecuniarie comminate ai concorrenti, nell'eventualità che si verifichi in gara una omissione o una irregolarità nelle dichiarazioni rese dagli stessi, nei termini in precedenza indicati.

Il riferimento, contenuto nella norma, alla cauzione provvisoria, deve essere interpretato come rinvio alla disciplina di cui all'art. 75 del Codice e, dunque, la garanzia ivi prevista coincide con la garanzia prestata dal concorrente a corredo dell'offerta.

In relazione a tale garanzia, l'Autorità (nella citata determinazione n. 4/2012) ha qualificato come causa di esclusione la mancata o irregolare presentazione (in assenza degli elementi previsti nell'art. 75) della cauzione provvisoria.

Di avviso difforme la giurisprudenza amministrativa secondo cui i vizi che attengono alla cauzione provvisoria, ai sensi del comma 1-bis dell'art. 46 del Codice, non determinano l'esclusione dalla gara dell'impresa concorrente, ma alla stessa è consentito procedere alla sua regolarizzazione o integrazione (ex multis Cons. St., sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781).

Sulla questione incide il nuovo comma 1-ter dell'art. 46 del Codice, che sembra ammettere la sanatoria di omissioni o irregolarità anche in relazione alla presentazione della garanzia in parola, laddove la norma consente la sanabilità di ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi.

È evidente che, alla luce della nuova disciplina dettata in tema di soccorso istruttorio, la mancanza della cauzione provvisoria reca con sé implicazioni problematiche in ordine all'applicazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 2-bis dell'art. 38 del Codice, anche se va rilevato, come già evidenziato al paragrafo 1.2, che la prima costituisce semplicemente una garanzia in ordine al pagamento della seconda, e non anche una sua liquidazione preventiva e forfettaria; tale funzione, infatti, è attribuita alla cauzione provvisoria esclusivamente in relazione al danno che si configura per la stazione appaltante con riguardo alla mancata sottoscrizione del contratto.

Pertanto, tenuto conto che il comma 1-ter dell'art. 46 cit. ora consente la sanatoria anche di elementi che devono essere prodotti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara (e la cauzione è un elemento da produrre a corredo dell'offerta in base alla legge), considerato che ai fini del pagamento della sanzione la cauzione costituisce solo una garanzia, la novella normativa trova applicazione anche con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria a condizione che quest'ultima sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta e rispetti la previsione di cui all'art. 75, comma 5 del Codice, vale a dire decorra da tale data. Diversamente sarebbe alterata la parità di trattamento tra i concorrenti;

3) con riferimento alla mancata effettuazione del sopralluogo negli appalti di lavori, di cui all'art. 106, comma 2, del regolamento si ritiene che tale fattispecie costituisca causa di esclusione. Si tratta, infatti, di un adempimento che deve essere necessariamente eseguito in una fase antecedente alla presentazione dell'offerta, perché volto ad assicurare che il concorrente abbia piena contezza delle condizioni di esecuzione dei lavori. Diversamente, la mancata o irregolare allegazione della dichiarazione di cui al citato art. 106, comma 2, del regolamento - ove il

concorrente abbia effettivamente provveduto al sopralluogo - puo' essere sanata.

2.2.1 Irregolarita' concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara.

Con riferimento alle irregolarita' concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara, incidenti sulla segretezza delle offerte, si evidenzia che il comma 1-bis dell'art. 46 prevede la possibilita' di esclusione del concorrente dalla gara in tutti i casi in cui sia violato il principio di segretezza delle offerte.

La disposizione si riferisce, in particolare, alle ipotesi di incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta e alla non integrita' del plico o ad altre irregolarita' relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Vanno ricondotti alla categoria in esame i casi di violazione di una serie di cautele previste nei documenti di gara, che sono volte ad assicurare l'integrita' dei plichi contenenti l'offerta o la domanda di partecipazione e, in definitiva, il corretto svolgimento della procedura di gara. La presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione, infatti, deve essere assistita dall'osservanza di alcuni adempimenti di carattere formale, tesi ad assicurare il rispetto di principi di primaria importanza, quali quello della segretezza ed immodificabilita' delle proposte contrattuali formulate, nonche' il principio di parita' di trattamento. Si tratta, per lo piu', di ipotesi riconducibili, sostanzialmente, alla categoria degli elementi che devono essere presenti, in base a quanto prescritto dalla legge, dal bando o dal disciplinare di gara che, tuttavia, nella misura in cui costituiscono diretta ed immediata applicazione del principio di segretezza delle offerte, continuano ad essere assoggettati allo stesso regime giuridico gia' delineato nella determinazione n. 4/2012, salvo specifiche ipotesi che possono ritenersi attratte alla nuova disciplina del soccorso istruttorio.

In particolare:

1) con riferimento alle modalita' di presentazione delle offerte, costituiscono cause di esclusione le seguenti ipotesi:

mancata indicazione sul plico esterno generale del riferimento della gara cui l'offerta e' rivolta;

apposizione sul plico esterno generale di un'indicazione totalmente errata o generica, al punto che non sia possibile individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara;

mancata sigillatura del plico e delle buste interne con modalita' di chiusura ermetica che ne assicurino l'integrita' e ne impediscano l'apertura senza lasciare manomissioni;

mancata apposizione sulle buste interne al plico di idonea indicazione per individuare il contenuto delle stesse; si evidenzia che l'esclusione sarebbe da considerarsi illegittima qualora, ad esempio, la busta contenente l'offerta economica, ancorche' priva della dicitura richiesta, fosse comunque distinguibile dalle restanti buste munite della corretta dicitura; alla luce della nuova disciplina del soccorso istruttorio dovrebbe, inoltre, considerarsi sanabile l'omessa indicazione relativa al contenuto delle buste se alla medesima si possa ovviare con invito al concorrente a contrassegnarle senza necessita' di apertura;

mancato inserimento dell'offerta economica e di quella tecnica in buste separate, debitamente sigillate, all'interno del plico

esterno recante tutta la documentazione e piu' in generale la loro mancata separazione fisica. Si precisa che, in caso di divisione in lotti con possibilita' di concorrere all'aggiudicazione di piu' di un lotto, l'offerta economica acquista una propria autonomia in relazione ad ogni lotto e, pertanto, deve essere separatamente redatta per ogni lotto.

Al contrario, non possono costituire cause legittime di esclusione, inter alia:

la mancata o errata indicazione, su una o piu' delle buste interne, del riferimento alla gara cui l'offerta e' rivolta, nel caso in cui detta indicazione sia comunque presente sul plico generale esterno, debitamente chiuso e sigillato;

la mancata indicazione del riferimento della gara su uno o piu' documenti componenti l'offerta;

la mancata apposizione sul plico dell'indicazione del giorno e dell'ora fissati per l'espletamento della gara.

Ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, resta salva la facolta' delle stazioni appaltanti di rilevare, nel caso concreto, ulteriori circostanze che, inducendo a ritenere violato il principio di segretezza delle offerte, comportino l'esclusione debitamente motivata del concorrente;

2) l'art. 79, comma 5-quinquies del Codice prevede che «il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni». Al riguardo, si osserva che, pur potendo rilevare il domicilio quale elemento utile per identificare il concorrente e, quindi, per accertare la provenienza dell'offerta, si tratta pur sempre di un elemento che quand'anche essenziale, se omesso o non corretto possa essere reso, integrato o regolarizzato; devono del pari essere attratte nella categoria degli elementi esigibili, senza comminatoria di sanzione, da parte della stazione appaltante - e come tali assoggettati alla disciplina del classico soccorso istruttorio - le indicazioni del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica, che rilevano, invece, esclusivamente ai fini delle comunicazioni.

2.3 Altre irregolarita' concernenti elementi e dichiarazioni che devono essere prodotte in base alla legge, al bando o al disciplinare.

Per effetto della novella recata dal citato art. 39 del decreto-legge n. 90/2014, e' necessario verificare quali ulteriori elementi e dichiarazioni prescritti dalla legge, dal bando o dal disciplinare di gara sono suscettibili di essere resi, integrati o regolarizzati (nella fase iniziale della gara), laddove omessi, carenti o irregolari e quali, continuano a rilevare come cause di esclusione.

Tra le ipotesi di maggior rilievo, che possono essere prese in considerazione, rilevano le seguenti:

1) in tema di avvalimento l'integrazione o la regolarizzazione non possono riguardare la dichiarazione di volonta' di ricorso all'avvalimento (art. 49, comma 2, lettera a) del Codice). La dichiarazione di avvalimento costituisce, infatti, elemento costitutivo dei requisiti da possedersi, inderogabilmente, alla scadenza del termine perentorio di presentazione dell'offerta. Anche

il contratto di avvalimento e' evidentemente funzionale al possesso dei requisiti prescritti dal bando. Tuttavia, in ordine allo stesso si ritiene che possa operare l'istituto del nuovo soccorso istruttorio limitatamente all'ipotesi di mancata allegazione, per mera dimenticanza, del contratto che, in ogni caso, sia stato gia' siglato alla data di presentazione dell'offerta.

La nuova disciplina del soccorso istruttorio dispiega, invece, pienamente la sua forza espansiva sugli altri adempimenti prescritti in ordine all'avvalimento;

2) il principio della corrispondenza tra le quote di partecipazione delle singole imprese ad un raggruppamento e le quote di esecuzione (e, quindi, la ripartizione delle relative capacita' tecniche ed economico-finanziarie) derivante, per gli appalti di lavori, dal combinato disposto dei commi 3 e 13 dell'art. 37 del Codice, comportava l'obbligo di indicare all'atto della partecipazione, le quote partecipative al raggruppamento, dalle quali poter desumere la quota parte dei lavori che sarebbero stati eseguiti da ciascun associato. Tale indicazione costituiva requisito di ammissione alla gara.

Nell'atto di determinazione n. 4/2012, sia per i lavori sia per i servizi e le forniture, la violazione del precisato obbligo di specificare le parti di prestazione da eseguire (di cui all'art. 37, comma 4) - considerata la rilevanza che tale specificazione acquisiva in ordine alla serietà, affidabilità, determinatezza e completezza, e dunque, sugli elementi essenziali dell'offerta, la mancanza della stessa - pena la violazione dei principi della par condicio e della trasparenza, non era stato ritenuto suscettibile di regolarizzazione postuma.

Peraltro, in caso di procedure ristrette, negoziate o di dialogo competitivo o, piu' in generale, nelle procedure nelle quali vi e' una fase di cd. «prequalifica» a seguito della quale la stazione appaltante sceglie i concorrenti da invitare, era comunque necessario, a pena di esclusione, indicare le quote gia' nella domanda di partecipazione, al fine di consentire alla stazione appaltante la verifica del possesso dei prescritti requisiti e la conseguente definizione dell'elenco degli operatori cui inviare le lettere di invito a presentare offerta.

Allo stato attuale, tenuto conto, sia delle modifiche introdotte al comma 13 del citato art. 37, ad opera del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135 - che aveva limitato ai soli lavori la corrispondenza tra la quota di partecipazione al RTI e la quota di esecuzione - ma soprattutto dell'intervenuta abrogazione dell'intero comma, ad opera del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80, le indicazioni sopra richiamate devono ritenersi in parte superate. Infatti, l'obbligo dichiarativo in ordine alle quote di partecipazione al RTI non sussiste piu' per i servizi e le forniture ma permane esclusivamente per i lavori, in forza del novellato art. 92 del decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010 (cosi' come modificato dall'art. 12, comma 9 della legge da ultimo citata).

L'omissione di tale tipo di dichiarazione o eventuali carenze e/o incompletezza della stessa si ritiene che possano essere sanate dietro pagamento della prevista sanzione.

Resta, naturalmente, confermato il principio di corrispondenza tra la qualificazione posseduta e le quote di esecuzione, che dovranno, comunque, essere indicate e se omesse potranno essere sanate alla

stessa stregua delle quote di partecipazione al RTI;

3) con riferimento all'istituto del subappalto, l'art. 118 del Codice impone alcuni adempimenti da parte del concorrente. In particolare si prevede, inter alia, l'indicazione, da parte del concorrente, dei lavori o delle parti di opere ovvero dei servizi e delle forniture o parti di servizi e forniture che intende subappaltare all'atto della presentazione dell'offerta (comma 2).

Tale adempimento costituisce un presupposto essenziale in vista della successiva autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante ma non ai fini della partecipazione alla gara: da cio' consegue che l'erroneita' e/o la mancanza della dichiarazione non puo' essere, di per se', assunta a fondamento di un provvedimento di esclusione, ma rappresenta solo un impedimento per l'aggiudicatario a ricorrere al subappalto, di modo che la stessa dovra' provvedere direttamente all'esecuzione della prestazione, ove in possesso dei requisiti prescritti.

Diversamente, la violazione dell'obbligo di indicare in sede di offerta la quota della prestazione che il candidato intende subappaltare potra' costituire causa di esclusione qualora questa sia necessaria per documentare il possesso dei requisiti richiesti ai concorrenti singoli o riuniti al momento di presentazione dell'offerta, necessari per eseguire in proprio la prestazione. In particolare, nel caso in cui il bando di gara preveda, fra le categorie scorporabili e subappaltabili, categorie a qualificazione obbligatoria ed il concorrente non sia in possesso delle corrispondenti qualificazioni oppure, in alternativa, non abbia indicato nell'offerta l'intenzione di procedere al loro subappalto, la stazione appaltante deve disporre l'esclusione dalla gara in quanto, in fase di esecuzione, lo stesso, qualora aggiudicatario, non potrebbe ne' eseguire direttamente le lavorazioni ne' essere autorizzato a subappaltarle.

La carenza di una simile dichiarazione non si ritiene possa essere sanata. Laddove, infatti, si consentisse ad un concorrente, sprovvisto della necessaria qualificazione richiesta dalla lex specialis di gara, di indicare successivamente la volonta' di subappaltare una quota dei lavori, con indicazione della relativa quota, al fine di dimostrare il possesso della qualificazione richiesta, si altererebbe il principio di par condicio tra i concorrenti. Tale dichiarazione, infatti, afferisce direttamente al possesso del requisito essendo espressione di un'autodeterminazione del concorrente in ordine alle modalita' di acquisizione del medesimo.

La normativa citata non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta ma solamente l'obbligo di indicare le quote di attivita' che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile, fermo restando che la qualificazione «mancante» deve essere comunque posseduta in relazione alla categoria prevalente, dal momento che cio' tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacita' economico-finanziaria da parte dell'impresa;

4) con riferimento ai protocolli di legalita', nella citata determinazione n. 4/2012, e' stato ritenuto legittimo prescrivere, a pena di esclusione, l'accettazione delle condizioni contrattuali contenute nella documentazione di gara, tra le quali l'accettazione degli obblighi in materia di contrasto delle infiltrazioni criminali negli appalti previsti nell'ambito di protocolli di legalita'/patti

di integrita'. Cio' in quanto tali strumenti sono posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e gli obblighi in tal modo assunti discendono dall'applicazione di norme imperative di ordine pubblico. Appare evidente che gli strumenti in parola non attengono ad elementi dell'offerta e, pertanto, in linea generale, eventuali carenze in ordine alla dichiarazione di accettazione delle clausole del protocollo di legalita', devono ora ritenersi sanabili;

5) costituisce causa di esclusione l'omesso versamento del contributo dovuto all'Autorita' ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato).

Di contro, un inadempimento meramente formale, consistente nell'aver effettuato il versamento seguendo modalita' diverse da quelle impartite dall'Autorita' stessa, oppure (alla luce della novella in esame) nell'aver omesso di allegare alla domanda di partecipazione la ricevuta di pagamento, non puo' essere sanzionato dalla stazione appaltante con l'esclusione, senza che si proceda ad un previo accertamento dell'effettivo assolvimento dell'obbligo in questione entro il termine decadenziale di partecipazione alla gara. La mancata allegazione del versamento disposto prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta puo' essere oggetto di soccorso istruttorio dietro pagamento della relativa sanzione.

Approvata dal Consiglio nell'adunanza dell'8 gennaio 2015.

Roma, 8 gennaio 2015

Il Presidente: Cantone

NORMATIVA e DOCUMENTI

DECRETO LEGISLATIVO 12 aprile 2006, n. 163

Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. (GU n.100 del 2-5-2006 - Suppl. Ordinario n. 107)

Art. 38

Requisiti di ordine generale

art. 45, direttiva 2004/18; art. 75, d.P.R. n. 554/1999; art. 17, d.P.R. n. 34/2000)

1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, ne' possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;

b) nei cui confronti e' pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di societa' in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di societa' in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di societa';

c) nei cui confronti e' stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunita' che incidono sulla moralita' professionale; e' comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o piu' reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di societa' in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di societa' in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di societa' o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale;

d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55;

e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio;

f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante,

hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attivita' professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante;

g) che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;

h) che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio;

i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti;

l) che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2;

m) nei cui confronti e' stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione.

2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformita' alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione.

3. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarita' contributiva di cui all'articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni. In sede di verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002.

4. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, nei confronti di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono se del caso ai candidati o ai concorrenti di fornire i necessari documenti probatori, e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti.

5. Se nessun documento o certificato e' rilasciato da altro Stato dell'Unione europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall'interessato innanzi a un'autorita' giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza.

Art. 46.

Documenti e informazioni complementari

art. 43, direttiva 2004/18; art. 16, d.lgs. n. 157/1995; art. 15, d.lgs. n. 358/1992)

1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

Art. 64.

Bando di gara

art. 35, parr. 2 e 3, e art. 36.1., direttiva 2004/18; art. 3, d.P.C.M. n. 55/1991; art. 5, co. 2, d.lgs. n. 358/1992; art. 8, co. 2, d.lgs. n. 157/1995; art. 80, co. 11, d.P.R. n. 554/1999)

1. Le stazioni appaltanti che intendono aggiudicare un appalto pubblico o un accordo quadro mediante procedura aperta, procedura ristretta, procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara, dialogo competitivo, rendono nota tale intenzione con un bando di gara.

2. Le stazioni appaltanti che intendono istituire un sistema dinamico di acquisizione rendono nota tale intenzione mediante un bando di gara.

3. Le stazioni appaltanti che intendono aggiudicare un appalto pubblico basato su un sistema dinamico di acquisizione rendono nota tale intenzione con un bando di gara semplificato.

4. Il bando di gara contiene gli elementi indicati nel presente codice, le informazioni di cui all'allegato IX A, punto 3, e ogni altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante, secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione in conformita' alla procedura di cui all'articolo 77, paragrafo 2, direttiva 2004/18.

DECRETO-LEGGE 24 giugno 2014, n. 90

Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari. (14G00103) (GU n.144 del 24-6-2014)

Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114 (in S.O. n. 70, relativo alla G.U. 18/8/2014, n. 190).

Art. 39

Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici)

1. All'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dopo il comma 2, e' inserito il seguente:

«2-bis. La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarita' essenziale delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento e' garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perche' siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarita' non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, ne' applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente e' escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, ne' per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.».

2. All'articolo 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dopo il comma 1-bis, e' inserito il seguente:

«1-ter. Le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarita' delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.».

3. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano alle procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.

Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012

(Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 254 del 30/10/2012)

BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici

Premessa

L'articolo 64, comma 4-bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito, Codice) stabilisce che «i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo».

In base a tale previsione, l'Autorità ha predisposto il presente documento, denominato “bando- tipo”, finalizzato a dare una prima attuazione al combinato disposto degli articoli 46, comma 1-bis e 64, comma 4-bis, secondo cui le cause tassative di esclusione dalle gare devono essere indicate nei modelli approvati dall'Autorità. Il “bando-tipo” costituisce, pertanto, il quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara, quanto alla individuazione delle cause tassative di esclusione, salva la facoltà di derogare motivando, nei termini più oltre specificati.

Il documento è stato sottoposto a due consultazioni (nel mese di settembre 2011 e di luglio 2012); è stato, inoltre, acquisito il prescritto parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, reso in data 25 settembre 2012.

A seguito della approvazione del “bando-tipo”, l'Autorità procederà ad elaborare specifici bandi tipo distinti in base all'oggetto del contratto (lavori, servizi o forniture) che, oltre a riprodurre le clausole relative alle cause tassative di esclusione come indicate in via generale nel presente documento, conterranno le ulteriori puntuali indicazioni sulla gestione della gara. La scelta in tal senso effettuata è funzionale anche all'aggiornamento tempestivo dei contenuti del presente bando- tipo e dei connessi bandi-tipo specifici, avuto riguardo all'evoluzione normativa e giurisprudenziale.

Sommario

[1. Orientamenti interpretativi](#)

[PARTE I - Adempimenti previsti da disposizioni di legge vigenti](#)

[1. Indicazioni generali](#)

[2. Requisiti di partecipazione](#)

[2.1 Requisiti di ordine generale](#)

[2.2 Requisiti speciali di partecipazione](#)

[3. Norme a garanzia della qualità e norme di gestione ambientale](#)

[4. Ricorso all'avvalimento](#)

[5. Verifiche sul possesso dei requisiti speciali](#)

[6. Termini per la presentazione delle offerte](#)

[7. Rispetto del divieto di partecipazione plurima/contestuale](#)

[7.1 Indicazioni specifiche per la partecipazione dei raggruppamenti temporanei, dei consorzi ordinari e dei consorzi stabili](#)

[7.1.1 Principio di corrispondenza](#)

[7.1.2 Modifiche soggettive](#)

[7.1.3 Raggruppamenti sovrabbondanti](#)

[8. Ricorso al subappalto](#)

[9. Mancato, inesatto o tardivo adempimento alla richiesta di chiarimenti](#)

[10. Disposizioni in materia di presentazione e valutazione delle offerte](#)

[10.1 Varianti in sede di offerta](#)

[10.2 Soglia di sbarramento](#)

[10.3 Offerte anomale](#)

[11. Mancato versamento del contributo all'Autorità](#)

[12. Ulteriori ipotesi specifiche previste da norme](#)

[PARTE II - Carenza di elementi essenziali ed incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta](#)

[1. Indicazioni generali](#)

[2. La sottoscrizione dell'offerta](#)

[3. Accettazione delle condizioni generali di contratto](#)

[4. Offerte condizionate, plurime ed in aumento](#)

[5. Presentazione della cauzione provvisoria](#)

[6. Mancata effettuazione del sopralluogo](#)

[6.1 Lavori](#)

6.2 Servizi e forniture

PARTE III – Irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara

1. Modalità di presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione

2. Difetto di separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica

3. Modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive

4. Utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti

5. Mezzi di comunicazione tra operatori economici e stazioni appaltanti

1. Orientamenti interpretativi

Secondo l'art. 46, comma 1-bis, l'esclusione dei concorrenti dalle procedure di gara è subordinata al verificarsi di uno o più dei seguenti presupposti:

1. mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice e dal d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (nel seguito, Regolamento) o da altre disposizioni di legge vigenti;
2. incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;
3. non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

La norma trova applicazione generalizzata sia ai settori ordinari (art. 3, comma 4, del Codice) che ai settori speciali (art. 3, comma 5, del Codice), in virtù di quanto disposto dall'art. 206, comma 1, del Codice (nella versione risultante a seguito delle modifiche apportate dall'art. 4, comma 2, lett. ee, del cd. Decreto Sviluppo, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106). Non assume rilievo l'importo del contratto che può, quindi, essere inferiore o superiore alle soglie comunitarie.

La ratio delle nuove disposizioni è rinvenibile nell'intento di garantire un concreto rispetto dei principi di rilievo comunitario di massima partecipazione, concorrenza e proporzionalità nelle procedure di gara, evitando che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali, la cui osservanza non risponde ad alcun apprezzabile interesse pubblico. Secondo l'art. 4, comma 1, lett. n), del Decreto Sviluppo, infatti, la novella è volta a sancire la «tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, cause che possono essere solo quelle previste dal Codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione ed attuazione, con irrilevanza delle clausole aggiuntive eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara».

Come chiarito nella relazione illustrativa al Decreto Sviluppo, la finalità è quella di effettuare una «tipizzazione tassativa delle cause di esclusione dalle gare e di ridurre il potere discrezionale della stazione appaltante», limitando «le numerose esclusioni che avvengono sulla base di elementi formali e non sostanziali, con l'obiettivo di assicurare il rispetto del principio della concorrenza e di ridurre il contenzioso in materia di affidamento dei contratti pubblici». La norma elenca, quindi, i vincoli ed i criteri che le stazioni appaltanti, nonché la stessa Autorità, devono osservare nell'individuazione delle ipotesi legittime di esclusione, allorché redigono, rispettivamente, i documenti di gara ed i bandi-tipo.

L'art. 46, comma 1-bis, nel circoscrivere l'area delle «esclusioni legittime», presenta, inoltre, una duplice valenza, poiché opera sia in riferimento alla predisposizione della documentazione di gara – delineando regole tassative affinché la previsione esplicita di ipotesi di esclusione possa essere ritenuta legittima - sia con riguardo alla successiva valutazione del comportamento dei concorrenti, in quanto impone di verificare se tale comportamento, anche a prescindere da quanto previsto dalla lex specialis di gara, produca comunque le conseguenze di cui all'art. 46, comma 1-bis, del Codice (incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta o sulla provenienza della stessa, non integrità del plico o altre irregolarità relative alla chiusura tali da far ritenere violato il principio di segretezza delle offerte) e comportamenti, pertanto, l'esclusione del concorrente. La disposizione, inoltre, rafforza il dovere di leale collaborazione tra stazione appaltante e partecipanti alla procedura di gara, già codificato dal medesimo articolo 46, al comma 1, secondo il quale le stazioni appaltanti « invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati ».

Le eventuali prescrizioni imposte a pena di esclusione nei bandi, diverse da quelle derivanti dal Codice e dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti ovvero che non siano riconducibili alle ulteriori ipotesi prospettate dall'art. 46, comma 1-bis, sono nulle per espressa previsione del medesimo articolo. La sanzione della nullità, in luogo di quella dell'annullabilità, comporta che le clausole di bandi e lettere di invito, laddove prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale.

A sua volta, l'art. 64, comma 4-bis, stabilisce che la «tipizzazione» delle cause di esclusione deve essere effettuata ex ante dall'Autorità nei «bandi-tipo» che, quindi, elencano le cause di esclusione che possono essere legittimamente inserite nella documentazione di gara. Le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, sono tenute a motivare espressamente in ordine alle eventuali deroghe rispetto a quanto ivi previsto, intendendosi per tali la previsione di ulteriori ipotesi di esclusione.

Al riguardo, si precisa, inoltre, che dette deroghe, ancorché motivate, non possono consistere nell'introduzione di clausole contrastanti con il disposto del citato art. 46, comma 1-bis, atteso che le stesse, in tal caso, sarebbero affette da nullità.

Dunque, rispetto alle ipotesi tipizzate nel presente bando-tipo, le stazioni appaltanti possono prevedere ulteriori cause di esclusione, previa adeguata e specifica motivazione, solo con riferimento a disposizioni di leggi vigenti ovvero alle altre regole tassative previste dall'art. 46, comma 1-bis, del Codice.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il presente bando-tipo specifica le cause di esclusione legittime secondo i criteri stabiliti dall'art. 46, comma 1-bis, più volte citato: esso costituisce, quindi, una cornice di riferimento per orientare il comportamento delle stazioni appaltanti nella corretta applicazione dell'art. 46, comma 1-bis, sia in fase di predisposizione della documentazione di gara che nella successiva fase di valutazione del comportamento dei concorrenti, secondo quanto già osservato.

Le indicazioni contenute nel presente bando-tipo sono prodromiche rispetto all'elaborazione dei modelli specifici distinti per lavori, servizi e forniture, giacché mirano ad enucleare un minimo comune denominatore valevole in via trasversale.

Occorre precisare che quanto riportato nel presente documento circa la verifica del possesso dei requisiti verrà successivamente aggiornato in relazione all'entrata in funzione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP), istituita presso l'Autorità dall'art. 62-bis del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82. Si rammenta, in proposito che, ex art. 6-bis, comma 1, del Codice, a partire dal 1° gennaio 2013, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti per la partecipazione alle procedure di gara sarà acquisita nella BDNCP. L'Autorità stabilirà, con propria deliberazione, i dati concernenti la partecipazione alle gare e la valutazione delle offerte in relazione ai quali è obbligatoria l'inclusione della documentazione nella BDNCP, nonché i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati.

Il presente documento è suddiviso, per comodità di lettura, secondo le indicazioni contenute nell'art. 46, comma 1-bis, ed in particolare:

1. Parte I, "Adempimenti previsti dal Codice, dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti";
2. Parte II, "Carenza di elementi essenziali ed incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta";
3. Parte III, "Irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara" (non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte).

Detta suddivisione non è, tuttavia, da intendersi in maniera rigida, poiché sussistono ipotesi di esclusione riconducibili contemporaneamente a più di uno dei criteri indicati dalla norma.

PARTE I - Adempimenti previsti da disposizioni di legge vigenti

1. Indicazioni generali

Tutti i comportamenti prescritti/vietati dal Codice o dal Regolamento (ovvero da altre norme rilevanti) devono essere considerati imposti a pena di esclusione sia qualora venga comminata espressamente la sanzione di esclusione sia qualora, pur mancando tale previsione esplicita, la norma di riferimento sancisca un obbligo ovvero un divieto o, più in generale, prescriva un adempimento necessario ad assicurare il corretto svolgimento del confronto concorrenziale (in tal senso, cfr. da ultimo, Cons. St., ad. plen., n. 21 del 7 giugno 2012, secondo cui è evidente che l'esclusione dalle gare può intervenire «oltre che nei casi in cui disposizioni del codice o del regolamento la prevedano espressamente, anche nei casi in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione»; in senso conforme, già Cons. St., n. 1471 del 16 marzo 2012).

La dizione utilizzata dall'art. 46 («mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti») deve, quindi, essere considerata come autonoma ed alternativa rispetto a quanto previsto nella seconda parte del medesimo articolo («nonché nei casi di incertezza assoluta (...)). Si tratta, cioè, di una disposizione generale, posta a chiusura del sistema, la quale comprende in sé tutte le ipotesi in cui sia riscontrabile una violazione del Codice o del Regolamento (o di altre leggi aventi contenuto prescrittivo), senza la necessità che la prescrizione violata si esprima esplicitamente in termini di un dover essere o di un obbligo e senza che sia espressamente comminata l'esclusione.

Correlativamente, devono ritenersi affette da nullità le prescrizioni che, nella *lex specialis*, impongano un dato adempimento ai partecipanti, a pena di esclusione, senza una specifica copertura nella normativa vigente o senza che il comportamento posto in essere dal concorrente produca le ulteriori conseguenze previste dall'art. 46, comma 1-bis.

Di seguito, sono illustrati gli insiemi omogenei di cause di esclusione che possono essere legittimamente inserite nei bandi di gara, avvisi di gara, lettere di invito, a seconda della procedura adottata. Come si vedrà nel prosieguo, in alcuni casi, l'esclusione opera anche a prescindere dalla previsione espressa nel bando di gara (come nel caso di mancato adempimento alle prescrizioni dell'articolo 38) e dalla procedura adottata (aperta, ristretta, negoziata con e senza bando, dialogo competitivo, cottimo fiduciario, ecc.), poiché vengono in rilievo norme di legge di natura imperativa a cui non è ammessa alcuna deroga (Cons. St. n. 467/2012). Negli altri casi, è onere della stazione appaltante rendere edotti i partecipanti, in modo chiaro e scevro da qualsiasi ambiguità, circa il fatto che un dato adempimento è imposto a pena di esclusione.

2. Requisiti di partecipazione

2.1 Requisiti di ordine generale

Costituisce causa di esclusione la mancanza di uno dei requisiti soggettivi di cui all'art. 38 del Codice, a prescindere dalle indicazioni riportate nel bando di gara (cfr., ex multis, Cons. St., sez. III, n. 2557 del 4 maggio 2012).

Le cause di esclusione di cui all'art. 38 concernono tutti i contratti pubblici (art. 3, comma 3, del Codice), qualunque ne sia la tipologia e l'oggetto ed indipendentemente dal valore del contratto e dalla procedura di scelta del contraente adottata (si vedano, al riguardo, le determinazioni dell'Autorità n. 1 del 12 gennaio 2010 e n. 1 del 16 maggio 2012). Sono parimenti esclusi i concorrenti per i quali sussistano ulteriori impedimenti ex lege alla partecipazione alla gara o, in ogni caso, alla sottoscrizione di contratti con soggetti pubblici, ad esempio nel caso in cui sia stata comminata la sanzione dell'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione¹.

A norma del comma 2 dell'art. 38, il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. La dichiarazione deve essere completa (cfr., sul punto, parte III, paragrafo 3, "Modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive"); con particolare riferimento all'art. 38, comma 1, lett. c), la dichiarazione deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dalla entità del reato e/o dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete alla stazione appaltante.

Ai sensi dell'articolo 38, comma 2, secondo periodo, il concorrente non è tenuto ad indicare le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna né le condanne revocate né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione. Stante il chiaro disposto normativo, deve quindi ritenersi che, oltre all'ipotesi di falsità, l'omissione o l'incompletezza delle dichiarazioni da rendersi ai sensi dell'art. 38 da parte di tutti i soggetti ivi previsti costituiscono, di per sé, motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica anche in assenza di una espressa previsione del bando di gara (ex multis, parere AVCP 16 maggio 2012, n. 74 e Cons. St., sez. III, 3 marzo 2011, n. 1371). Le dichiarazioni sul possesso dei prescritti requisiti, pertanto, non possono essere prodotte ex post, qualora mancanti (cfr., da ultimo, Cons. St., n. 1471 del 16 marzo 2012). Tuttavia, secondo la più recente giurisprudenza, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia predisposto moduli per l'attestazione dei requisiti di partecipazione, eventuali omissioni o errori non potrebbero riverberarsi a danno dei concorrenti che hanno fatto affidamento sulla correttezza ed esaustività del modello predisposto dall'amministrazione (Cons. St., sez. V, sentenza 22 maggio 2012, n. 2973): in tali ipotesi, all'esito di una attenta analisi del caso concreto, si può valutare l'ammissibilità di una eventuale regolarizzazione. Si precisa che, per quanto riguarda i soggetti cessati dalle cariche nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, ove essi siano irreperibili o non disponibili, il legale rappresentante può presentare una dichiarazione, resa ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000, in cui affermi, "per quanto a propria conoscenza", il possesso dei requisiti richiesti, corredata dai dati anagrafici dei soggetti in modo da consentire alle stazioni appaltanti di effettuare le verifiche necessarie. In caso di cessione di azienda o di ramo d'azienda, incorporazione o fusione societaria sussiste in capo alla società cessionaria, incorporante, o risultante dalla fusione, l'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la società cedente, incorporata o le società fuse nell'ultimo anno ovvero che sono cessati dalla relativa carica in detto periodo; resta ferma la possibilità di dimostrare la c.d. dissociazione (cfr. Cons. St., ad. plen., n. 10 e n. 21 del 2012).

2.2 Requisiti speciali di partecipazione

I requisiti speciali - e, cioè, le caratteristiche di professionalità necessarie per contrarre con la pubblica amministrazione in relazione ad un determinato affidamento - costituiscono presupposti di natura sostanziale per la partecipazione alla gara, ai sensi dell'art. 2 del Codice.

Di conseguenza, la carenza dei requisiti speciali di partecipazione indicati nel bando di gara si traduce necessariamente nell'esclusione dalla gara.

Le stazioni appaltanti, anche nel mutato quadro normativo, fatto salvo quanto più oltre precisato in relazione agli appalti di lavori pubblici, individuano quali requisiti speciali di partecipazione devono possedere i candidati o i concorrenti, tenendo conto della natura del contratto ed in modo proporzionato al valore dello stesso; in ogni caso, detti requisiti non devono essere manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati, illogici ovvero lesivi della concorrenza.

Si rammenta, inoltre, che, secondo consolidati principi comunitari e giurisprudenziali, in linea generale, i requisiti di partecipazione devono rimanere distinti dai criteri di aggiudicazione, pena la violazione del principio di parità di trattamento, fatto salvo quanto specificato nel paragrafo 4.4 della determinazione dell'Autorità n. 7 del 24 novembre 2011, "Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture".

I requisiti speciali devono essere posseduti al momento della presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione e della stipula del contratto: il mancato possesso o la perdita dei requisiti costituisce, pertanto, causa di esclusione dalla gara. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti speciali mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del d.P.R. n. 445/2000, fatte salve le prescrizioni che impongono la produzione, in fase di partecipazione, di documentazione non autocertificabile (ad esempio, le referenze bancarie o l'ipotesi di cui all'art. 48, comma 1-bis).

Si precisa che, in caso di contratti misti, ai sensi dell'articolo 15 del Codice, l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal Codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture prevista dal contratto.

2.2.1 Servizi e forniture

Per quanto riguarda i requisiti di capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi, ai sensi dell'articolo 41 del Codice, le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti ed i valori minimi degli stessi che devono essere posseduti dai concorrenti; in ragione della novella introdotta dall'art. 1, comma 2-bis, lett. b) del d.l. 6

luglio 2012, n. 95(nel testo integrato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135) sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale. Di conseguenza, la clausola del bando che introduce il fatturato aziendale/globale come requisito di partecipazione deve essere motivata in relazione, ad esempio, alla entità, alla complessità oppure alla specificità dell'appalto, rispettando il principio di proporzionalità. Il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria è dimostrato mediante la presentazione di dichiarazione sostitutiva, ad eccezione delle referenze bancarie che, per espressa previsione del citato art. 41 del Codice, devono essere prodotte già in sede di offerta e non sono autocertificabili.

In ogni caso, se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare i requisiti richiesti, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante. Le stazioni appaltanti devono indicare in modo chiaro nei documenti di gara il periodo di riferimento in relazione al quale comprovare i requisiti di capacità finanziaria, avuto riguardo alla data di scadenza della presentazione dell'offerta/domanda di partecipazione.

Quanto alle modalità per attestare il possesso dei requisiti tecnici e professionali da parte dei fornitori e dei prestatori di servizi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi, la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 42 del Codice, precisa nel bando di gara o nella lettera d'invito quali requisiti devono essere dimostrati, nonché i valori minimi degli stessi ed i relativi periodi di riferimento. L'elenco contenuto nella norma in esame, a differenza di quello contenuto nell'art. 41, deve essere considerato tassativo, pena non solo la violazione del principio di parità di trattamento, ma anche il netto contrasto con le esigenze di integrazione comunitaria (cfr. CGE, 17 novembre 1993, causa C-71/92; in senso conforme, parere AVCP n. 177 del 20 ottobre 2010).

2.2.2 Lavori pubblici

Nel settore dei lavori pubblici, per i contratti di importo superiore a 150.000 euro ed inferiore a 20.658.000 euro (art. 40, del Codice ed art. 60 del Regolamento), non è ammissibile richiedere requisiti ulteriori rispetto al possesso della attestazione SOA per categorie e classifiche adeguate ai lavori da affidare. Costituisce, pertanto, causa di esclusione il mancato possesso della attestazione - rilasciata da società di attestazione regolarmente autorizzata di cui alla parte II, titolo III del Regolamento - , in corso di validità e che documenti la qualificazione in categoria e classifica adeguata ai lavori da assumere. Dal momento che la durata pari a cinque anni delle attestazioni SOA è subordinata alla richiesta di verifica triennale ed al suo positivo esito, l'impresa che abbia richiesto in termini tale verifica può partecipare alle gare indette dopo il triennio anche se la verifica sia compiuta successivamente, fermo restando che l'efficacia dell'aggiudicazione è subordinata, ai sensi dell'art. 11, comma 8, del Codice, all'esito positivo della verifica stessa; di converso, l'impresa che abbia presentato la richiesta fuori termine può partecipare alle gare solo dopo la data di positiva effettuazione della verifica (cfr. Cons. St., ad. plen. n. 27/2012).

Per i contratti di lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, si applicano le disposizioni di cui all'art. 90 del Regolamento, fermo restando che, qualora il concorrente sia comunque in possesso della attestazione SOA per categoria analoga ai lavori indicati nel bando di gara, la stessa è sufficiente a comprovare il possesso dei requisiti. Quindi, per gli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro, la stazione appaltante deve prevedere nel bando di gara i requisiti di ordine tecnico-organizzativo indicati dall'art. 90, commi 1 e 3 del Regolamento. I requisiti sono documentati mediante dichiarazione sostitutiva e verificati dalla stazione appaltante secondo quanto previsto dagli artt. 38 e 48 del Codice.

Per gli appalti di lavori di importo a base di gara superiore ad euro 20.658.000, ai sensi dell'art. 61, comma 6, del Regolamento, l'impresa, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra di affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a 2,5 volte l'importo a base di gara; il requisito è comprovato in conformità all'art. 79, commi 3 e 4 del Regolamento ed è soggetto a verifica da parte delle stazioni appaltanti.

Quando il contratto, ai sensi dell'art. 53, comma 3, lett. b) e c) del Codice, ha per oggetto anche la progettazione, il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dall'art. 92, comma 6, del Regolamento. I requisiti vanno stabiliti in relazione all'ammontare delle spese di progettazione ed in particolare:

a) qualora l'importo delle spese di progettazione sia pari o superiore a 100.000 euro, rilevano i requisiti indicati all'art. 263 del Regolamento;

b) qualora l'importo delle spese di progettazione sia inferiore a 100.000 euro, rilevano i requisiti indicati all'art. 267 del Regolamento.

Nel caso in cui l'impresa abbia l'attestazione per prestazioni di sola esecuzione, i suddetti requisiti devono essere posseduti attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lett. d), e), f), f-bis), g) e h), del Codice.

Le imprese attestate per prestazioni di progettazione e costruzione possono, invece, dimostrare i requisiti sopra specificati alternativamente: a) documentando che i suddetti requisiti sono posseduti dai progettisti appartenenti al proprio staff di progettazione; b) attraverso l'associazione o l'indicazione in sede di offerta di un progettista scelto tra i soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g) e h), del Codice in possesso dei requisiti in questione.

3. Norme a garanzia della qualità e norme di gestione ambientale

Ai sensi degli artt. 43 e 44 del Codice, le amministrazioni possono richiedere: (i) la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità (per quanto concerne il settore dei lavori pubblici, dette certificazioni sono contenute dalla

attestazione SOA per le classifiche dalla III in poi); (ii) unicamente nei casi appropriati, l'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante l'esecuzione del contratto e, a tale scopo, la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinate norme di gestione ambientale.

Vale, altresì, quanto disposto dall'art. 281 del Regolamento circa i criteri di applicabilità delle misure di gestione ambientale negli appalti di servizi e forniture.

4. Ricorso all'avvalimento

L'avvalimento consiste nella possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti speciali necessari per partecipare ad una procedura di gara facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti, indipendentemente dai legami sussistenti con questi ultimi.

Il comma 2 dell'art. 49 del Codice detta una disciplina specifica per la documentazione che l'impresa ausiliata deve presentare al fine di partecipare alla procedura di gara. A riguardo, stante il tenore della norma citata, deve ritenersi che tale documentazione, ivi compreso il contratto di avvalimento, debba essere allegata dal concorrente a pena di esclusione. Ad integrazione di quanto qui osservato, per le ulteriori ipotesi di esclusione derivanti dalla violazione delle norme in tema di avvalimento, si rinvia alla determinazione dell'Autorità n. 2 del primo agosto 2012 ("L'avvalimento nelle procedure di gara").

5. Verifiche sul possesso dei requisiti speciali

Per espressa previsione normativa, costituisce causa di esclusione la mancata o tardiva comprova dei requisiti in sede di verifica ai sensi dell'art. 48, comma 1, del Codice. Per quanto concerne l'aggiudicatario ed il secondo in graduatoria trova applicazione quanto disposto dal secondo comma del medesimo articolo.

Nei casi in cui le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, ai sensi dell'art. 62, comma 1, del Codice, i candidati presentano, già in fase di offerta, la documentazione a comprova dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa indicati nel bando o nella lettera di invito, in originale o copia conforme ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 (cfr. art. 48, comma 1-bis, del Codice).

E' da rilevare che l'art. 46 e l'art. 48 rispondono a presupposti e finalità differenti, giacché il primo tende a delimitare le ipotesi di esclusione delle imprese dalle gare, mentre il secondo, al fine di tutelare la correttezza e speditezza del procedimento di gara, è volto a preservare la specifica gara dalla partecipazione di imprese non adeguate.

Le stazioni appaltanti individuano nel bando o nella lettera di invito i mezzi di prova richiesti per dimostrare la veridicità di quanto dichiarato. Valgono, in proposito, le indicazioni fornite dall'Autorità mediante la determinazione n. 5 del 21 maggio 2009 ("Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006").

L'art. 48, comma 1, esplica i propri effetti nei confronti di tutti i partecipanti, ivi incluse le micro, piccole e medie imprese (MPMI)². Deve ritenersi, infatti, che il comma 4 dell'art. 13 della l. 11 novembre 2011, n. 180 (cd. Statuto delle imprese) - secondo cui «la pubblica amministrazione e le autorità competenti, nel caso di micro, piccole e medie imprese, chiedono solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Nel caso in cui l'impresa non sia in grado di comprovare il possesso dei requisiti si applicano le sanzioni previste dalla legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno» - non abbia inteso modificare l'ambito soggettivo di operatività della verifica a campione, né sottrarre a tale verifica le MPMI. La norma, nel fare riferimento alla "impresa aggiudicataria", non può che riguardare i controlli esercitati ai sensi del comma 2 dell'art. 48 e, cioè, quelli che regolarmente la stazione appaltante effettua nei confronti del primo e del secondo graduato. Essa non attiene, invece, ai controlli a campione svolti ai sensi del precedente comma 1, perché gli stessi vengono posti in essere in una fase antecedente all'apertura delle offerte presentate e, quindi, all'individuazione dell'aggiudicatario.

In sintesi, la deroga di cui all'art. 13, comma 4, incide soltanto sull'operatività del comma 2 dell'art. 48 con l'effetto di esentare il secondo classificato, qualora non sorteggiato in sede di verifica a campione ed appartenente alla categoria delle MPMI, dal produrre la documentazione probatoria (adempimento che dovrebbe effettuare soltanto in caso di effettiva aggiudicazione a seguito di mancata comprova dei requisiti da parte del primo aggiudicatario).

In relazione, poi, all'art. 15 della l. 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012), che ha introdotto significative modifiche al d.P.R. n. 445/2000 intese a rafforzare il principio della inutilizzabilità dei certificati nei rapporti con la pubblica amministrazione, nonché l'obbligo, per quest'ultima, di acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000, si precisa quanto segue.

L'art. 48 del Codice prevede che la richiesta della documentazione probatoria sia rivolta direttamente all'interessato anziché acquisita d'ufficio dall'amministrazione o dall'ente pubblico certificante. Secondo l'orientamento sino ad oggi espresso dall'Autorità, fatto proprio dalla giurisprudenza, si tratta di una norma speciale che comporta, rispetto alla disciplina generale del d.P.R. n. 445/2000, oneri aggiuntivi a carico dei concorrenti giustificati in virtù del particolare rapporto di tipo negoziale cui la presentazione della documentazione è preordinata e dall'esigenza di assicurare la serietà dell'offerta, unitamente alla celerità della conclusione del procedimento di verifica (cfr. Cons. St., sez. III, ordinanza n. 2226/2012). Quindi, anche alla luce delle modifiche apportate dal citato art. 15 della l. n.183/2011, rimangono in vigore le modalità di comprova del possesso dei requisiti previste dall'art. 48.

Detta interpretazione e, più in generale, le indicazioni fornite a proposito delle modalità di verifica dei requisiti, dovranno essere coordinate in relazione all'entrata in vigore della BDNCP ex art. 6-bis, comma 1, del Codice, dal 1° gennaio 2013.

Si rammenta, al riguardo, che l'Autorità procederà, ai sensi del comma 2 del citato art. 6-bis, a stabilire con propria deliberazione i dati concernenti la partecipazione alle gare in relazione ai quali è obbligatoria l'inclusione della documentazione nella BDNC, nonché i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati. In base al successivo comma 3, le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori saranno tenuti a verificare il possesso dei requisiti di partecipazione esclusivamente tramite la BDNC, a meno che non siano diversi da quelli di cui è prevista l'inclusione nella stessa.

6. Termini per la presentazione delle offerte

Le offerte devono essere tassativamente presentate entro i termini prescritti dal bando, come sancito dall'art. 55, commi 5 («Nelle procedure aperte gli operatori economici presentano le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara») e 6 («Nelle procedure ristrette gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara e, successivamente, le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati nella lettera invito»).

Quanto precede vale per tutte le tipologie di procedure, dal momento che il termine è posto a tutela del fondamentale principio, anche di derivazione comunitaria, della parità di trattamento. Costituisce, pertanto, causa di esclusione il mancato rispetto del termine di presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione.

7. Rispetto del divieto di partecipazione plurima/congestuale

A fini di tutela della concorrenza e per preservare la regolarità e l'efficacia del confronto competitivo, diverse disposizioni del Codice vietano la partecipazione, alla medesima gara, di soggetti tra loro non indipendenti, salvo quanto previsto dall'art. 38, comma 1, lettera m-quater).

Rientrano in questa casistica, a titolo esemplificativo, le disposizioni di seguito succintamente elencate:

- partecipazione contemporanea alla medesima gara di consorzi stabili e dei consorziati per i quali il consorzio ha dichiarato di concorrere in violazione dell'art. 36, comma 5;
- partecipazione a più di un consorzio stabile in violazione dell'art. 36, comma 5 (nei lavori pubblici tale condizione è dimostrata attraverso l'attestazione SOA ai sensi dell'art. 94 del Regolamento);
- partecipazione contemporanea alla medesima gara di consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e/o consorzi tra imprese artigiane e dei consorziati per i quali il consorzio ha dichiarato di concorrere, ai sensi dell'art. 37, comma 7;
- violazione del divieto dell'art. 37, comma 7, di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora l'operatore economico abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti;
- violazione del divieto di cui all'art. 253 del Regolamento - relativo alle gare per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura - di partecipare alla medesima gara in più di un raggruppamento temporaneo ovvero di partecipare singolarmente e quale componente di un raggruppamento temporaneo o di un consorzio stabile;
- violazione del divieto di cui all'art. 253 del Regolamento di partecipazione congiunta alla medesima gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura di liberi professionisti, qualora partecipi alla stessa gara, sotto qualsiasi forma, una società di professionisti o una società di ingegneria delle quali essi sono amministratori, soci, dipendenti, consulenti o collaboratori.

7.1 Indicazioni specifiche per la partecipazione dei raggruppamenti temporanei, dei consorzi ordinari e dei consorzi stabili

Fatto salvo quanto già osservato in via generale sul necessario possesso dei requisiti di partecipazione, per i raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari valgono, altresì, le seguenti cause di esclusione:

- 1) nel caso di lavori, mancato possesso dei requisiti secondo le percentuali minime indicate dal Codice e dal Regolamento (art. 92 del Regolamento) in relazione alla tipologia di raggruppamento orizzontale, verticale o misto.
- 2) nel caso di forniture e servizi, mancato possesso dei requisiti secondo la tipologia e la misura indicate nel bando di gara ai sensi dell'art. 275 del Regolamento;
- 3) nel caso di forniture o servizi, mancata indicazione nell'offerta delle parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati (cfr. Cons. St., ad. plen., n. 22 del 2012);
- 4) in caso di RTI costituendo:
 - mancata sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti gli operatori economici;
 - mancato impegno alla costituzione del raggruppamento - in caso di aggiudicazione della gara - mediante conferimento di mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno degli operatori stessi, già indicato in sede di offerta e qualificato come mandatario;

5) nel caso di raggruppamento costituito, violazione delle prescrizioni relative al conferimento del mandato (art. 37, commi 14 e 15);

6) violazione del divieto di associazione in partecipazione;

7) nel caso di lavori pubblici violazione delle norme in tema di indicazione e ripartizione di quote tra le imprese raggruppate secondo quanto meglio specificato nel prosieguo (art. 37, comma 13).

Per esplicita previsione del comma 10 dell'art. 37, l'inosservanza dei divieti di cui al comma 9 comporta «l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in

raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto».

Inoltre, nel caso di lavori pubblici, l'art. 92, comma 2, del Regolamento, per i raggruppamenti di tipo "orizzontale", prevede, all'ultimo periodo, che «nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara»; la disposizione conferma l'orientamento più volte espresso dall'Autorità in relazione alla previgente normativa, secondo cui l'espressione «l'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria» si riferisce ai requisiti minimi richiesti per la partecipazione allo specifico appalto, in relazione alla classifica posseduta risultante dall'attestazione SOA e concretamente "spesa" ai fini dell'esecuzione dei lavori e non in assoluto. Si precisa, al riguardo, che la mandataria deve spendere i requisiti nella percentuale maggioritaria in quella specifica gara e per ognuna delle categorie presenti nella gara (cfr., da ultimo, parere AVCP n.76 del 16 maggio 2012).

Con riguardo ai servizi ed alle forniture, l'art. 275, comma 2, del Regolamento prevede che, per i soggetti di cui all'art. 34, comma 1, lett. d), e), f), e f-bis), del Codice (RTI, consorzi di concorrenti, GEIE, operatori economici stabiliti in altri Stati membri), il bando individua i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi necessari per partecipare alla procedura di affidamento, nonché le eventuali misure in cui gli stessi devono essere posseduti dai singoli concorrenti. Inoltre, viene precisato che la mandataria, in ogni caso, deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. Tale inciso è da intendersi nel senso che la mandataria deve spendere i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti, con riferimento alla specifica gara.

Sempre per il settore dei servizi e delle forniture, l'art. 277 del Regolamento dispone, per i consorzi stabili, che la sussistenza in capo agli stessi dei requisiti richiesti nel bando di gara sia valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati; per la partecipazione del consorzio alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, posseduti dai singoli consorziati - relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo - sono sommati; i restanti requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono sommati con riferimento ai soli consorziati esecutori.

Per i servizi di ingegneria ed architettura, l'art. 261, comma 7, stabilisce che, in caso di raggruppamenti temporanei, i requisiti finanziari e tecnici di cui all'art. 263, comma 1, lettere a), b) e d), del Regolamento devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento. Ai fini del computo complessivo dei requisiti del raggruppamento, il bando di gara, la lettera di invito o l'avviso di gara possono prevedere, con opportuna motivazione, che la mandataria debba possedere una percentuale minima degli stessi requisiti, la quale, comunque, non può essere fissata in misura superiore al sessanta per cento; la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dal o dai mandanti, senza che sussista la possibilità di richiedere agli stessi percentuali minime di possesso dei requisiti. La mandataria, in ogni caso, deve possedere i requisiti in misura maggioritaria percentuale superiore rispetto a ciascuna dei mandanti. La mandataria, poi, ove sia in possesso di requisiti superiori alla percentuale prevista dal bando di gara, dalla lettera di invito o dall'avviso di gara, partecipa alla gara per una percentuale di requisiti pari al limite massimo stabilito. Si precisa che il suddetto limite del sessanta per cento, valevole per la mandataria, costituisce il limite massimo che la stazione appaltante può fissare nel bando e non già il limite minimo, come avviene per i lavori pubblici. Pertanto, il concorrente che supera il limite indicato nel bando può, comunque, partecipare alla gara, fermo restando che i restanti requisiti devono essere posseduti dalle mandanti, per le quali, come rilevato, non è possibile stabilire un limite minimo; ciò non toglie che, ove le mandanti dichiarino di partecipare per una certa percentuale o parte del servizio, debbano poi dimostrare, di conseguenza, di possedere i requisiti di qualificazione in misura corrispondente (sul punto, si rinvia anche a quanto osservato nel successivo paragrafo).

La disposizione relativa al possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria si applica nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale o misto (per la sub associazione orizzontale). Nel caso di raggruppamento verticale puro, invece, ogni concorrente deve avere i requisiti per la parte della prestazione che intende eseguire.

7.1.1 Principio di corrispondenza

Il profilo della corrispondenza tra le quote di partecipazione delle singole imprese ad un raggruppamento e le quote di esecuzione del lavoro/servizio/fornitura (e, quindi, la ripartizione delle relative capacità tecniche ed economico-finanziarie) negli appalti di lavori, servizi o di forniture necessita di alcune precisazioni.

Con riferimento agli appalti di lavori pubblici, l'art. 37 del Codice, nel disciplinare le modalità partecipative alle gare per l'aggiudicazione dei contratti dei raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti, prevede che «nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di concorrenti sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento ovvero gli imprenditori consorziati abbiano i requisiti indicati nel regolamento» (comma 3). Stabilisce, ancora, il comma 13 dello stesso art. 37 che, per i lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo «devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento».

Da tali disposizioni e da quanto prescritto dal Regolamento (cfr. art. 92), consolidata giurisprudenza, con riguardo ai lavori pubblici, ha concluso che deve sussistere una corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione (intese come quelle quote percentuali minime che ogni soggetto deve dimostrare di possedere per accedere alla procedura di gara), quote di partecipazione (intese quali quote di partecipazione al raggruppamento) e quote di esecuzione dei lavori. Tale principio di corrispondenza, che discende direttamente da norme imperative e prescinde dall'assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria, comporta, quindi, l'obbligo di dichiarare già in sede di offerta le quote di partecipazione al raggruppamento e le quote di esecuzione dei lavori, al fine di assicurare che la stazione appaltante

possa verificare il possesso dei requisiti di qualificazione delle singole imprese in corrispondenza alle prestazioni che ciascuna deve eseguire e, al contempo, evitare partecipazioni fittizie di imprese effettuate al solo scopo di far conseguire l'aggiudicazione a soggetti privi delle necessarie qualificazioni. D'altra parte, l'obbligo di indicare le suddette quote non si traduce in un onere eccessivamente gravoso, risolvendosi in una mera dichiarazione. Proprio in virtù della particolare valenza ad esso associata, inoltre, il principio di corrispondenza si impone ai concorrenti senza alcuna necessità di espressa previsione del bando di gara: quest'ultimo deve intendersi in ogni caso conformemente integrato (in tal senso, cfr. Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 416).

In sintesi, dal combinato disposto dei commi 3 e 13 dell'art. 37 del Codice consegue che, all'atto della partecipazione, deve essere formulata l'indicazione delle quote partecipative al raggruppamento, dalle quali poter desumere la quota parte dei lavori che saranno eseguiti da ciascun associato, dovendo sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento: l'indicazione delle quote di partecipazione - e, conseguentemente dei lavori - si rivela, dunque, un requisito di ammissione alla gara e deve provvedersi a tale incumbente sin dalla presentazione della domanda di partecipazione/offerta, non essendo sufficiente che ciò avvenga in una fase successiva (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 21 marzo 2012 n. 1597). Sulla base delle predette indicazioni preventive e formali, avverrà la verifica della sussistenza della qualificazione.

Si precisa, inoltre, che l'impresa cooptata può eseguire i lavori, ma non assume lo status di concorrente; essa, di conseguenza, non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto e, quindi, non deve (e, in realtà, neppure può) dichiarare la propria quota di partecipazione al raggruppamento temporaneo.

Per quanto concerne i servizi e le forniture, l'art. 37, comma 4, del Codice prevede solo che debbano essere specificate nell'offerta le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati: a seguito delle modifiche apportate al comma 13 dell'art. 37 dall'art. 1, comma 2-bis, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (nel testo integrato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135), infatti, l'obbligo di corrispondenza in fase di esecuzione vale solo per i lavori pubblici.

L'obbligo di specificazione ai sensi del citato art. 37, comma 4, del Codice, deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi oggetto della prestazione e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta, nonché a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate.

Così come per i lavori pubblici, anche per i servizi e forniture, la violazione del precisato obbligo di specificare le parti di prestazione da eseguire non costituisce una violazione meramente formale. L'incidenza, anzi, risulta sostanziale, considerata la rilevanza che tale specificazione acquista sulla «serietà, affidabilità, determinatezza e completezza, e dunque, sugli elementi essenziali dell'offerta, la cui mancanza, pena la violazione dei principi della par condicio e della trasparenza, non è suscettibile di regolarizzazione postuma» (cfr. Cons. St., ad. plen. n. 26 del 2012).

In caso di procedure ristrette, negoziate o di dialogo competitivo o, più in generale, nelle procedure nelle quali vi è una fase di cd. "prequalifica" a seguito della quale la stazione appaltante sceglie i concorrenti da invitare, è comunque necessario, a pena di esclusione, indicare le quote già nella domanda di partecipazione, al fine di consentire alla stazione appaltante la verifica del possesso dei prescritti requisiti e la conseguente definizione dell'elenco degli operatori cui inviare le lettere di invito a presentare offerta. Ai sensi dell'art. 62, comma 5 del Codice, infatti, le stazioni appaltanti non possono invitare candidati che non abbiano i requisiti richiesti. Quanto precede non inficia la possibilità che intervenga una modificazione del raggruppamento sino al momento della presentazione dell'offerta (cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 10 agosto 2012, n. 1444). Difatti, nella fase precedente la formulazione dell'offerta, il concorrente non assume alcun impegno particolare in ordine alla partecipazione alla gara: anche in caso di invito da parte della stazione appaltante, il concorrente resta libero di accoglierlo o meno (cfr., sul punto, T.A.R. Toscana, sez. I, 20 luglio 2011, n. 1254). Tale modificazione non deve, comunque, riguardare l'impresa capogruppo, né incidere negativamente sul livello dei requisiti di qualificazione del raggruppamento: è, quindi, ammissibile modificare le quote di partecipazione all'interno del raggruppamento, purché corrispondano alla qualificazione richiesta.

7.1.2 Modifiche soggettive

L'art. 37, ai commi 18 e 19, indica i casi in cui sono ammissibili modifiche soggettive della composizione dei raggruppamenti a seguito del verificarsi di eventi patologici che colpiscono il mandante o il mandatario. Con specifico riguardo alla normativa antimafia, si sottolinea quanto disposto dall'art. 95 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 ("Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136") circa il fatto che, se taluna delle situazioni dalle quali emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa (cfr. artt. 84, commi 4 e 91, comma 7 del medesimo Codice delle leggi antimafia) interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un raggruppamento temporaneo, «le cause di divieto o di sospensione di cui all'articolo 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto. La sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto».

Anche al di fuori delle ipotesi espressamente normate, deve ritenersi ammissibile il recesso di una o più imprese dal raggruppamento (e non l'aggiunta o la sostituzione), a patto che i rimanenti soggetti siano comunque in possesso dei

requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto. Tale limitata facoltà può essere esercitata (cfr. Cons. St., ad. plen. n. 8/2012) a condizione che la modifica della compagine soggettiva, in senso riduttivo, avvenga per esigenze organizzative proprie del raggruppamento o del consorzio e non per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente che recede (sul punto, si veda anche Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842). In altri termini, il recesso dell'impresa componente, nel corso della procedura di gara, non può mai valere a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura in ragione della esistenza, a suo carico, di cause di esclusione.

7.1.3 Raggruppamenti sovrabbondanti

Alcune precisazioni sono necessarie anche con riguardo alla discussa tematica del cd. raggruppamento sovrabbondante. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sviluppato, nel tempo, un orientamento consistente nel suggerire alle stazioni appaltanti la possibilità di inserire nei bandi di gara clausole di esclusione dei raggruppamenti costituiti da due o più imprese che già singolarmente posseggono i requisiti finanziari e tecnici per partecipare alla gara. La costituzione di un raggruppamento che, nel concreto, presenti connotazioni tali da potersi ritenere "macroscopicamente" anticoncorrenziale si porrebbe in violazione dell'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, che, al pari dell'art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, vieta le intese aventi per oggetto o per effetto quello di falsare e/o restringere la concorrenza. La possibilità di escludere tali raggruppamenti dovrebbe, quindi, fondarsi sulla contemporanea convergenza di elementi di carattere formale (il possesso dei requisiti) e sostanziale (le concrete potenzialità anticoncorrenziali del raggruppamento), la cui verifica andrebbe operata dalla stazione appaltante per accertare la sussistenza di una volontà collusiva delle imprese partecipanti al raggruppamento. La previsione di una siffatta clausola di esclusione era espressamente consentita per le gare indette per l'affidamento dei servizi pubblici locali, ai sensi dell'art. 4, comma 11, lett. d) del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito dalla l. 15 settembre 2011, n. 148), caducato a seguito della declaratoria di incostituzionalità da parte della sentenza della Corte costituzionale n. 199, depositata il 20 luglio 2012. La citata norma stabiliva che, al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito potessero prevedere l'esclusione di «forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento».

Sul punto, è stato posto in rilievo che la vigente disciplina degli appalti pubblici non vieta ad imprese già selezionate nella fase di prequalificazione – e, dunque, già in possesso dei requisiti di partecipazione - di associarsi temporaneamente in vista della gara e che, pertanto, un raggruppamento sovradimensionato non può considerarsi, di per sé, vietato. L'art. 37, comma 12, del Codice prevede, infatti, che, in caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo hanno la facoltà di presentare un'offerta o di trattare per se stessi o quali mandatarî di operatori riuniti.

Come osservato dalla giurisprudenza amministrativa, non è dunque il sovradimensionamento del raggruppamento in sé ad essere illecito, ma «l'inserirsi di tale sovradimensionamento in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini illeciti perseguiti con uno strumento, quello dell'a.t.i., in sé lecito» (Cons. St. n. 5067/2012).

Si ritiene, quindi, non ammissibile un divieto generale di partecipazione per i raggruppamenti "sovrabbondanti" (sul punto, Cons. St., 11 giugno 2012, n. 3402), dovendo la questione essere valutata in relazione alla eventuale concreta portata anticoncorrenziale, nella medesima ottica che connota l'art. 38, comma 1, m-quater.

Alla luce delle considerazioni che precedono, è ammissibile l'inserimento di una clausola di esclusione ad hoc qualora ciò sia proporzionato e giustificato in relazione alle esigenze del caso specifico, quali la complessità del servizio e/o l'assetto del mercato di riferimento, fermo restando che l'esclusione non potrà mai essere automatica. Deve, infatti, essere assicurata alle imprese la possibilità di giustificare, di fronte alla stazione appaltante, la necessità di unirsi in raggruppamento temporaneo presentando idonea documentazione. Tale giustificazione non dovrà, tuttavia, limitarsi ad una mera "autocertificazione", ma dovrà essere basata su precisi elementi in grado di corroborare la tesi delle imprese associate quali, ad esempio, il piano di business che evidenzia l'opportunità di partecipare in RTI alla luce del valore/dimensione/tipologia del servizio richiesto o dell'attuale stato delle imprese coinvolte (coinvolgimento in altri servizi, stato di difficoltà, temporanea impossibilità di utilizzare i mezzi a disposizione) (cfr. AGCM AS987 e AS880; si veda inoltre Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2012, n. 5067).

8. Ricorso al subappalto

Il ricorso al subappalto deve avvenire nel rispetto delle condizioni dettate dall'art. 118 del Codice che impone, inter alia, l'indicazione, da parte del concorrente, dei lavori o delle parti di opere ovvero dei servizi e delle forniture o parti di servizi e forniture che intende subappaltare all'atto della presentazione dell'offerta (comma 2). Tale adempimento costituisce un presupposto essenziale in vista della successiva autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante e non ai fini della partecipazione alla gara: da ciò consegue che l'erroneità e/o la mancanza della dichiarazione non può essere, di per sé, assunta a fondamento di un provvedimento di esclusione, ma rappresenta solo un impedimento per l'aggiudicatario a ricorrere al subappalto, di modo che la stessa dovrà provvedere direttamente all'esecuzione della prestazione, ove in possesso dei requisiti prescritti. Diversamente, la violazione dell'obbligo di indicare in sede di offerta la quota della prestazione che il candidato intende subappaltare potrà costituire causa di

esclusione qualora questa sia necessaria per documentare il possesso dei requisiti richiesti ai concorrenti singoli o riuniti al momento di presentazione dell'offerta, necessari per eseguire in proprio la prestazione.

Per i lavori pubblici, inoltre, devono rammentarsi i principi di cui all'art. 92 del Regolamento:

- comma 1, secondo periodo: «I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente»;
- comma 3, ultimo periodo: «I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente»;
- comma 7, primo periodo: «In riferimento all'articolo 37, comma 11, del codice, ai fini della partecipazione alla gara, il concorrente, singolo o riunito in raggruppamento, che non possiede la qualificazione in ciascuna delle categorie di cui all'articolo 107, comma 2, per l'intero importo richiesto dal bando di gara o dalla lettera di invito, deve possedere i requisiti mancanti relativi a ciascuna delle predette categorie di cui all'articolo 107, comma 2, e oggetto di subappalto, con riferimento alla categoria prevalente».

Ciò comporta che, qualora il bando di gara preveda, fra le categorie scorporabili e subappaltabili, categorie a qualificazione obbligatoria ed il concorrente non sia in possesso delle corrispondenti qualificazioni oppure, in alternativa, non abbia indicato nell'offerta l'intenzione di procedere al loro subappalto, la stazione appaltante deve disporre l'esclusione dalla gara in quanto, in fase di esecuzione, lo stesso, qualora aggiudicatario, non potrebbe né eseguire direttamente le lavorazioni né essere autorizzato a subappaltarle.

La normativa citata non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede in offerta (cfr. Cons. St., sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563), ma solamente l'obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile, fermo restando che la qualificazione "mancante" deve essere comunque posseduta in relazione alla categoria prevalente, dal momento che ciò tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico-finanziaria da parte dell'impresa.

9. Mancato, inesatto o tardivo adempimento alla richiesta di chiarimenti

Costituisce causa di esclusione il mancato, inesatto o tardivo adempimento alla richiesta, formulata ai sensi dell'art. 46, comma 1, del Codice, di completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

L'art. 46, comma 1, del Codice non assegna alle amministrazioni una mera facoltà o un potere eventuale ma codifica piuttosto un ordinario *modus procedendi*: in questo senso, esso costituisce attuazione del criterio del giusto procedimento ex art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241 e del principio del *favor participationis*.

L'applicazione dell'art. 46, comma 1, del Codice deve, tuttavia, avvenire nel rispetto della *par condicio competitorum*.

Il cd. potere-dovere di soccorso istruttorio viene in rilievo qualora si tratti di completare o chiedere chiarimenti in ordine al contenuto di documenti che siano stati comunque presentati e non anche quando si tratti di produrre documenti in toto assenti, benché imposti per la partecipazione alla gara. Inoltre, la possibilità che i concorrenti regolarizzino, ovvero integrino, la documentazione allegata alla domanda incontra, tra gli altri, il limite della immodificabilità dell'offerta e della perentorietà del termine per la sua presentazione (ex multis, T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 8 marzo 2012, n. 199; Corte di Giustizia europea, sentenza n. 599 del 29 marzo 2012). In particolare, la cd. regolarizzazione non può in alcun caso essere riferita agli elementi essenziali della domanda o dell'offerta e non deve essere consentita nell'ipotesi di documentazione del tutto assente; diversamente, si realizzerebbe un'alterazione degli elementi essenziali dell'offerta, che devono essere sempre presenti ab origine, ed una lesione del carattere perentorio del termine per la presentazione dell'offerta stessa. In altre parole, alla stazione appaltante è precluso sopperire, mediante il rimedio della regolarizzazione documentale, alla totale mancanza di un documento (Cons. St., sez. IV, 4 luglio 2012 n. 3925; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4518).

A titolo esemplificativo, fermo restando che le valutazioni circa la possibilità di esercitare il potere-dovere di richiedere integrazioni e chiarimenti devono necessariamente essere operate dalla stazione appaltante in relazione al caso concreto, appare ammissibile che, in ipotesi di presentazione di un documento di identità non in corso di validità, il concorrente possa presentare un idoneo documento valido ovvero possa procedere alla regolarizzazione qualora sorgano dubbi in merito alla conformità all'originale di un documento presentato in copia.

10. Disposizioni in materia di presentazione e valutazione delle offerte

10.1 Varianti in sede di offerta

In linea generale, occorre osservare che l'offerta tecnica deve essere conforme alle prescrizioni in merito contenute nei documenti di gara.

La possibilità di presentare varianti in sede di offerta è ammessa nei limiti previsti dall'art. 76 del Codice, così come interpretato dalla giurisprudenza prevalente.

Ai sensi della disposizione citata – che riproduce la disciplina contenuta nell'art. 24 della direttiva 2004/18/CE e si applica indifferentemente ai contratti di lavori, servizi e forniture – la presentazione delle varianti può essere effettuata nel solo caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 76, comma 1); inoltre, la stazione appaltante, in sede di redazione della *lex specialis*, deve esplicitamente indicare l'ammissibilità delle varianti (art. 76, comma 2), nonché specificare i requisiti minimi che le stesse devono rispettare e le relative modalità di presentazione (art. 76, comma 3).

Le stazioni appaltanti possono prendere in considerazione soltanto le varianti che rispondono ai requisiti stabiliti ex ante nella *lex specialis* (art. 76, comma 4) e, nel caso di gare relative a servizi e forniture, qualora sia stata autorizzata la

presentazione di varianti, queste non possono essere respinte per il solo fatto che, se accolte, configurerebbero «o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi » (art. 76, comma 5).

La giurisprudenza amministrativa ha elaborato alcuni criteri guida per l'applicazione della disciplina illustrata, che appare opportuno richiamare (cfr. Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2009, n. 1019; sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481; sez. V, 19 febbraio 2003, n. 923; sez. V, 9 febbraio 2001, n. 578):

a) le varianti possono riguardare le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla stazione appaltante;

b) risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base;

c) l'offerente deve dare contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali;

d) l'offerente deve fornire la prova che la variante garantisce l'efficienza del progetto e le esigenze della stazione appaltante sottese alla prescrizione variata;

e) la *lex specialis* deve dettagliare i criteri motivazionali in base ai quali vanno espresse le valutazioni dei vari aspetti che caratterizzano le varianti ai fini della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tali criteri guida (in particolare, Cons. St., sez. V, 16 maggio 2008, n. 3481), valgono a superare la questione dell'individuazione del discrimen tra variante al progetto posto a base di gara e proposta migliorativa del progetto posto a base di gara: la prima, sarebbe ammessa solo se prevista dalla *lex specialis* di gara, mentre la seconda sarebbe sempre ammessa. In realtà, una simile distinzione non pare avere effetti in concreto, in quanto la *lex specialis* deve specificare non solo se la variante è o non è ammessa, ma anche quali sono i limiti entro i quali, se ammessa nel bando di gara, essa deve essere offerta. Detti limiti, possono essere stabiliti in positivo o in negativo, nel senso che è ammissibile sia indicare quale migliorie sono possibili - perché d'interesse della stazione appaltante - sia stabilire quali migliorie non possono essere proposte - in quanto non di interesse della stazione appaltante (cfr., sul punto, determinazione n. 5 del 2011 e parere sulla normativa del 13 marzo 2012 – REG. 25/2011).

10.2 Soglia di sbarramento

Il Codice, in caso di utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevede la possibilità di fissare una soglia minima di punteggio (cd. soglia di sbarramento) che i concorrenti devono vedersi attribuire o acquisire in relazione a taluni criteri di valutazione, ritenuti particolarmente importanti (art. 83, comma 2). In tal caso, la stazione appaltante indica, nei documenti di gara, che gli offerenti, in relazione a tali criteri, devono obbligatoriamente conseguire un punteggio-soglia minimo prestabilito, prescrivendo, altresì, che, qualora tale soglia non venga raggiunta, non si procederà alla apertura dell'offerta economica, con conseguente non ammissione alle successive fasi del procedimento. Si rammenta che, nel caso in cui un dato criterio di valutazione sia suddiviso in sub-criteri, è necessario procedere alla cd. riparametrazione dei punteggi assegnati ad ogni soggetto concorrente in base a tali sub- criteri con riferimento ai pesi previsti per il criterio di partenza, al fine di garantire il rispetto dei rapporti tra i pesi stabiliti nel bando di gara. Per ripristinare il corretto rapporto prezzo/qualità, occorre allora attribuire alla migliore offerta tecnica, cioè a quella a cui è stato attribuito il valore più alto tramite i sottocriteri, il punteggio massimo indicato dalla *lex specialis* e, conseguentemente, mediante proporzione lineare riparametrare tutte le altre offerte (cfr. parere AVCP n. 109/2012).

Tale operazione è indispensabile nel caso in cui sia prevista una soglia di sbarramento per evitare anomale restrizioni alla concorrenza ed al principio di massima partecipazione. E', in ogni caso, opportuno specificare espressamente nella documentazione di gara la previsione di tale operazione, per renderne edotti i concorrenti.

Si rinvia, in merito, a quanto osservato nella determinazione n. 7 del 24 novembre 2011 ("Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture").

10.3 Offerte anomale

Costituisce causa di esclusione la presentazione di un'offerta economica che, all'esito del procedimento di verifica di cui agli artt. 87 ed 88 del Codice, appaia anormalmente bassa, ai sensi dell'art. 86 del Codice. Anche al di fuori delle ipotesi espressamente normate ai commi 1 e 2 del citato art. 86, le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (art. 86, comma 3).

La regola posta dall'art. 87, comma 1, del Codice – secondo cui all'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio con il concorrente – incontra l'eccezione dell'esclusione automatica che può essere prevista nel bando nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, le offerte presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ex art. 86 e siano rispettati i limiti di importo del contratto stabiliti, per i lavori, dall'art. 122, comma 9 (importo inferiore o pari a 1 milione di euro) e, per i servizi e le forniture, dall'art. 124, comma 8 (importo inferiore o pari a 100.000 euro). In ogni caso, la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci. Occorre precisare che, in via transitoria (fino al 31 dicembre 2013), l'art. 253, comma 20-bis, del Codice consente l'esclusione automatica fino alla soglia comunitaria.

11. Mancato versamento del contributo all'Autorità

Costituisce causa di esclusione l'omesso versamento del contributo dovuto all'Autorità ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67, della l. 23 dicembre 2005, n. 266 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato").

Di contro, un inadempimento meramente formale, consistente nell'aver effettuato il versamento seguendo modalità

diverse da quelle impartite dall'Autorità stessa, non può essere sanzionato dalla stazione appaltante con l'esclusione, senza che si proceda ad un previo accertamento dell'effettivo assolvimento dell'obbligo in questione (cfr., pareri AVCP n. 8 dell'8 febbraio 2012; n. 4 del 12 gennaio 2011; n. 8 del 14 gennaio 2010; n. 67 del 25 marzo 2010). Ne deriva che, se è corretto riportare nella *lex specialis* il contenuto delle istruzioni operative concernenti il versamento del contributo all'Autorità e paventare l'esclusione in caso di mancato pagamento, non lo è altrettanto prevedere la medesima sanzione nel caso di una violazione meramente formale delle predette istruzioni.

12. Ulteriori ipotesi specifiche previste da norme

Costituisce causa di esclusione la violazione delle seguenti disposizioni del Codice e del Regolamento:

1) Art. 90, comma 8 del Codice, in tema di esclusione dalle gare per incompatibilità tra il ruolo di progettista e quello di appaltatore.

Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti od alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'art. 2359 del codice civile. I divieti si estendono ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico ed ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione ed ai loro dipendenti.

2) Art. 56 del Regolamento, in tema di responsabilità del soggetto incaricato della verifica della progettazione.

Il soggetto incaricato dell'attività di verifica che sia inadempiente agli obblighi posti a suo carico dalle norme applicabili e dal contratto di appalto di servizi è escluso per i successivi tre anni dalle attività di verifica.

3) Art. 111 del Regolamento, in tema di offerta per l'esecuzione di lavori congiunta all'acquisizione di beni immobili.

L'art. 53, comma 6, del Codice prevede che, in sostituzione totale o parziale delle somme di denaro costituenti il corrispettivo del contratto, il bando di gara può contemplare il trasferimento all'affidatario della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice, alle condizioni ivi dettate, indicati nel programma di cui all'art. 128 per i lavori, o nell'avviso di preinformazione per i servizi e le forniture, e che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. In detta ipotesi, le offerte devono specificare (comma 8, art. 53 citato): a) se l'offerente ha interesse a conseguire la proprietà dell'immobile ed il prezzo che, in tal caso, viene offerto per l'immobile, nonché il differenziale di prezzo eventualmente necessario, per l'esecuzione del contratto; b) se l'offerente non ha interesse a conseguire la proprietà dell'immobile, il prezzo richiesto per l'esecuzione del contratto. La scelta fra dette opzioni, ai sensi dell'art. 111 del Regolamento, è obbligatoria a pena di esclusione (« (...) le buste contenenti le offerte specificano, a pena di esclusione, a quale delle due ipotesi ivi previste l'offerta fa riferimento»). Nel caso in cui la stazione appaltante, avvalendosi di quanto previsto al comma 10 dell'art. 53 del Codice, non abbia stanziato mezzi finanziari diversi dal prezzo per il trasferimento dell'immobile, quale corrispettivo del contratto, tenuto conto del fatto che la configurazione attuale dell'istituto non consente più la presentazione di offerte finalizzate al solo acquisto dell'immobile, occorre precisare che sono escluse le offerte non congiunte e limitate alla sola esecuzione dei lavori.

4) Art. 119 del Regolamento, in tema di aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari.

Se la procedura ristretta è aggiudicata con il metodo dell'offerta a prezzi unitari, alla lettera d'invito è allegata la lista delle lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dell'opera o dei lavori composta da sette colonne. Nella lista, vidimata in ogni suo foglio dal responsabile del procedimento, sono riportati per ogni lavorazione e fornitura, i dati previsti dal primo comma dell'art. 119 del Regolamento. Devono osservarsi le indicazioni dettate, a seconda della procedura di gara, dai successivi commi circa la conseguente redazione delle offerte. Inoltre, ai sensi del comma 5, nel caso di appalto di progettazione ed esecuzione, nonché nel caso di appalti i cui corrispettivi sono stabiliti esclusivamente a corpo ovvero a corpo e a misura, prima della formulazione dell'offerta, il concorrente ha l'obbligo di controllare le voci riportate nella lista attraverso l'esame degli elaborati progettuali, comprendenti anche il computo metrico estimativo, posti in visione ed acquisibili. In esito a tale verifica, il concorrente è tenuto ad integrare o ridurre le quantità che valuta carenti o eccessive e ad inserire le voci e relative quantità che ritiene mancanti, rispetto a quanto previsto negli elaborati grafici e nel capitolato speciale, nonché negli altri documenti che è stabilito facciano parte integrante del contratto, alle quali applica i prezzi unitari che ritiene di offrire. L'offerta va, inoltre, accompagnata, a pena di inammissibilità, da una dichiarazione di presa d'atto che l'indicazione delle voci e delle quantità non ha effetto sull'importo complessivo dell'offerta che, seppure determinato attraverso l'applicazione dei prezzi unitari offerti alle quantità delle varie lavorazioni, resta fisso ed invariabile.

A titolo esemplificativo, si elencano di seguito alcune ulteriori disposizioni del Codice e del Regolamento che prescrivono requisiti di partecipazione, in carenza dei quali è, quindi, possibile prevedere l'esclusione della gara, in relazione allo specifico appalto:

1. Art. 39 del Codice, relativo ai requisiti di idoneità professionale. Si applica la disposizione dell'art. 38, comma 3, che rinvia, ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione, all'art. 43 del d.P.R. n. 445/2000.
2. Art. 153 del Codice relativo ai requisiti del promotore e dei concessionari.
3. Art. 160-bis del Codice relativo alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità.
4. Art. 160 – ter del Codice relativo al contratto di disponibilità.
5. Artt. 186 – 191 del Codice, relativi ai requisiti di qualificazione dei contraenti generali.

6. Parte III, Capo III, Sezione V del Codice, riguardante la selezione qualitativa degli offerenti e la qualificazione nei cd. "settori speciali".
7. Titolo II, Capo II del d.lgs. 15 novembre 2011 n. 208 (recante "Disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza, in attuazione della direttiva 2009/81/CE"), relativo ai requisiti negli appalti nel settore della difesa.
8. Artt. 48 e 50 del Regolamento, in tema di soggetti cui può essere affidata l'attività esterna di verifica della progettazione e di requisiti di partecipazione alle relative gare (si veda, anche, l'art. 29 dell'Allegato XXI del Codice).
9. Artt. 95 e 96 del Regolamento, laddove prevedono i requisiti del concessionario e del proponente.
10. Artt. 266 e 267 del Regolamento, sui requisiti per la partecipazione alle gare di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

PARTE II - Carenza di elementi essenziali ed incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta

1. Indicazioni generali

L'art. 46, comma 1-bis, prevede, accanto alla esclusione per violazione di norme, le seguenti ulteriori ipotesi:

1. incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta;
2. incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali.

Al riguardo, si rammenta che, ai sensi degli artt. 73 e 74 del Codice:

- le domande di partecipazione e le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare il candidato ed il suo indirizzo, nonché la procedura a cui la domanda di partecipazione si riferisce; esse sono, inoltre, corredate dei documenti prescritti dal bando;
- le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'onori e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l'offerente ed il suo indirizzo, nonché la procedura cui si riferiscono, le caratteristiche ed il prezzo della prestazione offerta, unitamente alle dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione.

Con dizione sostanzialmente identica, il comma 3 dell'art. 73 ed il comma 5 dell'art. 74 prevedono che le stazioni appaltanti richiedano gli elementi essenziali menzionati, nonché gli altri elementi e documenti necessari ovvero utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto ed alle finalità dell'offerta.

E' onere delle stazioni appaltanti redigere in modo chiaro la documentazione di gara, evidenziando gli adempimenti posti a pena di esclusione. Si rammenta, inoltre, che nell'interpretazione delle clausole della *lex specialis* deve darsi prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, dovendosi escludere ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa diretto ad evidenziare pretesi significati e ad ingenerare incertezze applicative. Inoltre, tutte le disposizioni che in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara, siano esse contenute nel bando, nella lettera d'invito ovvero negli altri documenti di gara, concorrono a formarne la disciplina e ne costituiscono, nel loro insieme, la *lex specialis*. Quindi, in caso di oscurità ed equivocità, un corretto rapporto tra amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità, del favor participationis nonché del dovere di buona fede delle parti nello svolgimento delle trattative (cfr. art. 1337 c.c.) impone che di quella disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati (si veda, ad esempio, quanto già osservato in merito al potere-dovere di soccorso istruttorio).

2. La sottoscrizione dell'offerta

Le offerte e le domande di partecipazione devono essere debitamente sottoscritte da parte del titolare dell'impresa o del legale rappresentante dell'impresa o, comunque, da parte di altro soggetto munito di poteri idonei ad impegnare la volontà del concorrente, ai sensi degli artt. 73 e 74 del Codice.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa e dell'Autorità, la sottoscrizione dell'offerta e della domanda di partecipazione è lo strumento mediante il quale l'autore fa proprie le dichiarazioni rese, serve a renderne nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esse contenuta. Detta sottoscrizione costituisce, pertanto, un elemento essenziale, perché ha la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa (cfr. AVCP, parere n. 225 del 16 dicembre 2010; parere n. 78 del 30 luglio 2009).

Pertanto, la mancanza della sottoscrizione (o l'impossibilità di attribuirla ad un soggetto specifico, ad esempio perché illeggibile e priva della menzione della qualifica del sottoscrittore) inficia la validità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta/domanda di partecipazione, determinando la nullità delle stesse (e la conseguente irricevibilità), a garanzia della par condicio dei partecipanti (cfr. Cons. St., sez. V, 21 giugno 2012, n. 3669; sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513).

Quanto precede vale sia con riguardo all'offerta economica che all'offerta tecnica, anche in assenza di una esplicita comminatoria di esclusione nella *lex specialis*; in caso di R.T.I. costituendo, è necessaria la sottoscrizione di tutti i partecipanti al raggruppamento temporaneo.

Si specifica che la sottoscrizione deve essere apposta in originale, al fine di scongiurare il rischio di eventuali manomissioni che pregiudicherebbero l'attendibilità dell'offerta/domanda di partecipazione e la loro insostituibilità (in tal senso, cfr. parere AVCP, 30 luglio 2009, n. 78).

Peraltro, deve ritenersi che il requisito della sottoscrizione possa dirsi soddisfatto per il tramite di forme equipollenti – quali, ad esempio, l'apposizione di una sigla, in calce all'offerta, unitamente al timbro dell'impresa ed alle generalità del legale rappresentante. Deve, al contrario, escludersi che possa essere considerata equipollente alla sottoscrizione in calce l'apposizione della sottoscrizione sulla sigillatura del plico nel quale l'offerta stessa è contenuta, atteso che tale eventuale incombente assolve unicamente all'esigenza di garantire la non manomissione del plico.

Occorre porre in rilievo che la sottoscrizione dell'offerta costituisce un adempimento di carattere essenziale anche in caso di procedura telematica di gara; vale in proposito quanto disposto dall'art. 77, comma 6, lett. b), del Codice, secondo cui le offerte presentate per via telematica possono essere effettuate solo utilizzando la firma elettronica digitale come definita e disciplinata dal d.lgs. n. 82/2005.

Quanto alla dibattuta questione della collocazione della sottoscrizione all'interno dell'offerta, è da escludersi la necessità di sottoscrizione su ogni pagina, atteso che detto adempimento sarebbe obiettivamente ridondante ed oneroso. E', pertanto, sufficiente l'apposizione della firma in calce ovvero in chiusura del documento (non sul frontespizio, in testa o sulla prima pagina del documento; in tal senso, cfr. anche Cons. St., sez. V, 20 aprile 2012, n. 2317), come volontà di adesione a quanto offerto e come consapevole assunzione della relativa responsabilità.

Per altro verso, non può essere richiesta, a pena di esclusione, l'allegazione del documento di identità per la parte economica e tecnica dell'offerta, sia perché quest'ultima non ha valore giuridico di "autocertificazione" ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 sia perché l'allegazione di copia del documento di identità è, di norma, già prescritta dal disciplinare di gara all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa (cfr. AVCP parere 9 febbraio 2011, n. 21; parere 20 ottobre 2011 n. 183; in senso analogo, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 23 maggio 2012, n. 1397).

3. Accettazione delle condizioni generali di contratto

Si ritiene legittimo prescrivere, a pena di esclusione, l'accettazione delle condizioni contrattuali contenute nella documentazione di gara. Ciò avviene, di norma, mediante una espressa dichiarazione con la quale il concorrente dichiara di aver esatta cognizione del contenuto delle stesse, fatta comunque salva la facoltà dell'esecutore di apporre eventuali riserve in fase di esecuzione nei modi ed entro i limiti consentiti dalla normativa vigente.

Più in dettaglio, a titolo esemplificativo, possono citarsi:

(i) l'accettazione delle norme e delle condizioni legittime contenute nel bando di gara, nel disciplinare di gara, nei suoi allegati, nel capitolato speciale d'appalto e, comunque, di tutte le disposizioni che concernono la fase esecutiva del contratto;

(ii) la dichiarazione di aver preso esatta cognizione della natura del contratto e delle condizioni contrattuali, nonché di ogni altra circostanza che possa aver influito o che possa influire sulla determinazione dei prezzi e sull'esecuzione dell'opera/servizio/fornitura, anche a fronte di eventuali maggiorazioni di costi che dovessero intervenire per lievitazione dei prezzi durante l'esecuzione, e la rinuncia a qualsiasi azione o eccezione in merito, avendo tenuto conto di tutto ciò nella determinazione dei prezzi offerti – che si ritengono remunerativi - e dei modi e tempi di esecuzione dell'opera/servizio/fornitura prospettati;

(iii) l'accettazione del Piano di Sicurezza e Coordinamento, nonché la stima dei conseguenti oneri, che rimarranno comunque fissi ed invariabili, fatta salva la possibilità di esercitare la facoltà prevista dall'art. 100, comma 5, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 ("Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro);

(iv) l'assunzione di tutti gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche ed integrazioni;

(v) l'accettazione degli obblighi in materia di contrasto delle infiltrazioni criminali negli appalti previsti nell'ambito di protocolli di legalità/patti di integrità..

Alcune puntualizzazioni si rendono necessarie con riguardo a tale ultima fattispecie.

I cd. protocolli di legalità/patti di integrità sanciscono un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di un dato contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro. Nei protocolli le amministrazioni assumono, di regola, l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole che rispecchiano le finalità di prevenzione indicate. Deve ritenersi che la previsione dell'accettazione dei protocolli di legalità e dei patti di integrità quale possibile causa di esclusione sia tuttora consentita, in quanto tali mezzi sono posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e gli obblighi in tal modo assunti discendono dall'applicazione di norme imperative di ordine pubblico, con particolare riguardo alla legislazione in materia di prevenzione e contrasto della criminalità organizzata nel settore degli appalti.

Mediante l'accettazione delle clausole sancite nei protocolli di legalità al momento della presentazione della domanda di partecipazione e/o dell'offerta, infatti, l'impresa concorrente accetta, in realtà, regole che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara (cfr. Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657; Cons. St., 9 settembre 2011, n. 5066).

4. Offerte condizionate, plurime ed in aumento

Deve essere ricondotta all'ipotesi di incertezza sul contenuto dell'offerta la presentazione di offerte condizionate o con riserve. L'offerta condizionata è vietata per principio generale in materia di appalti, codificato dall'art. 72, r.d. 23 maggio 1924, n. 827 («Qualunque sia la forma degli incanti, non sono ammesse le offerte per telegramma, né le offerte

condizionate o espresse in modo indeterminato o con semplice riferimento ad altra offerta propria o di altri») , in quanto la stessa, non essendo univoca ed idonea a manifestare una volontà certa dell'impresa, non può costituire un'offerta suscettibile di valutazione per la pubblica amministrazione.

Non possono, inoltre, ritenersi ammissibili le cd. offerte plurime, come del resto stabilito dall'art. 11, comma 6 del Codice, secondo cui «ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta»: deve, al contrario, ribadirsi il principio della unicità dell'offerta che impone ai partecipanti alle gare di presentare un'unica proposta tecnica ed economica. Detto principio risponde non soltanto alla necessità di garantire l'effettiva par condicio dei concorrenti, ma anche a quella di far emergere la migliore offerta nella gara. In particolare, si specifica che l'offerta tecnica non può contenere, al suo interno, una pluralità di proposte progettuali tra loro alternative, fermo restando quanto osservato a proposito dell'applicazione della disciplina delle varianti.

Secondo la consolidata posizione dell'Autorità, inoltre, non vi sono dubbi circa la vigenza del divieto di presentazione di offerte in aumento rispetto all'importo a base di gara, introdotto con la l. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni ter) al precipuo fine di impedire lievitazioni della spesa pubblica rispetto alla preventiva programmazione e ribadito dall'art. 82, comma 1, del Codice. Detto divieto deve ritenersi sussistente qualunque sia il criterio di aggiudicazione della gara e, pertanto, sia nel caso di appalti da aggiudicare al prezzo più basso (cfr. parere AVCP 12 febbraio 2009) che nel caso di appalti da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Con riguardo a tale ultimo profilo, si rammenta che l'art. 283, comma 3, del Regolamento, nel delineare la procedura in caso di aggiudicazione di servizi e forniture con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, contiene un esplicito riferimento alla lettura dei "ribassi espressi in lettere" e delle riduzioni delle offerte economiche.

5. Presentazione della cauzione provvisoria

Il Codice disegna un peculiare e specifico sistema di garanzie, volto a tutelare la stazione appaltante sia nella fase pubblicistica di scelta del contraente sia in quella privatistica di esecuzione del contratto. Con riguardo alla fase di partecipazione alla procedura di gara, assumono rilievo le disposizioni dettate sulle garanzie a corredo dell'offerta, che coprono la stazione appaltante dal rischio di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario.

Occorre, in proposito, distinguere tra contratti nei settori ordinari e contratti nei settori speciali.

Per i settori ordinari, la norma di riferimento è costituita dall'art. 75 del Codice. La disposizione presenta un contenuto immediatamente prescrittivo e vincolante, tale per cui deve ritenersi che la presentazione della cauzione provvisoria configuri un adempimento necessario a pena di esclusione. La garanzia provvisoria assolve, infatti, allo scopo di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario. Pertanto, essa è un elemento essenziale dell'offerta e non un mero elemento di corredo della stessa.

L'offerta presentata senza la garanzia ovvero con una garanzia sprovvista degli elementi di cui all'art. 75, comma 4, è, quindi, carente di un elemento essenziale e, per ciò stesso, non ammissibile.

A titolo esemplificativo, non è sufficiente che l'operatore economico si impegni a presentare la cauzione ovvero dichiarare di esserne nella disponibilità, senza produrla materialmente.

Più in dettaglio, il comma 1 dell'art. 75 prescrive che «l'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fidejussione, a scelta dell'offerente» ovvero, nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, «nella misura massima del 2 per cento del prezzo base»; il successivo comma 4 dell'art. 75 stabilisce che «la garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante».

Nel caso degli appalti di lavori, la cauzione è parametrata all'importo complessivo degli stessi, inclusi gli oneri per la sicurezza; nel caso di appalto integrato, devono essere compresi anche gli oneri della progettazione.

Ai sensi dell'art. 75, comma 7, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. La norma deve essere coordinata con quanto prescritto dall'art. 63 del Regolamento ai fini della qualificazione nelle classifiche superiori alla I ed alla II, per la quale le imprese devono possedere obbligatoriamente il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000. Pertanto, in tal caso, l'importo della cauzione è da ritenersi sempre dimezzato. Nelle altre ipotesi, l'art. 75, comma 7, prescrive che l'operatore economico segnali, in sede di offerta, il possesso del requisito e lo documenti nei modi prescritti dalle norme vigenti: di conseguenza, la presentazione di una cauzione dimezzata senza che il possesso della certificazione di qualità venga debitamente dichiarato e documentato costituisce causa di esclusione. E' ammissibile consentire al concorrente di integrare la documentazione attestante il possesso della certificazione, qualora questa sia stata segnalata, purché sussistente al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte/domanda di partecipazione.

Con riguardo, invece, ai settori speciali, si rileva che l'art. 75 del Codice non è richiamato dall'art. 206, comma 1, e, pertanto, non sembra rientrare tra le disposizioni che trovano immediata applicazione nell'ambito di tali settori.

Tuttavia, il comma 3 dell'art. 206 prevede espressamente che, nel rispetto del principio di proporzionalità, gli enti aggiudicatori possano applicare altre disposizioni della parte II del Codice, alla cui osservanza non sono obbligati, indicandole nell'avviso con cui si indice la gara ovvero, nelle procedure in cui manchi l'avviso con cui si indice la gara,

nell'invito a presentare un'offerta. Ciò significa che l'applicazione dell'art. 75 potrebbe essere legittimamente disposta dalla *lex specialis*, ove ritenuto opportuno e congruente con l'oggetto del contratto. In tal caso, tornerebbero valide le considerazioni esposte con riguardo ai settori ordinari.

Fermo restando quanto precede, più complessa appare l'ipotesi di presentazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario, giacché parte della giurisprudenza ammette, in tal caso, l'esercizio del soccorso istruttorio volto a fare integrare la garanzia. Si ritiene che la questione vada ricondotta ai principi generali che presidono l'applicazione dell'art. 46, comma 1, del Codice in tema di integrazione documentale, ammissibile solo ove non incida sulla parità di trattamento tra i concorrenti e, quindi, nel caso di specie, in ipotesi di evidente errore formale.

Alla luce di quanto osservato, costituiscono cause di esclusione:

1. mancata presentazione della cauzione provvisoria;
2. cauzione non conforme a quanto stabilito dall'art. 75, comma 4 e, pertanto, priva della rinuncia espressa al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, della rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, c.c., nonché priva della clausola di operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante;
3. cauzione di importo errato in diminuzione, fermo restando quanto sopra circa l'errore formale; rientra, in tale ultima ipotesi, il caso della cauzione presentata in misura dimezzata senza il rispetto di quanto osservato sul possesso di certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000;
4. cauzione sprovvista dell'indicazione del soggetto garantito; nel caso di ATI costituenda, la cauzione deve essere intestata a tutte le imprese associande;
5. cauzione prestata con modalità non consentite; al riguardo, si evidenzia che l'art. 28 del d.lgs. 19 settembre 2012, n. 169 ha modificato l'art. 75, comma 3, del Codice prevedendo che la fideiussione, a scelta dell'offerente, «può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58»;
6. cauzione prestata con validità inferiore a quella prescritta dal bando o, in mancanza, inferiore a centottanta giorni come prescritto dall'art. 75, comma 5, del Codice;
7. cauzione non sottoscritta dal garante; si ritiene, inoltre, legittima l'esclusione da una gara d'appalto dell'impresa concorrente che, in violazione di una espressa e chiara previsione della *lex specialis*, ometta di produrre la cauzione provvisoria con sottoscrizione autenticata (parere AVCP 19 luglio 2012 n. 118; Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365), purché il bando prescriva espressamente tale adempimento e lo sanzioni con l'esclusione.
8. mancata presentazione dell'impegno del fideiussore «a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario» (cfr. art. 75, comma 8, del Codice).

6. Mancata effettuazione del sopralluogo

6.1 Lavori

La mancata effettuazione del sopralluogo negli appalti di lavori integra, al contempo, una violazione di una prescrizione del Regolamento (art. 106, comma 2) ed una carenza di un elemento essenziale dell'offerta.

In base all'art. 106, comma 2, del Regolamento, infatti, l'offerta da presentare per l'affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici «è accompagnata dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di avere direttamente o con delega a personale dipendente esaminato tutti gli elaborati progettuali, compreso il calcolo sommario della spesa o il computo metrico estimativo, ove redatto, di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, di avere preso conoscenza delle condizioni locali, della viabilità di accesso, di aver verificato le capacità e le disponibilità, compatibili con i tempi di esecuzione previsti, delle cave eventualmente necessarie e delle discariche autorizzate, nonché di tutte le circostanze generali e particolari suscettibili di influire sulla determinazione dei prezzi, sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione dei lavori e di aver giudicato i lavori stessi realizzabili, gli elaborati progettuali adeguati ed i prezzi nel loro complesso remunerativi e tali da consentire il ribasso offerto. La stessa dichiarazione contiene altresì l'attestazione di avere effettuato una verifica della disponibilità della mano d'opera necessaria per l'esecuzione dei lavori nonché della disponibilità di attrezzature adeguate all'entità e alla tipologia e categoria dei lavori in appalto».

Inoltre, per gli appalti e le concessioni di lavori pubblici relativi alle infrastrutture strategiche, l'allegato XXI del Codice, all'art. 36, comma 4, stabilisce che l'offerta da presentare è accompagnata «dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di avere esaminato gli elaborati progettuali, compreso il computo metrico, di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, di avere preso conoscenza delle condizioni locali, della viabilità di accesso, delle cave eventualmente necessarie e delle discariche autorizzate nonché di tutte le circostanze generali e particolari suscettibili di influire sulla determinazione dei prezzi, sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione dei lavori e di aver giudicato i lavori stessi realizzabili, gli elaborati progettuali adeguati ed i prezzi nel loro complesso remunerativi e tali da consentire il ribasso offerto. La stessa dichiarazione contiene altresì l'attestazione di avere effettuato una verifica della disponibilità della mano d'opera necessaria per l'esecuzione dei lavori nonché della disponibilità di attrezzature adeguate all'entità e alla tipologia e categoria dei lavori in appalto».

Il citato art. 106, comma 2 – diversamente da quanto disposto dall'art. 119 del Regolamento in tema di formalità da osservarsi in caso di aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari - non prescrive

espressamente l'esclusione in caso di mancata effettuazione del sopralluogo; si tratta, tuttavia, di un adempimento che deve essere necessariamente eseguito in una fase antecedente alla presentazione dell'offerta, proprio perché volto ad assicurare che il concorrente abbia piena contezza delle condizioni di esecuzione dei lavori.

In altri termini, la mancata effettuazione tempestiva del sopralluogo non può che determinare l'esclusione del concorrente.

Le stazioni appaltanti sono tenute ad indicare chiaramente, nella lex specialis di gara, quali soggetti debbano effettuare il sopralluogo, consentendo alle imprese - per favorire la partecipazione alle gare e limitare le spese connesse - di delegare detto adempimento a soggetti diversi dal rappresentante legale o direttore tecnico, purché dipendenti del concorrente. Inoltre, è da ritenersi consentita la delega plurima ad un medesimo soggetto da parte di più imprese, purché appartenenti allo stesso raggruppamento, anche se non costituito.

Diversa dall'ipotesi di mancata effettuazione del sopralluogo è quella della mancata allegazione della dichiarazione ai sensi dell'art. 106 del Regolamento, nel caso in cui il concorrente abbia, comunque, materialmente provveduto ad effettuare detto adempimento. In tale evenienza, essendo la dichiarazione un documento rilasciato dalla medesima stazione appaltante, nel caso di mancata produzione all'interno della documentazione amministrativa, la sanzione dell'esclusione si rivela sproporzionata, potendo l'amministrazione procedente facilmente verificare l'avvenuta effettuazione del sopralluogo, purché la copia del relativo certificato, conservato presso la stazione appaltante, sia stata debitamente sottoscritta dal soggetto che ha effettuato il sopralluogo.

6.2 Servizi e forniture

L'art. 106 è riferito unicamente agli appalti di lavori e non vi è una norma analoga per i servizi e per le forniture.

Tuttavia, anche in detti settori, vi sono dei casi in cui difficilmente un operatore economico può formulare un'offerta attendibile senza aver preso visione dei luoghi: in tali ipotesi, può ritenersi che il sopralluogo costituisca un elemento essenziale dell'offerta, poiché indispensabile per la formulazione della stessa (cfr. parere AVCP n. 105 del 9 giugno 2011). Una simile circostanza, peraltro, deve risultare espressamente ed inequivocabilmente dalla documentazione di gara.

In particolare, la stazione appaltante può prescrivere il sopralluogo a pena di esclusione qualora l'oggetto del contratto abbia una stretta e diretta relazione con gli organismi edilizi – come, ad esempio, avviene per il global service – ovvero qualora la prestazione debba essere eseguita in ambienti specifici e particolari (si pensi al caso di forniture biomedicali da installare in ambienti ospedalieri).

Si ribadisce che le stazioni appaltanti sono tenute, in ogni caso, ad indicare chiaramente nella lex specialis di gara se il sopralluogo è obbligatorio o facoltativo, nonché quali soggetti devono effettuarlo, consentendo alle imprese - per favorire la partecipazione alle gare e limitare le spese connesse - di delegare detto adempimento a soggetti diversi dal rappresentante legale o direttore tecnico, purché dipendenti del concorrente. Inoltre, è da ritenersi consentita la delega plurima ad un medesimo soggetto da parte di più imprese, purché appartenenti allo stesso raggruppamento, anche se non costituito. Vale, altresì, quanto osservato per gli appalti di lavori a proposito del certificato di avvenuto sopralluogo.

PARTE III – Irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara

L'art. 46, comma 1-bis, contempla la possibilità di esclusione in tutti i casi in cui sia violato il principio di segretezza delle offerte, riferendosi all'ipotesi di incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta ed alla non integrità del plico o ad altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. Vanno, in effetti, ricondotti alla categoria in esame i casi di violazione di una serie di cautele previste nei documenti di gara, che sono volte ad assicurare l'integrità dei plichi contenenti l'offerta o la domanda di partecipazione e, in definitiva, il corretto svolgimento della procedura di gara. La presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione, infatti, deve essere assistita dall'osservanza di alcuni adempimenti di carattere formale, tesi ad assicurare il rispetto di principi di primaria importanza, quali quello della segretezza ed immutabilità delle proposte contrattuali formulate, nonché il principio di parità di trattamento.

1. Modalità di presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione

Con specifico riguardo alla presentazione delle offerte e/o delle domande di partecipazione, per quanto attiene all'individuazione dell'offerente, si ritiene che l'esclusione possa conseguire alle seguenti violazioni:

1. mancata indicazione sul plico esterno generale del riferimento della gara cui l'offerta è rivolta;
2. apposizione sul plico esterno generale di un'indicazione totalmente errata o generica, al punto che non sia possibile individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara;
3. mancata sigillatura del plico e delle buste interne con modalità di chiusura ermetica che ne assicurino l'integrità e ne impediscano l'apertura senza lasciare manomissioni; si precisa che per "sigillatura" deve intendersi una chiusura ermetica recante un qualsiasi segno o impronta, apposto su materiale plastico come ceralacca o piombo o striscia incollata, tale da rendere chiusi il plico e le buste, attestare l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente, nonché garantire l'integrità e la non manomissione del plico e delle buste; si precisa, altresì, che il bando può prescrivere a pena di esclusione l'apposizione della controfirma sui lembi di chiusura del plico e delle buste ivi contenute;
4. mancata apposizione sulle buste interne al plico di idonea indicazione per individuare il contenuto delle stesse; si evidenzia che l'esclusione sarebbe da considerarsi illegittima qualora, ad esempio, la busta contenente

l'offerta economica, ancorché priva della dicitura richiesta, fosse comunque distinguibile dalle restanti buste munite della corretta dicitura;

5. mancato inserimento dell'offerta economica e di quella tecnica in buste separate (cfr. infra), debitamente sigillate, all'interno del plico esterno generale. Si precisa che, in caso di divisione in lotti con possibilità di concorrere all'aggiudicazione di più di un lotto, l'offerta economica acquista una propria autonomia in relazione ad ogni lotto e, pertanto, deve essere separatamente redatta per ogni lotto.

Al contrario, non possono costituire cause legittime di esclusione, inter alia:

1. la mancata o errata indicazione, su una o più delle buste interne, del riferimento alla gara cui l'offerta è rivolta, nel caso in cui detta indicazione sia comunque presente sul plico generale esterno, debitamente chiuso e sigillato;
2. la mancata indicazione del riferimento della gara su uno o più documenti componenti l'offerta;
3. la mancata apposizione sul plico dell'indicazione del giorno e dell'ora fissati per l'espletamento della gara.

Come osservato a proposito dell'applicazione dell'art. 46, comma 1-bis, resta salva la facoltà delle stazioni appaltanti di rilevare, nel caso concreto, ulteriori circostanze che, inducendo a ritenere violato il principio di segretezza delle offerte, comportino l'esclusione debitamente motivata del concorrente.

2. Difetto di separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica

La regola della separazione fisica dell'offerta economica dall'offerta tecnica costituisce un principio di derivazione giurisprudenziale oramai consolidato, che garantisce un ordinato svolgimento della gara ed impone, al contempo, di compiere le verifiche documentali e gli apprezzamenti tecnici in una fase antecedente a quella in cui si conoscerà l'ammontare delle offerte economiche (cfr. Cons. St., sez. VI, n. 1935/2001; Cons. St., sez. V, n. 196/2007; T.A.R. Lombardia, Brescia, n. 555/2005; AVCP del. n. 31/2009). Risultano improntati a tale principio gli articoli 120 e 283 del Regolamento.

In questo caso, la forma procedurale risponde all'esigenza di assicurare trasparenza, imparzialità e segretezza delle offerte; in tal modo, la verifica dei requisiti e la valutazione dell'offerta tecnica vengano effettuate senza condizionamenti derivanti dalla anticipata conoscenza della componente economica. Tra le varie ipotesi che realizzano il difetto di separazione predetto si annoverano, a mero titolo esemplificativo: la mancata separazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica all'interno del plico, come prescritto dal bando; l'inserimento di elementi concernenti il prezzo esclusivamente in documenti non contenuti nella busta dedicata all'offerta economica.

3. Modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive

In base al combinato disposto degli artt. 46 e 47 ed alla definizione contenuta nell'art. 1 del d.P.R. n. 445/2000, la dichiarazione sostitutiva deve essere debitamente sottoscritta, in quanto solamente la sottoscrizione costituisce fonte di responsabilità, anche penale, in conseguenza della eventuale falsità dell'atto; in difetto di sottoscrizione, l'atto è privo di un elemento essenziale, perché possa venire in esistenza in relazione alla funzione cui è destinato. Da ciò consegue, inoltre, che la dichiarazione sostitutiva non sottoscritta è insuscettibile di successiva sanatoria (Cons. St., sez. V, n. 5489/2002), pena la violazione della par condicio competitorum.

La dichiarazione può essere resa utilizzando una pluralità di fogli separati tra loro, apponendo un'unica sottoscrizione nell'ultima pagina, dal momento che non si rinviene, nella normativa vigente, un obbligo di sottoscrizione su ogni pagina (cfr. art. 38 del d.P.R. n. 445/2000); inoltre, detto onere non sembra rispondere ad alcun apprezzabile interesse della pubblica amministrazione, non potendo, di per sé, evitare la produzione di dichiarazioni mendaci. La sottoscrizione in calce sta, quindi, a significare l'appropriazione dell'atto nel suo complesso, senza che il dichiarante possa disconoscerne parte del contenuto in un momento successivo al rilascio.

Una ulteriore formalità concerne l'indicazione della data di rilascio della dichiarazione che, secondo recente giurisprudenza (T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, n. 336/2011), a cui si ritiene di aderire, non è determinante per la validità dell'atto, in quanto il riferimento temporale può essere agevolmente individuato nella data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Parimenti, non costituisce un requisito sostanziale per la validità delle dichiarazioni, ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, il richiamo alle sanzioni penali previste per il rilascio di dichiarazioni mendaci.

Per giurisprudenza consolidata, invece, l'allegazione della copia del documento di identità costituisce un elemento essenziale per il perfezionamento della dichiarazione medesima, consentendo di comprovare non solo le generalità del dichiarante, ma anche la riferibilità della dichiarazione stessa al soggetto dichiarante (si veda, ex multis, Cons. St., sez. III, 16 marzo 2012 n. 1524). La mancanza di tale elemento essenziale costituisce una carenza non superabile con successiva integrazione dei documenti ai sensi dell'art. 46 del Codice. Appare, al contrario, ammissibile che il concorrente produca un documento di identità valido in luogo di quello allegato, ma scaduto (cfr. Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2366).

Fermo restando quanto sin qui osservato, deve precisarsi che, qualora più dichiarazioni vengano rese dalla medesima persona e facciano parte di un medesimo insieme probatorio, non può costituire causa di esclusione la circostanza che dette dichiarazioni non siano accompagnate, ciascuna, da una copia del documento di identità (cfr. parere AVCP n. 48 del 21 marzo 2012; Cons. St., sez. V, 3 gennaio 2006, n. 25; cfr. anche sez. IV, 5 marzo 2008, n. 94), giacché, in tal caso, la prova del nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione alla determinata persona fisica da cui proviene emerge oggettivamente dal riscontro del contesto documentale. Pertanto, nel caso in cui venga inserita nel plico almeno una copia fotostatica del documento di identità, ciò è sufficiente a conseguire lo scopo della identificazione del

rappresentante che ha reso le dichiarazioni sostitutive ed instaura un nesso biunivocamente rilevante tra dichiarazione e responsabilità personale del sottoscrittore (cfr. Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5109; id., 26 gennaio 2012, n. 337). Quanto al contenuto della dichiarazione sostitutiva, questa deve avere i caratteri della completezza, correttezza e veridicità, sufficienti a dimostrare il possesso dello specifico requisito di gara e consentire il controllo ex post da parte della stazione appaltante.

4. Utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti

La prescrizione dell'utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle domande non può essere imposta a pena di esclusione (artt. 73, comma 4 e 74, comma 3), fatto salvo il disposto dell'art. 74, comma 3, per il caso in cui l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari. Il comma 2-bis dello stesso art. 74 specifica, inoltre, che le stazioni appaltanti richiedono, di norma, l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale e, per i contratti relativi a servizi e forniture o per i contratti relativi a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi. I moduli sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base dei modelli standard definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisito l'avviso dell'Autorità.

Secondo la più recente giurisprudenza, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia predisposto moduli per l'attestazione dei requisiti di partecipazione, eventuali omissioni non potrebbero riverberarsi a danno dei concorrenti che hanno fatto affidamento sulla correttezza ed esaustività del modello predisposto dall'amministrazione (Cons. St., sez. V, sentenza 22 maggio 2012 n. 2973).

5. Mezzi di comunicazione tra operatori economici e stazioni appaltanti

L'art. 77 del Codice stabilisce che tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni tra stazioni appaltanti ed operatori economici possono avvenire, «a scelta delle stazioni appaltanti», mediante i mezzi ivi menzionati, che devono essere comunemente disponibili, nonché individuati nel bando di gara o nell'invito alla procedura.

La libertà di scelta accordata alle stazioni appaltanti deve esercitarsi nel rispetto delle regole poste dallo stesso art. 77 e, più in generale, dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione. La norma deve, inoltre, essere coordinata con quanto disposto dal comma 5-quinquies dell'art. 79 del Codice (inserito dall'art. 2, comma 1, lett. d) del d.lgs 20 marzo 2010, n. 53) secondo cui «il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni».

Al riguardo, si osserva che, mentre il domicilio può considerarsi un elemento essenziale per identificare il concorrente e, quindi, per accertare la provenienza dell'offerta (per cui si ritiene possibile prevederne l'indicazione nella domanda di partecipazione/offerta a pena di esclusione), la stessa valenza non può essere attribuita al numero di fax ed all'indirizzo di posta elettronica, che rilevano, invece, esclusivamente ai fini delle comunicazioni; di conseguenza, la mancata indicazione degli stessi comporta solo l'esonero della responsabilità della stazione appaltante per le comunicazioni non effettuate o non correttamente pervenute (in tal senso, cfr. parere AVCP n. 23 del 9 febbraio 2011).

E', quindi, ammissibile la richiesta del fax o dell'indirizzo di posta elettronica ai fini delle comunicazioni, anche cumulativamente, con l'avvertimento che, in caso mancata indicazione, l'amministrazione non sarà responsabile per il tardivo o mancato recapito delle comunicazioni.

¹ A mero titolo esemplificativo possono citarsi le seguenti normative: art. 44, d.lgs 25 luglio 1998, n. 286 (*“Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”*); art. 41, d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198 (*“Codice delle pari opportunità tra uomo e donna”*); art. 36, l. 20 maggio 1970, n. 300 (*“Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento”*); art. 5, comma 2, lett. c), l. 15 dicembre 1990, n. 386 (*“Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari”*).

² Per essere riconosciuta come MPMI l'impresa deve rispettare le soglie relative al numero di persone occupate ed al fatturato annuo definite dalla raccomandazione 2003/361/CE.

Comunicato del Presidente del 3 settembre 2014

Indicazioni in materia di esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese “sovrabbondanti”.

Al fine di chiarire agli operatori del mercato le indicazioni in materia di esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese sovrabbondanti contenute nella [Determinazione AVCP n. 4 del 10.10.2012](#) “*BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici*” si osserva quanto segue.

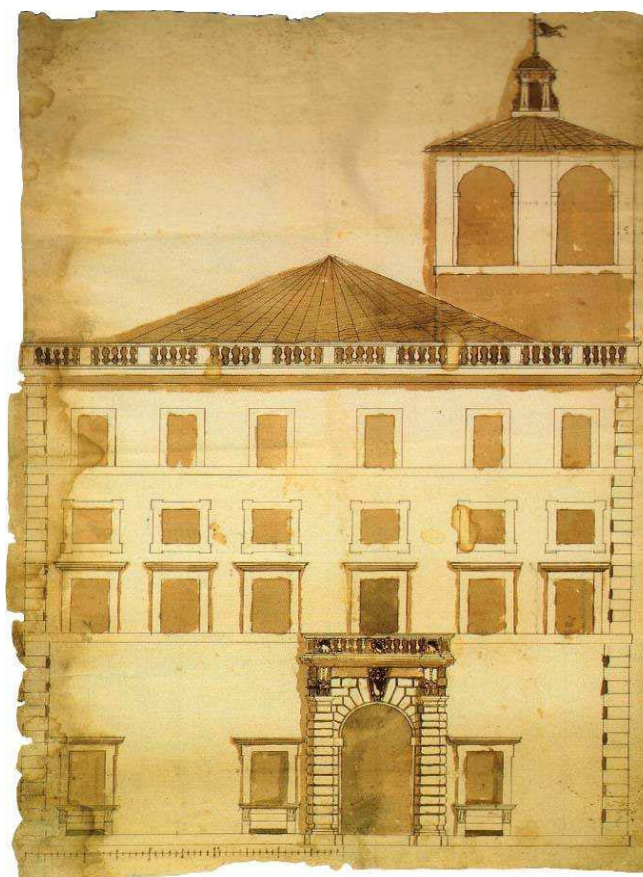
Nella citata determinazione si è rilevato come la costituzione di un raggruppamento che presenti connotazioni “macroscopicamente” anticoncorrenziali si porrebbe in violazione dell’art. 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea che, al pari dell’art. 2 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, vieta le intese aventi per oggetto o per effetto quello di falsare e/o restringere la concorrenza. Nel medesimo atto si è inoltre evidenziato che la possibilità di escludere i concorrenti deve fondarsi sulla verifica delle concrete possibilità di frapporre ostacoli alla corretta dinamica concorrenziale da parte del raggruppamento “sovrabbondante”.

Le indicazioni contenute nella determinazione n. 4/2012 devono, quindi, essere intese nel senso che è sempre consentita la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei, anche di tipo sovrabbondante, e che l’esclusione non potrà mai essere automatica. Infatti, qualora la stazione appaltante ravvisi possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento ha l’onere di valutare in concreto la situazione di fatto, richiedendo ai concorrenti le relative giustificazioni, che potranno basarsi non solo su elementi legati ad eventuali stati di necessità, in termini di attuale capacità produttiva, ma su ogni altro fattore rientrando nelle libere scelte imprenditoriali degli operatori economici, come l’opportunità ovvero la convenienza di partecipare in raggruppamento alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del contratto. Nell’ambito della valutazione di tali elementi, la stazione appaltante dovrà, quindi, accertare se la formazione del raggruppamento ha avuto per oggetto o per effetto quello di falsare o restringere la concorrenza, e solo in caso di esito positivo potrà essere disposta l’esclusione dalla gara.

Raffaele Cantone

BANDI TIPO

*Autorità per la vigilanza
sui contratti pubblici
di lavori, servizi e forniture*



**Nota illustrativa del Bando-tipo per l'affidamento dei
servizi di pulizia e igiene ambientale degli immobili nei
settori ordinari**

Sommario

1.	<i>Premessa</i>	3
2.	<i>Il bando-tipo per i servizi di pulizia: aspetti generali</i>	4
3.	<i>Le premesse al bando-tipo</i>	7
4.	<i>Oggetto ed importo dell'appalto</i>	7
5.	<i>Soggetti ammessi alle gare</i>	10
6.	<i>Condizioni di partecipazione</i>	10
7.	<i>Verifica dei requisiti di partecipazione</i>	11
8.	<i>Visione della documentazione di gara e sopralluogo</i>	11
9.	<i>Chiarimenti</i>	12
10.	<i>Modalità di presentazione della documentazione</i>	12
11.	<i>Comunicazioni</i>	12
12.	<i>Subappalto</i>	13
13.	<i>Ulteriori disposizioni</i>	13
14.	<i>Cauzioni e garanzie</i>	14
15.	<i>Pagamento in favore dell'AVCP</i>	15
16.	<i>Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa</i>	16
17.	<i>Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte</i>	19
18.	<i>Contenuto della Busta A – documentazione amministrativa</i>	20
19.	<i>Contenuto della busta B – offerta tecnico-organizzativa</i>	22
20.	<i>Contenuto della busta C – offerta economica</i>	22
21.	<i>Procedura e criterio di aggiudicazione</i>	23
22.	<i>Verifica di anomalia delle offerte</i>	27

1. Premessa

L'articolo 64, comma 4-bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito, Codice) stabilisce che *“i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo”*.

In base a tale previsione, l'Autorità ha emanato la determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, denominata *“Bando-Tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici”*, con la quale è stato fornito il quadro giuridico di riferimento relativamente alla individuazione delle cause tassative di esclusione dalle procedure di gara conformi al nuovo dettato normativo. Tale atto, come anticipato nella stessa determinazione, costituisce la prima attuazione del medesimo art. 64, comma 4-bis, e prevede, come ulteriore passo, l'adozione di specifici modelli (bandi-tipo) distinti per i lavori, servizi e forniture.

Relativamente agli appalti di servizi e forniture, in considerazione della numerosità ed eterogeneità degli ambiti merceologici presenti nei due settori, l'Autorità ha ritenuto opportuno far precedere l'elaborazione dei specifici modelli da una consultazione pubblica del mercato, allo scopo di individuare i settori da considerarsi prioritari per l'elaborazione di bandi-tipo, tenuto conto sia delle criticità rilevate sia dell'impatto economico degli stessi sul mercato dei contratti pubblici.

Con il presente atto si intende, pertanto, dare attuazione all'art. 64, comma 4-bis, del Codice mediante la pubblicazione del modello di disciplinare di gara per gli appalti aventi ad oggetto i servizi di pulizia e igiene ambientale degli immobili che, a valle della suddetta consultazione, sono risultati un settore prioritario di intervento¹. Il modello è corredato dalla presente nota che fornisce istruzioni circa le modalità di compilazione e ne illustra le caratteristiche, con particolare riguardo alle parti vincolanti e all'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis, del Codice.

Il modello sarà sottoposto a verifica di impatto della regolazione decorsi dodici mesi dalla sua

¹ Cfr. documento conclusivo denominato *“I settori prioritari per l'elaborazione dei bandi-tipo nei contratti pubblici di servizi e forniture”*.

adozione, secondo quanto previsto dall'apposito Regolamento “*Disciplina dell’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell’impatto della regolamentazione (VIR)*”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 278 del 27 novembre 2013. A tale fine, eventuali osservazioni e commenti potranno essere formulati all’indirizzo e-mail vir@avcp.it.

2. Il bando-tipo per i servizi di pulizia: aspetti generali

Il documento predisposto consiste in un modello di disciplinare di gara relativo ad un appalto di importo superiore alla soglia comunitaria nei settori ordinari, da affidarsi mediante procedura di gara aperta e con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 83 del Codice e dell’art. 286 del d.P.R. del 10 dicembre 2010, n. 207 (nel seguito, Regolamento).

Il modello di disciplinare, recante le norme integrative del bando relativamente alla procedura di gara (c.d. *lex specialis*), oltre a riprodurre le cause tassative di esclusione, come indicate in via generale nella determinazione dell’Autorità del 10 ottobre 2012, n. 4, fornisce puntuali indicazioni sugli aspetti più importanti dell’*iter* di affidamento quali, ad esempio, la definizione dei requisiti di partecipazione, le modalità di presentazione delle offerte, la procedura di aggiudicazione e le regole per la determinazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Lo scopo del modello è quello di omogenizzare i comportamenti delle stazioni appaltanti, così da ridurre le incertezze interpretative, mediante una corretta lettura delle procedure, e semplificare l’attività di predisposizione della documentazione di gara.

Il modello di disciplinare si compone di un **contenuto prescrittivo vincolante**, in cui sono ricomprese le clausole relative alle cause tassative di esclusione, e di un **contenuto prescrittivo discrezionale**, riferito ad aspetti della procedura che devono necessariamente essere regolamentati nella documentazione di gara, ma per i quali residua - in capo alle stazioni appaltanti - un margine di discrezionalità nella definizione della relativa disciplina (ad esempio, in relazione alle modalità di effettuazione del sopralluogo ove sia previsto come obbligatorio).

Le parti a contenuto discrezionale devono essere compilate dalle stazioni appaltanti secondo le proprie specifiche esigenze, seguendo le istruzioni di compilazione riportate nel modello. In alcuni casi, nel bando-tipo, è già prevista una ipotesi di formulazione, ma la soluzione proposta, corrispondente ad una delle possibili soluzioni legittimamente adottabili, non è vincolante e pertanto potrà essere disciplinata diversamente dalle amministrazioni aggiudicatrici senza necessità di motivazione.

Nelle parti a **contenuto prescrittivo vincolante**, invece, sono riprodotte le informazioni che -

secondo la normativa vigente - devono essere riportate nella documentazione di gara, tra cui, *in primis*, le cause di esclusione, nonché le ulteriori informazioni utili che, ai sensi dell'art. 64 del Codice, integrano il contenuto del bando di gara; tra le disposizioni di tale tipo rientrano le modalità di costituzione della cauzione provvisoria e le dichiarazioni sui requisiti di ordine generale e speciale da rendere in sede di gara. Tali parti costituiscono il contenuto necessario del bando-tipo e sono derogabili dalle stazioni appaltanti previa specifica motivazione ed entro i limiti del rispetto del principio di tassatività. Si chiarisce, pertanto, che le eventuali deroghe al bando-tipo, ancorché motivate, non potranno mai consistere nell'introduzione di clausole di esclusione contrastanti con il disposto del citato art. 46, comma 1-*bis*, atteso che le stesse sarebbero affette da nullità². Oltre alle suddette prescrizioni che, come sopra rilevato, integrano il contenuto necessario del disciplinare, le stazioni appaltanti possono scegliere d'integrare il modello proposto mediante l'inserimento di ulteriori indicazioni e chiarimenti senza necessità di motivazione, salvo che l'integrazione comporti la previsione di ulteriori cause di esclusione rispetto a quelle previste nel modello, dovendo, in tal caso, nel senso e nei limiti dei principi sopra espressi, motivare specificatamente la deroga.

Nel modello, inoltre, è data evidenza ad una serie di **prescrizioni facoltative e soluzioni alternative** che corrispondono alle diverse opzioni legittimamente ammesse dalla normativa (ad esempio, i metodi per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui al punto II) dell'Allegato P al Regolamento]; anche in questo caso, la scelta effettuata dalla stazione appaltante tra le diverse soluzioni consentite non costituisce una deroga al modello e quindi non richiede specifica motivazione.

Resta fermo che tali prescrizioni, una volta liberamente scelte dalle stazioni appaltanti, vengono ad integrare il contenuto del disciplinare di gara e l'amministrazione sarà tenuta, nel corso della procedura, ad attenersi senza possibilità di discostarsene, pena la violazione del principio di certezza e imparzialità dell'azione amministrativa e della *par condicio* dei concorrenti.

Il modello elaborato contiene gli elementi essenziali della procedura di affidamento che le stazioni appaltanti sono tenute ad inserire nella documentazione di gara e non può essere ritenuto esaustivo di tutte le possibili fattispecie che in concreto possono verificarsi. Si evidenzia che nel caso delle gare gestite con sistemi telematici, si deve integrare il disciplinare di gara con le norme sulla procedura e le altre indicazioni dettate dal Codice e dal Regolamento in materia, mentre, per le procedure indette dalle centrali di committenza, i modelli predisposti potranno essere utilizzati nei limiti di compatibilità con le specificità degli istituti.

² Ne consegue che, rispetto alle cause tipizzate nella determinazione n. 4/2012, le stazioni appaltanti possono prevedere ulteriori cause di esclusione, previa adeguata e specifica motivazione con riferimento a disposizioni di leggi vigenti ovvero agli ulteriori criteri previsti dall'art. 46, comma 1-*bis*, del Codice.

Come sopra rilevato, nelle parti a contenuto prescrittivo vincolante sono contenute le cause di esclusione ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, del Codice, già tipizzate con l'atto di determinazione n.4 del 2012, al quale si fa espresso rinvio per le parti non riproducibili nella documentazione di gara. Sotto la veste grafica, le cause di esclusione sono poste in evidenza utilizzando il carattere grassetto, mentre la relativa prescrizione è preceduta dal simbolo “►”.

In considerazione della forza cogente di tali clausole, si rendono opportune alcune precisazioni in merito al rapporto tra le cause di esclusione tipizzate nel modello di disciplinare e il c.d. “soccorso istruttorio”, di cui all'art. 46, comma 1, del Codice.

A tale riguardo, occorre precisare che la previsione di un **adempimento a pena di esclusione** non esclude il potere discrezionale delle stazioni appaltanti di chiedere ai concorrenti chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. Al contrario, è ormai pacificamente affermato in giurisprudenza che l'art. 46, comma 1, del Codice, non assegna alle amministrazioni una mera facoltà o un potere eventuale, ma codifica piuttosto un ordinario *modus procedendi*, volto a far valere, pur se entro dati limiti, la sostanza sulla forma.

In questo senso, il principio sostanzialistico enucleabile dall'art. 46 del Codice, tendente al *favor participationis*, onde garantire l'accesso alle gare per le imprese che abbiano i requisiti di partecipazione, caratterizza come onere delle stazioni appaltanti, oltre che come facoltà, l'invito ai concorrenti a fornire integrazioni e chiarimenti sulla documentazione e sulle dichiarazioni presentate, qualora residuino dubbi o incertezze sul loro contenuto. Con la conseguenza che, prima di escludere un'impresa da una gara di appalto, l'amministrazione ha il dovere di vagliare se sussistano i presupposti per l'esercizio del soccorso istruttorio e, in caso positivo, ha il dovere di esercitare il predetto onere, procedendo all'esclusione solo quando l'impresa non abbia risposto, o non abbia risposto adeguatamente - alla richiesta di integrazioni o di chiarimenti. L'esclusione, quindi, non è automatica e non discende dalla mera previsione nel bando della sanzione, ma dall'impossibilità, secondo i casi, di poter effettuare il soccorso istruttorio ovvero, se esercitato, di accertare l'esistenza di quei requisiti o elementi dell'offerta essenziali ai fini della partecipazione alla gara. Quanto alla concreta applicazione dell'istituto, si rileva sul punto una copiosa e non sempre concorde giurisprudenza.

Al riguardo, fermo restando che le valutazioni circa la possibilità di esercitare il potere-dovere di richiedere integrazioni e chiarimenti devono necessariamente essere operate dalla stazione appaltante in relazione al caso concreto, richiamando quando già affermato in merito dall'Autorità nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, anche alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, si ritiene che per il principio della *par condicio* il “potere di soccorso” possa essere legittimamente esercitato solo nel caso di “incompletezza interna” o “ambiguità” di

documenti, certificati o dichiarazioni prodotti nei termini dai concorrenti, ovvero in caso di mero errore materiale/formale, mentre rimane precluso sopperire, mediante il rimedio della regolarizzazione documentale, alla totale mancanza di un documento³.

Tanto premesso, nel prosieguo, si illustrano sinteticamente la struttura e le modalità di compilazione del bando-tipo, nonché le varie opzioni e scelte a disposizione delle stazioni appaltanti in relazione agli aspetti principali della procedura di gara.

3. Le premesse al bando-tipo

Il paragrafo “*Premesse*” è dedicato all’inserimento delle informazioni generali sull’appalto (descrizione dei servizi, denominazione della stazione appaltante che bandisce la gara, procedura adottata, elenco della documentazione di gara, ecc.). Questa parte può essere implementata dalla stazione appaltante con l’inserimento di ulteriori informazioni utili, quali l’indicazione del RUP o i contatti della stazione appaltante. Parimenti, il paragrafo potrà essere utilizzato per indicare la motivazione della richiesta di un determinato fatturato che, ai sensi dell’art. 41, comma 2, del Codice, costituisce una condizione di legittimità del requisito ovvero – in adempimento quanto disposto dall’art. 2, comma 1-*bis*, del Codice, così come modificato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98 – per indicare la motivazione circa la mancata suddivisione dell’appalto in lotti.

4. Oggetto ed importo dell’appalto

Nel successivo paragrafo “*Prestazioni oggetto del servizio, modalità di esecuzione e importo a base di gara*” sono contenute le informazioni generali sull’oggetto e sull’importo dell’appalto, da compiliarsi in base alle specifiche esigenze della stazione appaltante.

In particolare, viene riportato l’importo posto a base di gara per i servizi oggetto d’appalto per la durata contrattuale, al netto dell’IVA e degli oneri di sicurezza non soggetti al ribasso. Nei documenti contrattuali, la stazione appaltante potrà, naturalmente, specificare la periodicità dei pagamenti, prevedendo, ad esempio, canoni mensili, bimestrali, ecc..

³ “Nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il “potere di soccorso” sancito dall’art. 46, co.1, del medesimo codice - sostanzandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di acquisire elementi estrinseci relativi a documenti o dichiarazioni già esistenti, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la regolarizzazione della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione” (C.d.S. sez. V, 27 gennaio 2014, n. 400).

Il modello richiama l'attenzione sulla necessità di specificare le prestazioni oggetto dell'appalto con il richiamo al CPV, nonché le eventuali prestazioni a carattere principale e accessorio in cui dovessero essere suddivisi i servizi. Tale scomposizione rileva, in particolare, ai fini della costituzione di eventuali raggruppamenti temporanei di tipo verticale.

Giova ricordare come gli elementi costituenti l'oggetto dell'appalto derivino dalle previsioni progettuali, che sono preordinate alla stesura della documentazione di gara. Ai contenuti di detta progettazione, regolata dagli artt. 278 e 279 del Regolamento, debbono pertanto rifarsi le indicazioni quantitative, le modalità di esecuzione, nonché gli altri elementi descrittivi dell'attività appaltata. Come evidenziato dall'Autorità nella determinazione del 6 novembre 2013, n. 5, denominata *“Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture”*, alla quale si rinvia per ulteriori dettagli, *“con riferimento al contenuto della progettazione si osserva che, da un punto di vista funzionale, la predisposizione di un progetto preciso e di dettaglio, atto a descrivere in modo puntuale le prestazioni necessarie a soddisfare specifici fabbisogni della stazione appaltante, appare come uno strumento indispensabile per ovviare al fenomeno di porre in gara non specifici servizi ma categorie di servizi (come spesso avviene in alcuni settori, si pensi ad es. a quello informatico), il cui contenuto è oggetto di specificazione successiva all'atto della richiesta di esecuzione: quest'ultima interviene, in sostanza, a valle di un contratto spesso strutturato come “contratto quadro” o “aperto”. Tale circostanza, peraltro, può rivelarsi limitativa della concorrenza, disincentivando la partecipazione alle gare d'appalto per le piccole e medie imprese che non sono in grado di garantire l'ampia gamma dei servizi compresi nelle categorie oggetto di gara.*

La predisposizione di una progettazione di dettaglio, nel senso poc'anzi indicato, appare dunque strettamente connessa anche al corretto svolgimento della concorrenza nelle gare d'appalto per i servizi di pulizia.

In tema di importo ed oggetto dell'appalto, si richiama il dovere delle stazioni appaltanti, ove possibile ed economicamente conveniente, di suddividere gli appalti in lotti funzionali. Come previsto dall'art. 2, comma 1-bis, del Codice, tale suddivisione è finalizzata a favorire l'accesso al mercato dei contratti pubblici delle piccole e medie imprese e deve avvenire nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici. A titolo esemplificativo, l'opportunità di tale suddivisione potrebbe essere valutata nel caso in cui il servizio debba essere svolto su più immobili o sedi, eventualmente dislocati sul territorio provinciale/regionale/nazionale, per i quali sono necessarie prestazioni in tutto o in parte diverse o comunque una capacità economica ed organizzativa che non tutti gli operatori economici potrebbero essere in grado di garantire.

Un altro aspetto disciplinato nel primo paragrafo attiene alla flessibilità del contratto. A tale riguardo, tra le parti facoltative, è prevista la possibilità di ricorrere alla c.d. “ripetizione di servizi analoghi” nei casi di particolari situazioni che richiedono lo svolgimento di ulteriori servizi, analoghi a quelli posti a base di gara, nel puntuale rispetto di quanto previsto dall’art. 57, comma 5, lett. b), del Codice. Resta ferma, in ogni caso, l’applicabilità della disciplina di cui all’art. 57, comma 5, lett. a), del Codice, relativa all’affidamento dei servizi complementari, non previsti nel progetto e nel contratto iniziale, ove si verifichino i presupposti di cui al medesimo articolo.

Si ricorda che, ai sensi dell’art. 29 del Codice, ai fini del calcolo del valore del contratto, è necessario determinare il valore complessivo dell’appalto come somma dell’importo a base di gara (al netto dell’IVA e degli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso) e delle eventuali opzioni o rinnovi. In base a tale disposizione, come indicato nel paragrafo 1.5. del modello di disciplinare, è necessario che le stazioni appaltanti calcolino tale valore sommando all’importo a base di gara gli importi connessi all’eventuale previsione di servizi analoghi.

Un ulteriore aspetto relativo alla flessibilità del contratto riguarda l’inserimento di eventuali condizioni particolari di esecuzione dell’appalto, ai sensi dell’art. 69 del Codice, che prevede, al riguardo, la richiesta di parere facoltativo all’Autorità (comma 3).

In tale parte, anch’essa indicata come facoltativa, la stazione appaltante potrà inserire tutte le particolari clausole di esecuzione che, nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti, possono riguardare aspetti ambientali o sociali (cfr. art. 69, commi 1 e 2). In tale ambito, potrà rientrare, ad esempio, la c.d. “clausola sociale” relativa al riassorbimento del personale impiegato dal precedente aggiudicatario, per la quale è stato inserito un esempio di possibile formulazione. Si ricorda che, per costante giurisprudenza (cfr. parere dell’Autorità AG 25/13), tale clausola non deve essere intesa come un obbligo di totale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, ma viceversa, deve prevedere che le condizioni di lavoro siano armonizzabili con l’organizzazione dell’impresa subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto. Nell’eventuale applicazione della clausola appare, quindi, opportuno procedere ad una adeguata considerazione delle mutate condizioni del nuovo appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono.

Si rammenta, altresì, che ogni eventuale condizione particolare di esecuzione del contratto deve essere ben evidenziata nei documenti di gara e, in particolare, nel bando e nel capitolato prestazionale. Infatti, poiché tali clausole implicano una parziale deroga alla disciplina comunitaria, ragioni di opportunità inducono a suggerire una previsione espressa e facilmente individuabile della stessa, mediante formulazione idonea ad evidenziare la specificità esecutiva.

Analoga attenzione deve essere prestata affinché gli operatori economici concorrenti dichiarino in sede di offerta di accettare le condizioni particolari di esecuzione previste dal Capitolato prestazionale (cfr. pareri dell'Autorità, AG 19/13, AG 20/13 e AG 39/13) – aspetto espressamente previsto nel modello di disciplinare.

5. Soggetti ammessi alle gare

Nel paragrafo sono riportate le tipologie di soggetti individuate dall'art. 34 del Codice. Si evidenzia che tale elencazione non è da considerarsi esaustiva e che, ai fini dell'ammissione alla gara, occorre far riferimento alla nozione di operatore economico, così come individuato dalla giurisprudenza europea e nazionale (cfr. determinazione dell'Autorità del 21 ottobre 2010, n. 7)⁴.

Tra i soggetti elencati è prevista anche la nuova figura dell'aggregazione di imprese di rete a cui si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'art. 37 del Codice. Nel paragrafo “*Contenuto della busta A-documentazione amministrativa*” sono poi disciplinate le modalità di partecipazione e di presentazione dei documenti che gli operatori economici aderenti al contratto di rete devono esibire ai fini dell'ammissione alla gara, secondo le indicazioni già fornite dall'Autorità nella determinazione del 23 aprile 2013, n. 3.

6. Condizioni di partecipazione

Le disposizioni contenute nel paragrafo rubricato “*Condizioni di partecipazione*” richiamano le cause di esclusione previste dall'art. 38 del Codice e dalla normativa vigente in tema di divieto a contrarre con la pubblica amministrazione, nonché le fattispecie di partecipazione plurima o contestuale vietate dal Codice.

Tra le condizioni ostative alla partecipazione, oggetto poi di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti, è incluso anche il divieto *ope legis* di cui all'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. del 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dall'art. 1, comma 42, lett. l), della l. 6 novembre 2012, n. 190 (legge anticorruzione). Secondo la norma citata “*i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno*

⁴ A tale riguardo, occorre prestare particolare attenzione ai seguenti elementi: la circostanza che i soggetti concorrenti possano essere ricondotti nel novero degli enti che, ancorché privi di personalità giuridica, “*offrono sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi*” ai sensi dell'art. 3, comma 19, del Codice; la verifica degli effettivi scopi istituzionali dei soggetti concorrenti, in ragione delle relative disposizioni istitutive e statutarie e la compatibilità con l'oggetto dell'affidamento.

esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti"

In coerenza con la normativa suddetta ed in ossequio alle indicazioni contenute nel Piano Nazionale Anticorruzione, approvato con deliberazione della CIVIT (ora A.N.A.C.) dell'11 settembre 2013, n. 72, il modello di disciplinare riporta l'apposita dichiarazione relativa al possesso del requisito.

7. Verifica dei requisiti di partecipazione

Per la verifica del possesso dei requisiti si fa riferimento all'utilizzo del sistema AVCpass, reso disponibile dall'Autorità con la delibera attuativa n. 111 del 20 dicembre 2012 e ss.mm.ii, in applicazione dell'art. 6-bis, comma 3, del Codice.

Si evidenzia, tuttavia, che per effetto del comma 15-ter, dell'art. 9 del d.l. 30 dicembre 2013 n.150 (c.d. "decreto milleproproghe"), convertito in l. 7 febbraio 2014, n. 15, il regime di obbligatorietà dell'utilizzo del sistema AVCpass è stato differito al 1° luglio 2014.

Fino a tale data le stazioni appaltanti possono continuare a verificare il possesso dei requisiti degli operatori economici con i mezzi previsti dalla normativa vigente, avuto riguardo anche alla disciplina di cui agli artt. 43 e 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 in materia di certificazione nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione.

8. Visione della documentazione di gara e sopralluogo

Il disciplinare prevede che tutta la documentazione di gara sia messa a disposizione delle imprese sul profilo del committente. Il dato normativo di riferimento va rinvenuto nell'art. 32 della l. 18 giugno 2009, n. 69 secondo cui *"a far data dal 1 gennaio 2010, gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati. La pubblicazione è effettuata nel rispetto dei principi di eguaglianza e di non discriminazione, applicando i requisiti tecnici di accessibilità di cui all'art. 11 della legge 9 gennaio 2004, n. 4"*.

Resta fermo che la stazione appaltante ha la facoltà di prevedere anche il ritiro presso i propri uffici, secondo le modalità che dovranno essere specificate caso per caso.

Come già chiarito dall'Autorità nella determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4, per gli appalti di servizi e forniture la stazione appaltante può prescrivere che la mancata effettuazione del sopralluogo sia a pena di esclusione qualora l'oggetto del contratto abbia una stretta e diretta relazione con la struttura edilizia. In linea con tale orientamento, il disciplinare attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di prevedere o meno l'obbligatorietà del sopralluogo, fermo restando che la stazione appaltante deve esplicitare nel disciplinare di gara la propria scelta.

Qualora si opti per l'obbligatorietà, il modello individua una serie di elementi che devono essere disciplinati per un corretto svolgimento delle relative operazioni (ad esempio, i luoghi oggetto del sopralluogo, gli orari, ecc.). Si evidenzia che il sopralluogo potrà essere effettuato da un rappresentante legale o da un direttore tecnico del concorrente o da soggetto diverso munito di delega, purché dipendente dell'operatore economico concorrente.

9. *Chiarimenti*

Il paragrafo "*Chiarimenti*" fornisce gli elementi di base che le stazioni appaltanti devono considerare per disciplinare eventuali richieste di chiarimenti da parte degli operatori economici, con particolare riguardo alle modalità e ai termini per la presentazione degli stessi.

10. *Modalità di presentazione della documentazione*

Il paragrafo 7 regola le modalità di presentazione della documentazione da parte del concorrente mediante il richiamo alla disciplina prevista dal d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 e all'istituto del soccorso istruttorio, con la precisazione che il mancato, inesatto o tardivo adempimento alla richiesta della stazione appaltante, formulata ai sensi dell'art. 46, comma 1, del Codice, di completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei documenti e delle dichiarazioni presentati, costituisce autonoma causa di esclusione.

11. *Comunicazioni*

Ai sensi dell'art. 79, comma 5-*quinquies*, del Codice le stazioni appaltanti possono prevedere nei bandi o nelle lettere di invito l'obbligo per i candidati o concorrenti di indicare un indirizzo di posta elettronica o un numero di fax per le eventuali comunicazioni. A tale riguardo, come anche chiarito dall'Autorità e specificato nel modello di disciplinare, si ritiene che, seppur obbligatoria, tale indicazione non costituisca causa di esclusione, ma comporti solo l'esonero della responsabilità

della stazione appaltante per le comunicazioni non effettuate o non correttamente pervenute (in tal senso, determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4 e parere di precontenzioso del 9 febbraio 2011, n. 23).

12. Subappalto

Il concorrente deve indicare nell'offerta le parti dei servizi che intende eventualmente subappaltare, comunque di importo non superiore al 30% del totale. Tale adempimento costituisce un presupposto essenziale in vista della successiva autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante e non ai fini della partecipazione alla gara.

Conformemente a quanto già affermato dall'Autorità nella determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4, infatti, la mancata espressione della volontà di ricorso al subappalto non comporta l'esclusione dalla gara, ma la mera impossibilità di ricorrere a tale istituto.

In merito ai limiti al subappalto si ricorda che secondo un orientamento giurisprudenziale diffuso, condiviso anche dall'Autorità (cfr. parere sulla normativa del 20 dicembre 2012), la stazione appaltante può introdurre limiti ulteriori all'utilizzo del subappalto a condizione che ricorrano esigenze specifiche di natura tecnica, organizzativa, ovvero legate alla tipologia del servizio da affidare (es. prestazioni *intuitu personae*), tali da essere proporzionati al principio di massima partecipazione e al sacrificio della libertà imprenditoriale degli operatori economici che da essi consegue. Pertanto, eventuali restrizioni alla possibilità di subappaltare i servizi oggetto dell'appalto dovranno essere adeguatamente motivate.

Il superamento, in sede di offerta, delle percentuali di ammissibilità del subappalto o comunque dei limiti entro cui lo stesso è riconosciuto, non comporta l'esclusione del concorrente, potendo al più comportare l'esclusione del subappalto in caso di aggiudicazione (cfr. parere di precontenzioso del 14 febbraio 2013, n. 13).

13. Ulteriori disposizioni

Nel paragrafo "*Ulteriori disposizioni*" sono contenute una serie di norme volte a completare le regole della gara. Tra queste si evidenziano, in particolare, il periodo temporale per cui il concorrente è vincolato all'offerta presentata e la possibilità di non procedere all'aggiudicazione della gara in presenza di una sola ovvero due offerte valide e, più in generale, in presenza di offerte che non sono ritenute congrue dalla stazione appaltante.

Viene, inoltre, riportata la prescrizione introdotta dall'art. 34, comma 35, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, relativa al rimborso, a carico dell'aggiudicatario, delle spese di pubblicazione del bando sui quotidiani. Al riguardo si rileva che, per il combinato disposto dell'art. 34, comma 35, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 e dell'art. 66, comma 7 secondo periodo, del Codice, il rimborso è previsto solo per le spese relative alla pubblicazione obbligatoria sui quotidiani e non riguarda né la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale né le forme di pubblicità aggiuntive di cui al comma 15 del medesimo articolo 66. Pertanto, la prescrizione non si applica agli appalti di servizi sotto soglia per i quali la pubblicazione sui giornali non è obbligatoria.

14. Cauzioni e garanzie

Il paragrafo 11, "*Cauzioni e garanzie richieste*", riporta le modalità di presentazione delle garanzie a corredo delle offerte con particolare riguardo alla forma e al contenuto della cauzione provvisoria.

In proposito, vengono indicati gli elementi essenziali, già individuati dall'Autorità nella determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4, la cui mancanza, salvo le ipotesi di regolarizzazione in sede di soccorso istruttorio nei termini sopra precisati, comporta l'esclusione dalla procedura di gara.

Con riferimento alla cauzione provvisoria prestata in forma di fideiussione, l'art. 75 del Codice prevede che la garanzia debba avere validità per almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta. La medesima norma lascia poi alla stazione appaltante la possibilità di richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore in relazione alla durata presumibile del procedimento. Interpretando la norma in combinato disposto con l'art. 11, comma 6, del Codice, tale durata deve intendersi decorrente dal termine di scadenza per la presentazione delle offerte, in modo da far coincidere il termine di validità delle offerte stesse con quella della garanzia. E' fatta salva, in ogni caso, in conformità con quanto disposto dal citato art. 75 del Codice, la facoltà delle stazioni appaltanti di stabilire un termine diverso, ovvero di prevedere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia qualora, alla scadenza, non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione.

Nel modello di disciplinare è contemplata, altresì, la facoltà delle stazioni appaltanti di richiedere la cauzione con autentica della sottoscrizione. Nell'evidenziare la necessità di porre attenzione all'idoneità dei soggetti che rilasciano le suddette cauzioni, si segnala che l'esercizio di tale facoltà può fornire maggiori garanzie circa l'affidabilità dei soggetti che rilasciano le fideiussioni e che poi sono chiamati in sede di eventuale escussione della cauzione. Tale facoltà, la cui compatibilità con

il vigente quadro normativo è confermata anche da un consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. C.d.S., sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365 e sez. III, 19 aprile 2011, n. 2387), risponde, infatti, all'esigenza di acquisire la piena prova della provenienza della garanzia. Al riguardo è opportuno considerare che la cauzione in esame è azionabile a prima richiesta da parte della stazione appaltante, sicché questa ha interesse a non vedersi opporre il disconoscimento della sottoscrizione, e solo l'autenticazione di quest'ultima garantisce l'amministrazione perché determina la piena prova ai sensi degli artt. 2702 e 2703 c.c. in ordine alla provenienza della sottoscrizione, impedendone il successivo disconoscimento (cfr. pareri di precontenzioso del 19 giugno 2013, n. 102 e dell'8 ottobre 2009, n. 104).

Tra le prescrizioni facoltative relative alla costituzione della cauzione sotto forma di fideiussione è stata inclusa anche l'allegazione di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio con cui il sottoscrittore attesta il potere di impegnare, con la sottoscrizione, la società fideiubente nei confronti della stazione appaltante. Anche tale prescrizione, al pari della richiesta della autenticazione della firma del fideiussore, ha lo scopo di garantire alla stazione appaltante la serietà della garanzia e in passato l'Autorità, supportata dalla giurisprudenza, ha avuto modo di esprimersi nel senso della legittimità di una clausola espulsiva di tale tenore (cfr. parere di precontenzioso dell'8 maggio 2008, n. 141).

Il modello riporta, infine, le condizioni per la riduzione del 50% della cauzione provvisoria e della cauzione definitiva previste dagli artt. 75 e 113 del Codice. Al riguardo, come già chiarito dall'Autorità con la determinazione dell'11 settembre 2007, n. 7, si ritiene che la riduzione del 50% dell'importo della cauzione definitiva prevista dall'art. 40, comma 7, del Codice per i lavori pubblici possa essere applicata anche al settore in esame.

Vengono, altresì, fornite specifiche indicazioni per l'operatività della dimidiazione della garanzia nel caso di raggruppamenti e consorzi. E', infine, previsto lo svincolo della cauzione definitiva, ai sensi dell'art. 113 del Codice (sul punto, cfr. anche deliberazione dell'Autorità del 10 ottobre 2012, n. 85).

15. Pagamento in favore dell'AVCP

I concorrenti devono effettuare il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'AVCP. Le istruzioni per il calcolo dell'importo e per le modalità di versamento sono indicate nella deliberazione 21 dicembre 2011. Si ricorda che il pagamento del contributo costituisce condizione di ammissibilità dell'offerta, di conseguenza, il mancato versamento ovvero la mancata comprova del pagamento costituiscono causa di esclusione dalla procedura di gara.

16. Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa

Il paragrafo 13, “*Requisiti di idoneità professionale, di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa*”, contiene indicazioni in ordine ai requisiti speciali di partecipazione alla gara.

In tema di idoneità professionale è previsto che i concorrenti debbano essere iscritti, a pena di esclusione dalla gara, all'apposito Registro delle Imprese o Albo provinciale delle Imprese artigiane ai sensi della l. 25 gennaio 1994, n. 82 e del d.m. 7 luglio 1997, n. 274. La stazione appaltante, in relazione all'importo dell'appalto, dovrà indicare la fascia di classificazione di cui all'art. 3 del suddetto decreto, necessaria per poter partecipare alla gara.⁵ Su tale aspetto, il modello di disciplinare prevede che, qualora la partecipazione avvenga in forma raggruppata/consorzata/aggregata, ciascuna delle imprese facenti parte del costituendo/constituito raggruppamento/consorzio/aggregazione, deve essere in possesso della relativa iscrizione, e che la totalità delle imprese in questione deve essere in possesso di iscrizioni in fasce di classificazione tali che la somma dei singoli importi di classificazione risulti pari o superiore all'importo della fascia prevista per la partecipazione alla gara. È inoltre previsto che il soggetto mandatario dell'aggregazione/raggruppamento/consorzio sia iscritto per una classifica almeno pari a quella che la stazione appaltante stabilirà in base al caso concreto. Infatti, in conformità al principio di cui all'art. 275, comma 2, del Regolamento, secondo cui il soggetto mandatario deve possedere i requisiti in misura maggioritaria, è necessario che la stazione appaltante individui una classifica minima per il soggetto mandatario superiore a quella richiesta per i soggetti mandanti.

Relativamente ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, il modello riporta alcuni esempi ripresi dagli art. 41 e 42 del Codice. E' facoltà della stazione appaltante inserire uno o più degli esempi riportati (ad esempio: il fatturato aziendale, globale o specifico, l'esecuzione di servizi analoghi, le certificazioni, ecc.) ovvero prevedere ulteriori requisiti, considerato che i suddetti articoli del Codice individuano uno o più modi per il soddisfacimento dei requisiti di partecipazione e che il meccanismo delle “classifiche”, previsto dal d.m. 7 luglio 1997,

⁵ In merito al possesso dell'iscrizione in una delle fasce di cui d.m. 7 luglio 1997, n. 274, è stata posta all'Autorità la questione se tale requisito possa essere richiesto anche per le procedure di gara di importo inferiore alla soglia comunitaria. Sul punto, secondo l'art. 1, lett. d), della l. 25 gennaio 1994, n. 82, l'iscrizione ad una delle fasce costituisce un requisito per la partecipazione alle procedure di affidamento secondo la normativa comunitaria. L'Autorità, con parere di precontenzioso 171/F del 2010, relativo ad un appalto di pulizie affidato con la procedura del cottimo fiduciario, ha evidenziato che, in una procedura di gara di importo inferiore alle soglie comunitarie, non deve essere preclusa la partecipazione alla gara anche a quelle imprese che, essendo costituite da meno di due anni o non avendo i volumi d'affari corrispondenti alle soglie previste dal suddetto decreto, non risultassero inserite nelle fasce di classificazione.

n. 274, opera già come una sorta di sistema di qualificazione, che abilita le imprese a partecipare a procedure di gara nei limiti dell'importo della fascia di classificazione posseduta. Si rammenta che l'elenco dei mezzi per la dimostrazione della capacità tecnico-professionale di cui all'art. 42, a differenza di quello relativo alla capacità economico-finanziaria contenuto nell'art. 41, deve essere considerato tassativo, pena la violazione dei principi di parità di trattamento e di integrazione nel mercato comunitario (cfr. determinazione dell'Autorità del 10 ottobre 2012, n. 4).

In tema requisiti di capacità economica, si deve ricordare che, l'art. 41, comma 2, secondo periodo, del Codice, stabilisce che *“Sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato”*. Alla luce di tale disposizione, è necessario indicare una congrua motivazione in ordine ai limiti di accesso connessi al fatturato aziendale motivata in relazione alla entità, complessità e specificità dell'appalto, nel rispetto del principio di proporzionalità. Nello specifico, tale motivazione potrebbe riferirsi, a titolo esemplificativo, alla complessità del servizio da svolgere in relazione alla dislocazione territoriale degli edifici/unità/locali/sedi nei quali occorre svolgere le attività di pulizia, alla delicatezza delle attività in termini di potenziale impatto sulla salute di particolari categorie di utenti finali (ad esempio, delle strutture sanitarie, educative o detentive), nonché alla numerosità e varietà delle attività pulizia e igiene che devono essere espletate.

Anche per i requisiti di capacità economico-finanziaria, in conformità all'art. 275, comma 2, del Regolamento, è previsto che il soggetto che riveste le funzioni di mandatario o che è indicato come tale debba possedere i requisiti in misura maggioritaria. A tale proposito, come già indicato nella determinazione dell'Autorità del 10 ottobre 2012, n. 4, tale norma non va intesa nel senso che la mandataria deve possedere i requisiti in misura maggioritaria assoluta (ovvero, il 51% del requisito), bensì è sufficiente che possieda i requisiti in misura percentuale superiore a ciascuna delle mandanti. Ad esempio, nel caso di un raggruppamento composto da tre imprese, una richiesta di fatturato pari a 100 potrà essere soddisfatta dal raggruppamento se la mandataria possiede, ad esempio, un fatturato pari a 45 e le mandanti pari 30 e 25, ovvero se la mandataria e le mandanti possiedono una diversa distribuzione del fatturato purché il fatturato della mandataria sia superiore a quello di ciascuna mandante.

Si evidenzia, inoltre, la necessità che la stazione appaltante specifichi le eventuali prestazioni di carattere principale e accessorio in cui i servizi si suddividono. Tale scomposizione rileva, in particolare, ai fini della costituzione di eventuali raggruppamenti di tipo verticale, in ordine ai quali si rammenta che le prestazioni principali, anche in termini economici, possono essere svolte soltanto dal soggetto che svolge le funzioni di mandatario (cfr. art. 37, comma 2, del Codice).

In tema di requisiti di capacità tecnica, ai sensi dell'art. 42 del Codice, il disciplinare prevede il requisito relativo allo svolgimento di servizi analoghi a quelli oggetto di gara, con indicazione, a scelta della stazione appaltante, del numero, della tipologia e dell'importo minimo necessari per la partecipazione alla gara. Anche in questo caso, in conformità a quanto previsto dall'art. 275, comma 2, del Regolamento, la stazione appaltante deve specificare il requisito, di carattere maggioritario, che il soggetto mandatario o indicato come tale deve possedere in caso di partecipazione in forma raggruppata/aggregata/consorzata. Si ricorda che, a differenza dei requisiti di fatturato che sono "divisibili" tra i vari componenti il raggruppamento/consorzio/aggregazione di rete, il requisito relativo al c.d. "servizio di punta" non è frazionabile e, quindi, deve essere posseduto interamente dalla mandataria.

In merito ai servizi analoghi, è opportuno che la stazione appaltante qualifichi nel modo più preciso possibile i servizi che possono essere considerati "equivalenti" a quelli oggetto di gara. In particolare, tale qualificazione potrebbe essere effettuata in relazione all'entità dell'appalto, alla natura e alla tipologia di servizi richiesti, o ad altri elementi caratterizzanti il servizio da svolgere. A mero titolo esemplificativo, potrebbero considerarsi analoghi due servizi aventi ad oggetto la pulizia e l'igiene ambientale in edifici comparabili dal punto delle dimensioni, delle caratteristiche e della tipologia di locali e aree in essi presenti. Qualora l'oggetto dell'appalto sia la pulizia in una struttura sanitaria, considerata la specificità della prestazione e l'impatto della stessa sulla salute degli utenti finali e del personale in essa operante, l'analogia, in particolare per le aree a maggior "rischio" per la salute dei pazienti e del personale sanitario, potrebbe essere riferita a servizi prestati in strutture sanitarie, pubbliche o private, aventi caratteristiche e ambienti analoghi a quelle oggetto di gara. In tali caratteristiche potrebbe rientrare la presenza di sale operatorie, di laboratori o aree dotate di particolari strutture e macchinari per la pulizia/sanificazione dei quali potrebbero essere richiesti particolari capacità tecniche e standard qualitativi. L'individuazione dei servizi analoghi deve, comunque, avvenire nel rispetto dei principi generali di libera concorrenza, parità di trattamento e proporzionalità di cui all'art. 2 del Codice; pertanto, è necessario che le stazioni appaltanti, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, in relazione al caso concreto, bilancino adeguatamente l'esigenza di selezionare soggetti dotati di adeguata esperienza nello specifico settore di interesse con quella di garantire il più ampio confronto concorrenziale in gara.

Il modello di disciplinare prevede, altresì, ai sensi dall'art. 43 del Codice, la possibilità di inserire tra i requisiti di partecipazione eventuali certificazioni ritenute necessarie per lo svolgimento dei servizi. Tale facoltà è generalmente riconosciuta alle stazioni appaltanti in virtù della discrezionalità che connota l'azione amministrativa ed è espressamente ammessa dall'art. 43 del Codice, con l'avvertenza che possono essere considerati legittimi i requisiti richiesti dalla *lex specialis* che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, rispettino il limite della logicità, della

ragionevolezza e siano pertinenti e congrui rispetto all'oggetto del contratto (cfr. da ultimo, parere precontenzioso dell'Autorità del 17 luglio 2013, n. 112). Ad esempio, si ritiene ammissibile la possibilità di richiedere la certificazione "SA 8000" (*Social Accountability 8000*), che costituisce una certificazione etica aziendale volontaria, volta a certificare alcuni aspetti della gestione aziendale attinenti alla responsabilità sociale d'impresa, quali il rispetto dei diritti umani della filiera di produzione dei lavoratori e dei consumatori, nonché il rispetto della sicurezza e della salubrità sul posto di lavoro (cfr. deliberazione dell'Autorità del 23 febbraio 2011, n. 28).

Altre certificazioni, da prevedere nei casi appropriati, potrebbero riguardare eventuali misure connesse alla gestione ambientale che, ai sensi dell'art. 44 del Codice, hanno come riferimento il sistema comunitario di *Eco-Management and Audit Scheme* (EMAS) o altri sistemi riconosciuti a livello europeo o internazionale.

Resta ferma, naturalmente, la possibilità per il concorrente di fornire prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità o dell'ambiente.

Si ricorda che, qualora la partecipazione alla gara sia subordinata al possesso di certificazioni che attengono a requisiti soggettivi, cioè riferite ad uno *status* dell'impresa quale, ad esempio, la qualità o le caratteristiche del processo produttivo e organizzativo della stessa, la certificazione deve essere posseduta, in caso di partecipanti con raggruppamento temporaneo d'impresa, da tutti i soggetti facenti parte del raggruppamento e, in caso di Consorzi, anche dalle consorziate designate come esecutrici del servizio (cfr. parere di precontenzioso 19 dicembre 2012, n. 206 e parere di precontenzioso del 16 giugno 2010, n.119).

17. Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte

Il paragrafo 14 "*Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte*" disciplina le modalità con cui devono essere presentati i plichi e le buste contenenti le offerte e le modalità di consegna alla stazione appaltante, al fine di salvaguardare il principio della segretezza delle offerte.

In tema di chiusura dei plichi si ricorda che, in conformità con quanto stabilito dall'Autorità nella determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4, per "sigillatura" deve intendersi una chiusura ermetica recante un qualsiasi segno o impronta, apposto su materiale plastico come ceralacca o piombo o striscia incollata, tale da rendere chiusi il plico e le buste, attestare l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente, nonché garantire l'integrità e la non manomissione del plico e delle buste.

Si rammenta, altresì, il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica ovvero la necessità di inserire gli elementi concernenti il prezzo esclusivamente nei documenti contenuti nella busta dedicata all'offerta economica.

18. Contenuto della Busta A – documentazione amministrativa

Conformemente al principio espresso nell'atto di determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4, nel modello di disciplinare di gara è previsto, a pena di esclusione, l'obbligo di dichiarare il possesso dei requisiti di ordine generale indicati dall'art. 38, comma 1, del Codice. In tal senso si ribadisce l'orientamento giurisprudenziale, da ultimo espresso dal Consiglio di Stato, sez. V, 16 ottobre 2013 n. 5023, secondo cui, nelle procedure ad evidenza pubblica, l'omissione delle singole dichiarazioni previste dall'art. 38 del Codice rappresenta una autonoma violazione di legge sanzionabile, come tale, con l'esclusione dalla gara, senza che possano effettuarsi valutazioni circa la sussistenza in concreto del requisito.

In merito al contenuto delle dichiarazioni, in conformità a quanto espresso in precedenza da questa Autorità, è stata prevista una specifica attestazione in relazione a ciascuna delle condizioni soggettive indicate dalla norma. In particolare, con riferimento al requisito di cui alla lettera c) dell'art. 38, comma 1, nel modello di disciplinare si richiede di dichiarare tutte le condanne penali riportate, anche quelle per le quali il reo abbia beneficiato della non menzione. L'obbligo in questione prescinde, infatti, da una qualsiasi valutazione, che il dichiarante possa compiere, in ordine alla gravità del reato ascrittogli o del pregiudizio penale riportato, in quanto tale giudizio si risolverebbe nella privazione, in capo alla stazione appaltante, di conoscenze indispensabili per decidere in ordine alla incidenza del precedente riportato sulla moralità professionale e sulla gravità del medesimo. Tale obbligo viene meno soltanto nelle ipotesi indicate dal legislatore, ossia quando il reato commesso sia stato depenalizzato o dichiarato estinto dopo la condanna e nei casi in cui sia intervenuta la riabilitazione o la revoca della condanna (cfr. determinazioni del 16 maggio 2012, n. 1 e del 12 gennaio 2010, n. 1).

In relazione al requisito di cui alla lettera a), comma 1, dell'art. 38, si rammenta che, in conseguenza della novella introdotta dal d.l. 22 giugno 2012, n. 835, convertito, con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, l'effetto preclusivo alla partecipazione non si verifica nell'ipotesi di cui all'art.186-bis del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (nel seguito, legge fallimentare), introdotto dall'art. 33, comma 1, lett. h), del medesimo testo normativo, ovvero nel caso di concordato preventivo con continuità aziendale, qualora il concorrente produca, a fondamento della propria affidabilità economica, la documentazione indicata dal medesimo art.186-bis.

Nel modello di disciplinare sono, pertanto, indicati i documenti da produrre e le dichiarazioni da rendere al fine di soddisfare i requisiti previsti dalla citata norma. Tra le condizioni che consentono al concorrente in concordato preventivo con continuità aziendale di partecipare è prevista, tra le altre, l'indicazione, in sede di offerta, di una impresa ausiliaria in possesso di tutti i requisiti necessari per la partecipazione alla gara che assuma in solido la responsabilità dell'esecuzione del contratto.

Nel modello è indicato il contenuto delle dichiarazioni da rendere in riferimento a tale adempimento, con la precisazione che, ai fini dell'operatività dell'istituto, non è consentito che l'impresa ausiliaria sia, a propria volta, in concordato preventivo con continuità aziendale, venendosi altrimenti a violare il divieto di avvalimento c.d. "a cascata" recentemente riaffermato dalla giurisprudenza (C.d.S., sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2832).

Il modello tiene conto, altresì, della novella del citato articolo 186-*bis*, introdotta dalla l. 21 febbraio 2014, n. 9 in sede di conversione del d. l. 23 dicembre 2013, n. 145 (c.d. "Destinazione Italia"), a norma della quale, in caso di concordato preventivo con continuità aziendale, possono partecipare alle procedure di gara sia gli operatori già ammessi al concordato sia quelli che hanno depositato il ricorso a detta procedura previa, in questo caso, autorizzazione del Tribunale competente.

In merito all'individuazione dell'ambito soggettivo degli obblighi dichiarativi, in conformità al recente orientamento espresso dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, si precisa che l'obbligo dichiarativo di cui alla lettera c) del comma 1, dell'art. 38, sussiste anche per gli amministratori e i direttori tecnici che hanno operato presso la società cedente, incorporata o le società fuse nel nell'ultimo anno ovvero che sono cessati dalla relativa carica in detto periodo (cfr. C.d.S. ad. plen. 4 maggio 2012, n. 10 e 7 giugno 2012, n. 21), mentre, in relazione ai requisiti di cui alle lettere b), c) e *m-ter*), si precisa che nel caso di società di capitali in cui siano presenti due soli soci, ciascuno in possesso del cinquanta per cento della partecipazione azionaria, le dichiarazioni devono essere rese da entrambi i soci (C.d.S. ad. plen. 6 novembre 2013, n. 24).

Riguardo, infine, ai procuratori speciali – in aderenza a quanto affermato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 16 ottobre 2013, n. 23 – viene prevista la facoltà delle stazioni appaltanti di richiedere le relative dichiarazioni, fermo restando che il concorrente dovrà indicare, tra i soggetti nei cui confronti deve essere verificato il possesso dei requisiti di carattere generale, anche gli institori e i procuratori speciali muniti di potere di rappresentanza e titolari di poteri gestori e continuativi, così come è previsto al paragrafo 15.3, lett. b), del modello di disciplinare.

Tra le altre dichiarazioni da produrre all'atto di presentazione dell'offerta si evidenziano, infine, quelle relative all'accettazione delle eventuali particolari condizioni di esecuzione del contratto di

cui all'art. 69 del Codice, dei protocolli di legalità e degli obblighi derivanti dal codice di comportamento eventualmente adottato dalla stazione appaltante – prescrizione, quest'ultima, inserita in ossequio alle indicazioni del Piano Nazionale Anticorruzione approvato con deliberazione 11 settembre 2013, n. 72 dell'A.N.A.C..

19. *Contenuto della busta B – offerta tecnico-organizzativa*

Il paragrafo 16 contiene indicazioni circa il contenuto della busta “*B-Offerta tecnico-organizzativa*”. Coerentemente con l'art. 286, comma 2, del Regolamento, il disciplinare prevede che la busta debba contenere una relazione tecnica dei prodotti e servizi offerti, che dovranno essere conformi ai requisiti indicati nel capitolato tecnico. Più in particolare, la relazione dovrà contenere una proposta tecnico-organizzativa con riferimento ai criteri di valutazione tecnica previsti dalla stazione appaltante. Nella formulazione di tali criteri, si dovrà tenere conto di uno o più elementi indicati nel medesimo art. 286, quali il sistema organizzativo e le metodologie tecnico-operative adottate per lo svolgimento dei servizi, la sicurezza e il tipo di macchine, gli strumenti e le attrezzature utilizzati. Il contenuto della relazione dovrà essere specificato e articolato dalla stazione appaltante in relazione al caso specifico. Alcuni esempi di criteri di valutazione tecnica, come sarà precisato meglio oltre, sono contenuti nell'allegato 3 al modello di disciplinare. Si evidenzia, infine, che la stazione appaltante può prevedere che la relazione tecnica sia sviluppata entro un certo numero di pagine; tuttavia, tale limitazione rappresenta una mera indicazione ai concorrenti e non può costituire causa di esclusione dalla gara (cfr. parere di precontenzioso dell'Autorità del 16 giugno 2010, n. 119).

20. *Contenuto della busta C – offerta economica*

Il paragrafo 17 contiene le indicazioni circa il contenuto della busta “*C-offerta economica*”. Nella busta deve essere contenuta l'offerta economica, predisposta secondo il modello messo a disposizione dalla stazione appaltante, nella quale devono essere riportati i seguenti elementi: il prezzo complessivo e il ribasso percentuale offerti, IVA ed oneri di sicurezza per rischi di natura interferenziale esclusi; la composizione del prezzo con riferimento al numero degli addetti impiegati, alle ore di lavoro, ai costi per macchinari, attrezzature e prodotti (cfr. art. 286, comma 3, primo periodo, del Regolamento); gli oneri per la sicurezza, ai sensi dell'art. 87, comma 4, del Codice, che l'impresa ritiene di dover sostenere.

Un esempio di modalità di presentazione dell'offerta economica è illustrato nell'allegato 1 al disciplinare. In esso il concorrente riporta, oltre alle generalità del soggetto/soggetti che sottoscrive/sottoscrivono l'offerta, il prezzo complessivo ed il ribasso offerti ed una serie di dati relativi alla composizione del prezzo, ed in particolare il numero del personale impiegato, la

qualifica, il livello, la retribuzione per ciascun livello, il costo complessivo della manodopera, i costi per i prodotti, macchinari e attrezzature e i costi della sicurezza di cui al suddetto art. 87.

Si raccomanda alle stazioni appaltanti di effettuare, in sede di stesura dei documenti progettuali e di gara, un'attenta analisi dei fabbisogni e delle attività che devono essere ricomprese nell'importo a base di gara. In particolare, la stazione appaltante dovrà elaborare una mappatura puntuale delle aree, dei servizi e della frequenza della attività richieste. Successivamente, ipotizzando una determinata "produttività" del lavoro, ovvero le ore/uomo richieste per svolgere il servizio su "x" mq² di superficie, potrà determinare il monte ore complessivo per lo svolgimento del servizio, ad esempio, su base settimanale, mensile, annuale, ecc., necessario alla quantificazione dell'importo da porre a base di gara. Le tabelle di cui all'allegato 2 contengono degli esempi di dati da estrarre dai documenti progettuali per definire l'oggetto contrattuale, che costituiscono una base informativa indispensabile per la corretta formulazione dell'offerta tecnico-economica da parte dei concorrenti. Nello specifico, la tabella A dell'allegato 2 riporta degli esempi di aree oggetto del servizio, suddivise per tipologia (aree comuni, uffici, superfici scoperte, ecc.) e i relativi mq² di superficie. La tabella B, riporta, invece, la descrizione e la quantità di elementi/oggetti potenzialmente presenti nelle varie aree indicate (finestre, porte, serrande, ecc.). La tabella C indica la nomenclatura delle frequenze. Le tabelle D.1-D.3, infine, contengono un elenco di possibili attività di pulizia da svolgere per ciascuna delle aree indicate nella precedente tabella A, con la specificazione della relativa frequenza. Nella tabella E sono indicati alcuni dati relativi al personale addetto alle pulizie attualmente operante, ad esempio, il numero, la qualifica e il monte ore settimanale, necessari ai concorrenti per calibrare la propria offerta anche in relazione ad eventuali clausole di assorbimento del personale.

21. Procedura e criterio di aggiudicazione

Il paragrafo 18 rubricato "*Procedura e criterio di aggiudicazione*" disciplina la procedura con cui si determina l'aggiudicazione del contratto. In esso è inserito il sotto-paragrafo denominato "*Operazioni di gara*", nel quale è riportata la sequenza delle operazioni di gara. Tali operazioni hanno inizio con la prima seduta pubblica, dedicata alla verifica della regolarità dei plichi pervenuti ed all'apertura della documentazione amministrativa, proseguono con il sorteggio ai sensi dell'art. 48 del Codice, con l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, con la lettura dei punteggi attribuiti in seguito alla valutazione delle stesse e, infine, con l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche. Le ultime operazioni di gara riguardano la verifica di anomalia dell'offerta, la formazione della graduatoria di gara e l'individuazione dell'offerta migliore. I dettagli di tali ultime operazioni sono riportati nel disciplinare ai sotto-paragrafi 18.4-18.6.

Il criterio di aggiudicazione individuato nel disciplinare è l'offerta economicamente più vantaggiosa in quanto si ritiene essere il sistema più indicato per l'affidamento dei servizi in esame. Per tali servizi, infatti, è necessario fare riferimento all'apposita disciplina di cui all'art. 286 del Regolamento, secondo cui *“Le stazioni appaltanti, per la determinazione dell'offerta più vantaggiosa, al fine dell'affidamento degli appalti di servizi di pulizia di cui alla categoria 14 della classificazione comune dei prodotti 874 contenuta nell'allegato II A del codice, prendono in considerazione i seguenti elementi: a) caratteristiche qualitative, metodologiche e tecniche, ricavate dalla relazione di offerta (progetto tecnico); b) prezzo.”*.

Con riferimento al metodo per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di semplificare le attività di elaborazione della documentazione di gara da parte delle stazioni appaltanti, è previsto l'utilizzo del sistema più semplice e di comune uso tra quelli indicati al punto II) dell'Allegato P al Regolamento (nel seguito, Allegato P), ovvero il metodo aggregativo compensatore. La descrizione del metodo è riportata nel paragrafo 18.1.

Si sottolinea che la stazione appaltante è del tutto libera di utilizzare uno degli altri metodi di cui al punto I) del medesimo Allegato P, quali i metodi AHP, TOPSIS, o altri metodi multicriteri / multi-obiettivi che si rinvencono nella letteratura scientifica.

Come già illustrato dall'Autorità nella determinazione del 24 novembre 2011, n. 7, l'offerta economicamente più vantaggiosa può consentire di attribuire rilievo ad elementi oggettivi, legati alla realizzazione di particolari obiettivi, di valenza non economica, purché inerenti, a vario titolo, alle prestazioni contrattuali, quali i criteri ambientali e sociali. L'art. 1, comma 2, del Codice, peraltro, stabilisce, in termini più generali ed ampi, la regola secondo cui *“il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile”*.

In linea con tale orientamento, l'allegato 3 al disciplinare illustra alcuni esempi di possibili criteri di valutazione dell'offerta tecnica, tra i quali rientrano anche quelli di carattere sociale e ambientale. indicati, rispettivamente, dal d.m. 6 giugno 2012 *“Guida per l'integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici”* e dal d.m. 24 maggio 2012 *“Criteri ambientali minimi per l'affidamento dei servizi di pulizia e la fornitura di prodotti per l'igiene”*. In particolare, per quanto riguarda i c.d. *“criteri ambientali minimi”* (CAM), l'allegato 3 riporta alcuni possibili elementi oggetto di valutazione, quali, ad esempio, la predisposizione del *“Piano gestionale del servizio”* di cui all'art. 5.4.1. del medesimo decreto, contenente tutte le misure finalizzate a ridurre gli impatti energetici ed ambientali derivanti dallo svolgimento dei servizi. Per ulteriori dettagli su questo ed altri aspetti che

possono essere considerati ai fini dell'affidamento del contratto si rimanda a quanto contenuto nei citati decreti.

Per quanto riguarda la valutazione dei criteri tecnici di natura qualitativa, il modello riporta alcuni dei metodi di assegnazione dei coefficienti indicati nell'Allegato P, quali ad esempio, il confronto a coppie basato sulla scala semantica e la matrice triangolare o l'attribuzione discrezionale dei coefficienti da parte della commissione di gara secondo la procedura prevista all'Allegato G al Regolamento (a cui l'Allegato P rimanda).

Anche in questo caso si sottolinea che la stazione appaltante è del tutto libera di scegliere uno dei due criteri riportati nel disciplinare ovvero uno degli altri criteri indicati al punto II) del medesimo Allegato P.

Qualora la stazione appaltante volesse inserire dei criteri tecnici aventi natura quantitativa, cioè misurabili attraverso un valore numerico, dovrebbe ricorrere alla formula $V(a)_i = Ra/R_{max}$, di cui al punto II), lett. b), dell'Allegato P.

Si ricorda che i criteri di valutazione tecnica devono essere collegati all'oggetto dell'appalto e rispettare i principi generali di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. Inoltre, ai fini dell'individuazione dell'offerta corrispondente al miglior rapporto qualità/prezzo, fermi restando i limiti minimi e massimi indicati dall'art. 286 del Regolamento, si rammenta la grande importanza di pervenire ad una corretta ponderazione dei pesi e di effettuare, in sede di impostazione della gara, simulazioni di vario tipo prima di cristallizzare la scelta definitiva negli atti della gara (cfr. determinazione dell'Autorità del 24 novembre 2011, n. 7), avuto riguardo anche agli incentivi competitivi connessi alla formula scelta per la valutazione del prezzo. Si rammenta, inoltre, che la mera accettazione di obblighi di riassorbimento del personale non può diventare criterio di valutazione dell'offerta tecnica (cfr. deliberazione del 21 novembre 2012, n. 100).

Si evidenzia, infine, la possibilità di prevedere soglie minime di sbarramento al punteggio tecnico nonché l'opportunità di procedere alla c.d. "riparametrazione" del punteggi tecnico qualora nessun concorrente raggiunga il massimo del punteggio tecnico previsto nel bando di gara. Si rammenta che l'opportunità della riparametrazione assolve all'esigenza di garantire un rapporto invariabile tra il fattore prezzo ed il fattore qualità in modo che, in relazione ad entrambe le componenti, l'offerta migliore ottenga il massimo punteggio, con conseguente rimodulazione delle altre offerte (cfr. C.d.S., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3716). Occorre precisare che, qualora la stazione appaltante decida di inserire nel disciplinare di gara sia una soglia di sbarramento sia la riparametrazione, è necessario procedere prima all'esclusione dei concorrenti che eventualmente non raggiungano il

punteggio minimo richiesto e, successivamente, alla riparametrazione dei punteggi ottenuti dai concorrenti rimasti in gara. Ciò al fine di evitare che la riparametrazione possa diventare uno strumento per eludere la soglia e recuperare offerte tecniche che, avendo ricevuto un punteggio tecnico inferiore a quello minimo previsto dalla soglia, sono state giudicate qualitativamente inadeguate. Per approfondimenti in tema di soglia di sbarramento e riparametrazione si rinvia a quanto già indicato dall'Autorità nella determinazione del 10 ottobre, 2012, n. 4 e nella determinazione del 24 novembre 2011, n. 7.

Relativamente alla valutazione dell'offerta economica, per espressa previsione dall'art. 286, le stazioni appaltanti possono utilizzare la formula c.d. "lineare" di cui al comma 6 del medesimo art. 286 del Regolamento oppure la c.d. formula "bilineare" di cui al punto II), b), dell'Allegato P. Le due formule sono state pertanto riportate nel paragrafo 18.5. dedicato alla valutazione dell'offerta economica, lasciando alla stazione appaltante la possibilità di scegliere liberamente l'una o l'altra a seconda delle specifiche esigenze.

Al fine di orientare la scelta delle stazioni appaltanti, occorre evidenziare che la formula lineare ha la proprietà di assegnare coefficienti ovvero punteggi economici molto diversi anche in corrispondenza di differenziali di prezzo estremamente contenuti. Poiché la formula assegna tutto il punteggio economico tra il prezzo minimo offerto e la base d'asta, nel caso in cui questa sia fissata correttamente, cioè sia in linea con i valori di mercato, a parità di altre condizioni⁶, le offerte dei concorrenti saranno probabilmente concentrate in valori relativamente vicini al prezzo base con la conseguenza che, anche a fronte di scarti di prezzo estremamente ridotti, le proposte più convenienti saranno premiate con un punteggio molto più alto rispetto a quelle meno convenienti.

La formula bilineare di cui all'Allegato P ha la caratteristica di comprimere i coefficienti assegnati all'elemento prezzo per le offerte superiori alla media dei ribassi proposti al di sopra di un coefficiente X fissato dalla stazione appaltante, individuabile in 0,80 o 0,85 o 0,90. Per diminuire l'importanza dell'elemento prezzo, è necessario utilizzare un coefficiente X elevato (0,85 o 0,90). In termini generali, si può affermare che, a parità di altre condizioni, la pressione concorrenziale sul prezzo oscilla tra un livello minimo, che si ottiene utilizzando la formula bilineare con coefficiente $X=0,9$ ed un peso per la componente prezzo pari al minimo consentito dall'art. 286, cioè il 40%, ed un livello massimo che si ottiene utilizzando la formula lineare e assegnando alla componente prezzo il peso massimo consentito dall'art. 286, cioè il 60%.

⁶ Come, ad esempio, i pesi assegnati al prezzo e agli altri elementi di valutazione delle offerte, la tipologia dei servizi posti a base di gara, e le varie condizioni contrattuali.

In generale, si ritiene che la formula bilineare sia particolarmente indicata per i servizi di pulizia nei casi in cui si voglia evitare un'eccessiva competizione sul prezzo. Sul punto, infatti, l'Autorità ha già avuto modo di considerare come *“Tale formula ha lo scopo di scoraggiare il superamento di determinate soglie, per garantire la qualità dell'offerta o evitare una eccessiva compressione del costo del lavoro. Tale formula si presta, quindi, ad essere utilizzata nel caso in cui la stazione appaltante voglia scoraggiare i concorrenti a praticare ribassi troppo elevati, come, ad esempio, nel caso di servizi ad alta intensità di lavoro, quali i servizi di pulizia.”* (cfr. determinazione dell'Autorità del 24 novembre 2011, n. 7). Nel regolare la distribuzione degli incentivi competitivi tra prezzo e qualità, qualora quest'ultima fosse preponderante, la stazione appaltante potrebbe rafforzarne il peso fissando un coefficiente X pari ad almeno 0,85.

22. Verifica di anomalia delle offerte

In merito alla verifica di congruità delle offerte, il disciplinare richiama, in primo luogo, l'art. 86, comma 2, del Codice, in base al quale *“quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.”*

Quanto al procedimento da seguire, nel disciplinare viene riportata la disciplina dettata dall'art. 88 del Codice nonché quella dell'art. 121 del Regolamento. Infatti, l'art. 284 del Regolamento stabilisce che per gli appalti di servizi e forniture si applica quanto previsto per i lavori pubblici dall'art. 121. Tale disposizione stabilisce che *“nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora il punteggio relativo al prezzo e la somma dei punteggi relativi agli altri elementi di valutazione delle offerte siano entrambi pari o superiori ai limiti indicati dall'articolo 86, comma 2, del codice, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti ai sensi dell'articolo 87, comma 1, del codice avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita. Si applicano le disposizioni di cui ai commi da 3 a 6.”*

In base alla norma in esame, il soggetto deputato allo svolgimento della verifica di anomalia è individuato nella figura del responsabile del procedimento, il quale potrà avvalersi della commissione di gara, qualora costituita, o degli uffici e degli organismi tecnici della stazione appaltante (cfr. anche C.d.S., adunanza plenaria del 29 novembre 2012, n. 36).

Quanto al merito della verifica, si evidenzia che le giustificazioni alle offerte presentate possono riguardare vari elementi, quali, a titolo esemplificativo, quelli indicati nell'art. 87, comma 2, del Codice, relativi al metodo di prestazione del servizio, alle condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti o per prestare i servizi, al costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali. Su tale aspetto, il disciplinare contempla la facoltà per la stazione appaltante di prevedere l'inserimento dei giustificativi all'offerta presentata già nella busta A, fermo restando che, la mancata presentazione anticipata della documentazione da parte del concorrente non costituisce causa di esclusione della gara.

Sempre in tema di contenuto della verifica, come chiarito più volte dall'Autorità e dalla giurisprudenza in materia (cfr., ad esempio, parere di precontenzioso dell'Autorità del 20 ottobre 2011, n. 189), le tabelle relative al costo del lavoro hanno un valore meramente ricognitivo del costo formatosi in un certo settore merceologico e che il mancato rispetto dei minimi previsti non determina l'automatica esclusione dalla gara, ma costituisce un importante indice di anomalia dell'offerta che dovrà essere poi verificata attraverso un giudizio complessivo di redditività della prestazione. Sono, quindi, inammissibili clausole che prevedono l'esclusione automatica di offerte nelle quali il costo del lavoro sia inferiore al parametro stabilito nelle tabelle ministeriali, ritenendo necessario, anche alla luce del contraddittorio previsto dall'art. 88, comma 4, del Codice, consentire all'impresa di fornire le proprie giustificazioni in relazione ai vari elementi che compongono il prezzo, compreso il superamento dei limiti tabellari di cui sopra.

Per maggiori dettagli sul tema della verifica di congruità e delle offerte anormalmente basse, si rinvia alle linee guida contenute nella determinazione dell'Autorità dell'8 luglio 2009, n. 6.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Bando-tipo n. 2 del 2 settembre 2014
Affidamento di lavori pubblici nei settori ordinari
Procedura aperta per appalto di sola esecuzione lavori
Contratti di importo superiore a euro 150.000 euro
Offerta al prezzo più basso

L'articolo 64, comma 4-bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 prevede che “i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall’Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l’indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all’articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo”.

Con il presente atto l’Autorità intende dare attuazione alla citata disposizione mediante la pubblicazione del modello di disciplinare di gara per gli appalti aventi ad oggetto la sola esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro nei settori ordinari, affidati con procedura aperta e con il criterio del prezzo più basso. Il modello è corredato dalla presente nota illustrativa e n. 2 allegati, che ne costituiscono parte integrante. La documentazione elaborata è stata sottoposta a consultazione nel periodo 28 giugno – 20 settembre 2013 e 7 febbraio – 14 marzo 2014. E’ stato, inoltre, acquisito il prescritto parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, reso in data 7 febbraio 2014. Il modello costituisce il quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara per l’affidamento di appalti di sola esecuzione quanto alle parti individuate come vincolanti, nelle quali sono ricomprese le cause tassative di esclusione, salva la facoltà di derogare motivando, nei termini più oltre specificati.

L’Autorità procederà ad approvare in via definitiva anche i restanti modelli relativi alla sola esecuzione lavori e quelli “integrati” di progettazione ed esecuzione dei lavori.

Il modello sarà sottoposto a verifica di impatto della regolazione decorsi dodici mesi dalla sua adozione, secondo quanto previsto dall’apposito Regolamento “*Disciplina dell’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell’impatto della regolamentazione (VIR)*”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 278 del 27 novembre 2013. A tale fine, eventuali osservazioni e commenti potranno essere formulati all’indirizzo e-mail vir@avcp.it.

Sulla base di quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

approva l’allegato “Bando-tipo per l’affidamento di lavori pubblici nei settori ordinari – Procedura aperta per appalto di sola esecuzione lavori – Contratti di importo superiore a euro 150.000 euro – Offerta al prezzo più basso”.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data:

Il Segretario: Maria Esposito

NOTA ILLUSTRATIVA

Sommario

1.	<i>Il bando-tipo: aspetti generali.....</i>	4
2.	<i>Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici</i>	5
2.1.	<i>Il costo del lavoro.....</i>	9
3.	<i>Le premesse al bando-tipo.....</i>	10
4.	<i>Oggetto dell'appalto, modalità di esecuzione e importo a base di gara.....</i>	10
5.	<i>Soggetti ammessi alla gara.....</i>	11
6.	<i>Condizioni di partecipazione.....</i>	14
7.	<i>Verifica dei requisiti di partecipazione</i>	15
8.	<i>Visione della documentazione di gara e sopralluogo.....</i>	15
9.	<i>Chiarimenti, modalità di presentazione della documentazione e comunicazioni</i>	16
10.	<i>Subappalto.....</i>	16
11.	<i>Ulteriori disposizioni.....</i>	18
12.	<i>Cauzioni e garanzie</i>	18
13.	<i>Pagamento in favore dell'Autorità.....</i>	20
14.	<i>Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa.....</i>	20
15.	<i>Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte.....</i>	21
16.	<i>Criterio di aggiudicazione.....</i>	21
17.	<i>Contenuto della Busta A – documentazione amministrativa.....</i>	22
18.	<i>Contenuto della Busta B – Offerta economica</i>	24
19.	<i>Procedura di aggiudicazione.....</i>	24
20.	<i>Verifica di anomalia</i>	25

1. Il bando-tipo: aspetti generali

Il documento predisposto consiste in un modello di disciplinare di gara relativo agli appalti di importo superiore a 150.000, da affidarsi mediante procedura di gara aperta ai sensi dell'art. 55 del Codice e con il criterio del prezzo più basso.

Lo scopo del modello è di omogenizzare i comportamenti delle stazioni appaltanti, così da ridurre le incertezze interpretative, mediante una corretta lettura delle procedure, e semplificare l'attività di predisposizione della documentazione di gara.

Il modello di disciplinare si compone di un contenuto prescrittivo vincolante, in cui sono ricomprese le clausole relative alle cause tassative di esclusione, e di un contenuto prescrittivo discrezionale, riferito ad aspetti della procedura che devono necessariamente essere regolamentati nella documentazione di gara, ma per i quali residua – in capo alle stazioni appaltanti – un margine di discrezionalità nella definizione della relativa disciplina.

Le parti a contenuto discrezionale devono essere compilate dalle stazioni appaltanti secondo le proprie specifiche esigenze, seguendo le istruzioni di compilazione riportate nel modello.

Nelle parti a contenuto prescrittivo vincolante, invece, sono riprodotte le informazioni che – secondo la normativa vigente – devono essere riportate nella documentazione di gara, tra cui, *in primis*, le cause di esclusione, nonché le ulteriori informazioni utili che, ai sensi dell'art. 64 del Codice, integrano il contenuto del bando di gara; tra le disposizioni di tale tipo rientrano le modalità di costituzione della cauzione provvisoria e le dichiarazioni sui requisiti di ordine generale e speciale da rendere in sede di gara. Tali parti costituiscono il contenuto necessario del bando-tipo e sono derogabili dalle stazioni appaltanti previa specifica motivazione ed entro i limiti del rispetto del principio di tassatività. Si chiarisce, pertanto, che le eventuali deroghe al bando-tipo, ancorché motivate, non potranno mai consistere nell'introduzione di clausole di esclusione contrastanti con il disposto del citato art. 46, comma 1-bis, del Codice, atteso che le stesse sarebbero affette da nullità¹. Oltre alle suddette prescrizioni che, come sopra rilevato, integrano il contenuto necessario del disciplinare, le stazioni appaltanti possono scegliere di integrare il modello proposto mediante l'inserimento di ulteriori indicazioni e chiarimenti senza necessità di motivazione, salvo che l'integrazione comporti la previsione di ulteriori cause di esclusione rispetto a quelle previste nel modello, dovendo, in tal caso, nel senso e nei limiti dei principi sopra espressi, motivare specificatamente la deroga.

¹ Ne consegue che, rispetto alle cause tipizzate nella determinazione dell'AVCP n. 4/2012, le stazioni appaltanti possono prevedere ulteriori cause di esclusione, previa adeguata e specifica motivazione con riferimento a disposizioni di leggi vigenti ovvero agli ulteriori criteri previsti dall'art. 46, comma 1-bis, del Codice.

Nel modello, inoltre, è data evidenza ad una serie di prescrizioni facoltative e opzioni/soluzioni alternative che corrispondono alle diverse opzioni legittimamente ammesse dalla normativa: ad esempio, le modalità di formulazione dell'offerta mediante il sistema del massimo ribasso o dei prezzi unitari. Anche in questo caso, la scelta effettuata dalla stazione appaltante tra le diverse soluzioni consentite non costituisce una deroga al modello e quindi non richiede specifica motivazione.

Resta fermo che tali prescrizioni, una volta liberamente scelte dalle stazioni appaltanti, vengono ad integrare il contenuto del disciplinare di gara e l'amministrazione sarà tenuta, nel corso della procedura, ad attenervisi senza possibilità di discostarsene, pena la violazione del principio di certezza e imparzialità dell'azione amministrativa e della *par condicio* dei concorrenti.

Il modello elaborato contiene gli elementi essenziali della procedura di affidamento che le stazioni appaltanti sono tenute ad inserire nella documentazione di gara e non può essere ritenuto esaustivo di tutte le possibili fattispecie che in concreto possono verificarsi. Si evidenzia che nel caso delle gare gestite con sistemi telematici si deve integrare il disciplinare di gara con le norme sulla procedura e le altre indicazioni dettate dal Codice e dal Regolamento in materia, mentre, per le procedure indette dalle centrali di committenza, i modelli predisposti potranno essere utilizzati nei limiti di compatibilità con le specificità degli istituti.

Come sopra rilevato, nelle parti a contenuto prescrittivo vincolante sono contenute le cause di esclusione ai sensi dell'art. 46, comma 1-*bis*, del Codice, già tipizzate con l'atto di determinazione n. 4 del 2012, al quale si fa espresso rinvio per le parti non riproducibili nella documentazione di gara. Sotto la veste grafica, le cause di esclusione sono poste in evidenza utilizzando il carattere grassetto, mentre la relativa prescrizione è preceduta dal simbolo "►".

Il bando-tipo tiene conto delle modifiche al Codice contenute nell'art. 39 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, in materia regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni da rendere in sede di gara. In merito, si rammenta alle stazioni appaltanti che, ai sensi del nuovo comma 2-*bis* dell'art. 38, è necessario stabilire nel bando di gara la sanzione pecuniaria in caso di irregolarità essenziale, per un importo compreso tra l'1 per mille e l'1 per cento del valore della gara.

L'Autorità procederà attraverso apposita determinazione a fornire alle stazioni appaltanti indicazioni sulle modalità applicative delle nuove disposizioni normative.

2. Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici

Come è noto, in materia di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, vige il sistema unico di qualificazione, in base al quale l'attestato di qualificazione rilasciato dalle SOA è sufficiente ad

assolvere ogni onere documentale circa la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori della tipologia ed importo indicato nel bando, nonché a garantire la stazione appaltante in ordine all'affidabilità dell'impresa certificata.

In tal senso, è inequivoco il disposto di cui al comma 4 dell'art. 60 del Regolamento, laddove stabilisce che "le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente capo, nonché dal capo III del presente titolo".

Alla luce di tale disciplina, come precisato dall'art. 61 del Regolamento, le attestazioni qualificano le imprese per categorie, secondo la tipologia di lavori od opere (generali e specializzate) e, nell'ambito delle suddette categorie, per classifiche, a seconda dell'importo complessivo dell'opera o del lavoro.

Ai sensi del comma 2 del citato art. 61, la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire lavori di quella tipologia, nei limiti di valore della propria classifica incrementata di un quinto^{2,3}.

Il sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, fermo restando l'impianto generale, è stato recentemente oggetto di importanti modifiche per effetto dell'annullamento degli artt. 107, comma 2 e 109, comma 2 del Regolamento, disposto dal parere della commissione speciale del Consiglio di Stato del 26 giugno 2013, n. 3014, divenuto esecutivo con l'emanazione del d.P.R. 30 ottobre 2013.

Nelle more della revisione delle disposizioni regolamentari annullate dal Consiglio di Stato⁴, con il d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con modificazioni dalla l. 23 maggio 2014, n. 80, il legislatore, al fine di garantire la coerenza con la regola generale secondo cui il soggetto qualificato nella

² Unica eccezione, come previsto dal comma 61, comma 6, del Regolamento, riguarda gli appalti di importo superiore ad 20.658.000 euro, per i quali le stazioni appaltanti devono richiedere ai concorrenti di produrre, oltre alla certificazione di qualità relativa alla classifica VIII, anche idonea documentazione dalla quale risulti che nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando hanno realizzato una cifra di affari pari ad almeno 2,5 volte l'importo a base di gara.

³ La medesima disposizione si applica nei confronti delle imprese facenti parte di un raggruppamento temporaneo d'impresa o consorzio a condizione che ciascuna impresa raggruppata o consorziata sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese raggruppate o consorziate, la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'art. 92, comma 2, del Regolamento. Nel caso di associazioni di tipo verticale o misto, la condizione di qualificazione per un quinto dell'importo complessivo dell'appalto va riferita ai singoli importi della categoria prevalente e delle categorie scorparabili. Maggiori dettagli sul tema sono forniti al paragrafo 5.

⁴ Ai sensi dell'art. 12, comma 5, del decreto le modifiche dovranno avvenire entro 12 mesi dalla conversione in legge del medesimo decreto (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 27 maggio 2014) e quindi entro il 28 maggio 2015.

categoria prevalente può svolgere una serie di lavorazioni complementari alla realizzazione dell'opera, anche se privo della relativa qualificazione (art. 107, comma 1, del Regolamento), ha apportato delle modificazioni al sistema categorie, nel senso di ridurre il numero di quelle relative a lavorazioni che in base alle abrogate disposizioni del regolamento potevano essere eseguite solo in presenza della relativa qualificazione. A tale fine, l'art. 12 del citato decreto ha ridotto sia il numero delle categorie a qualificazione obbligatoria di cui all' abrogato art. 109, comma 2, specificate nella tabella A allegata al Regolamento, sia il numero delle lavorazioni rientranti categorie c.d. "superspecialistiche" indicate dall'abrogato art. 107, comma 2, del Regolamento, cioè quelle che, ai sensi dell'art. 37, comma 11, del Codice, in considerazione del particolare contenuto tecnologico o della rilevante complessità tecnica, non possono essere affidate a soggetti privi della relativa qualificazione e per le quali, quindi, seppur scorporabili, si applica il medesimo limite al subappalto previsto per la categoria prevalente.

In base alle nuove disposizioni, ad esempio, non sono più considerate super-specialistiche le categorie OS3 (impianti idrico-sanitari, cucine, lavanderie), OS8 (opere di impermeabilizzazione) OS20A e OS20B (rilevanti topografici e indagini geognostiche) e pertanto possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicataria, se in possesso della relativa qualificazione, ovvero possono essere subappaltate per l'intero importo, senza necessità di partecipazione in raggruppamento verticale.

Ai sensi dell'art. 12, comma 3, del d.l. 47/2014, inoltre, i richiami contenuti nel Regolamento all'elencazione delle categorie di cui all'art. 107 comma 2 e alle disposizioni di cui all'art. 109 commi 1 e 2 devono intendersi riferiti alle disposizioni contenute nell'art. 12; nello schema di disciplinare di gara, pertanto, si è fatto riferimento al nuovo elenco di cui alla citata disposizione.

Si precisa che le suddette modifiche normative⁵ non cambiano l'impianto del sistema di qualificazione né le regole sulla dimostrazione in gara del possesso dei requisiti, come di seguito meglio precisato.

È da premettere che l'individuazione delle categorie di lavoro da inserire nei bandi di gara rientra nell'attività del progettista (art. 108 del Regolamento) e consiste nell'abbinamento dell'insieme delle lavorazioni previste nel progetto e del relativo importo, alle categorie di cui all'Allegato A.

⁵ Si ricorda, inoltre, che con la medesima sentenza n. 3014/2013, il Consiglio di Stato ha disposto anche l'annullamento dell'art. 85, comma 1, lett. b), nn. 2 e 3 del Regolamento, nella parte in cui impone all'impresa concorrente il limite del 10% per l'utilizzo, ai fini della qualificazione, dell'importo dei lavori subappaltati eccedente il 30% o il 40% a seconda che la lavorazione subappaltata appartenga ad una categoria a qualificazione obbligatoria o ad una a qualificazione non obbligatoria. Sulla questione, che rileva ai fini del rilascio della qualificazione SOA e non ai fini della partecipazione alla gara, l'AVCP ha fornito specifici chiarimenti alle SOA con il Comunicato del Presidente del 29 gennaio 2014, n. 1 "Utilizzo dei lavori subappaltati ai fini della qualificazione – annullamento dell'art. 85, comma 1, lett. b), nn. 2 e 3, D.P.R. n. 207/2010".

L'art. 108, comma 2, del Regolamento dispone che nei bandi di gara devono essere indicati l'importo complessivo dell'opera o del lavoro oggetto dell'appalto, la relativa categoria generale o specializzata considerata prevalente e le ulteriori categorie generali e specializzate di cui si compone l'opera o il lavoro, con i relativi importi, che sono scorporabili.

Con disposizione pressoché analoga, in relazione ai requisiti di esecuzione, l'art. 118, comma 2, del Codice, dispone che “la stazione appaltante è tenuta ad indicare nel progetto e nel bando di gara le singole prestazioni e, per i lavori, la categoria prevalente con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto, anch'esse con il relativo importo. Tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo”. Per i lavori, per quanto riguarda la categoria prevalente, con il Regolamento, è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al trenta per cento.”

Ai sensi del medesimo comma 2, dell'art. 108, per categoria prevalente s'intende quella di importo più elevato tra le categorie costituenti l'intervento, mentre, ai sensi del successivo comma 3, le ulteriori categorie generali e specializzate, sono quelle che, a scelta del progettista in sede di redazione del progetto a base di gara, sono di importo singolarmente superiore al 10% dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro.

Dal combinato disposto dei commi 2 e 3 sopra richiamati, si evince che il bando di gara deve necessariamente indicare, oltre alle lavorazioni che costituiscono la categoria prevalente (con il relativo importo), anche le lavorazioni (e il relativo importo) che superano le suddette soglie (10% dell'importo complessivo dell'appalto ovvero di importo superiore a 150.000 euro). Non dovranno invece essere indicate le ulteriori eventuali lavorazioni d'importo inferiore, il cui valore è assorbito nella categoria prevalente.

Il criterio base per individuare la categoria prevalente e le categorie diverse dalla prevalente da inserire nei bandi di gara è quello di suddividere, in sede di progettazione, tutte le lavorazioni necessarie per la realizzazione dell'intervento in sottogruppi di lavorazioni, sulla base di due presupposti: ogni sottogruppo deve essere di importo superiore al 10% dell'importo complessivo dell'intervento o comunque di importo superiore a 150.000 euro e deve costituire un lavoro autonomo, riconducibile a uno dei lavori individuati dalle declaratorie di cui all'allegato A del Regolamento.

Chiarito che il bando di gara deve indicare le diverse categorie di opere di cui si compone l'intervento, con i relativi importi, occorre analizzare i modi in cui il concorrente può in concreto qualificarsi per l'appalto.

A tale riguardo, la prima disposizione da prendere in considerazione è il comma 1 dell'art. 108 del Regolamento, secondo cui nei bandi di gara di opere o lavori pubblici è richiesta la qualificazione del concorrente nella categoria di opere generali che rappresenta la categoria prevalente, e che

identifica la categoria dei lavori da appaltare. Nei bandi di gara per l'appalto di opere o lavori nei quali assume carattere prevalente una lavorazione specializzata, la gara è esperita con espressa richiesta della qualificazione nella relativa categoria specializzata. Nei bandi sono, altresì, richieste le eventuali ulteriori qualificazioni per le lavorazioni di cui all'articolo 109, commi 1 e 2. Premesso che, per effetto di quanto disposto dal comma 3 dell'art. 12 del d.l. 28 marzo 2014, n. 47 il riferimento è ora da intendersi alle disposizioni di cui al comma 2 del medesimo art. 12, la regola vuole che per partecipare alla gara il concorrente sia in possesso di attestazione SOA corrispondente alla categoria prevalente (generale o speciale) indicata nel bando. L'affidatario in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto alla lettera b) del comma 2 dell'art. 12 del citato decreto, eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. La disposizione afferma, quindi, la possibilità per l'aggiudicatario di eseguire direttamente tutte le lavorazioni (scorporabili) di cui si compone l'intervento, anche se privo delle qualificazioni nelle relative categorie. Parimenti può subappaltarle ad altri soggetti che siano in possesso delle relative qualificazioni.

Qualora, pertanto, nel bando venga evidenziato che l'intervento si compone, secondo quanto disposto all'art. 108 comma 3, di lavorazioni ulteriori rispetto a quelle riferibili alla categoria prevalente e l'affidatario sia qualificato per la sola categoria prevalente, non potendo eseguire tali lavorazioni direttamente, sarà tenuto a subappaltarle a soggetti in possesso delle relative qualificazioni, ovvero a costituire un raggruppamento temporaneo d'impresa di tipo verticale, secondo le linee indicate nei paragrafi successivi.

2.1. Il costo del lavoro

La l. 9 agosto 2013, n. 98, in sede di conversione del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 ha introdotto l'art. 82, comma 3-bis, a norma del quale "il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro".

Sulla tale disposizione l'AVCP si è espressa con l'atto di segnalazione del 19 marzo 2014, n. 2 nel quale ha concluso per la sostanziale inapplicabilità della norma; ricollegandosi a quanto già espresso nel documento "Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro", pubblicato sul sito internet dell'AVCP per l'audizione pubblica del 29 settembre

2011, si ritiene che la valutazione del costo del lavoro trovi la sua corretta collocazione nell'ambito della verifica di congruità dell'offerta.

In tema di costo del lavoro, si evidenzia, inoltre, la questione di quale CCNL applicare agli appalti di lavori. In proposito, a seguito di una richiesta di parere formulata dall'ANCE, il Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali ha affermato che, con specifico riferimento ai contratti di appalto di lavori edili, è corretto l'inserimento nell'ambito dei bandi-tipo predisposti ai sensi dell'art. 64, comma 4-bis, del Codice, la formula seguente "applicazione ai lavoratori coinvolti nei lavori oggetto del presente bando di gara del contratto nazionale e territoriale dell'edilizia sottoscritti dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale" (cfr. nota del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 25 luglio 2013).

In proposito, si sottolinea che la possibilità di utilizzare questa clausola, come anche evidenziato dallo stesso Ministero, è circoscritta ai soli appalti di natura edile o prevalentemente edile.

3. Le premesse al bando-tipo

Il paragrafo "Premesse" è dedicato all'inserimento delle informazioni generali sull'appalto, quali la descrizione dei lavori da eseguire, il luogo di svolgimento degli stessi, la documentazione di gara, comprendente i documenti progettuali, l'eventuale motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. Questa parte può essere compilata dalla stazione appaltante con l'inserimento di ulteriori informazioni utili, quali l'indicazione del RUP, i contatti della stazione appaltante, ecc..

4. Oggetto dell'appalto, modalità di esecuzione e importo a base di gara

Il primo paragrafo, "Oggetto dell'appalto, modalità di esecuzione e importo a base di gara" contiene informazioni più dettagliate sulla tipologia di appalto, sull'importo e sulle lavorazioni previste.

Il modello deve essere compilato dalla stazione appaltante in base alle specifiche esigenze, avendo cura di precisare le categorie e le classifiche dei lavori da eseguire, con indicazione dei limiti al subappalto previsti per la categoria prevalente e per le scorporabili di cui all'art. 37, comma 11, del Codice.

Ai fini dell'inserimento di tali informazioni, nel modello è inserita un'apposita tabella nella quale sono riportati degli esempi di dati descrittivi delle lavorazioni da eseguire, la categoria di riferimento, la classifica, l'importo, ecc..

Nel paragrafo è anche previsto l'inserimento di eventuali condizioni particolari di esecuzione dell'appalto, ai sensi dell'art. 69 del Codice, che prevede, al riguardo, la richiesta di parere facoltativo all'Autorità (cfr. comma 3 dell'art. 69). In tale parte, indicata come facoltativa, la stazione appaltante potrà inserire tutte le particolari clausole di esecuzione che, nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti, possono riguardare aspetti ambientali o sociali.

Per quanto attiene all'importo dell'appalto, si ricorda che questo deve essere al netto dell'IVA e degli oneri della sicurezza non soggetti al ribasso, il cui valore deve essere specificatamente indicato.

Quanto agli oneri per la sicurezza c.d. "interni" o "aziendali", è innanzitutto da rilevare come tali oneri siano diversi da quelli, non soggetti a ribasso, connessi ai rischi "da interferenza" (derivanti, ad esempio, da sovrapposizioni di più attività svolte da operatori di appaltatori diversi e/o da operatori del committente) che devono essere elaborati in sede di progettazione ed indicati dalla stazione appaltante nei bandi di gara.

Si tratta, infatti, nel primo caso, dei costi specifici connessi con l'attività dell'impresa e la cui evidenziazione è finalizzata alla verifica della congruità dell'offerta, secondo quanto disposto dall'art. 86, comma 3-bis, del Codice, nel secondo quelli, come detto, da interferenza.

In merito alla necessità che tali primi costi, a pena di esclusione, siano indicati dal concorrente all'atto di presentazione dell'offerta, si rileva che nel disciplinare la materia, l'art. 87, comma 4, del Codice, cita espressamente soltanto il settore dei servizi e delle forniture e non anche quello dei lavori. Al riguardo si ritiene che, per quanto appaia corretto richiedere ai concorrenti di indicare questi oneri già in sede di offerta anche per gli appalti di lavori, e ciò al fine di permettere alla stazione appaltante di avere, sin da subito, le informazioni necessarie ad effettuare verifica congruità delle offerte, in aderenza al dettato normativo e al principio di tassatività delle cause di esclusione espresso dall'art. 46, comma 1-bis, del Codice, una richiesta in tal senso non possa essere posta a pena di esclusione, e che possa avvenire anche in un momento successivo, in sede di verifica di congruità (cfr. determinazione dell'AVCP del 5 marzo 2008, n. 3).

5. Soggetti ammessi alla gara

Nel paragrafo sono riportate le tipologie di soggetti individuate dall'art. 34 del Codice. Si evidenzia che tale elencazione non è da considerarsi esaustiva e che, ai fini dell'ammissione alla gara, occorre far riferimento alla nozione di operatore economico, così come individuato dalla giurisprudenza europea e nazionale (cfr. determinazione AVCP del 21 ottobre 2010, n. 7)⁶.

Nel caso di concorrenti con identità plurisoggettiva come i RTI, le condizioni di partecipazione stabilite in generale dall'art. 108 del Regolamento si articolano in modo diverso a seconda della struttura – orizzontale o verticale – del raggruppamento medesimo, rispetto al quale è prevista una ripartizione percentuale fissata *ex lege* di tutti i requisiti. In particolare, nel caso di RTI di tipo

⁶ A tale riguardo, occorre prestare particolare attenzione ai seguenti elementi: la circostanza che i soggetti concorrenti possano essere ricondotti nel novero degli enti che, ancorché privi di personalità giuridica, "offrono sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi" ai sensi dell'art. 3, comma 19, del Codice; la verifica degli effettivi scopi istituzionali dei soggetti concorrenti, in ragione delle relative disposizioni istitutive e statutarie e la compatibilità con l'oggetto dell'affidamento.

orizzontale, è previsto che la qualificazione debba essere posseduta dalla mandataria nella misura minima del 40% dell'importo dei lavori e la restante percentuale, anche cumulativamente dalla capogruppo insieme alle mandanti, purché a ciascuno corrisponda la misura minima del 10% e purché l'impresa mandataria, nel calcolo finale, posseda in ogni caso i requisiti in misura maggioritaria (maggiore rispetto a ognuna delle singole imprese mandanti) (cfr. art. 92, comma 2, del Regolamento).

Nel caso di RTI di tipo verticale, le norme sulla partecipazione prevedono che la qualificazione debba essere posseduta dalla capogruppo nella categoria prevalente per il corrispondente importo, nonché dalle mandanti – relativamente alle categorie scorporabili – per i relativi importi (art. 91, comma 3, del Regolamento).

Sempre con riguardo ai RTI occorre tener conto, inoltre, di quanto disposto dall'art. 12 (commi 8 e 9) del citato d.l. 28 marzo 2014, n. 47 che ha abrogato il comma 13 dell'art. 37 e modificato l'art. 92, comma 2, del Codice.

Per effetto della novella normativa, è venuto meno il principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione, quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori (cfr. determinazione AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012).

Il novellato art. 92 comma 2 stabilisce, infatti, che “(...) Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate”. Resta fermo il principio secondo cui la mandataria deve essere in possesso di almeno il 40% dei requisiti di qualificazione e che le mandanti devono continuare a coprire, cumulativamente, il restante 60%, coprendone almeno il 10% ciascuna.

Rispetto alla precedente formulazione dell'art. 92, comma 2, si evince, quindi, che le quote di partecipazione al raggruppamento possono essere ora liberamente stabilite, nel rispetto ovviamente dei limiti di qualificazione di ciascun componente del raggruppamento e dei vincoli sopra richiamati (almeno il 40% per la mandataria e almeno il 10% per le mandanti).

Inoltre, l'abrogazione dell'art. 37, comma 13, del Codice e la riformulazione dell'art. 92 fanno ritenere che non vi debba essere necessariamente corrispondenza, come detto, tra le quote di partecipazione e le quote di esecuzione.

La disposizione del comma 9 del citato art. 12, come sopra riportato, prevede, infatti, all'ultimo periodo, che "i lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate". La locuzione, riferita ai lavori da eseguire "secondo le quote indicate in sede di offerta", *a fortiori* se combinata con l'abrogazione dell'art. 37, comma 13, del Codice, deve intendersi riferita alle quote di esecuzione che il concorrente deve specificare in sede di offerta e che possono essere diverse dalle quote di partecipazione in raggruppamento. Tale interpretazione è rafforzata dal fatto che le stesse quote di esecuzione possono essere successivamente modificate, in fase di realizzazione dell'opera, con il consenso della stazione appaltante, nei limiti della qualificazione posseduta da ciascun componente il raggruppamento. Naturalmente, la scelta della quota di esecuzione e l'eventuale modifica in sede di esecuzione devono avvenire anche nel rispetto delle prescrizioni in materia di modifiche soggettive di cui all'art. 37 del Codice (sul punto si veda anche la determinazione dell'AVCP del 10 ottobre 2012, n. 4).

In tema di avvalimento, occorre segnalare che la disposizione di cui all'art. 49, comma 6, primo periodo, del Codice, secondo cui è vietato al concorrente di avvalersi di più imprese ausiliarie per la stessa categoria di aggiudicazione, è stata censurata dalla Corte di Giustizia Europea con sentenza del 10 ottobre 2013, Causa C-94/12.

In particolare, la Corte di Giustizia Europea ha statuito che è incompatibile con gli artt. 47, paragrafo 2 e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del 31/03/2004 una disposizione nazionale, come quella in questione, che vieta in via generale agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi per la stessa categoria di qualificazione delle capacità di più imprese.

Sul punto, il Comunicato del Presidente dell'AVCP del 20 marzo 2014, n. 75, contenente "Indicazioni alle stazioni appaltanti in materia di avvalimento a seguito della sentenza della corte di giustizia europea del 10 ottobre 2013 nella causa c-94/12" ha chiarito come, alla luce di quanto statuito dalla Corte di Giustizia Europea nella citata sentenza, deve ritenersi ammissibile che il concorrente, mediante avvalimento, utilizzi cumulativamente, per il raggiungimento della classifica richiesta dal bando gara, più attestati di qualificazione per ciascuna categoria.

Resta fermo, in coerenza con il principio espresso dalla CGUE che, nel caso di lavori che presentano peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori, l'amministrazione aggiudicatrice può legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici. Come sottolineato nel citato Comunicato, una decisione in tal senso deve, tuttavia, essere supportata da

idonea motivazione ed essere esplicitata dalla stazione appaltante in seno alla delibera a contrarre o, al più tardi, negli atti di gara.

Analogamente, nel bando di gara deve essere chiaramente specificato il livello minimo di capacità richiesta ossia di classifica minima che deve essere posseduta dall'operatore o dagli operatori economici di cui si intenda cumulare le capacità per il raggiungimento della classifica richiesta nel bando di gara.

Sempre in tema di avvalimento, infine, si rammenta che, ai sensi del comma 9 del medesimo art. 49, è previsto che nel caso in cui siano richiesti determinati requisiti tecnici connessi al possesso di particolari attrezzature che sono in dotazione di un ristretto numero di imprese, quest'ultime possano prestare avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, e con l'impegno a fornire all'aggiudicatario la particolare attrezzatura tecnica alle medesime condizioni (cfr. determinazione AVCP dell'1 agosto 2012, n. 3).

Anche in questo caso, tuttavia, è opportuno che le ragioni di tale prescrizione siano supportate da idonea motivazione e che la stessa prescrizione sia esplicitata nei documenti di gara.

6. Condizioni di partecipazione

Le disposizioni contenute nel paragrafo rubricato "Condizioni di partecipazione" richiamano le cause di esclusione previste dall'art. 38 del Codice e dalla normativa vigente in tema di divieto a contrarre con la pubblica amministrazione, nonché le fattispecie di partecipazione plurima o contestuale vietate dal Codice.

Tra le condizioni ostative alla partecipazione, oggetto poi di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti, è incluso anche il divieto *ope legis* di cui all'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. del 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dall'art. 1, comma 42, lett. l), della l. 6 novembre 2012, n. 190 (legge anticorruzione). Secondo la norma citata "i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti".

In coerenza con la normativa suddetta e con le indicazioni contenute nel Piano Nazionale Anticorruzione, approvato con deliberazione dell'Autorità dell'11 settembre 2013, n. 72, il modello di disciplinare riporta l'apposita dichiarazione relativa al possesso del requisito.

7. Verifica dei requisiti di partecipazione

Per la verifica del possesso dei requisiti si fa riferimento all'utilizzo del sistema *AVCpass*, reso disponibile dall'AVCP con la delibera attuativa n. 111 del 20 dicembre 2012 e ss.mm.ii, in applicazione dell'art. 6-bis, comma 3, del Codice.

Si evidenzia che per effetto del comma 15-ter, dell'art. 9 del d.l. 30 dicembre 2013 n.150 convertito in l. 7 febbraio 2014, n. 15, il regime di obbligatorietà dell'utilizzo del sistema *AVCpass* decorre dal 1° luglio 2014.

8. Visione della documentazione di gara e sopralluogo

Il disciplinare prevede che tutta la documentazione di gara sia messa a disposizione delle imprese sul profilo del committente, in applicazione dell'art. 32 della l. 18 giugno 2009, n. 69 e del comma 7-bis dell'art. 66 del Codice, introdotto dall'art. 26 del d.l. 24 aprile, 2014 n. 66, convertito in legge 23 giugno 2014, n. 89, a tenore del quale la pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle per le quali il Codice prevede forme di pubblicità legale deve avvenire esclusivamente in via telematica.

In base al comma 1-bis, dell'art. 26, introdotto in sede di conversione, le nuove disposizioni si applicano a decorrere dal 1° gennaio 2016.

A far data dal 1 gennaio 2010, gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati. La pubblicazione è effettuata nel rispetto dei principi di eguaglianza e di non discriminazione, applicando i requisiti tecnici di accessibilità di cui all'art. 11 della l. 9 gennaio 2004, n. 4. Resta fermo che la stazione appaltante ha la facoltà di prevedere anche il ritiro della documentazione presso i propri uffici, secondo le modalità che dovranno essere specificate caso per caso.

Come già chiarito dall'AVCP nella determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4, per gli appalti di lavori la mancata effettuazione del sopralluogo determina l'esclusione dalla gara in quanto integra una violazione di una prescrizione del Regolamento (art. 106, comma 2) ed una carenza di un elemento essenziale dell'offerta.

In materia di sopralluogo, il modello individua una serie di elementi che devono essere specificati dalla stazione appaltante per lo svolgimento delle relative operazioni (ad esempio, la descrizione dei luoghi oggetto del sopralluogo, degli orari di accesso alle aree, ecc.).

Si evidenzia che il sopralluogo potrà essere effettuato da un rappresentante legale o da un direttore tecnico del concorrente o da soggetto diverso munito di delega, purché dipendente dell'operatore economico concorrente.

9. Chiarimenti, modalità di presentazione della documentazione e comunicazioni

Il paragrafo relativo ai chiarimenti fornisce gli elementi di base che le stazioni appaltanti devono considerare per disciplinare eventuali richieste di chiarimenti da parte degli operatori economici, con particolare riguardo alle modalità e ai termini per la presentazione degli stessi.

Il successivo paragrafo del modello di disciplinare regola le modalità di presentazione della documentazione da parte del concorrente mediante il richiamo alla disciplina prevista dal d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

Ai sensi dell'art. 79, comma 5-*quinquies*, del Codice le stazioni appaltanti possono prevedere nei bandi l'obbligo per i candidati o concorrenti di indicare un indirizzo di posta elettronica o un numero di fax per le eventuali comunicazioni. A tale riguardo, come anche chiarito dall'AVCP e specificato nel modello di disciplinare, si ritiene che, seppur obbligatoria, tale indicazione non costituisca causa di esclusione, ma comporti solo l'esonero della responsabilità della stazione appaltante per le comunicazioni non effettuate o non correttamente pervenute (in tal senso, determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4 e parere di precontenzioso del 9 febbraio 2011, n. 23).

Si evidenzia che, ai sensi del d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82, le stazioni appaltanti che siano anche pubbliche amministrazioni, qualora intendano avvalersi per le comunicazioni la posta elettronica, devono utilizzare esclusivamente quella certificata.

10. Subappalto

Il tema di subappalto si deve richiamare la disciplina dettata dall'art. 118 che impone, *inter alia*, l'indicazione, da parte del concorrente, dei lavori o delle parti di opere che intende subappaltare all'atto della presentazione dell'offerta (comma 2). Come precisato nell'atto di determinazione AVCP del 10 ottobre 2012, n. 4, tale adempimento costituisce un presupposto essenziale per la partecipazione alla gara nel solo caso in cui il concorrente sia sprovvisto, in proprio, della qualificazione necessaria per eseguire le lavorazioni oggetto della prestazione. Ciò comporta che, qualora il bando di gara preveda, fra le categorie scorporabili e subappaltabili, categorie a qualificazione obbligatoria e il concorrente non sia in possesso delle corrispondenti qualificazioni oppure, in alternativa, non abbia indicato nell'offerta l'intenzione di procedere al loro subappalto, la stazione appaltante deve disporre l'esclusione dalla gara in quanto, in fase di esecuzione, lo stesso, qualora aggiudicatario, non potrebbe né eseguire direttamente le lavorazioni né essere autorizzato a subappaltarle. Di contro, la mancata espressione della volontà di ricorso al subappalto, per le categorie a qualificazione non obbligatoria, non comporta l'esclusione dalla gara, ma la mera impossibilità di ricorrere a tale istituto. Riguardo alla questione relativa alla necessità o meno che il concorrente debba indicare anche i nominativi dei subappaltatori, l'AVCP si è già espressa in senso negativo nella medesima determinazione n. 4/2012.

Si rammenta che qualora nell'oggetto dell'appalto rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica (quali strutture, impianti e opere speciali), appartenenti lavorazioni super-specialistiche e qualora una o più di tali opere superi in valore il 15% dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non sono in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto nei limiti dettati dall'art. 118, comma 2, terzo periodo (ossia del 30%).

In altre parole, la previsione in esame dispone che, con riferimento alle lavorazioni appartenenti alle categorie specialistiche indicate, dal momento che per esse (qualora superino il 15% del valore dell'appalto) vige il divieto di subappalto oltre il limite del 30% (al pari di quanto accade per la categoria prevalente), il concorrente deve possedere i requisiti per almeno il 70% della categoria (a differenza di quanto è previsto per la categoria prevalente, dove comunque il concorrente deve coprire integralmente i requisiti di tale categoria, salva poi la facoltà di subappaltarne il 30%); il restante 30% (relativo alle categorie super-specialistiche scorporabili oltre il 15%) può essere coperto dai requisiti richiesti per la categoria prevalente. Si rammenta che per l'individuazione delle categorie super-specialistiche, cui si applica la regola indicata, occorre fare riferimento all'elenco di cui all'art. 12, comma 1, del d.l. 47/2014. Ne deriva che, se il concorrente che partecipa alla gara per la categoria prevalente dovesse essere privo della qualificazione nella categoria relativa ad una delle lavorazioni di cui all'art. 12, comma 1, del citato decreto e qualora la stessa categoria superi l'anzidetta percentuale (15%), lo stesso concorrente dovrà associarsi in RTI comprendente un operatore in possesso di qualificazione in detta categoria. In ogni caso, essendo tutte le categorie di lavorazioni di cui trattasi a qualificazione obbligatoria, il soggetto che opererà in subappalto dovrà, comunque, essere in possesso di qualificazione adeguata alle lavorazioni da eseguire.

Da quanto riportato in tema di subappalto, l'aggiudicatario, pertanto, può:

- a) eseguire tutte le lavorazioni della categoria prevalente;
- b) eseguire direttamente, ancorché privo delle relative qualificazioni, tutte le lavorazioni delle categorie scorporabili che non siano a qualificazione obbligatoria;
- c) eseguire direttamente tutte le lavorazioni delle categorie scorporabili se in possesso delle specifiche qualificazioni;
- d) subappaltare a soggetti in possesso di adeguate qualificazioni le lavorazioni della categoria prevalente entro il limite del 30%.
- e) subappaltare, senza limiti d'importo, a soggetti in possesso di adeguata qualificazione, le lavorazioni delle categorie scorporabili ad eccezione delle categorie di cui all'art. 12, comma 1, del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, il cui valore superi il 15% dell'importo totale dei lavori;

Nel paragrafo dedicato al subappalto è stato inoltre previsto l'inserimento della prescrizione relativa al pagamento diretto del subappaltatore, obbligatorio nei casi in cui l'oggetto dell'appalto

comprenda opere super specialistiche ai sensi dell'art. 37, comma 11, del Codice, facoltativo negli altri casi.

In merito al pagamento diretto dei subappaltatori si rammenta che la legge 11 novembre 2011, n. 180, recante il c.d. "Statuto delle imprese", ne propone l'applicazione preferenziale nel caso in cui il subcontraente sia una piccola e media impresa, mentre il d.l. 23 dicembre 2013 n. 145, convertito in legge 21 febbraio 2014, n. 9, ne prevede l'applicazione d'imperio da parte delle stazioni appaltanti, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, ove si verificano le condizioni indicate dal novellato art. 118, comma 3, ultimo periodo, del Codice riferite a condizioni di crisi di liquidità di finanziaria dell'affidatario.

11. Ulteriori disposizioni

Nel sotto-paragrafo "Ulteriori disposizioni" sono da evidenziare i rinvii agli artt. 86 e 87 del Codice per la procedura di verifica di congruità delle offerte, nei casi in cui non è prevista l'esclusione automatica.

Il modello, inoltre, tiene conto anche delle modifiche apportate dal d.l. 66/2014, convertito in legge 23 giugno 2014, n.89, al regime di pubblicità legale degli avvisi e dei bandi di gara.

In particolare l'art. 26 del citato decreto, modificando gli artt. 66 e 122 del Codice, ha eliminato l'obbligo di pubblicazione degli avvisi e dei bandi sui quotidiani ed ha previsto quale forma obbligatoria di pubblicità legale la sola pubblicazione nella gazzetta ufficiale o nell'albo pretorio, secondo il valore del contratto, alla quale si aggiunge la pubblicazione on line sul profilo del committente, sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sul sito dell'Osservatorio. Conseguentemente è stata riprodotta la prescrizione di cui al comma 7-bis dell'art. 66, introdotto dal citato decreto, relativa all'obbligo di rimborso a carico dell'aggiudicatario delle sole spese di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, a far data dal 1° gennaio 2016, come disposto dal comma 1-bis, del citato art. 26.

12. Cauzioni e garanzie

Il paragrafo "Cauzioni e garanzie richieste" riporta le modalità di presentazione delle garanzie a corredo delle offerte con particolare riguardo alla forma e al contenuto della cauzione provvisoria.

Con riferimento alla cauzione provvisoria prestata in forma di fideiussione, l'art. 75 del Codice prevede che la garanzia debba avere validità per almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta. La medesima norma lascia poi alla stazione appaltante la possibilità di richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore in relazione alla durata presumibile del procedimento. Interpretando la norma in combinato disposto con l'art. 11, comma 6, del Codice, tale durata deve intendersi decorrente dal termine di scadenza per la presentazione delle offerte, in modo da far coincidere il termine di validità delle offerte stesse con quella della garanzia. E' fatta

salva, in ogni caso, in conformità con quanto disposto dal citato art. 75 del Codice, la facoltà delle stazioni appaltanti di stabilire un termine diverso, ovvero di prevedere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia qualora, alla scadenza, non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione.

Nel modello di disciplinare è contemplata, altresì, la facoltà delle stazioni appaltanti di richiedere la cauzione con autentica della sottoscrizione. Nell'evidenziare la necessità di porre attenzione all'idoneità dei soggetti che rilasciano le suddette cauzioni, si segnala che l'esercizio di tale facoltà può fornire maggiori garanzie circa l'affidabilità dei soggetti che rilasciano le fideiussioni e che poi sono chiamati in sede di eventuale escussione della cauzione. Tale facoltà, la cui compatibilità con il vigente quadro normativo è confermata anche da un consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. C.d.S., sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365 e sez. III, 19 aprile 2011, n. 2387), risponde, infatti, all'esigenza di acquisire la piena prova della provenienza della garanzia. Al riguardo è opportuno considerare che la cauzione in esame è azionabile a prima richiesta da parte della stazione appaltante, sicché questa ha interesse a non vedersi opporre il disconoscimento della sottoscrizione, e solo l'autenticazione di quest'ultima garantisce l'amministrazione perché determina la piena prova ai sensi degli artt. 2702 e 2703 c.c. (cfr. pareri AVCP di precontenzioso del 19 giugno 2013, n. 102 e dell'8 ottobre 2009, n. 104).

Tra le prescrizioni facoltative relative alla costituzione della cauzione sotto forma di fideiussione è stata inclusa anche l'allegazione di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio con cui il sottoscrittore attesta il potere di impegnare, con la sottoscrizione, la società fideiubente nei confronti della stazione appaltante. Anche tale prescrizione, al pari della richiesta della autenticazione della firma del fideiussore, ha lo scopo di garantire alla stazione appaltante la serietà della garanzia e in passato l'AVCP, supportata dalla giurisprudenza, ha avuto modo di esprimersi nel senso della legittimità di una clausola espulsiva di tale tenore (cfr. parere di precontenzioso dell'8 maggio 2008, n. 141).

Il modello riporta, infine, le condizioni per la riduzione del 50% della cauzione provvisoria e della cauzione definitiva previste dagli artt. 75 e 113 del Codice.

Vengono, altresì, fornite specifiche indicazioni per l'operatività della dimidiazione della garanzia in relazione alle diverse ipotesi di appalti di lavori inferiori, pari o superiori alla terza classifica e nel caso di raggruppamenti e consorzi.

Il paragrafo specifica anche la richiesta delle particolari polizze indennitaria decennale e responsabilità civile verso terzi per appalti di importo superiore a 12.484.056,00 di euro.

Si fa, inoltre, riferimento alla garanzia globale di esecuzione di cui all'art. 129, comma 3, del Codice, facoltativa per gli appalti di sola esecuzione di importo superiore a 100.000.000 di euro. La

garanzia è in vigore dal 1° luglio 2014, in virtù del rinvio disposto dall'art. 21, comma 1, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

Il modello, infine, prevede l'erogazione dell'anticipazione pari al 10% dell'importo contrattuale fino al 31 dicembre 2014, secondo le modalità fissate dall'art. 26-ter del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98. Come previsto dalla norma, l'erogazione dell'anticipazione è subordinata alla costituzione, da parte dell'aggiudicatario, della garanzia fideiussoria di cui all'art. 124 del Regolamento.

13. Pagamento in favore dell'Autorità

I concorrenti devono effettuare il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità. Le istruzioni per il calcolo dell'importo e per le modalità di versamento sono indicate nella relativa deliberazione dell'AVCP del 21 dicembre 2011. Si ricorda che il pagamento del contributo costituisce condizione di ammissibilità dell'offerta, di conseguenza, il mancato versamento ovvero la mancata comprova del pagamento costituiscono causa di esclusione dalla procedura di gara.

14. Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa

Con riferimento alla capacità economica e finanziaria e tecnico organizzativa, si rimanda a quanto già illustrato ai paragrafi 2 e 5 della presente nota con riferimento alla qualificazione, al sistema delle categorie e delle classifiche, nonché ai requisiti previsti per i partecipanti alla gara aventi identità plurisoggettiva (RTI, consorzi, imprese aderenti al contratto di rete, ecc.). Giova, tuttavia evidenziare che nella definizione dei requisiti di partecipazione previsti per gli appalti di importo superiore a euro 20.658.000 di euro e per la qualificazione dei concorrenti stabiliti in altri paesi dell'Unione Europea non in possesso di attestato SOA, è necessario, ai sensi dell'art. 41, comma 2, del Codice, indicare una congrua motivazione in ordine ai limiti di accesso connessi al fatturato aziendale.

In tema di capacità tecnico-organizzativa, si ricorda che l'art. 40, comma 3, del Codice stabilisce, inoltre, che le imprese devono possedere la certificazione del sistema di qualità aziendale (eccetto che per le classifiche I e II) e che il compito di verificare l'esistenza della certificazione di qualità è demandato agli organismi di attestazione. Il possesso di tale certificazione, pertanto, per le imprese qualificate in classifiche che vanno dalla III alla VIII deve necessariamente risultare dall'attestazione SOA ed è obbligatorio per la partecipazione alle gare e per l'esecuzione dei lavori. Sul punto, l'AVCP ha ripetutamente chiarito che l'attestazione SOA non abilita l'impresa a partecipare alla gara nel caso in cui il certificato di qualità non sia più valido e l'importo dell'appalto invece lo richieda: un'attestazione SOA riportante una certificazione di qualità scaduta non può, pertanto, considerarsi regolare e non può consentire di presentare un'offerta valutabile da parte della stazione appaltante, salva l'ipotesi in cui l'impresa tempestivamente dichiari e dimostri

di aver conseguito, prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, una nuova valida certificazione di qualità e di avere *in itinere* l'adeguamento della propria attestazione SOA (cfr. parere AVCP del 10 aprile 2013 n. 45; Id., parere 4 aprile 2012 n. 55).

15. Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte

Il paragrafo “Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte” disciplina le modalità con cui devono essere presentati i plichi e le buste contenenti le offerte e le modalità di consegna alla stazione appaltante, al fine di salvaguardare il principio della segretezza delle offerte.

In tema di chiusura dei plichi si ricorda che, in conformità con quanto stabilito dall'AVCP nella determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4, per “sigillatura” deve intendersi una chiusura ermetica recante un qualsiasi segno o impronta, apposto su materiale plastico come ceralacca o piombo o striscia incollata, tale da rendere chiusi il plico e le buste, attestare l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente, nonché garantire l'integrità e la non manomissione del plico e delle buste.

16. Criterio di aggiudicazione

Il paragrafo “Criterio di aggiudicazione” disciplina in via generale le modalità di aggiudicazione del contratto a seconda che il corrispettivo sia “a corpo”, “a corpo e a misura” o solo “a misura” (cfr. art. 82, comma 2, del Codice). Nel caso di corrispettivo a corpo, l'aggiudicazione potrà avvenire al massimo ribasso percentuale sul costo dei lavori stabilito a base d'asta, oppure al massimo ribasso associato ai prezzi unitari offerti sulle singole parti e lavorazioni; tale seconda modalità è obbligatoria nel caso di corrispettivo “a corpo e a misura”. Nel terzo caso, ovvero pagamento del corrispettivo a misura, l'aggiudicazione avverrà sulla base del massimo ribasso applicato a ciascuno dei prezzi indicati nell'elenco prezzi posto a base di gara, oppure con la modalità del ribasso massimo complessivo associato ai prezzi unitari offerti sulle singole parti e lavorazioni. Si rammenta che, in base all'art. 53, comma 4, del Codice, vige la regola generale secondo cui i contratti d'appalto sono stipulati a corpo e che la possibilità di prevedere corrispettivi a misura è ammessa solo in alcuni casi tassativamente previsti: contratti di appalto di sola esecuzione di importo inferiore a 500.000 euro, contratti di appalto relativi a manutenzione, restauro e scavi archeologici, nonché le opere in sotterraneo, ivi comprese le opere in fondazione, e quelle di consolidamento dei terreni.

In merito alla scelta delle modalità di pagamento del corrispettivo, come indicato dall'AVCP nella determinazione dell'8 luglio 2009, n. 6, si consiglia di utilizzare il sistema dell'offerta a prezzi unitari, in quanto solo con questo sistema si conoscono, senza incertezze, le quantità delle singole lavorazioni ed i relativi prezzi unitari offerti, con evidenti benefici sia in termini di trasparenza che di immediata utilizzabilità dei dati delle offerte in sede di verifica di congruità delle stesse (si veda

in proposito il paragrafo 20). Nel caso dell'offerta a prezzi unitari il prezzo globale offerto, infatti, si ottiene moltiplicando i prezzi unitari offerti per le quantità indicate nella lista delle categorie di lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dei lavori di cui all'art. 119, comma 2, del Regolamento. In tale lista sono riportate le quantità delle singole lavorazioni del progetto posto a base di gara, oppure, ai sensi del comma 5 dell'art. 119, le quantità ritenute giuste dai concorrenti. Tra l'altro, il sistema dei prezzi unitari, ai sensi dell'art. 82, del Codice, è l'unico che può essere utilizzato in tutte e tre le modalità di pagamento del corrispettivo (a corpo, a corpo e a misura, solo a misura).

17. *Contenuto della Busta A – documentazione amministrativa*

Conformemente al principio espresso nell'atto di determinazione AVCP n. 4/2012, nel modello di disciplinare di gara è previsto, a pena di esclusione, l'obbligo di dichiarare il possesso dei requisiti di ordine generale indicati dall'art. 38, comma 1, del Codice.

In merito al contenuto delle dichiarazioni, in conformità a quanto espresso in precedenza dall'AVCP, è stata prevista una specifica attestazione in relazione a ciascuna delle condizioni soggettive indicate dalla norma. In particolare, con riferimento al requisito di cui alla lettera c) dell'art. 38, comma 1, del Codice, nel modello di disciplinare si richiede di dichiarare tutte le condanne penali riportate, anche quelle per le quali il reo abbia beneficiato della non menzione. L'obbligo in questione prescinde, infatti, da una qualsiasi valutazione, che il dichiarante possa compiere in ordine alla gravità del reato ascrittogli o del pregiudizio penale riportato, in quanto tale giudizio si risolverebbe nella privazione, in capo alla stazione appaltante, di conoscenze indispensabili per decidere in ordine alla incidenza del precedente riportato sulla moralità professionale e sulla gravità del medesimo. Tale obbligo viene meno soltanto nelle ipotesi indicate dal legislatore, ossia quando il reato commesso sia stato depenalizzato o dichiarato estinto dopo la condanna e nei casi in cui sia intervenuta la riabilitazione o la revoca della condanna (cfr. determinazioni AVCP del 16 maggio 2012, n. 1 e del 12 gennaio 2010, n. 1).

In relazione al requisito di cui alla lettera a), comma 1, dell'art. 38, si rammenta che, in conseguenza della novella introdotta dal d.l. 22 giugno 2012, n. 835, convertito, con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, l'effetto preclusivo alla partecipazione non si verifica nell'ipotesi di cui all'art. 186-*bis* del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (nel seguito, legge fallimentare), introdotto dall'art. 33, comma 1, lett. h), del medesimo testo normativo, ovvero nel caso di concordato preventivo con continuità aziendale, qualora il concorrente produca, a fondamento della propria affidabilità economica, la documentazione indicata dal medesimo art. 186-*bis*. Nel modello di disciplinare sono, pertanto, indicati i documenti da produrre e le dichiarazioni da rendere al fine di soddisfare i requisiti previsti dalla citata norma. Tra le condizioni che consentono al concorrente in concordato preventivo con continuità aziendale di partecipare è prevista, tra le altre, l'indicazione,

in sede di offerta, di una impresa ausiliaria in possesso di tutti i requisiti necessari per la partecipazione alla gara che assuma in solido la responsabilità dell'esecuzione del contratto.

Nel modello è indicato il contenuto delle dichiarazioni da rendere in riferimento a tale adempimento, con la precisazione che, ai fini dell'operatività dell'istituto, non è consentito che l'impresa ausiliaria sia, a propria volta, in concordato preventivo con continuità aziendale, venendosi altrimenti a violare il divieto di avvalimento c.d. "a cascata" recentemente riaffermato dalla giurisprudenza (C.d.S., sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2832).

Il modello tiene conto, altresì, della novella del citato articolo 186-bis, introdotta dalla l. 21 febbraio 2014, n. 9 in sede di conversione del d. l. 23 dicembre 2013, n. 145, a norma della quale, in caso di concordato preventivo con continuità aziendale, possono partecipare alle procedure di gara sia gli operatori già ammessi al concordato sia quelli che hanno depositato il ricorso a detta procedura previa, in questo caso, autorizzazione del Tribunale competente.

In merito all'individuazione dell'ambito soggettivo degli obblighi dichiarativi, in conformità al recente orientamento espresso dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, si precisa che l'obbligo dichiarativo di cui alla lettera c) del comma 1, dell'art. 38, sussiste anche per gli amministratori e i direttori tecnici che hanno operato presso la società cedente, incorporata o le società fuse in nell'ultimo anno ovvero che sono cessati dalla relativa carica in detto periodo (cfr. C.d.S. ad. plen. 4 maggio 2012, n. 10 e 7 giugno 2012, n. 21), mentre, in relazione ai requisiti di cui alle lettere b), c) e m-ter), si precisa che nel caso di società di capitali in cui siano presenti due soli soci, ciascuno in possesso del cinquanta per cento della partecipazione azionaria, le dichiarazioni devono essere rese da entrambi i soci (C.d.S. ad. plen. 6 novembre 2013, n. 24).

Riguardo, infine, ai procuratori speciali – in aderenza a quanto affermato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 16 ottobre 2013, n. 23 – viene prevista la facoltà delle stazioni appaltanti di richiedere le relative dichiarazioni, fermo restando che il concorrente dovrà indicare, tra i soggetti nei cui confronti deve essere verificato il possesso dei requisiti di carattere generale, anche gli institori e i procuratori speciali muniti di potere di rappresentanza e titolari di poteri gestori e continuativi, così come è previsto al paragrafo 15.3, lett. b), del modello di disciplinare.

Tra le dichiarazioni da produrre all'atto di presentazione dell'offerta si evidenziano anche:

- il possesso dell'attestazione di qualificazione rilasciata da società organismo di attestazione regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti la qualificazione in categorie e classifiche adeguate, nonché il possesso del sistema di qualità aziendale per gli appalti di importo superiore alla II classifica;
- le dichiarazioni di cui all'art. 106, comma 2, del Regolamento, in ordine, ad esempio, al sopralluogo, alla conoscenza delle condizioni locali e della viabilità di accesso, alla

realizzabilità dei lavori, all'adeguatezza degli elaborati progettuali e dei prezzi nel loro complesso;

- l'accettazione delle eventuali particolari condizioni di esecuzione del contratto di cui all'art. 69 del Codice, dei protocolli di legalità e degli obblighi derivanti dal codice di comportamento adottato dalla stazione appaltante, sulla base delle indicazioni fornite con deliberazione dell'Autorità dell'11 settembre 2013, n. 72 .

18. *Contenuto della Busta B – Offerta economica*

Con riferimento al contenuto della busta relativa all'offerta economica, questa deve contenere tutti gli elementi relativi all'offerta di prezzo, che sono distinti a seconda che il corrispettivo sia “a corpo”, “a corpo e a misura” o solo “a misura”. Nel caso di appalti di sola esecuzione il prezzo si riferisce solo al corrispettivo offerto per lo svolgimento dei lavori (art. 53, comma 2, lett. a), del Codice). Ai sensi dell'art. 119 del Regolamento in caso di aggiudicazione dell'offerta con il sistema dei prezzi unitari, al bando (o alla lettera di invito per la procedura ristretta) deve essere allegata la lista delle lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dei lavori, composta da 7 colonne, contenente varie informazioni tra cui le quantità previste dalla stazione appaltante, i prezzi unitari e il prezzo complessivo offerti dal concorrente ed il conseguente ribasso percentuale. Nel modello è prevista anche la facoltà di utilizzare la scheda n. 2 allegata, composta da 11 colonne, che riporta, oltre ai dati previsti dall'art. 119, comma 2, ulteriori informazioni utili come ad esempio le categorie cui le lavorazioni si riferiscono e le quantità che il concorrente, ai sensi del comma 5 del citato art. 119, ritiene di dover modificare in base all'analisi dei documenti progettuali.

Tra l'altro, proprio con riferimento alle modifiche sulle quantità previste, il concorrente è tenuto a presentare un'apposita dichiarazione sia con riferimento al caso di aggiudicazione al massimo ribasso sull'importo dei lavori di prestazioni da eseguirsi a corpo (art. 118, comma 2, del Regolamento) sia con riferimento al caso di aggiudicazione a prezzi unitari (art. 119, comma 2, del Regolamento) con la precisazione che, in entrambi i casi l'offerta resta comunque fissa ed invariabile e che, nel secondo caso, la lista delle quantità previste per le lavorazioni ha effetto ai soli fini dell'aggiudicazione.

19. *Procedura di aggiudicazione*

Il paragrafo relativo alla procedura di aggiudicazione contiene, in vari sotto-paragrafi, le informazioni rilevanti per lo svolgimento delle operazioni di gara. Oltre alle già illustrate modalità di aggiudicazione, la parte contiene dei sotto-paragrafi dedicati alle operazioni di apertura dei plichi, al controllo del possesso requisiti di carattere speciale ed alla verifica delle offerte anormalmente basse di cui al successivo paragrafo.

20. *Verifica di anomalia*

In tema di anomalia dell'offerta, essendo il criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, viene prevista la possibilità, ai sensi dell'art. 122, comma 9, del Codice, per i lavori d'importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, dell'esclusione automatica dalla gara delle offerte pari o superiori alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86 del Codice. Si precisa che, ai sensi dell'art. 253, comma 20-bis, del Codice, fino al 31 dicembre 2015, è possibile applicare tale disposizione agli appalti di importo anche superiore, ma inferiore alla soglia di cui all'art. 28 del Codice (attualmente pari a 5.186.000 euro), mentre dal 1 gennaio 2016 tornerà in vigore la soglia del citato art. 122, comma 9. L'esclusione automatica, si rammenta, può essere esercitata solo se il numero delle offerte ammesse è non inferiore a 10. Nei casi in cui non è prevista o non è applicabile l'esclusione automatica, il procedimento di verifica delle offerte può svolgersi mediante l'analisi delle offerte in base alle disposizioni previste dagli art. 86, 87, 88 del Codice, secondo le linee guida già fornite dall'Autorità nella determinazione dell'8 luglio 2009, n. 6.

Nei casi in cui non si procede all'esclusione automatica e vengano richieste dalla stazione appaltante le giustificazioni dei prezzi unitari presentati, è possibile utilizzare la scheda n.1 allegata al modello di disciplinare. La scheda contiene un esempio di dati da richiedere ai concorrenti per l'analisi del singolo prezzo, scomposto nei fattori principali quali manodopera, materiali, noli, trasporti ed altre forniture, nonché le informazioni relative alle quantità previste per le singole lavorazioni, la loro descrizione e unità misura di riferimento. In tal caso, le giustificazioni ai prezzi unitari potrebbero essere comprovati con riferimento ai seguenti elementi/documenti:

- a) analisi di ogni prezzo unitario offerto e tabella di incidenza manodopera, noli, trasporti, forniture e prestazioni, redatta sulla base della scheda n. 1;
- b) relazione esplicativa degli indici di produttività della mano d'opera, dei materiali e delle attrezzature previsti nelle analisi dei prezzi;
- c) tabelle dei costi orari della mano d'opera utilizzati nelle analisi dei prezzi;
- d) listini dei materiali ovvero preventivi allo scopo richiesti dai quali sono stati ricavati i costi utilizzati nelle analisi dei prezzi;
- e) cataloghi delle ditte produttrici dei materiali, componenti e apparecchiature che il concorrente intende utilizzare nei lavori in oggetto dai quali si possa ricavare che essi sono conformi alle specifiche tecniche previste dal progetto posto in gara;
- f) offerte di prezzo delle ditte fornitrici dei materiali, componenti e apparecchiature cui si riferiscono sia i listini ufficiali e sia quelli non ufficiali oppure i contratti preliminari

stipulati, contenenti in ogni caso gli impegni di futura vendita o di fornitura che devono riferirsi specificatamente ai lavori in oggetto.

L'eventuale verifica di congruità dell'offerta dovrebbe essere condotta sulla base delle quantità presunte indicate nella lista delle categorie di lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dei lavori e delle giustificazioni presentate. Di seguito si propongono alcune regole-tipo, che potrebbero essere inserite nel disciplinare di gara, utili ai fini della verifica:

1. le giustificazioni devono riguardare quanto previsto all'articolo 87, commi 2, 3, e 4 del Codice e devono essere costituite, per ogni prezzo unitario offerto, da analisi redatte sulla base della scheda n. 1 allegata al disciplinare di gara;
2. le analisi e le giustificazioni prodotte saranno considerate parti integranti dell'offerta formulata e saranno considerate come allegati al contratto che sarà stipulato;
3. i costi esposti nelle analisi devono rispettare le seguenti indicazioni:
 - a. mano d'opera: i costi orari devono essere non inferiori a quelli rilevabili dalle più recenti tabelle ufficiali della provincia in cui si devono realizzare i lavori che siano disponibili alla data del presente disciplinare; nel caso si intenda impiegare mano d'opera proveniente da altra provincia, regione o nazione ai costi rilevabili dalle tabelle ufficiali di tali luoghi vanno aggiunte le indennità di trasferte;
 - b. materiali, componenti e apparecchiature:
 - i costi di materiali, componenti e apparecchiature devono essere quelli di contratti già stipulati per forniture o lavori analoghi in corso di esecuzione oppure di contratti e/o dichiarazioni e/o impegni di vendita e/o fornitura e/o offerte prezzi (preventivi) relativi ai lavori in oggetto; per quanto riguarda gli inerti i documenti prima indicati possono riguardare anche la coltivazione di cave ed in tal caso i costi esposti nelle analisi dovranno tener conto di quelli derivanti dal contratto e di quelli derivanti dalla escavazione, dal carico, dal trasporto e dallo scarico degli inerti;
 - i costi di materiali, componenti e apparecchiature costituenti scorte di magazzino devono essere quelli che si ricavano da adeguati documenti amministrativi;
4. mezzi d'opera, impianti e attrezzature, noli, trasporti altre forniture e prestazioni: i costi devono essere quelli che si ricavano dal registro dei beni ammortizzabili o da documentazione equivalente depurati, ove documentato, dagli ammortamenti già effettuati; i costi dovuti al ricorso di contratti di nolo a caldo o a freddo, di trasporto o di altre forniture e

prestazioni, devono essere quelli ricavabili da contratti già stipulati e/o dichiarazioni e/o impegni di fornitura e/o offerte prezzi (preventivi) relativi ai lavori in oggetto;

5. spese generali: i costi esposti possono essere anche inferiori al valore del 15% dei costi diretti e indiretti di cantiere (mano d'opera, materiali, noli, trasporti e altre forniture e prestazioni) previsto dalle norme come percentuale normale ma tale ridotto valore deve essere adeguatamente documentato nelle diverse sue componenti ed in rapporto alla durata del contratto;
6. utile d'impresa: può essere anche inferiore alla percentuale del 10% dei costi diretti e indiretti di cantiere (mano d'opera, materiali, noli, trasporti e altre forniture e prestazioni), dei costi per spese generali, previsto per legge purché sussistono adeguate e dimostrate ragioni dell'accettabilità del suo ridotto valore.

In tema di anomalia dell'offerta, si propone, infine, una procedura basata sull'individuazione delle più significative lavorazioni e forniture della lista delle categorie di lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dei lavori, sulla base della quale determinare il miglior prezzo di mercato che costituirà il parametro di riferimento per la congruità o non congruità dell'offerta. Tale metodologia, che può essere applicata nella fase di valutazione delle giustificazioni presentate al fine di ottenere un quadro più esaustivo in ordine alla eventuale anomalia delle offerte, potrebbe essere riportata nel disciplinare di gara con la formulazione di seguito indicata.

Nell'ambito del procedimento di verifica di cui all'art. 88, la valutazione di congruità dell'offerta, sarà effettuata tenendo conto degli esiti della seguente procedura:

- 1) si individueranno le più significative lavorazioni e forniture della lista delle categorie di lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dei lavori i cui costi ottenuti in base alla quantità ed al prezzo previsti nel bando di gara concorrono, disposti in ordine decrescente, a formare un importo non inferiore al 75 per cento di quello posto a base di gara;
- 2) si considererà per ognuna di tali lavorazioni o forniture, nel caso i relativi prezzi unitari offerti dai concorrenti siano relativi a lavorazioni o forniture caratterizzate da parità di prescrizioni e di contenuti prestazionali, il più probabile prezzo di mercato quello ottenuto sulla base della media aritmetica dei prezzi unitari offerti dai concorrenti diminuita, nel caso le offerte siano superiori a cinque, dello scarto quadratico medio dei suddetti prezzi unitari, ed il prezzo unitario offerto, qualora sia inferiore al detto prezzo di mercato sarà considerato non congruo, fatto salvo che tale differenza negativa, in base ai documenti di giustificazione forniti dal concorrente su richiesta della stazione appaltante, sia adeguatamente giustificata per le economie del procedimento di costruzione di cui il concorrente intende fare uso e/o per le soluzioni tecniche che intende adottare e/o per le condizioni eccezionalmente

favorevoli di cui dispone; nel caso i prezzi unitari offerti dai concorrenti si riferiscano a lavorazioni o forniture che abbiano prescrizioni e contenuti prestazionali diversi il più probabile prezzo di mercato sarà determinato dal soggetto deputato all'espletamento della gara in via discrezionale in base ad una analisi di mercato;

- 3) si considererà la più giusta percentuale delle spese generali e dei costi indiretti di cantiere, quella ottenuta sulla base della media aritmetica delle percentuali previste nelle offerte dai concorrenti diminuita, nel caso le offerte siano superiori a cinque, dello scarto quadratico medio delle suddette percentuali e la percentuale prevista dal concorrente, qualora sia inferiore alla detta percentuale considerata giusta, sarà considerata non congrua, fatto salvo che tale differenza negativa, sia adeguatamente documentata nelle diverse sue componenti ed in rapporto alla durata del contratto;
- 4) si determineranno gli importi complessivi di non congruità delle lavorazioni e forniture i cui prezzi offerti sono stati considerati fuori mercato moltiplicando l'entità della differenza fra prezzo di mercato e prezzo offerto per le corrispondenti quantità indicate nella lista;
- 5) si determinerà la non congruità delle spese generali e dei costi indiretti di cantiere moltiplicando la differenza fra percentuale realistica e percentuale prevista per l'importo complessivo offerto;
- 6) si sommeranno gli importi complessivi di non congruità di cui ai precedenti punti 3) e 4) e si considererà non congrua l'offerta qualora tale somma sia superiore al cinquanta per cento dell'utile pari al 10% di cui all'art. 32 del Regolamento.

Per quanto non richiamato nella presente nota illustrativa, che per sua natura e funzionalità non può essere esaustiva sull'intera materia, si rinvia alle previsioni del Codice e del Regolamento nonché agli atti interpretativi dell'Autorità.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Bando-tipo n. 2 del 2 settembre 2014
Affidamento di lavori pubblici nei settori ordinari
Procedura aperta per appalto di sola esecuzione lavori
Contratti di importo superiore a euro 150.000 euro
Offerta al prezzo più basso

Relazione AIR

Sommario

1. Premessa	1
2. Obbligatorietà dei bando-tipo e cause di esclusione	2
3. Modifiche al sistema di qualificazione.....	3
4. Prescrizioni in materia di cauzione provvisoria	5
5. Le dichiarazioni dei procuratori speciali	5
6. Semplificazione dei paragrafi relativi al sopralluogo, ai chiarimenti e alle comunicazioni	6
7. Prescrizioni in tema di verifica di anomalia delle offerte	6
8. Costo del lavoro	7

1. Premessa

In applicazione del Regolamento “Disciplina dell’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell’impatto della regolamentazione (VIR)” (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 278 del 27 novembre 2013), il presente documento ha lo scopo dare evidenza delle ragioni che hanno guidato l’Autorità nell’adozione di alcune scelte di fondo avuto riguardo anche alle principali osservazioni formulate dagli operatori del settore nell’ambito della consultazione nonché dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (nel seguito anche “MIT”) nel parere previsto dall’art. 64, comma 4-bis, del Codice.

Nell’ambito della consultazione, oltre al citato parere del MIT, sono pervenuti n. 32 contributi da parte di soggetti rappresentativi delle stazioni appaltanti e degli operatori economici.

Si evidenzia che i contributi sono stati formulati con riferimento a tutti i modelli posti in consultazione e quindi non soltanto a quello relativo alla sola esecuzione, affidata con procedura aperta e con il criterio del prezzo più basso, oggetto del presente bando-tipo. In questa sede, quindi, verranno discussi i punti emersi con riferimento al bando-tipo in oggetto, molti dei quali, occorre evidenziare, interessano anche aspetti trattati negli altri modelli.

Le principali osservazioni pervenute all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (nel seguito, AVCP) riguardano i seguenti aspetti:

1. l’obbligatorietà dei bandi-tipo emanati dall’AVCP sarebbe limitata alle sole cause tassative di esclusione e non anche ai restanti aspetti contenuti nello schema di disciplinare, che devono essere intesi come mere indicazioni;
2. necessità di esplicitare meglio le cause tassative di esclusione e le parti del disciplinare di gara che devono considerarsi obbligatorie;
3. necessità di adeguare il bando-tipo alle norme in corso di emanazione in tema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici a seguito del parere n. 3014 del 26 giugno 2013, reso dal Consiglio di Stato, divenuto esecutivo con l’emanazione del d.P.R. 30 ottobre 2013;
4. maggiori indicazioni in materia di cauzione provvisoria;
5. maggiori indicazioni in ordine agli obblighi dichiarativi relativi ai requisiti di cui all’art. 38 del Codice, ed in particolare dei procuratori speciali;
6. necessità di semplificare alcune parti dello schema di disciplinare, formulate in modo eccessivamente prescrittivo, in particolare quelle relative al sopralluogo, alle richieste di chiarimenti e alle comunicazioni tra stazione appaltante e operatori economici;

7. eccessiva rigidità e vincolatività delle disposizioni contenute nel bando-tipo con riferimento alla valutazione di anomalia delle offerte e con il richiamo alla determinazione AVCP dell'8 luglio 2009 n. 6;
8. necessità di adeguare il bando-tipo alle nuove disposizione di cui all'art. 82, comma 3-bis, del Codice, in materia di costo del lavoro;
9. possibilità di inserire nel bando-tipo clausole relative all'applicazione del contratto nazionale e territoriale dell'edilizia sottoscritto dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Di seguito si riporta una sintesi di quanto emerso in ordine ai punti sopra elencati e le motivazioni per le quali quanto suggerito è stato o non è stato accolto.

2. Obbligatorietà dei bando-tipo e cause di esclusione

In ordine al punto sub 1), alcuni soggetti hanno espresso la necessità di tenere su piani distinti quanto nel modello disciplinare ha natura cogente, cioè le sole cause tassative di esclusione, e quanto non è direttamente connesso alle medesime e quindi derogabile dalla stazione appaltante. Sul punto occorre considerare che l'art. 64, comma 4-bis, del Codice, prevede che le stazioni appaltanti predispongano la documentazione di gara sulla base dei modelli (bandi-tipo) approvati dall'AVCP, nei quali sono contenute le cause tassative di esclusione, con l'obbligo di motivare espressamente nella determina a contrarre eventuali deroghe al bando-tipo. Dalla lettura della norma risulta evidente che l'obbligatorietà del modello non riguarda soltanto le cause tassative di esclusione bensì, più in generale, tutte quelle parti che l'Autorità individua come obbligatorie in base alle disposizioni previste dal Codice e dal Regolamento nonché dalle legislazione di settore, ove presente. Infatti, molti degli aspetti disciplinati nel modello si riferiscono proprio a prescrizioni di legge sulle quali non sono ammesse deroghe ovvero sulle quali la legge prevede un elenco tassativo di possibili alternative. Si pensi, per citare alcuni esempi di norme contenute nel Codice, alle tipologie di soggetti ammessi a partecipare alle gara di cui all'art. 34, alle modalità di costituzione della cauzione provvisoria di cui all'art. 75, alle dichiarazioni da rendere in sede di gara circa il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38, alle varie operazioni di gara che debbono obbligatoriamente svolgersi in seduta pubblica (l'apertura dei plichi, la lettura dei prezzi offerti, l'eventuale dichiarazione di anomalia delle offerte, ecc.).

Sul punto appare rilevante quanto espresso dalla Corte di Costituzionale con la sentenza del 12 luglio 2013, n. 187. Nel merito il Giudice delle leggi, ha dichiarato l'illegittimità della legge provinciale del 3 agosto 2012, n. 18 della Provincia Autonoma di Trento che attribuiva alla giunta Provinciale la competenza in materia di predisposizione dei schemi di bando, poiché in contrasto con l'art. 64, comma

4-bis, del Codice, che assegna all'AVCP tale compito. La Corte, al riguardo, ha affermato che l'adeguamento alla disciplina dei bandi-tipo approvati dall'AVCP non è previsto soltanto “sulla base” del bando-tipo ma con riguardo al complesso dei puntuali e articolati criteri ivi previsti, permanendo comunque la facoltà delle stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, di motivare espressamente in ordine ad eventuali deroghe.

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene di non poter accogliere le indicazioni formulate dagli operatori e di mantenere l'impostazione secondo cui l'obbligatorietà del bando-tipo riguardi non solo le cause tassative di esclusione, a cui tra l'altro sono inscindibilmente collegati molti aspetti presenti in un disciplinare di gara, ma anche le altre parti individuate dall'Autorità come vincolanti/prescrittive poiché connesse a precisi obblighi imposti dal Codice o dal Regolamento.

Un aspetto da evidenziare, collegato a quanto sopra affermato, attiene al fatto che l'obbligatorietà riguarda non soltanto il contenuto delle clausole previste nel bando-tipo bensì anche la loro specifica formulazione. Sul punto occorre considerare che la versione definitiva del bando-tipo è stata semplificata con riferimento ad alcune parti che gli operatori hanno ritenuto eccessivamente vincolanti, ad esempio, in relazione alle richieste di chiarimenti, alle modalità di svolgimento del sopralluogo e al procedimento per la verifica di anomalia dell'offerta, e in ordine alle quali il Codice ed il Regolamento lasciano comunque alle stazioni appaltanti margini per una opportuna disciplina in relazione al caso concreto. In tale contesto, ferma restando la necessità di motivare espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo, si ritiene che il modello adottato contemperi adeguatamente le istanze di flessibilità delle stazioni appaltanti con le esigenze di standardizzazione delle procedure di gara volute dal legislatore con l'art. 64, comma 4-bis (in combinato disposto con l'art. 46, comma 1-bis) del Codice, attraverso la previsione di molteplici prescrizioni del tutto facoltative ovvero di parti liberamente compilabili in base alle specifiche necessità.

Infine, relativamente al punto sub 2), come richiesto da molti operatori e come evidenziato nella nota illustrativa, sono state disciplinate in modo più puntuale tutte le cause tassative di esclusione, facilitando al soggetto compilatore la loro identificazione, grazie all'apposizione del simbolo “►” prima della clausola. Per ulteriori dettagli, si rinvia alle istruzioni per la compilazione del modello presenti nello schema di disciplinare nonché a quanto evidenziato nel paragrafo 1 della nota illustrativa.

3. Modifiche al sistema di qualificazione

Relativamente al punto sub 3), si evidenzia che con il parere consultivo 3014 del 26 giugno 2013, il Consiglio di Stato, Commissione speciale, accogliendo in parte il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dall'AGI, ha disposto l'annullamento delle norme di cui agli artt. 107, comma 2, e 109, comma 2, del Regolamento.

Nel merito, il Consiglio di Stato ha rilevato che il sistema risultante dalle norme abrogate fosse contraddittorio ed illogico, in quanto, mentre l'art. 109, comma 1, affermava il principio generale secondo cui l'affidatario dei lavori in possesso della qualificazione per la categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera, anche se non in possesso delle relative qualificazioni, il comma 2 del medesimo art. 109 e il precedente art. 107, comma 2, nel definire il regime derogatorio al principio enunciato, indicavano un numero talmente elevato di categorie di lavorazioni a qualificazione obbligatoria o super specialistiche che la regola generale della "sufficienza" della qualificazione nella categoria principale diventa eccezione, destinata a trovare applicazione solo in casi marginali

Il parere, come noto, è divenuto esecutivo con l'emanazione del d.P.R. 30 ottobre 2013. All'esito di una successione di correttivi normativi non andati a buone fine, con il d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con modificazioni dalla l. 23 maggio 2014, n. 80, il legislatore, nelle more della revisione delle disposizioni regolamentari annullate dal Consiglio di Stato, per ripristinare la coerenza del sistema con la regola generale di cui all'art. 109, comma 1, ha ridotto l'eccessivo numero di categorie relative a lavorazioni che fino ad oggi potevano essere eseguite solo in presenza della relativa qualificazione. A tale fine, l'art. 12 del citato decreto ha ridotto sia il numero delle categorie a qualificazione obbligatoria di cui all'art. 109, comma 2, specificate nella tabella A allegata al Regolamento, sia il numero delle lavorazioni rientranti categorie c.d. "superspecialistiche" indicate dall'art. 107, comma 2, del Regolamento, ovvero quelle che, ai sensi dell'art. 37, comma 11, del Codice, in considerazione del particolare contenuto tecnologico o della rilevante complessità tecnica, non possono essere affidate a soggetti privi della relativa qualificazione. Ad esempio, non sono più considerate superspecialistiche le categorie OS3 (impianti idrico-sanitari, cucine, lavanderie), OS8 (opere di impermeabilizzazione) OS20A e OS20B (rilevanti topografici e indagini geognostiche) e pertanto possono essere eseguite direttamente dall'impresa (qualificata nella prevalente) anche se priva della relativa qualificazione, senza necessità di subappalto o di costituzione di un raggruppamento verticale.

Le novità introdotte dall'art. 12 del citato decreto, salvaguardando il principio generale di cui all'art. 109, comma 1, non hanno modificano l'impianto del sistema di qualificazione. Nello schema di disciplinare, pertanto, si è semplicemente fatto riferimento all'elenco di cui all'art. 12 del d.l. 47/2014.

Si ricorda, inoltre, che con medesimo parere n. 3014/2013, il Consiglio di Stato ha disposto l'annullamento dell'art. 85, comma 1, lett. b), nn. 2 e 3 del Regolamento, nella parte in cui impone all'impresa concorrente il limite del 10% per l'utilizzo, ai fini della qualificazione, dell'importo dei lavori subappaltati eccedente il 30% o il 40% a seconda che la lavorazione subappaltata appartenga ad una categoria a qualificazione obbligatoria o ad una a qualificazione non obbligatoria. Sulla questione si rinvia ai chiarimenti forniti dall'AVCP con il Comunicato del Presidente del 29 gennaio 2014, n. 1 "Utilizzo dei lavori subappaltati ai fini della qualificazione – annullamento dell'art. 85, comma 1, lett. b), nn. 2 e 3, D.P.R. n. 207/2010".

4. *Prescrizioni in materia di cauzione provvisoria*

Tra le prescrizioni facoltative relative alla costituzione della cauzione sotto forma di fideiussione è stata inserita la possibilità di autenticazione della sottoscrizione o, in alternativa, l'allegazione di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio con cui il sottoscrittore attesta il potere di impegnare, con la sottoscrizione, la società fideiubente nei confronti della stazione appaltante. Tali prescrizioni, la cui compatibilità con il vigente quadro normativo è già stata affermata dall'AVCP (atto di determinazione n. 4 del 2012) e confermata anche da un consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365 e Sez. III, 19 aprile 2011, n. 2387), risponde all'esigenza di acquisire la piena prova della provenienza della garanzia. Al riguardo è opportuno considerare che la cauzione in esame è azionabile a prima richiesta da parte della stazione appaltante, sicché questa ha interesse a non vedersi opporre il disconoscimento della sottoscrizione; solo l'autenticazione di quest'ultima garantisce l'amministrazione, perché determina la piena prova ai sensi degli artt. 2702 e 2703 c.c. in ordine alla provenienza della sottoscrizione, impedendone il successivo disconoscimento (AVCP, pareri di precontenzioso 19 giugno 2013 n. 102 , n. 104 del 08 ottobre 2009 e n. 141 dell'8 maggio 2008).

5. *Le dichiarazioni dei procuratori speciali*

Con sentenza del 16 ottobre 2013, n. 23 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta a redimere il contrasto giurisprudenziale sorto in merito all'obbligatorietà della dichiarazione sul possesso dei requisiti di carattere generale con riferimento ai procuratori speciali dell'impresa.

Nel merito l'Adunanza plenaria, aderendo alla tesi sostanzialistica propria del diritto europeo, ha affermato che i procuratori speciali, in generale, non rientrano nel novero dei soggetti nei cui confronti occorre rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 comma lett. b) c) e m-ter), del Codice, a meno che non siano muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori.

In tali ipotesi, l'Adunanza Plenaria ha affermato che, stante la non univocità della norma circa l'onere dichiarativo dell'impresa, nelle ipotesi in esame, deve intendersi che, qualora la *lex specialis* non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione ex art. 38 citato, ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione.

Sulla base di tale pronuncia, nel modello di disciplinare si è rimessa alle stazioni appaltanti la facoltà di includere i procuratori speciali tra i soggetti che devono rendere le dichiarazioni (la relativa prescrizione, pertanto è stata prevista come facoltativa) ma si è fatto obbligo al concorrente di indicare,

tra gli altri soggetti nei cui confronti deve essere verificato il possesso dei requisiti di carattere generale, anche gli istitori e i procuratori speciali muniti di potere di rappresentanza e titolari di poteri gestori e continuativi, al fine di consentire alla stazione appaltante di effettuare le necessarie verifiche sul possesso del requisito, così come richiesto nella sentenza citata.

6. Semplificazione dei paragrafi relativi al sopralluogo, ai chiarimenti e alle comunicazioni

Relativamente al punto sub 6), nello schema di disciplinare sono state accolte diverse indicazioni in ordine all'opportunità di semplificare e rendere più flessibile la disciplina di alcuni elementi della procedura di gara rispetto ai quali il Codice ed il Regolamento lasciano ampio margine di discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti. Allo scopo, i paragrafi relativi al sopralluogo, alle richieste di chiarimenti ed alle comunicazioni tra stazione appaltante ed operatori contengono ora solo gli elementi che si devono necessariamente inserire nel disciplinare di gara, lasciando alla stazione appaltante la facoltà di stabilire i dettagli caso per caso.

In tema di subappalto, in vari contributi è stata segnalata la necessità di eliminare la clausola del disciplinare secondo cui non è consentito affidare subappalti a soggetti che in qualunque forma abbiano partecipato alla gara. Tale clausola era stata inizialmente prevista al fine di evitare potenziali effetti distorsivi sul confronto concorrenziale, effetti evidenziati anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella delibera del 18 settembre 2013 – “Vademecum per le stazioni appaltanti, volto all'individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici”. Tuttavia, da una rilettura complessiva della normativa e di alcune pronunce dell'AVCP, emerge come eventuali limitazioni al subappalto devono essere adeguatamente motivate. Infatti, più in generale, nel caso in cui la stazione appaltante ritenga di inserire una clausola di divieto di subappalto, affinché siano rispettati i principi del diritto comunitario, la stazione appaltante è tenuta ad operare un giusto bilanciamento fra la massima partecipazione alla gara e l'interesse pubblico a che nella fase esecutiva del contratto non si modifichino, con il ricorso al subappalto, gli esiti della procedura selettiva. Pertanto, si è ritenuto opportuno accogliere il suggerimento degli operatori e di eliminare la clausola che impedisce di assumere la qualifica subappaltatori ai soggetti che hanno partecipato alla gara.

7. Prescrizioni in tema di verifica di anomalia delle offerte

Con riferimento al punto sub 7), diverse stazioni appaltanti hanno evidenziato come la procedura di verifica dell'anomalia prevede regole troppo rigide per un subprocedimento che varia in ragione della natura e tipologia dei costi da esaminare.

A tale proposito, occorre evidenziare che quanto riportato nello schema di disciplinare posto in consultazione in materia di giustificazione dei prezzi unitari e di verifica di congruità sulla base della

lavorazioni più rilevanti (pagg. 35-37) non era da intendersi come obbligatorio ma come mero suggerimento operativo per le stazioni appaltanti. Al fine di snellire lo schema di disciplinare di gara, le parti sopra citate, ivi incluso il riferimento alla determinazione dall'AVCP dell'8 luglio 2009, n. 6, sono state spostate nella nota illustrativa, nella quale sono state fornite, altresì, indicazioni sul loro utilizzo.

8. Costo del lavoro

In merito al punto sub 8), molti operatori hanno segnalato la necessità di adeguare il bando-tipo alla nuova disposizione di cui al comma 3-bis dell'art. 82 del Codice, introdotto dal d.l. 21 giugno, n.69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98. Secondo il citato comma 3-bis “il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”.

La finalità della norma è di assicurare che l'affidamento dei contratti pubblici avvenga nel pieno rispetto degli obblighi prescritti per la tutela dei diritti dei lavoratori impiegati nell'esecuzione delle commesse pubbliche. Analoga disposizione già in precedenza era stata inserita nel corpo del Codice all'art. 81, comma 3-bis, dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70 e l'AVCP ebbe occasione di rilevare diverse criticità connesse alla sua applicazione nell'ambito del documento di consultazione “Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro”, pubblicato sul sito internet dell'AVCP, per l'audizione pubblica del 29 settembre 2011; poco dopo, tuttavia, la citata disposizione venne abrogata dall'art. 44 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214.

Sulla nuova disposizione l'AVCP si è espressa con l'atto di segnalazione del 19 marzo 2014, n. 2 nel quale, all'esito di una ricostruzione delle possibili interpretazioni del comma 3-bis, ha ritenuto che la fattispecie non possa trovare applicazione senza incorrere nelle criticità già prospettate nel sopracitato documento di consultazione. Oltre alle difficoltà applicative sopra rilevate, deve aggiungersi la necessità di salvaguardare anche il principio dell'autonomia imprenditoriale, in perfetta coerenza con il diritto comunitario, di cui tiene conto lo stesso articolo 55 della direttiva 2004/18 (recepito negli artt. 87 e 88 del Codice), laddove, sostanzialmente, ammette giustificazioni in relazione ad elementi che influenzano il costo “complessivo” del personale e tutela il solo costo “unitario”. Nell'atto di segnalazione n. 2/2014, l'AVCP ha concluso per la sostanziale inapplicabilità della norma, rilevando che il costo complessivo del personale, per ciascun concorrente, si determina in base alla reale capacità

organizzativa d'impresa, che è funzione della libera iniziativa economica ed imprenditoriale e come tale non può essere in alcun modo compressa mediante predeterminazioni operate *ex ante*.

In merito al punto sub 9), dalla consultazione sono emerse posizioni diverse in ordine all'opportunità di inserire nel bando una prescrizione vincolante sull'applicazione, a tutti i lavoratori coinvolti nei lavori oggetto bando di gara, del contratto nazionale e territoriale dell'edilizia sottoscritti dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Tenuto conto che nel settore dei lavori pubblici trovano applicazione diversi contratti nazionali, ad esempio, quello edile e metalmeccanico, non si condivide la possibilità di inserire una clausola applicativa del CCNL dell'edilizia in via generalizzata per tutte le tipologie di lavori pubblici. In proposito, tuttavia, si rileva che, con parere del 25 maggio 2013, il Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali ha affermato che, con specifico riferimento ai contratti di appalto di lavori edili, è corretto l'inserimento nell'ambito dei bandi-tipo predisposti ai sensi dell'art. 64, comma 4-bis, del Codice, la formula seguente: "applicazione ai lavoratori coinvolti nei lavori oggetto del presente bando di gara del contratto nazionale e territoriale dell'edilizia sottoscritti dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

Come precisato nella nostra illustrativa, anche sulla base di quanto evidenziato nel parere dallo stesso Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali, la possibilità di utilizzare questa clausola, è circoscritta ai soli appalti di natura edile o prevalentemente edile.